

FIDEL ROJAS VARGAS

Delitos contra la Administración Pública

CUARTA EDICIÓN

completamente actualizada,
corregida y aumentada

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

- Abuso de autoridad • Concusión • Peculado
- Corrupción de funcionarios • Tráfico de influencias • Enriquecimiento ilícito

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

- Usurpación de autoridad, títulos y honores
- Violencia y resistencia a la autoridad • Desacato



1ra. edición: mayo, 1999

2da. edición: enero, 2001

Reimpresión: enero, 2002

3ra. edición: octubre, 2002

Reimpresión: octubre, 2003

4ta. edición: enero, 2007

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

© 2007. Delitos contra la administración pública

© 2007, Fidel Rojas Vargas

© 2007, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Laser Graf. Huancayo*

Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2006-10251

ISBN 9972-04-105-0

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

LIMA

Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima

Tlf: (51-1) 427 3147

Telefax: (51-1) 427 6038

grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Cercado de Lima

Tlf: (51-1) 321 0258

libreria_grijley@speedy.com.pe

TRUJILLO

Jr. Pizarro 540

Telefax: (044) 471640 / Celular: (044) 967 6885

grijley_trujillo@speedy.com.pe

CHICLAYO

San José 1067

Tlf.: (074) 204146

AREQUIPA

Santa Martha 304 - Of. 103

Tlf.: (054) 288 379 / Celular: (054) 929 6700

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación a la Cuarta edición</i>	li
<i>Presentación a la reimpresión de la Tercera edición</i>	liii
<i>Presentación a la Tercera edición</i>	lv
<i>Presentación a la Segunda edición</i>	lvii
<i>Reconocimientos</i>	lxi
<i>Introducción</i>	lxiii
<i>Indicaciones finales complementarias</i>	lxix

PRIMERA PARTE CUESTIONES DE DERECHO PÚBLICO

TÍTULO I CUESTIONES DE DERECHO PÚBLICO

I. Administración pública y derecho penal	5
II. El bien jurídico protegido: la administración pública	10
1. Noción básica de administración pública	10
2. Amplitud temática	12
3. La administración pública como bien jurídico	14
4. ¿Existe un concepto jurídico-penal de administración pública?	18
5. Objeto jurídico genérico y específico de la tutela penal	19
6. El titular del bien jurídico, el sujeto pasivo y la víctima	19
III. La función pública: ¿noción jurídico penal?	20
1. Definiciones	22
2. Naturaleza jurídica de la función pública	24
3. Funciones públicas	28

4. Función pública y privatizaciones	31
5. Características de la función pública	33
6. Relaciones y diferencias con «servicio público» y «servicio de necesidad pública» ..	35
7. Los particulares y la función pública	38
IV. El funcionario público	39
1. Clases de funcionarios	41
V. El servidor público	44
VI. La autoridad	45
VII. Trabajador público	47
VIII. Los asesores	48
IX. Funcionarios de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta: interpretación literal o teleológica del Artículo 40º de la Constitución	49
X. Responsabilidad por los actos u omisiones de los funcionarios y servidores públicos	55

TÍTULO II CUESTIONES BÁSICAS DE POLÍTICA Y DOGMÁTICA PENAL

I. Objetivos y bibliografía	63
II. La política penal peruana en relación a los delitos contra la administración pública	65
III. Aspectos de técnica legislativa	72
1. Sistematicidad y ubicación	72
2. Delitos especiales (de infracción de deber) y comunes (de dominio o de organización)	73
3. Naturaleza de los tipos penales: abiertos-cerrados, simples-complejos, complementarios, de lesión o peligro, instantáneos, permanentes, activos u omisivos	80
4. Agravantes-Atenuantes	82
IV. Dolo y culpa	83
V. Autoría y participación en los delitos cometidos por funcionarios públicos	87
VI. La teoría analítica del delito	91
1. Planteamiento del tema	91
A. Ser típico (tipicidad penal)	92
B. Ser antijurídico (antijuricidad)	92
C. Ser culpable (culpabilidad)	93
VII. Las fases negativas del delito en los delitos contra la administración pública (la teoría analítica de afirmación)	94
1. Importancia	95

2. Falta de tipicidad o atipicidad	96
3. Causas de justificación de la antijuricidad	98
4. Causas de inculpabilidad	104
VIII. Tentativa y consumación en los delitos contra la administración pública	106
IX. Concurso de delitos	107
X. Consecuencias jurídicas	108
XI. Prescripción	111
XII. La jurisprudencia peruana	113

SEGUNDA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

I. Notas breves de historia	117
II. Funcionario público: características	126
III. Concepto administrativo de funcionario público	133
1. Definiciones legales y jurisprudenciales	133
2. Requisitos	136
IV. Concepto penal de funcionario público	140
V. Hacia un concepto anticipado y formal de funcionario público en la Convención Interamericana contra la corrupción	145
VI. Concepto estricto, amplio, residual y particularizados de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	150
VII. El funcionario de hecho: la tendencia orientada hacia una noción material de funcionario público	154
VIII. Los sujetos públicos y los deberes de garante	165
IX. Deberes éticos y administrativos de los funcionarios y servidores públicos	169
X. El artículo 425º del Código Penal peruano de 1991	176
1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa	178
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular	179
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	181
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares	184
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional	186
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley	187
XI. Los delitos de infracción de deber	188
XII. El rol del <i>extraneus</i> en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos	194

TÍTULO PRIMERO LOS DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD

I.	Poder y autoridad	201
II.	Abuso de poder y abuso de autoridad	203
III.	El <i>nomen iuris</i> «abuso de autoridad»	204
IV.	Modelos históricos de los delitos de abuso de autoridad	205
V.	Perú: aspectos de sistemática y técnica legislativa	207
VI.	Lo reglado y la discrecionalidad frente al acto arbitrario	210

1

Abuso genérico o innominado de autoridad

I.	Características principales	214
II.	Antecedentes legales	216
III.	La figura penal: concepto y tendencias contemporáneas	216
IV.	Bien jurídico protegido	217
V.	Sujeto activo y vinculación funcional	220
VI.	Sujeto pasivo	221
VII.	Comportamientos típicos	223
	a) La calidad de funcionario público	223
	b) El abuso de atribuciones	224
	c) Las modalidades delictivas: <i>cometer</i> u <i>ordenar</i> (un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de alguien)	227
	d) El acto arbitrario cualquiera	233
	e) El perjuicio de alguien producto del acto abusivo arbitrario	235
VIII.	El componente subjetivo: el dolo	237
IX.	Consumación del delito	240
X.	Penalidad	241
XI.	Autoría y participación	241
XII.	Circunstancia agravante: hechos derivados de un procedimiento de cobranza coactiva	243
XIII.	Concurso de delitos	246
XIV.	Fases negativas del delito	248
	1. Atipicidad	248
	2. Justificación de la antijuricidad	249
	3. Causas de exculpación (inculpabilidad)	250
XV.	Casos	250

XVI. Derecho y legislación extranjera	252
1. Italia (1930)	252
2. Colombia (1980)	254
3. Argentina (1922)	255
4. Francia (1993)	256
5. España (1995)	257
6. Cuba (1988)	258
7. Portugal (1982)	258

2

**Abuso de autoridad específico
con finalidad política y/o electoral**

I. Antecedentes legales	259
II. La figura penal	260
III. El bien jurídico protegido	261
IV. Sujetos activo y pasivo	262
V. Comportamiento típico	263
1. Valerse de la condición funcional	263
2. Condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios públicos	263
3. Con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral	265
VI. Aspectos subjetivos del delito	266
VII. Consumación y tentativa	266
VIII. Penalidad	267

3

Incumplimiento de obligación

I. Antecedentes legales	269
II. La figura penal	270
III. Bien jurídico protegido	271
IV. Sujeto activo: autoría	271
V. Sujeto pasivo	272
VI. El elemento normativo: «ilegalmente»	272
VII. Los comportamientos típicos	275
a) Primera modalidad delictiva: omitir algún acto de su cargo	275
b) Segunda modalidad delictiva: rehusar algún acto de su cargo	277
c) Tercera modalidad delictiva: el retardo de un acto debido	278
VIII. El elemento subjetivo	279

IX. Consumación y tentativa	279
X. Participación	280
XI. Fases negativas del delito	281
1. Atipicidad	281
2. Causas de justificación y exculpación	281
XII. Penalidad	282
XIII. Casos	282
XIV. Derecho y legislación extranjera	282
1. Argentina (1922)	282
2. Italia (1930)	283
3. Panamá (1982)	284
4. Puerto Rico (1975)	284

4

Denegación de auxilio policial

I. Antecedentes legales	285
II. La figura penal	286
III. Bien jurídico protegido	287
IV. Sujeto activo: autoría	288
V. Sujeto pasivo	290
VI. Comportamientos típicos	291
a) Precisiones	291
b) El elemento normativo: sin causa justificada	291
c) La legalidad del requerimiento de la autoridad civil	292
d) La naturaleza del auxilio	294
VII. Elemento subjetivo	294
VIII. Consumación y tentativa	294
IX. Circunstancia agravante del delito	295
X. Participación	295
XI. Concurso de delitos	295
XII. Fases negativas del delito	296
1. Atipicidad	296
2. Justificación y exculpación	296
XIII. Penalidad	296
XIV. Legislación extranjera	296
1. Argentina (1922)	296
2. Colombia (1980)	297

3. Italia (1930)	298
4. Guatemala (1973)	298
5. Portugal (1982)	298
6. España (1995)	298

5

Requerimiento indebido de la fuerza pública

I. Antecedentes legales	301
II. La figura penal	302
III. Bien jurídico protegido	302
IV. Sujeto activo y pasivo	302
V. Comportamientos típicos	303
a) El requerimiento	303
b) La asistencia de la fuerza pública	303
c) El objeto del requerimiento	305
VI. Elemento subjetivo	305
VII. Consumación y tentativa	306
VIII. Participación	306
IX. Fases negativas del delito	307
1. Atipicidad	307
2. Causas de justificación	307
X. Penalidad	307
XI. Legislación comparada	307
1. Argentina (1922)	307
2. Colombia (1980)	307
3. Portugal (1982)	308
4. Costa Rica (1971)	308

6

Abandono ilegal de cargo

I. Antecedentes legales	309
II. La figura penal	310
III. El bien jurídico protegido	311
IV. Sujeto activo: Autoría	311
V. Sujeto pasivo	312
VI. Comportamiento típico	312
a) Abandonar el cargo	312

b) No haber cesado legalmente en el desempeño del cargo	314
c) Daño al servicio	315
VII. Elemento subjetivo	315
VIII. Consumación y tentativa	316
IX. Participación	317
X. Fases negativas del delito	317
1. Atipicidad	317
2. Causas de justificación	317
XI. Penalidad	317
XII. Legislación extranjera	317
1. Colombia (1980)	317
2. España (1973)	318
3. España (1995)	318
4. Portugal (1982)	318
5. Brasil (1940)	319
6. Argentina (1922)	319
7. Panamá (1982)	319
8. Italia (1930)	319

6A

Incitación al abandono colectivo de trabajo

I. Antecedentes legales	321
II. La figura penal	322
III. Sujeto activo y pasivo	322
IV. Comportamiento típico	322
a) Incitar	323
b) El abandono colectivo de trabajo y la huelga	324
V. Elemento subjetivo	324
VI. Consumación y tentativa	325
VII. Participación	325
VIII. Concurso de delitos	325
IX. Legislación extranjera	325

7

Nombramiento ilegal para cargo público

I. Antecedentes legales	327
II. La figura penal	328

III. Bien jurídico protegido	328
IV. Sujeto activo: Autoría	329
V. Sujeto pasivo	329
VI. Comportamiento típico	329
a) Hacer un nombramiento	329
b) Cargo público	330
c) Persona legalmente inidónea o en quien no concurren los requisitos legales	330
VII. Elemento subjetivo	332
VIII. Consumación y tentativa	332
IX. Participación	333
X. Causas de justificación (fase negativa del delito)	333
XI. Legislación extranjera	333
1. Argentina (1922)	333
2. Bolivia (1974)	334
3. Costa Rica (1971)	334
4. Guatemala (1973)	334
5. España (1995)	334

7A

Aceptación ilegal de cargo público

I. Antecedentes legales	335
II. Bien jurídico protegido	335
III. La figura penal	335
IV. Sujeto pasivo y activo	336
V. Comportamiento típico	336
a) Aceptar el cargo	336
b) No concurrencia de los requisitos legales	337
VI. Elemento subjetivo	337
VII. Consumación y tentativa	338
VIII. Participación	338
IX. Concurso de delitos	338
X. Penalidad	338
DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA	339

TÍTULO SEGUNDO LOS DELITOS DE CONCUSIÓN

I. Concusión	349
II. Clases de concusión	351

III. Los modelos de derecho comparado	352
a) Los modelos históricos	352
b) Los modelos contemporáneos	353
IV. El concepto de concusión	354
V. Concusión y extorsión	354
VI. Los delitos de concusión y el Código Penal de 1991	355
VII. Bien jurídico protegido	357

1

Concusión

I. Antecedentes legales	360
II. La figura penal y el derecho comparado	360
III. Bien jurídico protegido	361
IV. Sujeto activo: Autoría	361
V. Sujeto pasivo	362
VI. Comportamientos típicos	363
a) Abuso del cargo	363
b) Obligar a dar o prometer	365
c) Inducir a dar o prometer	367
d) El dar y el prometer dar	369
VII. «Indebidamente»: el elemento normativo del delito de concusión	369
VIII. El objeto de la concusión: «un bien o un beneficio patrimonial»	370
IX. El destinatario: «para sí o para otro»	370
X. Elemento subjetivo	371
XI. Consumación y tentativa	371
XII. Participación	372
XIII. Fases negativas del delito	372
XIV. Penalidad	373
XV. Planteo de interrogantes (problemática)	373
XVI. Legislación extranjera	377
1. Italia (1889)	377
2. Italia (1930)	378
3. Colombia (1980)	378
4. España (1995)	379
5. Brasil (1940)	379
6. Costa Rica (1971)	379
7. Panamá (1982)	379

I. Antecedentes legales	382
II. La figura penal y el derecho comparado	383
III. Bien jurídico protegido	384
IV. Sujeto activo	384
V. Sujeto pasivo	384
VI. Comportamientos típicos	384
a) El abuso del cargo	385
b) El exigir o hacer pagar o entregar	385
c) Contribuciones o emolumentos no debidos	388
d) Contribuciones o emolumentos en cantidad que excede a la tarifa legal (condición objetiva de punibilidad)	391
e) Exceso de celo o aprovechamiento patrimonial: El destino de lo pagado o entregado indebidamente	392
VII. Elemento subjetivo	394
VIII. Consumación y tentativa	395
IX. Participación	396
X. Penalidad	396
XI. Fases negativas del delito	396
1. Atipicidad	396
2. Causas de justificación y de exculpación	397
XII. Planteo de interrogantes (problemática) y concurso de delitos	397
XIII. Concusión básica y exacción ilegal: diferencias	400
XIV. Legislación extranjera	401
1. Argentina (1922)	401
2. Proyecto del Código Penal Federal suizo (1918)	402
3. Alemania (1871, vigente con reformas)	402
4. España (1973, derogado)	402
5. España (1995)	402
6. Francia (1993)	402
7. Brasil (1940)	403
8. Colombia (1936, derogado)	403
9. Panamá (1982)	404
10. México (1922)	404

3
Colusión ilegal

I.	Antecedentes legales	405
II.	La figura penal y el derecho comparado	406
III.	El bien jurídico protegido	407
IV.	Sujeto activo y sujeto pasivo	408
V.	Comportamiento típico	409
	a) Núcleo rector típico	410
	b) Ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos	417
	1. Contratos	417
	2. Suministros	417
	3. Licitaciones	418
	4. Concursos de precios	419
	5. Subastas	419
	6. Cualquier otra operación semejante	420
	c) Ámbito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado	420
	1. Convenios	420
	2. Ajustes	421
	3. Liquidaciones	421
	4. Suministros	422
VI.	Elemento subjetivo	422
VII.	Consumación y tentativa	422
VIII.	Penalidad	425
IX.	Fases negativas del delito	425
	1. Atipicidad	425
	2. Causas de justificación	427
X.	Participación y rol de los interesados	427
XI.	Concurso de delitos	429
XII.	Legislación extranjera	429
	1. Argentina (1922)	429
	2. España (1973)	430
	3. España (1995)	430
	4. Bolivia (1982)	430
	5. Chile (1873)	431

Patrocinio ilegal de intereses particulares

I. Antecedentes legales	433
II. La figura penal	434
III. Bien jurídico protegido	434
IV. Sujeto activo y pasivo	434
V. Comportamiento típico	435
a) Valerse del cargo	435
b) Patrocinar intereses de particulares ante la administración pública	435
VI. Elemento subjetivo	438
VII. Consumación y tentativa	438
VIII. Penalidad	438
IX. Participación	438
X. Concurso de delitos	438
XI. Legislación extranjera	438
1. Brasil (1940)	438
2. Italia (1930)	439
3. España (1995)	439
4. Colombia (1980)	439

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	441
II. La figura penal	443
III. Los sujetos activos del delito	443
IV. El objeto del delito	446
V. Los comportamientos ilícitos y la aplicación de lo dispuesto en los delitos de colusión y patrocinio ilegal	447
VI. Elemento subjetivo	448
VII. Consumación y tentativa	448
VIII. Penalidad	448
DELITOS DE CONCUSIÓN: SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA	449

TÍTULO TERCERO LOS DELITOS DE PECULADO

I.	Peculado	465
II.	Clases de peculado	466
III.	La naturaleza jurídica del delito de peculado: bien jurídico	468
IV.	Los modelos de derecho comparado europeo y latinoamericano	471
V.	El concepto «patrimonio público»	472
VI.	Aspectos de técnica legislativa	474

1 Peculado doloso

I.	Antecedentes legales	478
II.	La figura penal	478
III.	Bien jurídico protegido	480
IV.	Sujeto activo: Autoría	480
V.	Sujeto pasivo	483
VI.	Comportamientos típicos	483
	a) La relación funcional: «por razón de su cargo»	484
	b) La percepción, administración y custodia	487
	c) Modalidades delictivas: «apropia o utiliza»	489
	d) El destinatario: «para sí o para otro»	494
	e) El objeto material del delito: los «caudales o efectos»	497
VII.	Elemento subjetivo	500
VIII.	Consumación y tentativa	500
IX.	Penalidad	502
X.	Aspectos puntuales de análisis	502
	a) La amplitud del concepto «caudal: inclusión de los bienes inmuebles»	502
	b) El valor o cuantía de lo apropiado	503
	c) Pertenencia o propiedad de los caudales y efectos	505
	d) La importancia de la pericia técnica de valorización	505
XI.	Autoría y Participación	506
XII.	Concurso de delitos	508
XIII.	Agravante	508
XIV.	Fases o aspectos negativos del delito	509
	1. Atipicidad	509
	2. Causas de justificación	511
XV.	Planteo de interrogantes (problemática)	511

XVI. Legislación extranjera	518
1. Argentina (1922)	518
2. España (1973)	518
3. España (1995)	519
4. Uruguay (1933)	519
5. Francia (1810)	520
6. Italia (1889)	520
7. Colombia (1980)	520
8. Italia (1930)	521
9. Bolivia (1972)	521
10. Portugal (1982)	522
11. Brasil (1940)	522

2

Peculado culposo

I. Antecedentes legales	523
II. La figura penal	524
III. Bien jurídico protegido	524
IV. Componentes típicos	525
a) La sustracción	525
b) La culpa del funcionario o servidor público	525
V. El sujeto activo: Autoría	528
VI. La otra persona: Concurso de delitos	528
VII. El elemento subjetivo	529
VIII. Consumación y tentativa	530
IX. Penalidad	531
X. Circunstancia agravante	531
XI. Fases negativas del delito	532
1. Atipicidad	532
2. Causas de justificación y de exculpación	532
XII. Legislación extranjera	532
1. Argentina (1922)	532
2. España (1870)	533
3. España (1973)	533
4. España (1995)	533
5. Bolivia (1972)	533

6. Colombia (1980)	533
7. Costa Rica (1971)	534
8. Panamá (1982)	534

3

Peculado de uso

I. Antecedentes legales	535
II. La figura penal y el derecho comparado	536
III. Bien jurídico protegido	537
IV. Sujeto activo: Autoría	537
V. Sujeto pasivo	537
VI. Comportamientos típicos	537
a) Usar o permitir que otro use	538
b) Vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública o bajo su guarda	539
c) Fines ajenos al servicio	540
VII. Peculado de uso y principio de lesividad	540
VIII. Elemento subjetivo	540
IX. Consumación y tentativa	541
X. Participación	542
XI. Ámbito de la excepción típica: servicio personal por razón del cargo	542
XII. Concurso de delitos	543
XIII. Fases negativas del delito	544
1. Atipicidad	544
2. Causas de justificación	544
XIV. Penalidad	544
XV. Legislación extranjera	544
1. Colombia (1980)	544
2. Argentina (1922)	545
3. España (1973)	545
4. Portugal (1982)	546

4

Malversación de dinero o bienes

I. Antecedentes legales	547
II. La figura penal y el derecho comparado	548
III. Bien jurídico protegido	549

IV. Sujeto activo: Autoría	550
V. Sujeto pasivo	550
VI. Comportamiento típico	551
a) La administración de dinero o bienes: Relación funcional	551
b) Dar aplicación definitiva diferente a la destinada: Actos de malversación	552
VII. Elemento subjetivo	555
VIII. Consumación y tentativa	556
IX. Participación	557
X. Circunstancias agravantes	558
XI. Penalidad	558
XII. Fases negativas del delito	559
1. Atipicidad	559
2. Causas de justificación de la antijuricidad o ilicitud del hecho	559
3. Causas de exculpación	560
XIII. Casos frecuentes	560
XIV. Legislación extranjera	560
1. España (1973)	560
2. Argentina (1922)	560
3. España (1995)	561
4. Italia (1930)	561
5. Colombia (1930)	561
6. Chile (1874)	562

5

Demora injustificada de pago

I. Antecedentes legales	563
II. La figura penal	564
III. Bien jurídico protegido	564
IV. Sujeto activo: Autoría	565
V. Sujeto pasivo	566
VI. Comportamiento típico	566
a) «Teniendo fondos expeditos»	566
b) «Demorar [...] un pago ordinario o decretado por la autoridad competente»	566
c) «Injustificadamente»	567
VII. Elemento subjetivo	567
VIII. Consumación y tentativa	567
IX. Participación	568

X.	Fases negativas del delito	568
XI.	Penalidad	569
XII.	Concurso de delitos	569
XIII.	Legislación extranjera	569
1.	Argentina (1922)	569
2.	España (1973)	569
3.	España (1995)	569
4.	Guatemala (1973)	570
5.	Costa Rica (1971)	570

6

Rehusamiento a la entrega de bienes

I.	Antecedentes legales	571
II.	La figura penal	571
III.	Bien jurídico protegido	572
IV.	Sujeto activo: Autoría	573
V.	Sujeto pasivo	573
VI.	Comportamiento típico	573
a)	La existencia del depósito, custodia o administración	574
b)	Rehusar la entrega de dinero, cosas o efectos (objeto del delito)	574
c)	Requerimiento	575
VII.	Elemento subjetivo	575
VIII.	Consumación y tentativa	576
IX.	Participación	576
X.	Causas de justificación	576
XI.	Penalidad	576
XII.	Concurso de delitos	577
XIII.	Legislación extranjera	577
1.	Argentina (1922)	577
2.	España (1973)	577
3.	Chile (1874)	577

7

Peculado por extensión
(peculado impropio)

I.	Antecedentes legales	579
II.	Sujeto activo	580

III. Sujeto pasivo	581
IV. Análisis global y comentarios	581
a) Los autores y el objeto de la acción	583
1. Los Administradores o custodios de dineros de las entidades de beneficencia y similares	583
2. Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente	585
3. 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	588
b) Comentarios	589
V. Bien jurídico protegido	589
VI. La equiparación legal	590
VII. Legislación comparada	591
1. Argentina (1922)	591
2. España (1973)	591
3. España (1995)	591
4. Colombia (1980)	591
5. Chile (1874)	592
6. Bolivia (1972)	592
DELITOS DE PECULADO: SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA	593

TÍTULO CUARTO LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

I. Consideraciones generales	619
II. La corrupción	623
III. Corrupción, cohecho y soborno	624
IV. La corrupción privada y el soborno transnacional	626
V. La corrupción pública delictiva en el contexto legal internacional	629
VI. Modalidades de corrupción delictiva	631
a) Cohecho pasivo	631
b) Cohecho propio	633
c) Cohecho impropio	633
d) Cohecho activo	633
e) Cohecho antecedente y cohecho subsecuente	634
f) Observaciones pertinentes	635
VII. Los medios corruptores	635

a) El donativo	638
b) La promesa	640
c) Las ventajas	641
d) El beneficio	643
e) Casos particulares: los cohechos disfrazados, las coimas y los favores	644
VIII. El bien jurídico protegido	646
IX. La plurisubjetividad de los delitos de cohecho	648
X. Los modelos español e italiano de cohecho	650
XI. La sistemática peruana de los delitos de cohecho	651
a) Tipos penales de corrupción pasiva	651
b) Tipos penales de corrupción activa	651
c) Tipos especiales de corrupción	651
XII. Aspectos de técnica legislativa empleada	652
a) Los verbos rectores utilizados	652
b) Las fórmulas corruptoras	653
c) Naturaleza y complejidad de los tipos penales	653
d) Tipos de resultado y de actividad-peligro	653
e) Elementos subjetivos	654
f) Funcionarios y particulares	654
g) Sistema de penas	655
XIII. Figuras penales (o delitos de cohecho) no contempladas en el Código penal de 1991	656
XIV. La reforma del 2004 a los delitos de corrupción: antecedentes y características generales de la Ley N° 28355	657

Capítulo I Delitos de corrupción pasiva

I. Bien jurídico protegido	669
II. Los verbos rectores: acepte - reciba - solicita - condiciona	669
a) Acepta (acepte)	669
b) Reciba	671
c) Solicita	672
d) Condiciona	672

1 Cohecho pasivo propio

I. Antecedentes legales	676
II. La figura penal	676
III. Sujetos activo y pasivo	677
IV. Comportamientos típicos	678

a) Primera modalidad delictiva de cohecho pasivo propio: aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones	679
b) Segunda modalidad de cohecho pasivo propio: solicitar directa o indirectamente, donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o provecho para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas.	689
c) Tercera modalidad delictiva: condicionar la conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja	691
V. Elemento subjetivo	692
VI. Consumación y tentativa	693
VII. Participación	697
VIII. Concurso de delitos	698
IX. Penalidad	698

2

Cohecho pasivo impropio

I. Antecedentes legales	700
II. La figura penal y las modificaciones de la Ley N° 28355	700
III. Sujetos activo y pasivo	702
IV. Comportamientos típicos	702
a) Los medios corruptores	703
b) Para practicar un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación	705
c) O como consecuencia del ya realizado: El cohecho pasivo impropio subsecuente	706
V. Elemento subjetivo	707
VI. Consumación y tentativa	707
VII. La impropiedad del cohecho pasivo	709
VIII. Penalidad	710

3

Cohecho pasivo específico propio de Magistrado,
Árbitro, Fiscal, miembro de
Tribunal Administrativo, perito o análogo

I. Antecedentes legales	712
II. La figura penal y las modificaciones de la Ley N° 28355	713
III. Alta penalización y magistratura	714
IV. Bien jurídico específico tutelado	715
V. Sujeto activo	715

VI. Sujeto pasivo	717
VII. Comportamientos típicos	717
VIII. Elemento subjetivo	719
IX. Consumación del delito y tentativa	719
X. Penalidad	720

4

Corrupción de secretario judicial
o auxiliar de justicia

I. Antecedentes legales	721
II. La figura penal	722
III. Sujetos activo y pasivo	722
a) Secretario judicial	723
b) Relator	723
c) El especialista	724
d) Auxiliar jurisdiccional	724
e) Cualquier otro análogo	724
IV. Comportamiento típico	725
V. Penalidad	726
VI. Elemento subjetivo	726
VII. Consumación y tentativa	726
VIII. Fases negativas de delito en los delitos de cohecho pasivo (propio, impropio, específico)	726
1. Atipicidad	726
2. Causas de justificación de la antijuricidad	727
3. Causas de exculpación	727
IX. Legislación comparada. Cohecho pasivo propio e impropio	727
1. Francia (1810)	727
2. Alemania (1871)	728
3. Proyecto de Código penal suizo (1918)	728
4. Italia (1930)	729
5. Argentina (1922)	729
6. Colombia (1980)	730
7. España (1995)	731
8. Chile (1874)	732
9. México (1922)	732
10. Bolivia (1972)	733

Capítulo II
Delitos de corrupción activa

1

Corrupción activa genérica
(propia e impropia)

I.	Antecedentes legales	736
II.	La figura penal y las modificaciones producidas por Ley Nº 28355	736
III.	Bien jurídico específico protegido	737
IV.	La naturaleza activa del delito	738
V.	¿Es el cohecho activo el reverso del cohecho pasivo?	738
VI.	Sujeto activo y pasivo	739
VII.	Comportamientos típicos	739
	a) Primera modalidad delictiva: Corrupción activa propia	739
	b) Segunda modalidad delictiva: Corrupción activa impropia	745
VIII.	Elemento subjetivo	746
IX.	Consumación y tentativa	746
X.	Penalidad	747
XI.	Fases negativas del delito	748
	1) Atipicidad	748
	2) Causas de justificación y exculpación	748
XII.	Legislación comparada	749
	1) Francia (1810)	749
	2) Alemania (1871)	749
	3) Italia (1889)	750
	4) Italia (1930)	750
	5) España (1973)	751
	6) España (1995)	751
	7) Argentina (1922)	751
	8) Colombia (1980)	752
	9) Portugal (1982)	752
	10) Brasil (1940)	753
	11) Chile (1874)	753

2

Cohecho activo específico sobre Magistrado, Fiscal, Perito, Arbitro,
miembro de Tribunal Administrativo o análogo
(corrupción activa específica agravada)

I.	Antecedentes legales	756
----	----------------------------	-----

II. La figura penal	756
III. Bien jurídico específico protegido	758
IV. Sujeto activo: Autoría	758
V. Sujeto pasivo	758
VI. Comportamiento típico	759
a) Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo	759
b) Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo	760
c) Abogado, que individualmente o formando parte de un Estudio de Abogados ofrece, da o corrompe	761
d) El objeto del comportamiento típico: Influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia	762
VII. Elemento subjetivo	764
VIII. Consumación y tentativa	765
IX. Penalidad	765

3

**Corrupción activa efectuada por abogado
(Arts. 398-A y 398-B)**

I. Antecedentes legales	767
II. La figura penal	768
III. La modalidad atenuada	768
IV. Penalidad	768
V. ¿Inhabilitación de efectos especiales o inhabilitación absoluta? (art. 398-B)	769
VI. Abuso legal de poder y arbitrariedad político penal	770
VII. Modalidad atenuada de corrupción activa específica	771

Capítulo III

Figuras especiales de corrupción

1

Tráfico de influencias

I. Antecedentes históricos	774
II. Antecedentes legales	775
III. La figura penal, las reformas practicadas y el derecho comparado	775
IV. Bien jurídico protegido	782
V. Sujetos activo y pasivo	786

VI. Comportamientos típicos	787
a) Invocar influencias reales o simuladas	788
b) Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo	794
c) Recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja	797
VIII. Elemento subjetivo	798
IX. Consumación y tentativa	799
X. La circunstancia agravante por la calidad del sujeto activo	800
XI. Penalidad	801
XII. La situación legal del interesado: coautor, cómplice, inductor, concurrente inocuo, víctima	801
XIII. La situación legal del funcionario o servidor influenciado: acto infuncional, cohecho pasivo, prevaricato, abuso de autoridad	806
XIV. Estafa y tráfico de influencias	807
XV. Fases negativas del delito	808
1. Atipicidad	808
2. Causas de justificación	809
XVI. Problemática	809
XVII. Legislación extranjera	811
1. Italia (1889)	811
2. Italia (1930)	811
3. Colombia (1980)	812
4. España (1973)	812
5. España (1995)	812
6. Argentina (Ley 25.188 que adiciona al Código Penal el art. 256 bis)	813
7. Portugal (1995)	814
8. Chile (1874)	814

2

Negociación incompatible

I. Antecedentes legales	815
II. La figura penal	816
III. Bien jurídico protegido	818
IV. Sujeto activo y pasivo	819
V. Comportamientos típicos	820
a) Indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero	820
b) El objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación ...	824
c) Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional	824

VI. Elemento subjetivo	825
VII. Consumación y tentativa	825
VIII. Participación	826
IX. Penalidad	827
X. Concurso de delitos	827
XI. Fases negativas del delito	827
1. Atipicidad	827
2. Causas de justificación	828
3. Causas de exculpación	828
XII. Problemática	828
XIII. Legislación extranjera	830
1. España (1870)	830
2. España (1995)	830
3. Francia (1810)	831
4. Italia (1930)	831
5. Argentina (1922)	831
6. Portugal (1982)	831
7. Colombia (1980)	832
8. España (1995)	832

3

Enriquecimiento ilícito

I. Antecedentes legales	834
II. La figura penal	835
III. Los modelos de enriquecimiento	836
a. Fórmulas en base al referente material	837
b. Fórmulas en base al referente formal	837
c. Fórmulas en base a cláusula condicional	837
d. Fórmulas en base al destinatario	837
e. Fórmulas en base a la penalidad	837
IV. La figura penal y el derecho comparado	838
V. Aspectos históricos en América Latina	839
VI. El incremento del patrimonio: la noción de enriquecimiento	842
VII. Las fuentes del enriquecimiento	846
VIII. El delito de enriquecimiento ilícito	847
IX. El bien jurídico protegido	854
X. Sujeto activo y pasivo	856

XI. El injusto objetivo	857
1. El contraste ostensible entre el patrimonio económico <i>ex-ante</i> y el patrimonio económico <i>ex-post</i> del sujeto público	857
2. El incremento relevante	858
3. Los medios típicos de enriquecimiento ilícito	859
4. La ilicitud formal y el deber de justificación por parte del sujeto activo	861
5. La relación funcional del enriquecimiento con el cargo	864
XII. Elemento subjetivo	866
XIII. Consumación y tentativa	867
XIV. Participación	869
XV. La subsidiaridad del delito	870
XVI. Agravante por la calidad y posicionamiento del agente	873
XVII. Penalidad	873
XVIII. Fases negativas del delito	873
1. Atipicidad y causales de justificación:	873
XIX. Legislación extranjera	874
1. Argentina (1922)	874
2. Colombia (1980)	874
3. Panamá (1982)	875
4. Costa Rica (1971)	875
5. Venezuela (Ley del 31 de marzo de 1964)	875
6. Puerto Rico (Decreto 270 del 13 de febrero de 1973)	876
7. México (1922)	876
8. Convención Interamericana Contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)	877
9. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (México, 2003)	877
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA	879

TERCERA PARTE DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

I. Los particulares: Precisiones	891
II. Los códigos penales peruanos	891
III. El panorama en la legislación penal de América Latina	893

TÍTULO PRIMERO DE LOS DELITOS DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES

I. Aspectos de historia	895
-------------------------------	-----

II.	Modelos actuales de derecho comparado	896
1.	Italia (1930)	896
2.	España (1995)	896
3.	Francia (1993)	896
III.	Aspectos de técnica legislativa del Código Penal peruano	897
1.	Artículo 361	897
2.	Artículo 362	897
3.	Artículo 363	898
4.	Artículo 364	898

1

Usurpación de funciones públicas

I.	Antecedentes legales	900
II.	La figura penal y el derecho comparado	900
III.	Bien jurídico protegido	901
IV.	Sujeto activo y pasivo	902
V.	Usurpación de funciones: Objeto material de la acción	902
1.	Primer caso	903
2.	Segundo caso (ampliación del anterior)	903
3.	Tercer caso	903
4.	Cuarto caso	904
VI.	Comportamientos típicos	905
VII.	Primera modalidad delictiva: Usurpar una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales	906
a)	El contenido de la usurpación: la función pública	906
b)	La acción de usurpar sin título o nombramiento	908
c)	Usurpación de autoridad militar o policial: dar órdenes	911
VIII.	Segunda modalidad delictiva: El que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo	912
IX.	Tercera modalidad delictiva: El que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene	914
X.	Elemento subjetivo	917
XI.	Consumación y tentativa	918
XII.	Penalidad	918
XIII.	Circunstancia agravante: Prestar resistencia o enfrentarse a las fuerzas del orden ..	919
XIV.	Participación	919
XV.	Concurso de delitos	920
XVI.	Fases negativas del delito	920

1. Atipicidad	920
2. Causales de justificación	920
3. Causales de exculpación	920
XVII. Imputación objetiva	921
XVIII. Legislación extranjera	921
1. Argentina (1922)	921
2. Proyecto de Código Penal Federal suizo (1918)	921
3. Portugal (1982)	921
4. Italia (1930)	922
5. Francia (1810)	922
6. Puerto Rico (1975)	922
7. Colombia (1980)	923
8. España (1995)	923

2

Usurpación de emblemas y calidades

I. Antecedentes legales	925
II. La figura penal y el derecho comparado	926
III. Bien jurídico protegido	927
IV. Sujeto activo y pasivo	927
V. Comportamientos típicos	927
VI. Primera modalidad delictiva: Ostentar públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce	927
a) La publicidad de la ostentación	928
b) La ilegitimidad del acto de ostentar	929
c) El objeto de la ostentación pública	929
VII. Segunda modalidad delictiva: Arrojar grado académico, título profesional u honores que no le correspondan	930
VIII. Elemento subjetivo	932
IX. Consumación y tentativa	932
X. Imputación objetiva	933
XI. Penalidad	933
XII. Participación	933
XIII. Concurso de delitos	933
XIV. Fases negativas del delito	934
1. Atipicidad	934
2. Causas de justificación	934
3. Causas de exculpación	934

XV. Legislación extranjera	934
1. Italia (1889)	934
2. Italia (1930)	934
3. España (1973)	935
4. Argentina (1922)	935

3

Ejercicio ilegal de profesión

I. Antecedentes legales	938
II. La figura penal, la reforma y el derecho comparado	938
III. Bien jurídico protegido	939
IV. Sujeto activo y pasivo	940
V. Comportamientos típicos	941
a) Primera modalidad delictiva: ejercer profesión sin reunir los requisitos legales	941
b) Segunda modalidad delictiva: Ejercer profesión con falso título	942
c) Circunstancia agravante: si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual	946
VI. Elemento subjetivo	946
VII. Consumación y tentativa	947
VIII. Penalidad	947
IX. Participación	947
X. Fases negativas del delito	948
1. Atipicidad	948
2. Causas de justificación	948
3. Causas de exculpación	948
XI. Concurso de delitos	949
XII. Legislación extranjera	949
1. España (1973)	949
2. España (1995)	949
3. Italia (1930)	949
4. Portugal (1982)	950
5. Bolivia (1972)	950

4

Participación en ejercicio ilegal

I. Antecedentes legales	951
-------------------------------	-----

II. La figura penal	952
III. Bien jurídico protegido	952
IV. Sujeto activo y pasivo	952
V. Comportamiento típico	952
VI. Elemento subjetivo	953
VII. Consumación y tentativa	953
VIII. Penalidad	954
IX. Participación	954
DELITOS DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD: SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA	955

TÍTULO SEGUNDO DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

I. El derecho comparado	963
1. España	964
2. Italia	965
3. Austria	965
4. Francia	966
II. El delito de atentado	966
1. Atentado propio	967
2. Atentado impropio	967
III. La fórmula peruana de atentado-coacción	967
IV. Perú: Aspectos de técnica legislativa	968

1

Atentado-coacción contra autoridad, funcionario o servidor público

I. Antecedentes legales	974
II. La figura penal y el derecho comparado	974
III. El <i>nomen iuris</i>	975
IV. Bien jurídico protegido	975
V. Sujeto activo y pasivo	976
VI. Comportamientos típicos	976
1. Medios típicos de comisión: violencia-amenaza	976
2. Condición negativa de tipicidad: sin alzamiento público	978
3. Los sujetos pasivos: autoridad – funcionario o servidor público	979
VII. Primera modalidad delictiva: Impedir a una autoridad, funcionario o servidor público ejercer sus funciones	979

VIII. Segunda modalidad delictiva: Obligar a practicar a autoridad, funcionario o servidor público un determinado acto de sus funciones	980
IX. Tercera modalidad delictiva: Estorbar a autoridad, funcionario o servidor público, en el ejercicio de sus funciones	981
X. Elemento subjetivo	982
XI. Consumación y tentativa	983
XII. Penalidad	983
XIII. Fases negativas del delito	983
1. Atipicidad	983
2. Causas de justificación	983
XIV. Participación	984
XV. Concurso de delitos	984
XVI. Legislación extranjera	984
1. Suiza (1918)	984
2. España (1870)	984
3. España (1995)	985
4. Italia (1889)	985
5. Italia (1930)	985
6. Argentina (1922)	985

2

**Atentado-coacción específico
contra funcionario y su asistente**

I. Antecedentes legales	987
II. La figura penal y el derecho comparado	988
III. Bien jurídico protegido	989
IV. Sujeto activo y pasivo	989
V. El asistente del funcionario público	989
VI. Comportamientos típicos: Actos materiales	990
1. Medios comisivos: intimidación – violencia	990
2. El objeto del comportamiento ilícito: impedir o trabar un acto funcional específico	991
VII. Impedir la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones	991
VIII. Trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones	992
IX. Elemento subjetivo	993
X. Consumación y tentativa	993
XI. Participación	994
XII. Penalidad	994
XIII. Fases negativas del delito	994

1. Atipicidad	994
2. Causales de justificación	994
XIV. Legislación extranjera	994
1. Italia (1889)	994
2. Italia (1930)	995
3. Argentina (1922)	995
4. Portugal (1982)	995

3

Circunstancias agravantes de los
artículos 365 y 366

I. Consideraciones generales	998
II. Circunstancias agravantes	999
1. El hecho se realiza por dos o más personas (concurso de personas)	999
2. El autor es funcionario o servidor público	1000
3. Cuando el hecho se comete a mano armada	1000
4. El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever	1001
5. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones	1001
6. Caso de muerte previsible	1002
III. Penalidad	1002
IV. Concurso de delitos	1003
V. Legislación extranjera	1003
1. Argentina (1922)	1003
2. España (1973)	1003
3. Portugal (1982)	1004

4

Desobediencia o resistencia a la autoridad

I. Antecedentes legales	1005
II. La figura penal y el derecho comparado	1006
III. Bien jurídico protegido	1006
IV. Sujeto activo y pasivo	1006
V. Comportamientos típicos	1007
1. La orden impartida	1007
2. Primera modalidad delictiva: Desobediencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones	1008

3. Segunda modalidad delictiva: Resistencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones	1010
VI. Causa de atipicidad legal	1012
VII. Elemento subjetivo	1013
VIII. Consumación y tentativa	1013
IX. Penalidad	1014
X. Fases negativas del delito	1014
1. Atipicidad	1014
2. Causas de justificación	1015
XI. Concurso de delitos	1015
XII. Legislación extranjera	1015
1. Argentina (1922)	1015
2. España (1973)	1015
3. España (1995)	1015
4. Portugal (1982)	1016

5

Violación de fueros de autoridad

I. Antecedentes legales	1017
II. La figura penal	1018
III. Bien jurídico protegido	1018
IV. Sujeto activo y pasivo	1018
V. Comportamiento típico	1018
VI. Elemento subjetivo	1020
VII. Consumación y tentativa	1020
VIII. Penalidad	1020
IX. Concurso de delitos	1021
X. Legislación extranjera	1021
1. Puerto Rico (1975)	1021
2. España (1995)	1021

6

Violación de distintivos oficiales

I. Antecedentes legales	1023
II. La figura penal y el derecho comparado	1024
III. Bien jurídico protegido	1024
IV. Sujeto activo	1025

V. Sujeto pasivo	1025
VI. Comportamientos típicos	1025
1. Acción típica: destruir o arrancar	1025
2. Objeto de la acción ilícita: Envoltura, sellos y marcas	1026
3. Relación funcional: Conservación o identificación de objetos por la autoridad ..	1027
VII. Elemento subjetivo	1028
VIII. Consumación y tentativa	1028
IX. Fases negativas del delito	1028
1. Atipicidad	1028
2. Causas de justificación	1029
X. Participación	1029
XI. Concurso de delitos	1029
XII. Legislación extranjera	1029
1. Italia (1889)	1029
2. Italia (1930)	1029
3. Argentina (1922)	1030
4. México (1931)	1030
5. Portugal (1982)	1030
6. Austria (1973)	1030
7. España (1973)	1031

7

Incumplimiento de deberes procesales

I. Antecedentes legales	1033
II. La figura penal	1034
III. Bien jurídico protegido	1034
IV. Sujeto activo	1034
V. Sujeto pasivo	1035
VI. Comportamientos típicos	1035
a) Abstenerse de comparecer a prestar declaración, informe o servicio	1035
b) Abstenerse de prestar declaración, informe o servicio	1036
VII. La legalidad del requerimiento	1036
VIII. Elemento subjetivo	1037
IX. Consumación y tentativa	1038
X. Penalidad	1038
XI. Participación	1039
XII. Concurso de delitos	1039

XIII. Legislación extranjera	1039
1. Francia (1810)	1039
2. Italia (1889)	1039
3. Alemania (1871)	1039
4. Argentina (1922)	1040

8

Violación de medios de prueba

I. Antecedentes legales	1041
II. La figura penal y el derecho comparado	1042
III. Bien jurídico protegido	1042
IV. Sujeto activo	1043
V. Sujeto pasivo	1043
VI. Comportamientos típicos	1043
a) Las acciones típicas: Sustraer, ocultar, cambiar, destruir o inutilizar	1043
b) El objeto de la acción ilícita	1045
c) La existencia de un proceso	1047
d) La custodia oficial	1047
VII. Elemento subjetivo	1048
VIII. Consumación y tentativa	1048
IX. Penalidad	1048
X. Fases negativas del delito	1049
1. Atipicidad	1049
2. Causas de justificación	1049
3. Causa de exculpación	1049
XI. Violación culposa de medios de prueba	1050
XII. Concurso de delitos	1050
XIII. Legislación extranjera	1050
1. Italia (1889)	1050
2. Argentina (1922)	1051
3. Portugal (1982)	1051
4. Austria (1973)	1052
5. Panamá (1982)	1052

9

Sustracción de objetos requisados

I. Antecedentes legales	1053
II. La figura penal	1054

III. Bien jurídico protegido	1054
IV. Sujeto activo y pasivo	1054
V. Comportamiento típico	1054
a) La existencia de objeto requisado por autoridad	1055
b) La sustracción de los objetos	1056
VI. Elemento subjetivo	1056
VII. Consumación y tentativa	1057
VIII. Penalidad	1057
IX. Participación	1057
X. Concurso de delitos	1057
XI. Legislación extranjera	1057
1. Proyecto de Código penal suizo (1918)	1057
2. Portugal (1982)	1058
DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA	1059

TÍTULO TERCERO DELITOS DE DESACATO

I. Aspectos históricos	1065
II. Modelos legislativos de desacato	1066
1. España	1066
2. Francia	1067
3. Italia	1068
4. Alemania	1069
III. Desacato o injurias: Tendencias de derecho comparado	1069
IV. Aspectos de técnica legislativa en el Código penal peruano	1071
V. Relevancia jurídica del desacato en el Perú	1072

1

Desacato ofensivo

I. Antecedentes legales	1074
II. La figura penal	1074
III. Bien jurídico protegido	1075
IV. Sujeto activo: Autoría	1075
V. Sujeto pasivo	1075
VI. Comportamientos típicos	1075
1. La ofensa y los medios comisivos: amenazas, injurias o de cualquier manera ofender	1075

2. El objeto del accionar delictivo: la dignidad y el decoro del funcionario público	1078
3. El nexo funcional y el momento de comisión típica	1079
VII. Elemento subjetivo	1080
VIII. Consumación y tentativa	1081
IX. Penalidad	1081
X. Participación	1081
XI. Fases negativas del delito	1081
XII. Concurso de delitos	1082
XIII. Circunstancia agravante	1083
XIV. Jurisprudencia extranjera	1083
1. Jurisprudencia española	1083
2. Jurisprudencia italiana	1084
a) El elemento subjetivo	1084
b) El elemento objetivo	1084
XV. Legislación extranjera	1085
1. Argentina (1922)	1085
2. España (1973)	1085
3. Italia (1930)	1087
4. Francia (1993)	1088
5. Brasil (1940)	1088
6. Guatemala (1973)	1088
7. Bolivia (1972)	1089

2

Desacato mediante desorden

I. Antecedentes legales	1091
II. La figura penal	1092
III. Bien jurídico protegido	1092
IV. Sujeto activo	1092
V. Sujeto pasivo	1093
VI. Comportamiento típico: Actos ejecutivos	1093
a) Causar desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas de las Asambleas Regionales de los Concejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones	1093
b) Entrar armado en dichos lugares	1095
VII. Elemento subjetivo	1095
VIII. Consumación y tentativa	1096

IX. Participación	1096
X. Penalidad	1096
XI. Concurso de delitos	1096
XII. Legislación Extranjera	1097
1. Argentina (1922)	1097
2. España (1973)	1097
3. Colombia (1980)	1097

ANEXOS JURISPRUDENCIA PENAL

1) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

I. Cohecho

1. Delito bilateral	1101
2. Favor carnal	1102
3. Examen de conducir	1102
4. Corrupción de funcionario público	1103
5. Sobornos a Policías	1103
6. Consumación	1103
7. Momento consumativo	1104
8. Relación con la exacción ilegal	1104
9. Acto relacionado con el cargo	1105
10. Cohecho por abstención de acto	1105
11. Abstención en el ejercicio del cargo	1105
12. Entrega de presentes a funcionario con posterioridad al acto	1106

II. Malversación de fondos

13. Bien jurídico protegido	1106
14. Quebrantamiento de la lealtad del funcionamiento	1107
15. Diferencia entre el uso y la apropiación definitiva	1107
16. Doctrina general	1107
17. Elementos del delito	1108
18. Concepto jurídico penal de funcionario público	1108
19. Innecesidad de que en el nombramiento se consigne la tenencia a su cargo de caudales públicos	1108
20. Concepto jurisprudencial de caudales públicos	1109

21.	Irrelevancia del título de posesión de los caudales	1109
22.	Papel de pagos de multas de tráfico	1110
23.	Contribuciones y exacciones municipales	1110
24.	Inaplicabilidad de la atenuante de arrepentimiento espontáneo	1110
25.	Atenuante analógica por separación extemporánea	1111
26.	Error de prohibición	1111
27.	Delito continuado	1111
28.	Relevancia de ánimo de apropiación definitiva o provisional	1112
29.	Malversación impropia o extensiva. Fundamento del delito	1113
30.	Diferencia entre la malversación propia y la impropia	1113
31.	Requisitos configuradores de la malversación impropia	1114
32.	Quebrantamiento de depósitos y alzamiento de bienes	1115

III. Fraudes y exacciones ilegales

33.	Concierto para defraudar a un ente público	1116
34.	Concierto con interesados	1116
35.	Contratación económica con particulares	1118
36.	Sujeto activo del delito	1118
37.	Elementos estructurales	1119
38.	Exigencia de mayores derechos	1120

IV. Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos

39.	Funcionario que se interesa por operación en que tiene que adoptar alguna resolución	1120
40.	Bien jurídico protegido	1121
41.	Interpretación de la expresión «contrato u operación»	1121

2) JURISPRUDENCIA ITALIANA

I.	Peculato	1123
a)	Interesse tutelato e oggetto materiale	1123
b)	Momento consumativo del reato	1124
c)	Nozione di possesso e disponibilità per ragione di ufficio o servizio	1124
d)	Elemento soggettivo	1125

f) Condotta criminosa: appropriazione	1125
g) Peculato d'uso	1126
h) Differenza dalla truffa, dall'appropriazione indebita e dalla violazione della pubblica custodia di cose	1126
II. Concussione	1127
a) In genere	1127
b) Il metus publicae potestatis	1130
c) Elementi costitutivi: denaro o altra utilità	1130
d) Atteggiamento psicologico della vittima e collaborazione di terzi	1130
e) Consumazione del reato e tentativo	1131
f) Elementi distintivi rispetto alla corruzione	1132
III. Corruzione per un atto d'ufficio	1133
a) In genere	1133
b) Consumazione e tentativo	1134
IV. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio	1134
a) Estremi	1134
b) Oggetto del reato	1136
c) Rapporto con altri reati	1136
d) Istigazione alla corruzione	1137
V. Abuso d'ufficio	1138
a) Condizioni per la punibilità. Rapporto con le precedenti fattispecie di abuso innominato e interesse privato in atti d'ufficio	1138
b) Prova dell'abuso	1139
c) Condotta in genere	1139
d) Elemento soggettivo	1140
VI. Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale – Resistenza a un pubblico ufficiale	1141
VII. Resistenza a un pubblico ufficiale	1142
a) Generalità	1142
b) Rapporto con altri reati	1144
VIII. Oltraggio a un pubblico ufficiale	1145
a) Soggetto attivo del reato	1145
b) Elemento soggettivo	1146
c) Elemento oggettivo: casistica	1147
d) Rapporto di causalità	1148
e) Soggetto passivo	1148
f) Prova liberatoria	1148
g) Oltraggio aggravato: comma secondo	1149

h) Oltraggio aggravato: comma quarto	1149
i) Rapporto con altri reati	1149
IX. Oltraggio a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario	1150
X. Oltraggio a un magistrato in udienza	1150
XI. Millantato credito	1151
a) Comma primo	1151
b) Comma secondo	1152
c) Soggetto passivo e danneggiato	1152
d) Rapporto con la truffa	1153

3) CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

- Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (Caracas, marzo 2006)	1155
--	------

4) CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (México, noviembre 2003)	1165
--	------

BIBLIOGRAFÍA	1207
--------------------	------

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 items 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 condicional). Ya propiamente en el análisis de los tipos de cohecho pasivo y activo se ha dado una lectura interpretativa nueva de conformidad a la reforma radical producida por Ley N° 28355 de 06 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, Lima, octubre de 2006.

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 currículas, 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 que por 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 nu-

merosos 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 caracterizado por el condicionamiento con finalidades políticas o electorales (artículo 394-A) y de aumento de la penalidad para los delitos de ejercicio ilegal de profesión (artículo 363) y 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 Ley N° 27975 del 29 de mayo del 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 injurias simple o agravado, 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 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 del 2003.

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 adecuar 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, ALVA CASTILLO, 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 presentados 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, perfectibles por cierto, 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 recepcionado 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 del 2002.

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Entregamos a la comunidad jurídica y 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 convierte 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 ésta no sólo 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). Contrasta en este punto las medidas 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 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.

RECONOCIMIENTOS

El autor quiere dejar testimonio de su profundo reconocimiento a las Dras. Ruth QUISPE VALENZUELA y Marlene NEIRA HUAMÁN, ya que sin su invalorable e incondicional ayuda la obra que ahora se presenta a la comunidad jurídica peruana no habría tenido la seriedad que ostenta.

Mi reconocimiento igualmente a la Dra. Denise BACA CABRERA, y los Dres. Enrique LLONTOP QUESQUÉN y Robinson LOZADA RIVERA, con quienes tuve el privilegio de intercambiar ideas, puntos de vista y afianzar planteamientos sobre numerosos ítems contenidos en el libro. Igualmente, a mi dilecto amigo Carlos ROMERO PACORA, talentoso psicólogo, por sus enfoques desde otra perspectiva.

No puedo dejar de enfatizar mi agradecimiento a Carlos ATOCESA GARCÍA por su esforzada y perspicaz ayuda en la labor de corrección de estilo y en el cuidado de la edición; asimismo a Janett RUIZ REBAZA por su trabajo de diagramación y composición y por su ardua y sacrificada tarea en descifrar mis manuscritos. Y, por cierto, a mi sobrina Cecilia GUERRERO ROJAS, quien tuvo a su cargo la trascripción de las resoluciones judiciales.

INTRODUCCIÓN

1. CONFESIÓN DE PARTE

Realizar en el Perú trabajos de análisis teórico-jurisprudenciales bajo estándares de seriedad y plausibilidad es un desafío que estimula respuestas creativas y –no pocas veces– heroicas por parte del investigador jurídico social, más aún si nos ubicamos en el terreno del derecho penal, donde seguimos inmersos en el contexto de las glosas superficiales y nos autoreferenciamos de las citas de autores españoles y argentinos, sin haber podido explotar las posibilidades de desarrollo teórico que brindan el análisis crítico y creativo de la norma jurídico-penal, así como de la producción jurisprudencial.

Este facilismo manifiesto en los manuales y obras específicas de los autores que discurren en materia penal tiene obviamente sus explicaciones. En efecto, las dificultades son evidentes por sí mismas. Total indiferencia estatal a la investigación jurídica, inexistencia de estudios de base criminológica y de eficacia normativa, un mercado deficitario de publicaciones nacionales, ausencia de textos extranjeros, a los que se agrega la cultura del ocultismo en el manejo de la información en los círculos intelectuales, quienes protegen así sus precarias suficiencias cognitivas.

El presente trabajo ha tenido que lidiar con tales circunstancias y con la creencia generalizada de que escribir un libro sobre un apartado del Código Penal presupone llenarlo de discursos y frases hechas en otros contextos jurídicos.

2. ANTECEDENTES

Los delitos contra la administración pública, como cuerpo temático, no ha gozado en nuestro país de un tratamiento analítico-jurídico observándose tan sólo exploraciones exegéticas superficiales y/o más o menos aceptables comentarios en el contexto del discurso hermenéutico.

En 1938 la temática fue abordada por Ángel Gustavo CORNEJO en su ya clásica obra *Derecho Penal Especial* (Tomo II). Posteriormente, lo haría Manuel G. ABASTOS, en una edición mimeografiada (Compilación de clases dictadas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos). 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 90 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 ALVAREZ dio a la luz su trabajo *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública* y después de la primera edición de nuestra obra han aparecido interesantes estudios de Tomás GÁLVEZ VILLEGAS, Manuel ABANTO VÁSQUEZ, Dino C. CARO CORIA, CÉSAR SAN MARTÍN, José Leandro REAÑO PESCHIERA, José Luis CASTILLO ALVA, entre otros. Por lo demás existe cierta diversidad de artículos dispersos en revistas jurídicas, en anuarios y en periódicos.

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.

3. OBJETIVO Y DESTINATARIOS

- El autor considera como ideal para su cometido el siguiente objetivo: Brindar desde perspectivas histórica, doctrinaria, normativa y de avanzada legislativa, un panorama integral sobre los actos 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 de 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 sólo son jueces abogados, fiscales y policías sus destinatarios ideales, sino en general todo funcionario y/o empleado público que repartido en los espacios habitables del país desempeña y realiza atribuciones.

4. 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 (arts. 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 la alta rigurosidad de la doctrina actual en el análisis jurídico de la norma penal con la producción jurisprudencial de la Corte Suprema, principalmente, sin descuidar en este último aspecto la producción jurisprudencial de la Corte Superior de Lima, a través de la Sala de Apelaciones para procesos sumarios.
- c) Se ha puesto especial atención a los temas y aspectos que ofrecen niveles de dificultad (ya sea por su difícil interpretación, por tratarse de usos inadecua-

dos del lenguaje, o por constituir situaciones límites), es decir aquellos que por lo complejo de su temática, han sido soslayados en trabajos anteriores. Brindándose, en el análisis de determinados delitos y a modo de reforzador del espíritu crítico, una sección de preguntas y respuestas (*problemática*).

- d) Cada título de la segunda y tercera parte del 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 Corte Superior de Lima.
- e) 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.
- f) El libro viene acompañado de un disquete donde el lector podrá encontrar a texto completo una exclusiva relación de ejecutorias supremas y superiores, todas estrechamente vinculadas con el cuerpo sustantivo de la obra.
- g) Para efectos del análisis de los delitos se ha partido en líneas generales de la teoría final del delito, así como de determinados postulados de la teoría de la imputación objetiva.
- h) 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, argentinos, colombianos, italianos y franceses recientes y también anteriores a la dación del Código Penal de 1991 (siglos XIX y XX).
 - De los autores nacionales, hemos 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 (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.
 - 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 en base al 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, 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.

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

5. 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 Art. 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 1863 y del 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 positivas y negativas, la tentativa y consumación, el 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; ésta 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 comprensión 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 ésta un particular o un sujeto calificado (funcionario o servidor). Así, se estudia las variadas figuras de usurpación de autoridad y/o funciones públicas, usurpación de emblemas y calidades, ejercicio ilegal de profesión y participación de en 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).

6. 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 sólo 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, pese a todos nuestros esfuerzos desplegados en su búsqueda, son pocas las ejecutorias de la Corte Suprema en lo que concierne a los delitos de corrupción de funcionarios. Esto se acentúa aún más en el delito de enriquecimiento ilícito, donde no existen orientaciones jurisprudenciales al respecto, no obstante la serie de casos de gran importancia jurídica y política que se hallan al interior de la Sala Suprema Especial no resueltos hasta ahora.

7. OMISIONES

No se ha tratado -y esta es una de las limitaciones de la presente obra- el tema específico de la responsabilidad penal y política del alto funcionariado nacional (gubernante y autoridades del más alto nivel). La inexistencia de una ley moderna e integral de responsabilidad de funcionarios públicos ha contribuido a que el autor se inhiba de tal propósito.

Igualmente no se ha discurrido sobre la responsabilidad civil y administrativa de los funcionarios y servidores públicos, por razones obvias de objeto de estudio.

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 que interrelaciona el análisis de los tipos penales con las construcciones conceptuales de la parte general del derecho penal y del derecho administrativo, 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 sustente el uso de la gran mayoría de términos.
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, en la mayoría de los casos se señala el número de sumilla como el número de la ejecutoria. Así por ejemplo: la anotación “[Sumilla N° 9, p. 341]” de la página 281 nos conduce para mayor información a la *sumilla* 9, la que figura en el listado de sumillas correspondientes al título de los Delitos de Abuso de Autoridad (pp. 339 y ss.). El texto completo de algunas de estas ejecutorias las podrá encontrar en un CD que gratuitamente acompaña a este volumen. En la gran mayoría de los casos, las Ejecutorias Supremas van acompañadas de sus respectivos dictámenes fiscales.
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* puestas en las Ejecutorias 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
CUESTIONES DE
DERECHO PÚBLICO

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 jurídica penal?: 1. *Definiciones*. 2. *Naturaleza 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 40º de la Constitución. X. Responsabilidad por los actos u omisiones de los funcionarios y servidores públicos.

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*, T. I, Barcelona, Bosch, 1970; ÁLVAREZ RODRICH, Augusto: *Principios de empresas estatales y privatización*, Lima, Universidad del Pacífico, 1992; BACACORZO, Gustavo: *Tratado de Derecho Administrativo*, Ts. 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*, T. III, Buenos Aires, Depalma, 1955; 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; 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; 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; MUÑOZ, Italo; 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; 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; MORÓN URBINA, Juan: *La vía administrativa en el derecho peruano*, Lima, Grijley, 1992; NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Infracción administrativo 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, Edicio-

nes 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; PALOMINO, Teodosio: *Trabajadores de confianza. Su situación laboral*, Lima, Juris laboral, 1989; PARADA, Ramón: *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1994; 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; RUIZ ELDREDGE, Alberto: *Manual de derecho administrativo*, Lima, 1990; 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; 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, Jorge - 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; 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

La administración pública, entendida dinámica e institucionalmente ⁽¹⁾, es la forma organizada más extendida del poder público que en las sociedades contemporáneas exhibe (debe necesariamente poseer) atributos de calificación, competencia, tecnificación,

⁽¹⁾ Véase sobre estas distinciones, *infra*, pp. 10 y ss.

infraestructura de medios, racionalidad, y contenido ético-teleológico bien definidos. Su existencia en tanto sistemas preconfigurados y/o unidades burocráticas (de funcionarios y servidores) ⁽²⁾, es y ha significado históricamente una necesidad para los fines del Estado, comprendidos éstos 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 (debe de servir para legitimar socialmente 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 ALCAZAR, la administración pública o las administraciones públicas constituyen una concreción del Estado, ya que de por sí éste carece de realidad en la vida práctica a no ser como una idea superior o abstracta ⁽³⁾.

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, sólo 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 nueva versión conceptualizadora, en tanto expresión elaborada, racional y proyectiva

⁽²⁾ *Idem, infra*, pp. 122 y ss.

⁽³⁾ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de ciencia de la administración*, Vol. I, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1996. El autor cita a CHEVAKIER-LOSCHAK, *La Ciencia Administrativa*, Instituto Nacional de Administración pública, México, 1983, p. 31.

hacia la comunidad, no puede ser una macro actividad de una sola dirección sino que requiere estar siempre concordada con las legítimas expectativas de sus destinatarios, recepcionando y evaluando sus requerimientos a efectos de afirmar cada vez a través de sus actos la vigencia del Estado de Derecho.

Orgánica o subjetivamente, esto es, vista en base a sus entidades y estructuras, a sus niveles y jerarquías, en una sola frase, considerando su 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 dirección haya que efectuar para modernizarlo y dotarle de mayor funcionalidad. Efectivamente, el carácter instrumental que posee toda administración pública, nos recuerda, como acota Adela ASÚA, que ella se halla puesta 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 ⁽⁴⁾.

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 altera-

⁽⁴⁾ Cfr. Adela ASÚA BATARRITA: "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.

da 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,⁽⁵⁾ 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 ⁽⁶⁾.

Ahora bien, el Estado tiene sus propios órganos contralores⁽⁷⁾ 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 ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Lo que José Luis MÉNDEZ llama *el actuar político de las burocracias*. Véase de dicho autor «Estudio introductorio» a la obra de B. GUY PETERS, *La política de la burocracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 12.

⁽⁶⁾ 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 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).

⁽⁷⁾ 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.

⁽⁸⁾ En el Perú las infracciones administrativas y la desviación funcional imputable a los comportamientos de los funcionarios y servidores públicos se hallan

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 ⁽⁹⁾ sólo actúen procesando y dando penas cuando la lesión al bien jurídico ha sido ya producida. Entonces, surge la interrogante de si la norma penal está protegiendo eficaz ⁽¹⁰⁾ 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* de evitar delitos o de componer procesos de lesividad material. Su eficiencia en este punto es muy discutible y relativa, siendo más bien

normados en el Decreto Legislativo 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 de 11 de abril de 2001), Decreto Ley N° 26162 (Ley del Sistema Nacional de Control, de 24 de diciembre de 1992) y en numerosos textos orgánicos de las entidades públicas. La Ley de 28 de setiembre de 1868 sobre responsabilidad de funcionarios públicos rige aún con marcadas limitaciones.

⁽⁹⁾ 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.

⁽¹⁰⁾ 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.

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 ⁽¹¹⁾—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 ⁽¹²⁾); y b) aplicar sanciones penales una vez cometido el hecho prohibido en la norma u omitido 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 jurídicos-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 éste un funcionario, 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.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. *Noción básica de administración pública*

En el no siempre fácil terreno de las definiciones existe sin embargo un nivel plausible de consenso para concebir la administración

⁽¹¹⁾ 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.

⁽¹²⁾ 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.

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» ⁽¹³⁾. 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 ⁽¹⁴⁾.

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) ⁽¹⁵⁾, cada uno con sus numerosos órganos y planos

⁽¹³⁾ Véanse ALESSI, Renato: *Instituciones de Derecho administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970, T. I, pp. 11 y 12; BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto: *Manual de Derecho Administrativo*, México, Trillas, 1990, p. 28.

⁽¹⁴⁾ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª ed., T. I, Madrid, Civitas, 1999, pp. 27 y 28.

⁽¹⁵⁾ 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, T. 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 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

jerarquizados y con asignaciones propias de cargos y competencias ⁽¹⁶⁾, aunque todavía desde una perspectiva genérica. Para los fines del derecho penal son válidas y útiles las concepciones 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 ⁽¹⁷⁾, no obstante, actualmente prima una perspectiva más amplia para dejar incluida en ella al «todo estatal» ⁽¹⁸⁾ en cuanto desarrollo de funciones y servicios públicos.

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).

⁽¹⁶⁾ Las competencias asignadas a los cargos de la administración pública y, por lo mismo, el límite de sus funciones, carecen del carácter requerible de taxatividad y precisión. Y ello, que pareciera ser una deficiencia, resulta explicable y justificable por lo incommensurable 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.

⁽¹⁷⁾ Véase, por ejemplo, la reducción que hace Fritz FLEINER (1933) en su obra *Instituciones de Derecho administrativo*, citado por VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1949, T. 3, 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).

⁽¹⁸⁾ La teoría del "todo estatal" surgida como respuesta al reduccionismo de la administración pública en función al 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.

Administración pública comprenderá entonces a las funciones y competencias específicas de lo que en estricto se entiende tradicionalmente por Estado, es decir los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo (incluyendo los Ministerios y los organismos descentralizados), 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 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 ⁽¹⁹⁾.

El tema de las empresas públicas en tanto organismos que participen 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 empresa 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 sólo 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 parti-

(19) Véase *infra*, pp. 51 y ss.

cipación minoritaria en los casos de accionariado disperso. Por tanto también estas empresas deben considerarse públicas»⁽²⁰⁾.

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 entre ambas realidades, material la primera, jurídica la segunda. Resulta difícil concebir una sociedad organizada jurídicamente que carezca de administración pública, 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 vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos⁽²¹⁾.

Asimismo es de gran importancia que la sociedad confíe en la administración pública, esto es, que ésta 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»⁽²²⁾ por parte de la Ad-

⁽²⁰⁾ BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de ciencia de la administración*, cit., p. 238.

⁽²¹⁾ 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.

⁽²²⁾ 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

ministración 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 ⁽²³⁾.

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 profuso 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.), racionalizando y dotando de norte el marco legal y la actividad funcional; c) Ejercicio de funciones y 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 son 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

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).

⁽²³⁾ 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 (FEJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, «Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español de 1995», cit., p. 701).

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 ⁽²⁴⁾ lesionan o ponen en peligro cualesquiera (singular o pluralmente) de dichos valores e intereses sociales institucionalizados que el Estado ha considerado valiosos y que constituyen **las condiciones ideales o mínimas** 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.⁽²⁵⁾ En la me-

⁽²⁴⁾ 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".

⁽²⁵⁾ 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

dida 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 ⁽²⁶⁾. Se trata de una creación intelectual normativa asentada en una realidad jurídica social en base a jerarquizaciones de valores ⁽²⁷⁾, 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 ⁽²⁸⁾. La importancia del órgano administrativo estatal, de su naturaleza orgánica, sólo 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 sólo puesta en peligro*. Lo

URQUIZO OLAECHEA, «Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública», cit., pp. 243 y ss.

⁽²⁶⁾ El «bien jurídico» no es simplemente una frase felizmente articulada y propuesta en Alemania por Johann BIRNBAUM (1934), ni tan sólo 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, multi-conceptual y directriz del ordenamiento penal.

⁽²⁷⁾ La jerarquía de valores de la administración pública se mide en función a la gravedad de las penas en la estructura del Código penal peruano.

⁽²⁸⁾ 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».

primero se produce cuando se altera, menoscaba o desestabiliza la regularidad de su funcionamiento. Lo segundo cuando si bien no existe un resultado lesionador, se coloca al bien jurídico en una situación de probable lesión, desconfianza ciudadana o inseguridad. Casos ejemplificadores de este segunda 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.⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ 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*, Buenos Aires, Ediar, 1961, T. 8, Vol. III; BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal. PE*, cit., p. 366; CREUS, Carlos: *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 1990, T. 2, 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, se lesiona o pone en peligro un valor o interés específico, por ejemplo, el patrimonio público en los delitos de peculado y malversación o la dignidad de la función y del funcionario en el desacato, o el principio de imparcialidad y probidad en los delitos de corrupción. Estamos entonces hablando del objeto específico de la tutela penal, o bien jurídico específico.

Tal distinción se aplicará al estudio en especie de los delitos contra la administración pública, efectuado en el presente trabajo, 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*

Debe quedar 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 estatal 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 (arts. 376-378 segundo párrafo), de la concusión (art. 382) o con opiniones dispares en el tráfico de influencias (art. 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 ⁽³⁰⁾, 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 ⁽³¹⁾, 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 contri-

⁽³⁰⁾ 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.

⁽³¹⁾ 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 a la diversidad de instituciones que componen la estructura del Estado, así como a los agentes públicos (funcionarios y servidores) que le sirven.

bución subjetiva jurídicamente relevante para asignar a las personas físicas una cualidad pública de relevancia penal» ⁽³²⁾. Ahondando más sobre el punto y enfatizando las consecuencias, Inmaculada VALEIJE señala que si se asigna una extensión inusitada a la noción de función pública, es posible ampliar la consideración de funcionario a un número indefinido de sujetos, cuyas obligaciones 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 donde empieza y donde termina ésta). 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 ⁽³³⁾.

La función pública, como institución de derecho público, es un conjunto de actividades de contenido jurídico con destinatarios definidos, es decir, legalmente previstas, reguladas normativamente, 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 macro actividades 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 limitada por el derecho objetivo ⁽³⁴⁾. 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.

⁽³²⁾ 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.

⁽³³⁾ VALEIJE, Inmaculada, «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 62, Madrid, 1997, p. 463.

⁽³⁴⁾ Ver VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1951, T. III, 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 éste".

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 ellas 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) ⁽³⁵⁾.
- La idea de «función» implica necesariamente actividad y cuando ésta 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) ⁽³⁶⁾.
- Si 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) ⁽³⁷⁾.
- 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

⁽³⁵⁾ Bartolomé FIORINI: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, T. II, p. 205.

⁽³⁶⁾ VILLEGAS BASAVILBASO: *Derecho Administrativo*, cit., T. III, p. 223.

⁽³⁷⁾ Informe de la Corte Suprema de la Justicia de México, 1959, citado por Roberto BÁEZ MARTÍNEZ: *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 36: "Empleado público" es sinónimo de funcionario público para la normativa constitucional y legal mexicana.

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) ⁽³⁸⁾.

- * La expresión función pública, es sinónima del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea 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 éste se desempeñe (VALEIJE) ⁽³⁹⁾.
- *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).

⁽³⁸⁾ DROMI, Roberto: *Derecho Administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 32.

⁽³⁹⁾ VALEIJE, «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», cit., p. 473.

- [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 en base a principios de eficacia social, compromiso y participación (PATRÓN FAURA / PATRÓN BEDOYA) ⁽⁴⁰⁾.
- Función pública es el conjunto de actividades que se realizan para el cumplimiento de las funciones del Estado y las políticas del gobierno (BACACORZO) ⁽⁴¹⁾.
- 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) ⁽⁴²⁾.

2. Naturaleza jurídica de la función pública

Los 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 en el Perú 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 inter-

⁽⁴⁰⁾ PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro: *Derecho administrativo y administración pública en el Perú*, Lima, Grijley, 1998, pp. 161 y 162.

⁽⁴¹⁾ BACACORZO, Gustavo: *Diccionario de la administración pública*, Lima, Grijley, 1997, T. I, p. 468.

⁽⁴²⁾ ORTECHO VILLENA, Julio: *Juicio político y procesos a funcionarios*, Trujillo, Libertad, 1992, p. 11.

ventoras o comisiones reorganizadoras de entidades públicas, o en una dirección inversa en 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 hacia 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 la función pública y el concepto de funcionario público son vistos hoy desde las siguientes perspectivas ⁽⁴³⁾:

a) *Concepción material de destino o teleológica*, según la cual existirá función pública siempre y cuando las actividades realizadas o por realizar, se hallen destinadas al interés colectivo o al bien común. En este punto se presentan dos bifurcaciones: *primero*, cuando tales actividades *macro* son predicables a los agentes públicos y a 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 concepción de entidades privadas o particulares que ejercen función pública. En el primer caso estamos

(43) Véase sobre esto ROCA AGAPITO, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 93.

frente a la concepción tradicional ortodoxa de función pública, en el segundo en una concepción extensiva o ampliada.

b) *Concepción legal-formal*, en razón a la cual se dará 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.

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.

Tales planteamientos, aún ortodoxos y formal sustantivos de función pública, desde perspectivas no penales obviamente, avalan la tesis mixta que incardina el destino o fin de las macro-actividades funcionales con la necesaria vinculación jurídica de derecho público que presenten los órganos estatales y por lo mismo sus agentes.

En dirección distinta, como podrá colegirse del inciso tercero del artículo 425 del Código Penal, el Derecho Penal peruano no acoge la tesis legal-formal en alusión, ni la tesis mixta o ecléctica, ya que las imputaciones por delitos de función pueden formularse con independencia de cuál sea la naturaleza jurídica bajo la que se halle el sujeto activo o al margen 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 la concepción amplia de destino es la que para efectos penales utiliza el Código Penal peruano.⁽⁴⁴⁾ Aceptar la tesis formal como válida, en materia penal su-

(44) 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

pondría 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 extremo 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, y por lo mismo enfatizando la perspectiva de concreción de las funciones y servicios públicos, se posibilita construir una noción penal de la función pública,⁽⁴⁵⁾ 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 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 la exigencia penales (es el caso de los tutores, curadores, albaceas y otros del artículo 386º 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 de estimación punitiva que es una construcción generada a partir de las exigencias de la norma penal,

función pública», cit., p. 467, con base a 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 VALEJE impiden la construcción de un concepto ahistórico y estable de funciones públicas

(45) Véase VALEJE, «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 cual sea el régimen jurídico que disciplina las actividades desempeñadas (p. 479).

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 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 macro funciones estatales de poder: la *función legisla-*

tiva 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 ⁽⁴⁶⁾. 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 de la actividad estatal, en tanto que las primeras con los medios propios del poder estatal o de su ejercicio. Mas contemporáneamente las funciones públicas tienen una nueva configuración en el mundo postmoderno, 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 tie-

(46) 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).

nen delimitadas sus funciones por la Ley N° 23853 (Ley Orgánica de Municipalidades), los cuales incluyen el fomento del bienestar de los vecinos y el desarrollo integral y armónico de las circunscripciones de su jurisdicción (art. 3).

La función pública puede ser estudiado, 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 a ésta y que le sirven, 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 a la soberanía popular, mediante contratación civil, laboral o a través de la carrera pública. Puede ser igualmente analizada en función a 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 aquél ejerce funciones. Ambas orientaciones interesan al derecho penal, siendo éste utilizado como un medio subsidiario y complementario para obtener los estándares requeribles 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) ⁽⁴⁷⁾.

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

(47) BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal*. PE, cit., p. 312.

por la Constitución Política del Estado, los intereses de la sociedad y el ordenamiento jurídico en su conjunto ⁽⁴⁸⁾.

4. *Función pública y privatizaciones* ⁽⁴⁹⁾

¿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 ésta haya visto reducida sustancialmente su espectro de irradiación y significancia?

Una desapasionada, y por lo mismo serena, lectura de la orientación y resultados de las transferencias 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

⁽⁴⁸⁾ Al respecto, véase VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, Madrid, Edersa, 1996, pp. 27 y 28.

⁽⁴⁹⁾ 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, Italo; 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 período 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.

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 período 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 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. Sólo 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 extendible a las empresas mixtas que participan de la confluencia de capitales estatales y privados. No, porque ya no son imputables a título de delitos de función los funcionarios y servidores de las entidades privatizadas y que ahora prestan servicios públicos a las diferentes colectividades del país ⁽⁵⁰⁾.

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

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

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 (art. 129 de la Ley del Notariado). Las circunstancias de no formar parte de la carrera administrativa, carecer de jerarquías, ejercer liberalmente las funciones, 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 su actos funcionales, parece colisionar con la tesis privatista que propugna por afirmar su particularidad y extraneidad con relación a la administración pública. No obstante esta toma de posición, resulta difícil derivar en los notarios todas 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 cuanto posibilidad de comisión u omisión a todas las especies delictivas del título XVIII del Código Penal. En efecto, resulta difícil asimilar, por ejemplo una exacción ilegal, peculado o un interés ilícito en contrataciones, por sólo poner tres casos de ilicitud penal, en los que el Notario, considerado funcionario público pueda ser imputado penalmente. De lo que se colige que el marco de delitos de función se hallan restringidos en tal hipótesis.

5. Características de la función pública

Podemos mencionar los 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 formalida-

des 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 la totalidad de los asuntos estatales.
- 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 de política nacional. 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 competencias 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 ha posibilitado una noción penal de función pública ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ 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.

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 (artículo 357, 358 y 359) hasta tres niveles de sujetos públicos de interés para el derecho penal ⁽⁵²⁾: funcionarios públicos, persona encargada a cualquier título de un servicio público y persona que ejerce un servicio de necesidad pública ⁽⁵³⁾. 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.

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 activa, directa o indi-

⁽⁵²⁾ Sobre el tema véase el trabajo de ROSINI, Bárbara, *Il pubblico ufficiale, l'incaricato di pubblico servizio e l'esercente un servizio di pubblica necessità*, Padova, Cedam, 1998.

⁽⁵³⁾ C.P. italiano, art. 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".

rectamente, para la satisfacción puntual de necesidades colectivas ⁽⁵⁴⁾. 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 ⁽⁵⁵⁾. 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 ⁽⁵⁶⁾.

Así, *será función pública* el dar leyes, el procesar penalmente o emitir sentencias, el promover el bienestar de la colectividad, el dar seguridad jurídica, el orden público, la seguridad nacional, la representación diplomática, etc. En cambio *serán servicios públicos* las prestaciones de salud, la educación-instrucción impartidas en escuelas y colegios, transporte, 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.

⁽⁵⁴⁾ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1964, T. I, 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.

⁽⁵⁵⁾ Para tener mayores luces al respecto, véase VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1987, pp. 208 y ss.

⁽⁵⁶⁾ FIORINI, *Derecho administrativo*, cit., p. 205 y ss.

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 hacer entre función pública=funcionario, y servicio público=servidor público o empleado, pues en ambas expresiones 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 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⁽⁵⁷⁾: 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»⁽⁵⁸⁾.

(57) MALINVERNI, Alexandre, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penal*, Torino, 1951.

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

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 ⁽⁵⁹⁾ y la adopción de una terminología única.

7. Los particulares y la función pública

Nuestra legislación nacional penal sólo 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 mediante ley o norma jurídica, 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.

La posibilidad de que todas o la mayoría de estas personas puedan ser pasibles de imputación penal extensivamente por delitos funcionales, de acuerdo a las disposiciones amplias del art. 425 inc. 3 del CP y otros tipos penales, queda respondida afirmativamente y estrechamente vinculada al aporte de sus actos en la violación del bien jurídico «*administración pública*», ya como autores o como partícipes.

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

En el contexto del derecho comparado, el Código Penal argentino taxativamente contempla en su artículo 240 ⁽⁶⁰⁾ la hipótesis del particular que detiene o aprehende a un delincuente *in fraganti*, calificándolo de funcionario público en base a una consideración excepcional. 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 desplaza un acto de función pública, asunto que tendrá sus implicancias de contenido penal en el caso que se cometan por parte del ciudadano abusos o irregularidades.

IV. EL FUNCIONARIO PÚBLICO ⁽⁶¹⁾

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 que debe 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 ⁽⁶²⁾ 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 éste (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

⁽⁶⁰⁾ C.P. argentino, art. 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".

⁽⁶¹⁾ Véase mayores precisiones *infra*, p. 41 y ss.

⁽⁶²⁾ 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.

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 éste se dirige a la realización de un fin público ⁽⁶³⁾. No obstante los esfuerzos de BIELSA por dotarle de amplitud al concepto, el derecho administrativo acusa serias dificultad para ofrecer un concepto de validez universal sobre funcionario público, más allá de una descripción de sus 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 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.⁽⁶⁴⁾ 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 de funcionario.

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,⁽⁶⁵⁾ 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

⁽⁶³⁾ 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.

⁽⁶⁴⁾ MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Régimen jurídico de los funcionarios*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 41.

⁽⁶⁵⁾ Véase *infra*, pp. 49 y ss.

y servidor público?; 4) ¿que 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 ítem.

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 abordaremos 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, Vice presidentes, Congresistas Alcaldes, Presidentes de Región, etc.), de confianza política o técnica (cubren puestos de gran importancia y de decisión: Vice Ministros, Directores Generales, Secretarios de Estado, Secretarios generales, Administradores, etc.), interinos (quienes cubren plazas temporalmente o hasta que desaparezca la causa que le dio origen), accesitarios (quienes por

disposición legal cubrirán puestos a la muerte o vacancia de los titulares). Igualmente se clasifica a los funcionarios con base a las reparticiones territoriales y a los alcances de sus facultades (nacionales o locales, de gobierno central, regional, comunal) o conforme al régimen jurídico administrativo de carrera al que pertenecen (funcionarios de 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) tengan 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 que es promovido a Vocal provisional).

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 irregular 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 normatividad en que se fundamentó la elección o nombramiento haya sido declarada ilegal o inconstitucional ⁽⁶⁶⁾, o en el caso de quien acci-

⁽⁶⁶⁾ Al respecto véase PEÑA OSSA, Erleane de Jesús, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p. 49.

dentalmente asume o se arroga una facultad funcional al detener al delincuente que comete un hecho delictivo (por sólo colocar un ejemplo), o que lo persigue al huir éste y lo detiene.

En el Perú ocurre usualmente que los funcionarios de *facto* son tolerados o propiciados por los gobiernos, en situaciones difíciles 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 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.

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. 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.⁽⁶⁷⁾; aquí la diferencia con el funcionario de *facto* se halla en que éste prosigue actuando como funcionario justificado por circunstancias excepcionales o en todo caso con la complacencia comprobable de las entidades públicas

⁽⁶⁷⁾ 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. 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-Ancash (caso con absolución).

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 ⁽⁶⁸⁾, sin embargo, bajo circunstancias de transformaciones políticas por vía violenta, el poder triunfante, como órgano generador de derecho, termina 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.⁽⁶⁹⁾ Esta arbitrariedad 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.

⁽⁶⁸⁾ Al respecto es ilustrativa y orientadora la Ejecutoria Suprema de la Sala Constitucional de fecha 7 de junio de 1995 (Exp. AA Nº 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 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.

⁽⁶⁹⁾ 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».

«*Servidor público*» tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase «*empleado público*» usada anteriormente ⁽⁷⁰⁾. 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; el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria (en el caso del funcionario le rige una base estatutaria unilateral); 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.

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, 372, 375, 378, 379, 391, 407). Sólo 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, sólo que dotado de mando y jurisdicción, ya sea a título personal 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 en base a normas de derecho público en un contexto territo-

⁽⁷⁰⁾ Véase al respecto: BACACORZO, Gustavo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Lima, Gaceta Jurídica, 1997, T. I, p. 399; OLIVERA TORO, Jorge: *Manual de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1967, p. 481.

rial determinado ⁽⁷¹⁾. No todo funcionario público se halla premunido de dichos poderes, menos aún el empleado o servidor público. Son autoridad en el Perú: el Gobernante 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, Sub-Prefectos, 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 ⁽⁷²⁾. 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 ⁽⁷³⁾, 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 civil, han sido normativamente asimilados por el 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

⁽⁷¹⁾ Al respecto PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 10; QUERALT, "El concepto penal de funcionario público", cit., p. 497.

⁽⁷²⁾ QUERALT: "El concepto penal de funcionario público", cit., p. 498.

⁽⁷³⁾ 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 a sus obligaciones cumplen funciones coyunturales de auxilio de naturaleza pública afín o complementaria a la del funcionario.

nacional quienes pueden desempeñar, según sus ámbitos de competencia, función o servicio público o simplemente 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» ⁽⁷⁴⁾.

En el texto del art. 39 de la Constitución peruana de 1993 la utilización del 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 art. 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 art. 39 hace una distinción evidente entre *funcionario* y *trabajador*. De ser así tan sólo 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 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

(74) Contrariamente a lo que aquí se expone, BACACORZO es de la opinión 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., T. I, p. 396).

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 sólo 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 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» ⁽⁷⁵⁾.

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 sólo a estos últimos, es decir, a los operarios y obreros al servicio del Estado. Puede ocurrir también que, como se desprende del art. 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.

VIII. LOS ASESORES

Son asesores todas aquellas personas calificadas por su técnica, ciencia o profesionalismo que contribuyen a formar decisiones con

(75) 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 sólo superficiales comentarios, véase, por ejemplo: CHIRINOS SOTO, Enrique: *Constitución de 1993: Lectura y comentario*, 4ª ed., Lima, Antonella Chirinos Montalbetti Editora, 1997, pp. 78 y 79; BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *La Constitución de 1993: Análisis comparado*, 4ª ed., Lima, RAO, 1998, pp. 297 y 298.

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 del que goza todo funcionario en el manejo de los asuntos públicos. El hecho que existan asesores que toman decisiones por sobre o por los funcionarios, es obviamente una situación irregular y anómala, sólo 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 tienen asignado por delegación de autoridad o funcionario competente el ejercicio de una determinada función pública, resultan imputables, 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 40º 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 sí los funcionarios y servidores de las empresas del Estado o de aquellas donde éste tiene un capital mayoritario junto al capital privado (sociedades de economía mixta) tienen el status y la calidad de funcionarios y servidores públicos, y ya más concretamente si tales agentes son imputables penalmente por delitos de función o en todo caso por determinados delitos de función.

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 que resultará excesivo y desbordante para los fines propuestos, donde sólo 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 art. 425 del Código Penal ⁽⁷⁶⁾ que había entrado en

⁽⁷⁶⁾ Como sabemos, posteriormente este inciso 3 fue modificado por el art. 1 de la Ley N° 26713 de 27 de diciembre de 1996.

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 art. 425 del Código Penal y el art. 40 de la Constitución. Esta primera lectura de naturaleza literal, es decir, en base al sentido gramatical sintáctico del texto constitucional en referencia se puso en movimiento en las esferas judiciales para declarar inaplicable el inciso tercero del art. 425 del Código Penal, con el argumento 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 ⁽⁷⁷⁾. En el mejor de los casos se readecuaron las tipicidades a delitos comunes (hurtos, apropiaciones ilícitas, estafas, etc.) ⁽⁷⁸⁾.

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 va 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

⁽⁷⁷⁾ Al respecto véase por todas la Ejecutoria Suprema de fecha 12 de agosto de 1994, Exp. 1688-94, Lima.

⁽⁷⁸⁾ Al respecto véase por todas la Ejecutoria Suprema de fecha 12 de diciembre de 1996, Exp. 710-95-B, Ica.

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 ⁽⁷⁹⁾ 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 (art. 40, segundo párrafo) posibilitando la comisión de 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 éste hacer declaraciones juradas de bienes y rentas (art. 41) estableciéndose sobre los mismos sistemas y políticas de control y fiscalización a través de los organismos públicos competentes (art. 82), además de indicar taxativamente que el Estado puede subsidiariamente realizar actividad empresarial directa o indirecta (art. 60).

El segundo argumento de fuerza de la lectura sistemático-teleológica se dirige a justificar racionalmente la existencia de la exclusión de tales funcionarios y servidores de la función pública, señalando que el mensaje del segundo párrafo del art. 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 sólo en criterios gramaticales sino y sobre todo en consideraciones teleológicas y concordadas, de modo que el intérprete obtenga el cabal mensaje comunicativo de las nor-

⁽⁷⁹⁾ Al respecto véase por todas las Ejecutorias Supremas del 27 de noviembre de 1997 (Sala Penal C), Exp. 4874-96-Lima y del 14 de abril de 1998 (Sala Penal C), Exp. 5522-97-Lima. Una situación de pareceres en discordia véase en la Ejecutoria del 3 de agosto de 1998 (Sala Penal C), Exp. 251-98-Loreto.

mas jurídicas y no sólo una lectura de diccionario o del estrecho significativo 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 extensiva, de tal forma que sí 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 art. 40 de la Constitución Política, junto a los otros argumentos complementarios ofrecidos, en su vinculación con el art. 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 status funcional público de tales agentes tanto para el derecho administrativo como para el derecho penal?

La primera cuestión esta 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. 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» ⁽⁸⁰⁾, intervienen directamente en los sectores productivos, minero-extractivos de servicios y comerciales con funciones expresas de contenido económico

⁽⁸⁰⁾ Al respecto, véase con amplitud y logrado análisis el libro de ÁLVAREZ RODRICH, Augusto: *Principios de empresas estatales y privatización*, Lima, Biblioteca Universitaria, Universidad del Pacífico, 1992, pp. 36 y ss.

que ALVAREZ 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 macro-económicos para alcanzar equilibrios en los precios, tasas de empleo y de crecimiento ⁽⁸¹⁾. La actividad empresarial pública, a partir de 1993, se justifica sólo por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (art. 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 o una malversación, o un enriquecimiento ilícito. Resulta difícil, en cambio, admitir que los funcionarios de las empresas estatales o mixtas 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 ⁽⁸²⁾.

Dejamos aquí el discurrir argumentativo en esta materia, no sin antes acotar que el tema merece un mayor detenimiento tanto conceptual como legalmente, más aún si advertimos el caso de las socie-

⁽⁸¹⁾ ÁLVAREZ RODRICH: *Principios*, cit., p. 28.

⁽⁸²⁾ VALEIJE, «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», cit., p. 470.

dades de la economía mixta, de existir éstas 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 éste 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.

X. RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS U OMISIONES DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS ⁽⁸³⁾

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.

La responsabilidad política del funcionario público se centra en el Perú 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)⁽⁸⁴⁾. Es ca-

⁽⁸³⁾ Acerca de la responsabilidad política de los funcionarios públicos, revésese 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.

⁽⁸⁴⁾ 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

racterística 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 o en general altos funcionarios que han quebrantado las expectativas de respeto y sujeción constitucional fijadas en ellos por la sociedad. No es un procesamiento de naturaleza penal sino fundamentalmente 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 cual en el caso de investigaciones de contenido múltiple, de considerar la existencia fundada de elementos probatorios de causa penal (resolución acusatoria) sólo puede autorizar al Fiscal de la Nación 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 de filtro y de racionalización de los fundamentos de la denuncia congresal. 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.

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), Príncipe de Esquilache, 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 BALLEEN, Rafael, *Derecho administrativo disciplinario*, Bogotá, Temis, 1998, p. 4.

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 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 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»⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁵⁾ 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,

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 responsabilidad del Estado es el llamado estado de derecho. Fundamento que resulta plenamente aplicable a todos los casos de responsabilidad de 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. ⁽⁸⁶⁾

En el Perú como bien nos lo recuerda RAMÍREZ SÁNCHEZ, rige a través del artículo 238 de la Ley N° 27444 y en virtud a 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 el conside-

funcionarios y demás personal a su servicio [...]. Segundo, en el supuesto de responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, ésta se fijará para cada Administración conjugando los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención, y sólo 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 ésta, 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 aquéllos [...]. 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 éste deberá haber actuado con dolo, culpa o negligencia grave (MARTÍNEZ MARÍN, *Régimen jurídico de los funcionarios*, cit., p. 111).

⁽⁸⁶⁾ 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.

rar a las reparticiones públicas como terceros civiles responsables⁽⁸⁷⁾ 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.⁽⁸⁸⁾ 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⁽⁸⁹⁾.

La 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 (Fuerzas armadas y policiales) 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 Estado a castigar⁽⁹⁰⁾ a los funcionarios y servidores públicos, busca garantizar el buen funcionamiento interno de la repartición pública, abarca por igual a los que

(87) 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.

(88) Hago la precisión que contiene la frase “en sentido amplio”, para no circunscribirla tan sólo al delito de abuso genérico de autoridad del artículo 376º del Código Penal peruano vigente.

(89) 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, pp. 127 y ss.

(90) 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 BALLE, *Derecho administrativo disciplinario*, cit., p. 7.

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).

La responsabilidad penal. Los servidores públicos responden siempre a nivel administrativo y civil, y sólo en los casos en que lo establezcan los tipos penales, 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 – de los tipos penales. La existencia de estas clases de responsabilidad 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 ⁽⁹¹⁾.

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 que previamente no se ha producido un debate ni se ha registrado una meditada exposición de motivos acerca del por qué, por ejemplo, la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) ha regulado la conjunción de las

⁽⁹¹⁾ 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.

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 ⁽⁹²⁾, por el mismo hecho y por los mismos fundamentos. Recientemente, 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 en base a algunos indicadores de referencia: 1) la relevancia de las infracciones (nivel mínimo o apreciable de ilicitud); 2) la concurrencia o no del dolo; 3) y en función a lo que determinen las normas y reglamentos de cada entidad estatal, donde los órganos de control del Estado hacen la valoración pertinente.⁽⁹³⁾

Para finalizar este ítem, y a modo de referentes doctrinarios ⁽⁹⁴⁾, cabe indicar que las relaciones entre el ilícito administrativo y el ilícito penal se reconducen por algunas reglas tan simples como las siguien-

⁽⁹²⁾ GÁLVEZ VILLEGAS: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 77, n. 133.

⁽⁹³⁾ 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.

⁽⁹⁴⁾ Véase ASÚA BATARRITA: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración", cit., p. 43.

tes: a) cuando el hecho reúna las características de delito, por su gravedad, no cabe apreciar la infracción administrativa; b) la infracción administrativa se sitúa como figura de aplicación subsidiaria respecto al ilícito penal.

En el presente trabajo sólo 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 bibliografía. II. La política penal peruana en relación a los delitos contra la administración pública. III. Aspectos de técnica legislativa: 1. *Sistematicidad y ubicación*. 2. *Delitos especiales (de infracción de deber) y comunes (de dominio o de organización)*. 3. *Naturaleza de los tipos penales: abiertos-cerrados, simples-complejos, complementarios, de lesión o peligro, instantáneos, permanentes, activos u omisivos*. 4. *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*. A. *Ser típico (tipicidad penal)*. B. *Ser antijurídico (antijuricidad)*. C. *Ser culpable (culpabilidad)*. 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 BIBLIOGRAFÍA

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.

Se recomienda, para obtener mayor información conceptual sobre la parte dogmática penal:

De los autores nacionales la consulta de: HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2005; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2006; 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.

De autores europeos se pueden leer con mucho provecho a los siguientes penalistas alemanes e italianos cuyas obras se hallan traducidas al idioma español: 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; MAURACH, Reinhart – HEINZ GOSSEL, Karl – ZIPF, Heinz. *Derecho penal parte general* (Tomo I y II), Buenos Aires, Astrea 1994-1995; JAKOBS, Günther: *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997; ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, T. I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), Madrid, Civitas, 1997; WELZEL, HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale*. Padova, Cedam, 2001; MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale 1. Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, Giuffré editore, PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffré editore, 1993; PADOVANI, Tulio, *Diritto penale*, Milano, Giuffré editore, 1995. Son igualmente de mucho interés los útiles manuales de Derecho penal de autores españoles como COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, MUÑOZ CONDE, BACIGALUPO, BUSTOS RAMÍREZ, CEREZO MIR, MIR PUIG, entre otros.

De autores sudamericanos son valiosos los trabajos de: ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5 vols., México, Editorial Cárdenas, 1988; *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000; CURY URZÚA, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988; 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.

II. LA POLÍTICA PENAL PERUANA EN RELACIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ⁽⁹⁵⁾

La respuesta del Estado frente a la diversidad de comportamientos lesivos cometidos por los agentes públicos (funcionarios y servidores) contra los valores e intereses agrupados 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 *quantums* 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 sucedido en el tratamiento político-criminal dado a una serie de delitos comunes. Este endurecimiento se ha registrado sobre todo en los delitos de cohecho con la dación de la Ley N° 28355 del 6/10 del 2004 que ha incrementado 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.

En efecto, 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» ⁽⁹⁶⁾, de los cuales destaca por su excesivo casuismo el art. 168 con 18 incisos (referido al abuso

⁽⁹⁵⁾ 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.

⁽⁹⁶⁾ *Nomen iuris* empleado en el Código de 1863 para agrupar a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública.

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» ⁽⁹⁷⁾. Uno de los artículos referidos a los abusos específicos de autoridad disminuye sus incisos a diez (art. 340). En 1991, los delitos atribuidos a funcionarios y servidores contra la administración pública, agrupados bajo una técnica legislativa distinta ⁽⁹⁸⁾, son ahora estructurados en seis secciones con 31 artículos en total ⁽⁹⁹⁾. El rubro «abuso de autoridad» es sistematizado al igual que en el Código de 1924 en base a 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.

CODIGO DE 1863
De los delitos peculiares a los
empleados públicos

TITULO	RUBRO DELICTIVO	ARTICULOS
II	Abuso de autoridad	168 – 169
III	Prevaricato	170 – 174
IV	Cohecho	175 – 176
V	Insubordinación	177 – 181
VI	Infidelidad–Custodia presos	182 – 184
VII	Infidelidad–Custodia documentos	185 – 189
VIII	Revelación de secretos	190 – 193
IX	Malversación	194 – 199
X	Fraudes y exacciones	200 – 205

⁽⁹⁷⁾ Posteriormente, en 1987, la Ley N° 24653 agregaría otros tipos penales, aumentando las penalidades.

⁽⁹⁸⁾ Véase *infra* la Segunda y Tercera Partes de esta obra.

⁽⁹⁹⁾ Al que se agregarán posteriormente cuatro artículos complementarios.

CODIGO DE 1924
Delitos contra los deberes de función y
los deberes profesionales

TITULO	RUBRO DELICTIVO	ARTICULOS
I	Abuso de autoridad	337 – 342
II	Concusión	343 – 345
III	Peculado	346 – 348
IV	Corrupción de funcionarios	349 – 353
V	Prevaricato	354 – 357
VI	Denegación y retardo de justicia	358 – 361
VII	Delitos de empleados postales	362

CODIGO DE 1991
De los delitos cometidos por funcionarios públicos

Capítulo II		
SECCION	RUBRO DELICTIVO	ARTICULOS
I	Abuso de autoridad	376 – 381
II	Concusión	382 – 386
III	Peculado	387 – 392
IV	Corrupción	393 – 401 (+5 bis)
Capítulo III		
II	Prevaricato	418 – 421
III	Denegación y retardo de justicia	422 – 424

Como es fácil observar, el Código penal vigente ha reducido los rubros de delitos imputables a los funcionarios públicos, ha descriminalizado 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 cada vez menor 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 ⁽¹⁰⁰⁾ 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 (art. 200). En el Código de 1924 ⁽¹⁰¹⁾ luego de reformas ulteriores los únicos delitos que son castigados con severidad son el peculado doloso (art. 346) ⁽¹⁰²⁾ y el de corrupción activa del Juez (art. 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.

⁽¹⁰⁰⁾ El sistema de penas del Código de 1863 contemplaba las siguientes medidas punitivas (art. 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.

⁽¹⁰¹⁾ 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 arts. 10, 11, 12, 13 y 14 del referido cuerpo de normas).

⁽¹⁰²⁾ 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 ⁽¹⁰³⁾ (art. 168)	. Suspensión de empleo . Multa . Destitución
2. Prevaricato de Juez (art. 170)	. Suspensión de empleo de 6 meses a 1 año.
3. Cohecho impropio (art. 175)	. Multa
4. Desobediencia (art. 177)	. Suspensión de 3 a 6 meses
5. Malversación de caudales públicos (art. 194)	. Suspensión de 2 a 6 meses . Multa
6. Peculado doloso (art. 196)	. Reclusión de 1 año e inhabilitación
7. Concertación para defraudar al Estado (art. 200)	. Reclusión de 3 años
8. Exacción ilegal (art. 204)	. Multa

1924. SISTEMA DE PENAS (Reformado por Ley N° 17106)

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

⁽¹⁰³⁾ De las diversas modalidades de abuso de autoridad en el Código de 1863, sólo 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)⁽¹⁰⁴⁾

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

CONCLUSIÓN:

Si comparamos a través del tiempo los procesos de criminalización y de penalización producidos en 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 que ha existido de 1863 hasta ahora un 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

⁽¹⁰⁴⁾ 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.

de los códigos); es decir, no se han incrementado nuevas conductas delictivas de trascendencia imputables a los actos cometidos por 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 severidad que contrasta notoriamente con las respuestas tenuemente retributivas para con los delitos especiales que afectan al bien «administración pública». Así, por poner sólo 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 arbitrario e irracional 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 presencia aberrante de 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 (Arts. 393 al 401) por Ley N° 28355 de octubre de 2004, a diferencia de lo que ocurre con los delitos comunes, está marcada por su serenidad, proporcionalidad (a veces cuestionable) y humanidad, lo que posibilita incluso, según lo establecido en el art. 68 del Código penal, exceptuar 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 (quedan exceptuadas las figuras de cohecho). Naturalmente que las razones son obvias, el Estado se trata a sí mismo con guantes de seda; explica esto, en parte, la existencia de otros medios de control que fijan sanciones (procesos administrativo-civiles y políticos), así como el carácter de clase del derecho penal que privilegia y protege a los agentes del Estado, incluso cuando éstos delinquen, sea a nivel de alto funcionariado (gobernantes y autoridades) o de funcionariado técnico o burocrático.

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 arts. 141, 153-A, 155, 297 (inc. 1), 306, 312, 352, etc.), así como y específicamente en el capítulo concerniente a delitos cometidos por funcionarios públicos (arts. 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 25 artículos + 4 artículos complementarios (arts. 376 al 401-B) y el Capítulo III del Título XVIII con 2 secciones y 7 artículos (arts. 418 al 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 funcional tanto de delitos especiales propios (celebración ilegal de matrimonio y allanamiento de domicilio que afectan los bienes jurídicos de la familia y libertad domiciliaria respectivamente), como de 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 ésta es la matriz genérica. Han sido razones estrictamente técnicas las que explican tal presentación sistemático-normativa, argumentadas en función a destacar la especificidad y relevancia de los delitos contra la administración de justicia. Igualmente, el incluir tanto 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 ⁽¹⁰⁵⁾.

2. *Delitos especiales (de infracción de deber) y comunes (de dominio o de organización)*

Es usual que los códigos penales clasifiquen los delitos en atención a la calidad de los agentes que cometen el ilícito penal y a la naturaleza de los deberes que estos infringen con su comportamiento comisivo u omisivo. En la medida que el tipo penal exija singulares cualidades en el autor o coautores, quien comete (ejecuta actos de tentativa o de consumación) la conducta típica, 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 frente a delitos comunes ⁽¹⁰⁶⁾. En el primer caso la norma penal está circunscrita al ámbito del quebrantamiento de

⁽¹⁰⁵⁾ Así, véase los códigos penales argentino, francés (de 1993), español (de 1973 y el vigente de 1995), alemán, cubano, entre otros.

⁽¹⁰⁶⁾ 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».

deberes especiales que el agente mantiene en su relación con el bien jurídico; en el segundo caso viola roles generales que por igual involucran al común de las personas físicas.

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 viones sexualmente, etc.). El hecho 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 especial al ilícito penal, salvo raras excepciones en las que la norma penal ha agregado expresamente una circunstancia agravante 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. En los delitos de dominio o comunes el sujeto activo, cualquier persona, configura personalmente («organiza») mediante su comportamiento un acto penalmente lesivo al bien jurídico, sin estar ligado 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 a su modo las vinculaciones con el bien jurídico, 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 mediato, o coautor (se incluye aquí a particulares, funcionarios servidores, nacionales o extranjeros; se excluye a las personas jurídicas); b) Carece de significación penal la calidad del sujeto activo, dado que aquí no se infringen deberes espe-

ciales, da igual que él sea particular o funcionario; salvo cuando el legislador crea una circunstancia de agravación para configurar los denominados delitos especiales impropios c) Cualquiera puede ser partícipe, determinador o cómplice.

Los *delitos especiales*, llamados actualmente de «infracción de deber», frase incorporada por Claus Roxin en la dogmática penal ⁽¹⁰⁷⁾ son aquellos en los que concurren los siguientes componentes: ⁽¹⁰⁸⁾

- a) Un sujeto activo especialmente calificado en su relación con el bien jurídico por singulares y previas vinculaciones: 1. *De naturaleza paterno filial conyugal*, de la que se derivan deberes en relación a los cuales el sujeto está obligado a asegurar y garantizar jurídicamente (por ejemplo los padres para con la vida de los hijos, éstos con relación a los primeros, el esposo para con la vida de la cónyuge); 2. *Por vinculaciones jurídicas y específicamente de confianza*, que obligan al sujeto a determinados actos o a preservar el bien jurídico (así en el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, por parte del obligado alimentista, o en el caso de la apropiación ilícita el administrador o depositario del bien está obligado, por exigirlo así la relación contractual, a devolver o reintegrar el bien, dinero o valor; por igual en el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, el sujeto especial tiene el deber de asegurar de lesiones el patrimonio de la persona jurídica que administra; así también quien viola el deber del secreto profesional, entre otros casos), y 3. *Por deberes de*

⁽¹⁰⁷⁾ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 383 y ss. Véase también *infra*, p. 188 y ss. «Los delitos de infracción de deber».

⁽¹⁰⁸⁾ JAKOBS, diferencia entre delitos especiales en sentido amplio y 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 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.

función y 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 aseguramiento del bien jurídico.

- b) Una gama de conductas típicas que sólo toman como autor al funcionario o servidor público. La posibilidad jurídica que un particular pueda consumir el delito resulta un imposible, dado que se trata de delitos con autoría restringida a quien posea calidades de vinculación especial con el bien jurídico. Los componentes que ingresan en la redacción del tipo excluyen el supuesto que los actos del particular sean reputados típicos 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 caso del cohecho pasivo, donde las conductas de aceptar, recibir, solicitar o condicionar son exclusivas del funcionario o servidor público; idem en el caso del peculado, donde el sujeto activo tiene que apropiarse o utilizar bienes a los que se halla vinculado institucionalmente por razón del cargo que posee.
- c) El quebrantamiento de deberes como consecuencia de la ejecución o consumación de la conducta típica. Todo funcionario o servidor público posee roles, que imponen deberes (nombrar personal, cuidar el orden interno, administrar el patrimonio de la institución, dictar sentencias, perseguir el delito, etc.), que le han sido conferidos institucionalmente y que debe cumplirlos 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 de función cuando los requerimientos de tipicidad objetiva o subjetiva de los tipos penales sean concurrentes. La sola convergencia de los elementos objetivos no superará la imputación por ilícito administrativo.

Los delitos especiales o de infracción de deber se dividen a su vez en propios e impropios. Los propios son aquellos en los cuales concurren los requisitos señalados anteriormente: calificación o calidad sin-

gular del sujeto activo, vinculación estrecha con el bien jurídico, deberes especiales de salvaguarda y fomento de dicho bien objeto de tutela penal, conducta típica restrictiva, y quebrantamiento o violación de dichos deberes. 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 a la tipicidad del delito común. El delito para estos casos se convierte en uno especial impropio. Por lo tanto lo que hace especial al delito común, con referencia exclusiva al funcionario o servidor público, es la inclusión 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 cometible por un sujeto indeterminado, es ejecutado o consumado por un sujeto especial en las particulares hipótesis legales que la norma penal contempla. Vale decir, en relación a este último extremo, el juzgador no puede crear delitos especiales impropios en los casos 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. 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 de lo que ocurre en los delitos especiales propios también en los especiales impropios el sujeto activo calificado quebranta deberes especiales de aseguramiento y garantía que le son propios por su cargo, función o empleo.

Los delitos especiales de función o de infracción de deberes funcionales (delitos de funcionarios públicos) se hallan localizados en el Código Penal peruano con base a dos mecanismos de técnica legislativa: a) concentrados en el Capítulo II del Título XVIII: abuso de autoridad, concusión, peculado, 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 (otorgamiento ilegal de licencias para actividad industrial), 320 (desaparición ilegal de persona), 321 (tortura), 419 (detención arbitraria), etc.

Los delitos especiales propios de función ⁽¹⁰⁹⁾, entre los que destacan por su sistematización, abundancia e importancia, los delitos contra la administración pública, son tales tanto por la calidad de los funcionarios y servidores públicos que lesionan con sus actos u omisiones el bien jurídico y vulneran la vigencia de la norma, como por el manifiesto quebrantamiento de los roles (conjunto de deberes institucionales asumidos), siendo esto último lo que en realidad hace especial, distinto de los comunes, al delito funcional, que viene a constituirse así en una violación de los deberes de función y de la confianza depositada por el Estado en la competencia y los actos de dichos sujetos activos. Por lo mismo, si sólo 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 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 fo-

(109) A nivel doctrinario existe una diversidad de esquemas de delitos especiales en razón a las circunstancias, a los sujetos activos, a la naturaleza singular de la acción, a la función, etc. Véase sobre esto REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Tipicidad*, Bogotá, Temis, 1989, p. 112 y ss.

mento y ayuda) entre autor y bien jurídico, a diferencia de los delitos comunes o de dominio del hecho, 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 ⁽¹¹⁰⁾.

La principal implicancia derivada de esta clasificación de delitos radica en que la autoría-coautoría en los delitos especiales propios es reductiva y exclusiva de los funcionarios públicos, no pudiendo darse coautoría con sujetos particulares o *extraneus*, lo que no sucede en los delitos especiales impropios, ya que éstos admiten autoría múltiple entre sujetos comunes y funcionarios o servidores públicos, visto el delito en su perspectiva global ⁽¹¹¹⁾. Otra consecuencia tiene que ver con la autoría mediata, bajo la perspectiva que el «hombre de atrás» es el particular o *extraneus* que instrumentaliza al funcionario o servidor público para que cometa un delito de función. De darse fácticamente esta hipótesis, se torna penalmente irrelevante en el ámbito de los delitos especiales propios, por la imposibilidad de presentarse jurídicamente dicho título de imputación personal, quedando como una figura impune en lo que concierne al particular, al no existir autoría mediata de particular sobre funcionario o servidor público, dado que aquél 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.

La estructura de sistematización 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 comu-

⁽¹¹⁰⁾ 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, p. 12.

⁽¹¹¹⁾ 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", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 30, marzo, Lima, 2001, p. 121 y ss. Una opinión crítica para con la clasificación de los delitos especiales en *propios* e *impropios*, véase en SÁNCHEZ-VERA, "Delitos de funcionarios", cit., p. 14, para quien dicha división es superflua pues en ambos casos existe infracción del deber, que constituye el fundamento de la pena.

nes emplea un diseño mayoritariamente uniforme, roto sólo 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 competencia u organización) o especial (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.

3. 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 arts. 379, 380, 381, 387, 388, 391, 399.

Existen *tipos penales simples*, esto es, de un solo comportamiento típico expresado mediante el empleo de un verbo rector⁽¹¹²⁾ en los arts. 379 (requerir la asistencia para oponerse), 380 (abandono de cargo), 381 (hace nombramiento), 385 (patrocina intereses de particulares), 389 y 390 (demora pago ordinario), 391 (rehusa entregar dinero). Existen *tipos penales complejos*, es decir, que contienen dos o más comportamientos relevantes, en los arts. 377 (omite, rehusa o retarda), 378 y 382 (obliga o induce), y 383 (exige o hace pagar o entregar).

(112) 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.

El tipo penal 384 es de una complejidad especial, por la gran cantidad de elementos normativos ⁽¹¹³⁾ contenidos (contratos, suministros, licitaciones, convenios, ajustes), no obstante que sólo contiene un comportamiento delictivo «defraudar al Estado». Otros tipos complejos son los arts. 387 («se apropia o utiliza»), 388 («usa o permite que otro use»), 393 («accepte, 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 complejos, el uso de diversos verbos rectores convierte a la figura penal en una en la que se reúnen varios comportamientos delictivos 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 (arts. 386 y 392), agravando la pena en función a la calidad del agente (art. 398); o también para cerrar un tipo abierto (art. 401-A) o fijar consecuencias accesorias (art. 401-B). *Tipo básico* es, así, el que descriptivamente establece comportamientos relevantes 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 éstos como aquellos que requieren un resultado o daño concreto (arts. 365, 369, 370, 372, 380, 384, 387, 389 [inc. 2], 398, 400, 401), como también *tipos de actividad y peligro* (arts. 362, 363, 364, 366, 367 [incs. 1, 2 y 3], 374, 375, 381, 385, 388) y de *desobediencia* (arts. 368, 371, 377, 378, 390, 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 consume 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. Tam-

(113) 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.

bién se hace uso de *tipos penales mixtos* que combinan en su redacción comportamientos de resultado y de actividad (arts. 361, 367, 383, 393, 394, 394-A, 395, 397 y 398). Finalmente, existen tipos de contenido finalístico, los cuales tienen como base construcciones de resultado o actividad (arts. 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 arts. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 370, 372, 373, 376, 379, 381, 383, 385, 387, 389, 393, 394, 395, 397, 398, 400, 401; son de *naturaleza omisiva* los arts. 368, 371, 377, 378, 390, 391. Tienen *naturaleza dual*, es decir, pueden ser cometidos tanto por acción u omisión, los arts. 369, 374, 375, 380, 382, 384 y 388.

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 consumidor, en cambio son *delitos permanentes* aquellos que al inicial momento consumidor le adviene un período de prolongación del accionar ilícito. Son de carácter instantáneo la mayoría de los delitos contra la administración pública; admiten matizadamente un carácter permanente los arts. 361, 368, 388 y 401. 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.

4. 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 ⁽¹¹⁴⁾. Se ha optado, en cambio, por un sistema de circunstancias delito por delito contenidos en la estructura de numerosos tipos

⁽¹¹⁴⁾ Por ejemplo, los códigos penales colombiano (1980), español (1973 y 1995), italiano (1930), etc.

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 atenuantes, es decir, las variables que disminuyen el grado de ilicitud del hecho y por lo tanto ameritan aplicación de pena atenuada, sólo son considerados mediante un dispositivo: el art. 396, que disminuye la pena en base a la jerarquía inferior del servidor público.

Se ha legislado, en cambio, un número relativamente numeroso de circunstancias agravantes, es decir, que incrementan el grado de ilicitud del injusto penal, 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 art. 361, segundo párrafo (resistir o enfrentarse a la autoridad). El art. 367 (violencia y resistencia a la autoridad) nos trae también una serie de agravantes en función al modo de comisión (concurso de personas y a mano armada), la calidad de los sujetos activos (funcionario o servidor público) y por los efectos producidos (lesión grave y muerte, previsibles). Igualmente son circunstancias agravantes: el párrafo segundo del art. 374 (desacato) y el art. 378 (rehusamiento policial de auxilio solicitado). El art. 387 (peculado), en su segundo y tercer párrafo contiene circunstancias agravantes para el delito doloso como para el culposo, respectivamente, en función al destino de los bienes. Lo mismo pasa con el art. 389 (malversación de fondos) que incluye dentro de su estructura típica dos circunstancias agravantes en razón a los efectos y al destino. En el marco de los delitos de corrupción la reciente reforma producida por la Ley N^o 28355 ha incorporado circunstancias agravantes por la calidad del autor en los delitos de tráfico de influencias (art. 400) y enriquecimiento ilícito (art. 401).

IV. DOLO Y CULPA

Los delitos contra la administración pública que pueden ser cometidos por particulares y por funcionarios públicos están construi-

dos sobre la base del dolo. Esta concepción principista ⁽¹¹⁵⁾ trae como consecuencia que no puedan ser procesados ni obviamente castigados penalmente los hechos culposos ⁽¹¹⁶⁾, los ocurridos por caso fortuito, fuerza mayor ni los acontecibles 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 sólo a 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:

- A. Voluntad de actuar, es decir, existencia de la facultad interna para autodeterminarse en sentido contrario a la norma (componente volitivo).⁽¹¹⁷⁾

⁽¹¹⁵⁾ 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”*.

⁽¹¹⁶⁾ Con las excepciones del tercer párrafo del art. 387 (peculado culposo) y del art. 372 (violación culposa de medios de prueba).

⁽¹¹⁷⁾ 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 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, sólo 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 las pp. 519 y ss.).*

- B. Conocimiento de lo que se está realizando u omitiendo y de que ello contraviene la ley o norma penal. Es éste el componente cognoscitivo o intelectual del dolo, que no requiere de un conocimiento técnico ni especializado sobre el contenido de los elementos típicos concretos, bastando tan sólo un nivel promedio o estándar de aprehensión cognoscitiva (lo que en el lenguaje jurídico se denomina *conocimiento del lego o profano*). 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 con conocimientos por encima de los ordinarios) para configurar la tipicidad subjetiva del injusto y por lo mismo del delito, que en algunos casos puede llegar a opacar la importancia del componente volitivo, conduciendo en la práctica judicial a decisiones que prescinden de la voluntad para dar por acreditado el hecho típico. No obstante como se podrá apreciar en varias de las figuras de infracción de deber contra la administración pública la voluntad juega un papel decisivo.
- 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 sin embargo no goza de unanimidad en la doctrina penal.

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 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 (por ejemplo, en los arts. 363, 364, 368, 370, 371, 376, 377, 380, 381, 385, 388, 389). Define con exactitud el dolo eventual la frase «sea así o de esta manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo». Otros tipos penales exigen en cambio la presencia del *dolo directo* en los actos del agente, es decir, cuando éste 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 arts. 365, 366, 372, 376-A, 379,

382, 383, 384, 393, 394, 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 contruidos en razón al dolo directo (que son los menos) obtienen un mayor rigor represivo por parte del Estado que los contruidos en base a dolo eventual. La importancia del estudio y constatación de estas dos formas de dolo, radica en el hecho que permitirán apreciar el mayor o menor grado de voluntad delictiva.

En cuanto a la *culpa*, el Código castiga por excepción tan sólo dos conductas culposas: en los arts. 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 usualmente de irrelevancia penal.

Las modalidades prácticas de culpa ⁽¹¹⁸⁾ contempladas son generalmente la imprudencia y el descuido (o negligencia), para el supuesto de hecho del art. 372, y la negligencia en el caso del art. 387.

La culpa es, junto al dolo, un presupuesto de culpabilidad o responsabilidad penal. Posee gran relevancia en el ámbito administrativo, donde son numerosas y variadas las transgresiones cometidas por funcionarios y servidores públicos. En la esfera penal pocos son los comportamientos culposos que han merecido el interés político-cri-

⁽¹¹⁸⁾ 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 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. Existen otras clasificaciones, pero para evitar complicar la temática han sido obviadas.

minal, 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 de 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 de un resultado lesivo. Así, en el caso del art. 372, se requiere de la destrucción o inutilización de los objetos, registros o documentos; la no verificación de este resultado material inválida, es decir, hace atípica, la imputación a título culposo. Nuestra legislación penal no castiga 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⁽¹¹⁹⁾

Las pautas de lo que haya de entenderse por autoría y participación se encuentran establecidas en los artículos 23 al 27 del Código Penal, los mismos que recogen el paradigma de la legislación penal alemana: sistema de valoración legal diferenciada de los aportes en la ejecución-realización del hecho delictivo, concepto diferenciado de autor, distinción entre autores y partícipes, clasificación de los partícipes en determinadores y cómplices, diferenciación entre complicidad primaria y secundaria, irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Son todas notas distintivas de nuestro modelo normativo, el mismo que mantiene diferencias sustanciales con las acogidas en los códigos penales italiano y francés y mínimamente con el español. Con este último sobre todo en 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.

Es autor quien realiza por sí o por medio de otro el hecho criminal. Esta definición legal pone claramente de manifiesto que la noción

(119) Véase más adelante «Los delitos de infracción de deber», *infra*, p. 188 y ss.

de autor, para la legislación penal peruana, debe suponer necesariamente control o dominio subjetivo y objetivo del hecho («realizar por sí»), que da inicio a la conducta típica y la conduce a la consumación o a la tentativa de delito con la lesión o peligro de lesión del bien jurídico penalmente tutelado. No podrá ser autor si el sujeto carece de dicha facultad de dominio, dado que su aporte no definirá el curso causal de los acontecimientos lesivos, o (en el marco de interpretación de la teoría de la imputación objetiva) la realización del resultado que provenga de riesgos creados o incrementados por la conducta del agente. 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 mancomunado. Si sólo 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 y consuman el delito. Estas terceras personas son así manipuladas o instrumentalizadas, por el autor mediato (llamado también hombre de atrás o autor intelectual), quien logra de dicho modo su propósito criminal. En la mayoría de supuestos de autoría mediata, el instrumento obra sin dolo o sin culpabilidad. Sólo en determinados casos de autoría mediata límite, el instrumento responde penalmente (uno de ellos es concretada 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 (el denominado «hombre de atrás») 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 autores. En cambio la participación mediante com-

plicidad, regulada en el artículo 25 del Código Penal, se define por la presencia de aportes materiales no decisivos 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 (imputable a título de autoría) en fase preparatoria, en la ejecución y/o en la consumación del delito. No puede existir 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 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⁽¹²⁰⁾.

En el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, es claro que autor (en sus dos variedades) o coautor sólo puede ser el funcionario o servidor público que domina socialmente el hecho, quien infringe deberes funcionales o de servicio público. En los casos, bastante frecuentes, que el supuesto delictivo cometido contra dicho bien jurídico 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

(120) 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.

refuerza con la tesis de la infracción de deber que sólo puede radicar en dichos sujetos especiales y que da cuenta del delito. No es posible 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 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 ⁽¹²¹⁾.

Por otro lado, la autoría en el marco de los delitos funcionales 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 restringida o limitada a determinados funcionarios. 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 sólo está reservada en su autoría o coautoría a quien por razón de su cargo o comisión especial tenga en el marco de sus atribuciones la facultad de intervenir con carácter decisorio en las negociaciones públicas; en este supuesto legal la sola calidad de funcionario no fundamenta la autoría, es insuficiente para derivar dicho título de imputación penal.

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

⁽¹²¹⁾ Ver *infra*, p. 188 y ss.; y p. 194 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».

En los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios y/o servidores es claro que sólo éstos pueden ser autores. Es también aceptable que puedan contribuir como cómplices en los delitos cometidos contra la administración pública por otros funcionarios y servidores, 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 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 ésta posee autonomía delictiva, 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 hurto de uso y no de peculado⁽¹²²⁾.

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 elementos que componen todo delito, ubicándolos en niveles o fases cognoscitivas que obedecen y siguen un orden lógico-sistemático. La teoría analítica comprende *una teoría de afirmación*, que servirá para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad

⁽¹²²⁾ Véase al respecto «El rol del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos», *infra*, p. 194 y ss.

de su autor, y *una teoría de negación*, que nos permitirá descartar la existencia del delito ⁽¹²³⁾.

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 la 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.

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 se reúnen o concurren en el hecho denunciado todos los elementos que exige el tipo penal invocado. 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; que el comportamiento del agente sea doloso o culposo, y si el tipo penal lo requiere que concurren determinados elementos subjetivos especiales, etc. Un hecho será típico cuando él se ajusta a lo exigido por el tipo penal.
- B. *Ser antijurídico (antijuricidad)*: El hecho típico debe ser contrario al sistema jurídico, es decir, no debe existir alguna causal o auto-

⁽¹²³⁾ No existe unanimidad en la doctrina penal europea sobre la legitimidad dogmática de la teoría analítica de negación. Particularmente considero que tal postura epistemológica es desacertada, pues le priva a la dogmática penal y a la labor pragmática-jurisprudencial de los jueces de eficaces herramientas de análisis de la realidad jurídico-penal que enriquecen la ciencia penal.

rización legal para actuar del modo como lo ha hecho el autor o coautor. 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.

- 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, entonces el sujeto activo del delito es 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 habla de responsabilidad penal, como un concepto más amplio que incluye a la culpabilidad y a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

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 la 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 y 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 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 ⁽¹²⁴⁾ ya no se podrá

⁽¹²⁴⁾ Los tipos penales son las construcciones normativas que contienen comportamientos prohibidos o exigidos por el derecho penal, los mismos que son amenazados con la imposición de penas. Se crean de esta manera 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, etc.).

avanzar en los siguientes 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 art. 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 atacando 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 éstas 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 humanistas-rationales de la dogmática penal para contrapesar el *ius punendi* 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 sólo 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 cortan de raíz 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 o falta (en el caso del art. 395); también lo es la ausencia del elemento subjetivo «a sabiendas» (arts. 395, 418). El hecho imputado es atípico, igualmente, en el caso del art. 380 cuando no existe

daño en el servicio o, en el caso del desacato (descriminalizado por Ley N° 27975 del 29/5/03) cuando la injuria se produce al margen del ejercicio funcional del funcionario afectado (art. 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 art. 376, 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 (art. 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 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 fuerzas humanamente irresistibles, 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* al apertorio. 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 sólo 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 art. 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 art. 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 sólo el derecho penal) le concede al agente la prerrogativa 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 desviándolo de su cometido oficial para evitar (o paliar) desgracias naturales inminentes, abandono del cargo ante peligro real 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–, por cuanto en determinadas situaciones de peligro provocadas por su inercia, imprudencia o descuido, no podrá invocarse que están obligados a soportar el peligro, máxime si éste repercutirá negativamente por la naturaleza social de la función o servicio público en otras personas o bienes.

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 art. 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 actúan amparados por esta causal, no cometen 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.

Por lo común esta causal no es contemplada específicamente por otras legislaciones penales.

- d. *En cumplimiento de un deber* (inciso 8 del art. 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. V. gr.: el testigo que es llamado a deponer y sus expresiones necesarias 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 a 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, cargo o empleo* (inciso 8 del art. 20). Al igual que en los casos anteriores deberá existir o producirse con el ejercicio del derecho, cargo o empleo 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 de 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. Sólo 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.

Los términos «cargo» o «empleo» se entienden en sentido restrictivo para comprender a lo público (cargos públicos, empleos públicos o a ciertos cargos o empleos particulares reconocidos oficialmente).

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 jerárquica* (inciso 9 del art. 20) es el obrar por orden obligatoria de autoridad competente expedida en el ejercicio de sus funciones.

Rige la obediencia jerárquica 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 ⁽¹²⁵⁾. Cabe la legítima defensa del afectado contra órdenes antijurídicas.

- Esta causal presupone relación de subordinación y dependencia entre los agentes públicos, siendo más estricta en el orden

(125) 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 (art. 21 del Código Penal Militar español de 1985 vigente).

militar que en el civil. Dicha causal se refiere a órdenes antijurídicas 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 (antijuricidad formal) implicaría incurrir en la tipicidad del art. 368 del Código penal. De todos modos se produce un evidente conflicto entre quien sabe que se trata de órdenes antijurídicas (es decir, contra las leyes del sistema jurídico nacional) que debe obedecer y su conciencia que se resiste a dar cumplimiento a las mismas. La obediencia jerárquica es una categorización cada vez más discutible, tanto en su naturaleza jurídica-conceptual como en cuanto su ubicación analítica en la teoría negativa del delito.

- Existen pautas establecidas a nivel de jurisprudencia y doctrina para racionalizar y hacer válida jurídicamente la obediencia jerárquica 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 y ser expresa.
- 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), es decir, actuar con el consentimiento válido del titular 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 alguna de sus manifestaciones: enclaustramientos sacerdotales, encierros militares y policiales), 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 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)** el consentimiento debe ser anterior a la acción; **c)** no presencia de error o amenaza para su formulación; **d)** que el ordenamiento jurídico reconozca a una persona dicha facultad para disponer determinados bienes jurídicos propios.

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.

4. Causas de inculpabilidad

De darse alguna de estas causales, el injusto penal quedará trunco, 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. *El estado de inimputabilidad.* Este estado puede darse por minoría de edad (-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 los hechos del agente, porque éste actúa 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 serlos (el autor no conoce la antijuricidad de su acción u omisión, es decir, que se halla prohibida por la ley penal). La fuente generadora de tal error puede surgir del hecho que el sujeto desconozca la norma prohibitiva o que conociéndola la considere sin vigencia o aún vigente no estándolo ya; también puede provenir de una interpretación equivocada de la norma o de equivocación sobre la existencia de una causal justificante de la antijuricidad del hecho que autorice 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 hecho 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, que pueden 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 formulada por el Estado al sujeto activo se fundamenta en el hecho 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 sólo 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 (art. 20, inciso 7) o en situación de *fuerza física irresistible* proveniente de tercero (compulsión). Este miedo insuperable se entiende en función a las circunstancias concretas y condiciones particulares del agente. Pensemos en el caso del funcionario que hace abandono del cargo ante el temor 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 contemplada 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 –art. 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, integridad corporal y la libertad. Otra diferencia con el estado de necesidad justificante es que éste permite actuar para proteger bienes jurídicos diversos de otras personas, no sólo 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 art. 20.

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

Los tipos penales contenidos en los artículos 361 al 400 han sido contruidos en base al modelo de delito consumado. En otras palabras los delitos representados a nivel típico se reputan consumados para efectos de la sanción correspondiente⁽¹²⁶⁾. Ya sea que dicha consumación implique un resultado material o una simple actividad o inactividad (desobediencia). 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 art. 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 consumir o perfeccionar el delito no hayan terminado, hayan concluido pero no produzcan por cau-

⁽¹²⁶⁾ 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 sólo se produce a nivel típico.

sas 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 que la pena a aplicar será rebajada o exceptuada en el caso del desistimiento voluntario ⁽¹²⁷⁾.

Es un tema arduo, por la construcción mayoritaria de los delitos en estudio en base a 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

Pueden producirse a través del comportamiento del sujeto activo situaciones que afecten a 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. Estaremos aquí ante la figura del *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 arts. 362, 365 y el 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 (art. 361), destruye registros destinados a servir de prueba (art. 372), desobedezca o resista la orden de autoridad (art. 368) o cause desorden en la sala de sesiones municipales (art. 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 (art. 387), daños (art. 205) y estafa (art. 196), situa-

⁽¹²⁷⁾ Al respecto puede revisarse: ROJAS VARGAS, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima, Grijley, 1997, pp. 306 y ss., 410 y ss.

ción en la que igualmente habrá concurso real de delitos. La pena a aplicar, tanto en el caso del concurso ideal y real, será la del delito más grave, debiéndose en el segundo caso tomarse en cuenta el resto de penas fijadas en las figuras penales que concursan a efectos de aplicar sanciones accesorias.

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 (arts. 361, 364, 369, 371 segundo párrafo); b) *penas alternativas*: privación de libertad o prestación de servicios comunitarios (arts. 362, 370, 371, 372 segundo párrafo, 375); o c) *pena única* (arts. 363, 365, 366, 367, 368, 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 art. 381; b) multa (arts. 377, 381); c) prestación de servicios comunitarios de modo alternativo con la privativa de libertad (arts. 385, 387 tercer párrafo); y d) inhabilitación.

La aplicación de la pena difiere en los delitos especiales en relación a los cometidos por particulares, por cuanto los primeros son castigados de modo imperativo con inhabilitación como pena accesoria (art. 39 del CP) además de la sanción principal. De tal modo que las clases de pena a), b) y c) siempre llevarán inhabilitación. Acertadamente la reforma practicada al Código Penal por 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 funcionario y servidor público se hallaban sujetas a tres regímenes establecidos

en el Código Penal ⁽¹²⁸⁾, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 28355, la misma que supuso restablecer la serenidad y el equilibrio en materia de inhabilitaciones por delitos de cohecho específico de alto injusto penal.

- a) Por un lado, rige la cláusula general de la inhabilitación accesoria del artículo 39 para todos los delitos cometidos por sujetos públicos que hayan supuesto infracción de deberes inherentes a la función pública y que no se hallen comprendidos bajo los alcances del artículo 426 del Código, lo cual será aplicable a la gran cantidad de delitos especiales propios e impropios difusos o dispersos a lo largo de los diferentes Títulos y Capítulos del Código Penal. Es consecuencia de este régimen accesorio de inhabilitación el que dicha pena sea igual en tiempo que la pena principal, es decir, la privativa de libertad.
- b) Por otro lado, tenemos la cláusula general especial de inhabilitación contenida en el artículo 426, por la cual los delitos previstos en los Capítulos II y III del Título XVIII del Código Penal (delitos contra la administración pública y contra la administración de justicia) serán pasibles de una pena de inhabilitación de 1 a 3 años de conformidad con las descripciones de los incisos 1 y 2 del artículo 36. Esto quiere decir que en los delitos especiales de función concentrados, tales como el peculado, enriquecimiento ilícito, peculado, prevaricato, etc., la pena de inhabilitación no seguirá la suerte de la pena principal conforme a la regla de la accesoriedad, lo que convierte a esta inhabilitación especial en una de carácter principal al establecerse taxativamente el mínimo y el máximo imponible, siendo su ámbito de irradiación comprensivo de los delitos contenidos en los capítulos ya indicados, asunto que le confiere su característica de generalidad especial.

El contenido de las inhabilitaciones para los funcionarios y servidores públicos, según el artículo 426, está referido a la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado

(128) 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.

aunque provenga de elección popular, y a la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. La aparente dificultad que se deriva de aplicar la pena de inhabilitación también a los particulares que lesionen el bien jurídico administración pública y mayoritariamente el bien jurídico administración de justicia –en la medida que el mensaje de la inhabilitación del artículo 426 es general– se soluciona al existir en el doble elenco de inhabilitaciones del artículo 36 el rubro de las incapacidades fácilmente imponibles a los particulares.

- c) En tercer lugar un régimen especial accesorio (por el mismo tiempo de la pena principal) de inhabilitaciones reservado para los delitos de cohecho pasivo específico (cometido por magistrado, arbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier análogo, contemplado en el artículo 395 del Código Penal) y el delito de corrupción activa específica cometido por Abogado, regulado en el artículo 398-A y 398-B). En este régimen, el marco imponible de las inhabilitaciones comprende además de la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, la incapacidad para ejercer por sí o por tercero profesión, comercio, arte o industria, según disponga la sentencia, y una no consignada en la norma general de inhabilitación consistente en la suspensión de la colegiación respectiva. En el caso del artículo 398-A, la inhabilitación conminada en el artículo 398-B llega a abarcar ya no sólo la cancelación de la colegiación, en este caso del Abogado, sino que va más allá hasta ordenar la cancelación del título profesional por la Universidad que lo otorgó en el plazo perentorio de 8 días. Como es fácil advertir, este tercer régimen, sobre todo con relación a lo regulado en el artículo 398-B, contraviene el principio de legalidad y se sale de toda pauta de proporcionalidad y racionalidad en la respuesta punitiva, para colisionar radicalmente con principios constitucionales y con los fines mismos del derecho penal ⁽¹²⁹⁾.

(129) Véase *infra*, p. 769 y ss., una crítica al abuso de poder y a la arbitrariedad del legislador peruano al establecer dicha ilegal inhabilitación.

Este tercer régimen ha sido erradicado del Código Penal por la Ley 28355 del 6/10/04, dado que los artículos 395 y 398 en su nueva redacción ya no contemplan dicho marco de inhabilitaciones.

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 facultad de perseguir el delito). Si la acción penal aún no se ha iniciado rige la *prescripción ordinaria* (art. 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* (art. 83, último párrafo). Igual sistema es aplicable a la prescripción de la pena, contada a partir del día en que la sentencia condenatoria quedó firme, es decir, consentida y/o ejecutoriada.

Lo señalado en el párrafo anterior rige para la pena privativa de libertad. Las otras clases de pena (la multa, inhabilitación y la prestación de servicios a la comunidad) prescriben a los 3 años (art. 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. Por sólo tomar un caso: el artículo 377 (delito de incumplimiento de obligación) tiene fijado un sistema de penas que contiene privación de libertad no mayor de 2 años y pena de multa,

ambas principales, y que se aplicarán al infractor conjuntamente. Aquí se produce, en lo que a prescripción de la acción penal se refiere, una situación peculiar, la pena privativa prescribe a los 2 años (prescripción ordinaria) y la multa a los 3 años.

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

Existen dos circunstancias especiales que alteran sensiblemente los plazos de prescripción 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 (art. 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 éste, el plazo de prescripción se duplica, pero nunca será mayor de 20 años (art. 80, sexto y cuarto párrafo). Tal duplicación se entiende que opera en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado (peculado, malversación de fondos, colusión defraudatoria y otros) 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 objetos jurídicos específicos 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 cuales-

quiera 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 rigurosidad, se sigue utilizando en el derecho europeo. 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 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 tienen relaciones evidentes, no se confunden entre sí. *Ejecutoria* es la decisión última 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 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 (aunque ello no va a ser siempre así) la orientación jurisprudencial, la misma que puede variar o ser mejorada ulteriormente. En suma, *ejecutoria* es el documento que decide en última instancia, en tanto que la *jurisprudencia* es el contenido orientador y doctrinario que está presente en un grupo homogéneo de ejecutorias.

Ya en el terreno de lo nuestro, la jurisprudencia peruana es aún larvaria e incipiente. No se puede hablar, en propiedad, de jurisprudencia nacional en materia penal que adquiera el estatus de doctrina judicial. La Corte Suprema, pese a los esfuerzos mostrados en estos últimos tiempos, en los que se ha publicado (fines del 2004 y durante el 2005) un determinado número de Ejecutorias argumentadas que han sido declaradas obligatorias o vinculantes en sus extremos expresamente indicados, aún no ha asumido hasta ahora de modo integral y continuado su función de cohesión doctrinaria orientadora de la pragmática judicial. Las razones son de orden múltiple y no es éste el lugar adecuado para enunciarlas. De las ejecutorias anexadas al presente trabajo, el lector podrá advertir las insuficiencias de la jurisprudencia penal, no obstante que dichas ejecutorias son el resultado de un proceso de selección de un universo de resoluciones por demás anodinas y ritualistas. Cabe señalar, para no pecar de injustos, que las ejecutorias penales supremas observan un plausible nivel de mejoramiento en los últimos años.

Segunda Parte
DELITOS COMETIDOS
POR FUNCIONARIOS Y
SERVIDORES PUBLICOS

SEGUNDA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

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 particularizados de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. VII. El funcionario de hecho: la 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 425º 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 Policía Nacional*. 6. *Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley*. XI. *Los delitos de infracción de deber*. XII. *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 si-

glo XVIII y consolida en los países de la Europa occidental durante todo el siglo XIX ⁽¹³⁰⁾, lo que implicó pasar de una administración pública al servicio del Rey (siglos XV al XVIII) a otra al 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 éstas 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 ALCAZAR, la obediencia a la idea del Estado y no a una persona física concreta sitúa en una posición de independencia relativa a los funcionarios ⁽¹³¹⁾.

El surgimiento de los Estados liberales, ⁽¹³²⁾ proceso que empieza a perfilarse luego de las revoluciones inglesa (de 1648 y 1688), nortee-

⁽¹³⁰⁾ 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 Rafael DEL ÁGUILA (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*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 33.

⁽¹³¹⁾ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, Vol. I, p. 100. Véase también BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho Administrativo*, 9ª ed., Madrid, Civitas, 1992, pp. 31 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, cit.

⁽¹³²⁾ Max WEBER llega a decir que «sólo Europa ha conocido el Estado estamentario (...). También el Occidente es el único que ha conocido el Estado como organización

americana (1776), francesa (1789-1799) y se consolida en el siglo XIX, con la progresiva creación de los Estados de Derecho 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 poder a la ley. Expresión de racionalidad legal capitalista formulada entre otros por John Locke, el barón de Montesquieu, John Stuart Mill, Jeremy Bentham, Rosseau y otros ⁽¹³³⁾ 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 legislativa de principios de siglo XIX que sentó las bases de los Estados modernos

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).

⁽¹³³⁾ Al respecto son útiles 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).

contribuyó notablemente a dotar de un perfil jurídico propio al funcionariado, y a dotarle de cierta estabilidad y lo que es más importante a eliminar la práctica común de la «venta de oficios» mediante la cual en el periodo jurídico preliberal se sometieron a compra-venta los cargos públicos (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 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, 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 poderes; 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 mayor 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 a 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 entender va 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 servicios 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 ⁽¹³⁴⁾, en parte también la Ley Fundamental alemana de 1948, también ulteriormente en las Constituciones de Colombia, Perú y otros países.

⁽¹³⁴⁾ 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.

La creación y consolidación de sólidos y profesionalizados cuerpos de funcionarios (destacándose en esta línea Alemania y Francia) ⁽¹³⁵⁾ ha generado en los países de Europa –también en los de América Latina y otras latitudes, sólo 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 ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁵⁾ 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 a 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. Éste 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 a 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 B. GUY PETERS, *La política de la burocracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁽¹³⁶⁾ 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

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, sólo 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 a 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*»⁽¹³⁷⁾. 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.

de dicho autor *Ensayos de sociología contemporánea*, México, Origen Planeta, 1986, pp. 167 y ss.

⁽¹³⁷⁾ 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 funcionarios.⁽¹³⁸⁾ En su lado negativo, usualmente presentan disfuncionalidades⁽¹³⁹⁾ o anomalías de funcionamiento –apreciables en toda 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

(138) Resumen de las características del modelo de burocracia estudiado por WEBER, ver Richard GELLES y Ann LEVINE, *Introducción a la Sociología*, 5ª ed., México, Mc Graw Hill, 1996, p. 197.

(139) En esto se sigue a GELLES/LEVINE, *Introducción a la Sociología*, cit., pp. 206 y 207. Robert C. FREID, en el trabajo «Administración Pública comparada: la búsqueda de teorías», en Naomi B. LYNN y Aarón WILDAVSKY, *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.

finalidades sociales; al *crecimiento desbordante e infuncional*, anomalía muy común en épocas post electorales 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 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 status 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 que se trate. Las sociedades europeas de Estado Social (Holanda, Dinamarca, Inglaterra, Alemania, Francia, Suecia o 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, delimitación de competencias, como de investiduras y profesionalización⁽¹⁴⁰⁾. No obstante en lo formal la constitucionalización de la función pública y del funcionario tiene en los artículos 39º y 40º de la Constitución Política el respectivo refrendo del más alto valor normativo⁽¹⁴¹⁾.

(140) 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.

(141) Artículo 39º. 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 Constitu-

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 aprecia en el marco legal 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 a 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 a los servidores o empleados públicos.

Esquema diverso (en ocasiones desordenado ⁽¹⁴²⁾) y constatable de particularismos que se observa en el ordenamiento interno de muchos países, en el cual incluso coexisten formulaciones propias para

cional 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.

⁽¹⁴²⁾ 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.

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 ⁽¹⁴³⁾. Por su lado, la Convención de

(143) 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

las Naciones Unidas contra la Corrupción zanjada en México (noviembre del 2003), en un mayor intento 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 ⁽¹⁴⁴⁾.

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.

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 ⁽¹⁴⁵⁾. 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

como el personal de dichos organismos en la medida que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades 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 sólo 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).

⁽¹⁴⁴⁾ Véase *infra*, p. 152 y ss.

⁽¹⁴⁵⁾ MESSNER, Johannes, *El funcionario en la sociedad pluralista*, Madrid, Rialp, 1962, p. 10.

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» ⁽¹⁴⁶⁾. Como es evidente con esta noción se cubre sólo 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 ⁽¹⁴⁷⁾, 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 contente tanto en lo legal, la doctrina, legislación y el discurso analítico). El problema mayor reside en el hecho que estamos ante un elemento normativo que sólo encuentra real y legalizada configuración en función a 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:⁽¹⁴⁸⁾

- a) Su vinculación con el Estado o en particular con alguna de las diversas reparticiones públicas, ya sea por incorporación (noción estricta) o participación (noción amplia) en funciones públicas.

⁽¹⁴⁶⁾ MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Régimen jurídico de los funcionarios*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 41.

⁽¹⁴⁷⁾ 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.

⁽¹⁴⁸⁾ Ver *supra*, p. 39 y ss.

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 le 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 sólo 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 ⁽¹⁴⁹⁾.
- 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) 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 vientos políticos. La permanencia de por vida 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.

⁽¹⁴⁹⁾ SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, cit., p. 29.

- e) 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 honorem* 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 comprometer bienes jurídicos valiosos.
- f) 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, penales o políticas. El marco de derechos y prerrogativas del funcionario es amplio y variado: a realizar carrera al interior del sector administrativo, sueldo digno, vacaciones, seguridad social, jubilación, estatus expectante socialmente, ventajas fiscales, procesales, políticas (para el caso de los altos funcionarios).

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, sólo 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 contruidos 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 funcionales, 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 que sólo los funcionarios y servidores públicos son los agentes que pueden ejecutar y consumir 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 pa-

pel de los sujetos particulares (funcionarios o no) que aportan contribuciones decisivas a la generación de corrupción, en el entendido que no puede haber corrupción vista unilateralmente, esto es sólo 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 la 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 a 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 resultan éstos imputables como sujetos activos de delitos de corrupción, pero en cambio sí son objeto de imputación penal bajo los nombres de gerente, administrador, director, representante legal o simplemente funcionario, presentes en las figuras de fraude en la administración de personas jurídicas y en los delitos contra el orden económico y financiero ⁽¹⁵⁰⁾.

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.

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

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 contruidos con base a 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 legal peruano cuenta con las siguientes definiciones:

Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Supremo N° 005-90PCM, art. 4): «considérase 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 de fecha 199). 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 la entidades comprendidas en el artículo 3° de la Ley»⁽¹⁵¹⁾.

(151) 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.

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 utilizado por el Código Penal para incorporarlo en el inciso tercero del artículo 425º, luego de la abrogación de la fórmula original de dicho inciso, que en su versión original trajera el Código punitivo de 1991⁽¹⁵²⁾, que produjo la entrada en vigor del artículo 40º 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 éste tenga funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de servicio público a la Nación»⁽¹⁵³⁾. 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 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. Llâma 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

(152) Véase *infra*, p. 177.

(153) Ejecutoria Suprema de fecha 8 de abril de 1998, Exp. Nº 1556-96, Lima.

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 que se haya separado o desdoblado las funciones de los considerados funcionarios y como una de ellas, separadas 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 43º 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» ⁽¹⁵⁴⁾. 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 del 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 éstos la voluntad del Estado ⁽¹⁵⁵⁾.

Naturalmente que la influencia de la concepción mixta de función pública ⁽¹⁵⁶⁾ se deja notar en las definiciones judiciales, las que

⁽¹⁵⁴⁾ Sentencia de fecha 29 de mayo de 1998, Exp. N° 429-96, Jueza Susana Cuentas Jara. Precisa la resolución del Juzgado, interpretando el art. 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 los realiza por delegación del Estado en las relaciones externas de la Administración con los administrados, expresando ante éstos la voluntad de aquél.

⁽¹⁵⁵⁾ Ejecutoria Superior del 19 de junio del año 2000, Exp. N° 4490-99.

⁽¹⁵⁶⁾ Concepción mixta de naturaleza administrativa, véase *supra*, p. 26.

debido a su carácter restrictivo son aún insuficientes para configurar una noción penal de funcionario público.

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, presidentes 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 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, 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 personal o colegiado) de designar funcionarios (así, el Presidente de la República en relación a sus Ministros; éstos 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; el Concejo Nacional de la Magistratura 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, directoriales 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 ⁽¹⁵⁷⁾) 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 (art. 115); o cuando se producen circunstancias de enfermedad o imponderables que incapaciten al funcionario ejercer sus funciones.

(157) 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.

Una cuarta fuente complementaria y accesoria para generar título de funcionario es la *delegación*. Se da ésta 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 (art. 107 de la Constitución).

- b) *El requisito de la formalidad del ejercicio de actos de función.* 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 a la asunción del cargo u oficio ⁽¹⁵⁸⁾, usualmente previo juramento ⁽¹⁵⁹⁾. 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, permanente, es decir, que no se trate de un funcionario sin función o con función esporádica. La existencia del funcionario supone la de la función u oficio bajo la cual éste tenga que adscribirse y actuar.

La excepción está representada aquí por las funciones que sólo se activan cada cierto tiempo por mandato constitucional y legal, tal

⁽¹⁵⁸⁾ Joan QUERALT ("El concepto penal de funcionario público", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 27, Madrid, 1985, p. 485) refiere en este punto que la habilitación debe constar en un título. El art. 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.*).

⁽¹⁵⁹⁾ 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".

es el caso de las funciones electorales que convocan la participación de los jurados electorales departamentales por un determinado período 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 funcional. 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, quien se encarga 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 y externo, según se lo vea en función al 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.

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 y a quienes han perdido su condición de funcionarios de derecho (funcionario de facto) e inobserva racionalmente el resto de características para equiparar a los particulares vinculados por formas específicas (temporales y/o ocasionales) en el manejo de fondos públicos o de compromiso social (concepto penal de funcionario público). Sin embargo lo que no ha podido concretizar la acepción penal en su afán extensivo de tutela es adelantar la noción de funcionario público a fases previas a la de asunción del cargo, 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) ⁽¹⁶⁰⁾. 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 ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ 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.

⁽¹⁶¹⁾ Véase en pp. 145 y ss., la noción anticipada de funcionario público que propone la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Asamblea de Caracas de

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 ⁽¹⁶²⁾ 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 ⁽¹⁶³⁾.

En el ámbito punitivo los códigos penales adoptan por lo general dos orientaciones básicas:

- 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 ⁽¹⁶⁴⁾.

1996) y que sí permite adelantar la tipicidad y punición para los simplemente funcionarios electos, designados e incluso tan sólo seleccionados.

⁽¹⁶²⁾ ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, cit., p. 90.

⁽¹⁶³⁾ QUERALT, "El concepto penal de funcionario público", cit., p. 506.

⁽¹⁶⁴⁾ Por ejemplo, el art. 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 art. 24 (2) del CP español de 1995 establece: se considera funcionario público a todo aquel que por disposición inmediata de la ley o por elección o por

Al respecto, el art. 425º del Código penal peruano, a contrario de lo que se piensa⁽¹⁶⁵⁾ y en esto se diferencia de otras legislaciones penales, no da ninguna definición normativa de funcionario público; lo que sí hace es ofrecer un listado genérico de niveles de funcionarios y de servidores a los efectos de imputar responsabilidad penal, adscribiéndose así a la primera orientación señalada. Por lo mismo, no existe taxativamente formulado en nuestra normatividad 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 el rango a otras personas que usualmente no son admitidas como funcionarios públicos en el ámbito de la administración pública⁽¹⁶⁶⁾.

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 cargos delictivos, atribuir responsabilidad penal y fijar sanciones, no suponiendo ello en modo alguno una invasión, menos una descalificación de los predios

nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. El art. 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 (art. 357): “son oficiales públicos quienes ejercitan una función pública legislativa judicial o administrativa”.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. ÁNGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Código Penal VII (Delitos contra la administración pública)*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1997, p. 3090.

⁽¹⁶⁶⁾ 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”.

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 a los seis párrafos del artículo 425º, los artículos 386º, 388º y 392º de dicho cuerpo de normas penales. La técnica legislativa es distinta en ambos casos. El artículo 425º formula en términos generales y sin precisiones de conducta típica los límites y alcances de lo que haya que entender por funcionario y servidor público. En cambio los artículos 386º y 392º operan en el marco de tipicidad de figuras de concusión y de peculado respectivamente, con lo que ofrecen notas de singularidad para su estimación jurídica.

El artículo 425º 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, los demás indicados en la Constitución y la Ley. Por su parte, el artículo 386º transfiere 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; el artículo 392º, 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 386º y 392º, a diferencia de las implicancias del artículo 425º que por su generalidad ofrece la posibilidad de ser aplicados a un elenco más amplio de sujetos y situaciones.

Como podrá advertirse el diseño de construcción del concepto penal, a través de los artículos 386º, 388º (segundo párrafo) y 392º 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)⁽¹⁶⁷⁾ 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 como 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.

⁽¹⁶⁷⁾ Tómese como ejemplos los casos de España y Argentina. El Código Penal español de 1995 (igual sucedía con el derogado) al regular las diversas figuras de cohecho pasivo de los artículos 419, 420 y 421, señala en el artículo 422 que lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos o cualesquier 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 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 compondores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas con el carácter de tales».

rias 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 190º).

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 sólo considera la elección y la designación por autoridad competente como fuentes de creación del mismo, existiendo en cambio en el derecho penal una tercera fuente productora del funcionario público a efectos penales: la determinación de las normas penales 386º, 388º, 392º y 425º del Código Penal. Dispositivos que extienden tipicidad y asignan 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 para configurar la conducta típica de dichos delitos funcionales. Equiparación debatible y cuestionable en varias de sus hipótesis.

V. HACIA UN CONCEPTO ANTICIPADO Y FORMAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION

La «Convención Interamericana Contra la Corrupción» documento aprobado y firmado por 23 países de América Latina (y ratificado, entre otros países, por el Perú (121)) 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 funcionarios públicos (en sentido amplio: funcionarios y servidores) distinta 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 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. Se han adelantado 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 y debatible normativización, desde la perspectiva de lesividad para con el bien jurídico, de hipotéticas y remotas conductas de dichos sujetos. Interesa destacar que la finalidad político criminal, con el hecho de ampliar los círculos de autoría, orientada a dotar de mayor eficacia el combate legal contra los actos de corrupción tiene sustento en el dato criminológico perfectamente verificable de que en el más o menos amplio período 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 ⁽¹⁶⁸⁾, busca prevenir y castigar con mayor eficacia los pactos previos, entre el funcionario no investido y los interesados, que comprometen su ulterior desempeño funcional y lesionan anteladamente los intereses de la administración pública ⁽¹⁶⁹⁾.

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

- 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; y
- 3) Un concepto adelantado y de emprendimiento que sólo exige título (nombramiento - elección) y 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

⁽¹⁶⁸⁾ 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.

⁽¹⁶⁹⁾ Al respecto véase MANFRONI, Carlos, *La Convención Interamericana Contra la Corrupción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 41 y 42.

MANFRONI por el hecho de haberse elaborado las definiciones al final de los debates y el día previo a la firma del instrumento internacional ⁽¹⁷⁰⁾. Explicación que carece de fuerza argumentativa 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 afecta sensiblemente la validez del concepto de funcionario público zanjado por la Convención Interamericana, no 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 legal 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, aprobada por el Congreso con fecha 05 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» ⁽¹⁷¹⁾. 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 establecidos 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 ⁽¹⁷²⁾ ha despertado el problema de la aplicabilidad directa o la correspondiente y previa internalización

⁽¹⁷⁰⁾ MANFRONI, *La Convención Interamericana contra la corrupción*, cit., p. 34.

⁽¹⁷¹⁾ Paraguay, el 28 de enero de 1997, y Bolivia, el 4 de febrero de 1997, dieron por cumplido tal requisito, a los que se sumarian países como Argentina, Costa Rica, Ecuador y Perú entre otros.

⁽¹⁷²⁾ El caso *Kouri-Boumachar* (cohecho ejercido por Vladimiro Montesinos, ex alto asesor gubernamental sobre un Congresista cuando éste recién había sido electo

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 resulta 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,⁽¹⁷³⁾ 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 425º del Código Penal antes de ser invocado legal y judicialmente, dada su característica de ampliación del círculo de autores ⁽¹⁷⁴⁾.

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 períodos de intenso debate, por la Convención de las Naciones Unidas, cuyo texto una vez en vigor permitirá superar dicha contradictoria noción.

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 ex Presidente Alberto Fujimori, la oportunidad ideal para debatir el tema de los efectos directos en la legislación penal peruana del concepto amplio y anticipado de funcionario público de la Convención Interamericana contra la Corrupción, lamentablemente desperdiciada por la premura del Congreso en zanjar el caso.

⁽¹⁷³⁾ 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.

⁽¹⁷⁴⁾ Argumento que es complementada con otras razones tales como que la aplicabilidad de los tratados debe ser resuelto 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 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.).

VI. CONCEPTO ESTRICTO, AMPLIO, RESIDUAL Y PARTICULARIZADOS 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,⁽¹⁷⁵⁾ 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 de 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 períodos de sesiones, llevados a cabo en la ciudad de Viena (Austria) durante los años 2002 y 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⁽¹⁷⁶⁾. Esta Con-

(175) La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción tiene su antecedente en la Resolución 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, encargado de 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 tuvo 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.

(176) 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 «dere-

vencción junto a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (Palermo, noviembre de 2000), ya en vigencia desde el 29 de septiembre 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 para dotar de eficacia a la lucha contra la corrupción: 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 adminis-

cho» 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 Procuraduría 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 a 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 peruana 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).

tración 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 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, las mismas 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 2º 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 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⁽¹⁷⁷⁾ (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 2º indica que por «funcionario públi-

⁽¹⁷⁷⁾ Véase *supra*, p. 136 y ss.

co» 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 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 macro concepto de funcionario, de conformidad a 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 aportadas por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción representan 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 en materia de incriminaciones. En suma, significa no avalar concepciones desbordantes de criminalización que extienden el elemento normativo mas 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 TENDENCIA ORIENTADA HACIA UNA NOCIÓN MATERIAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

En la legislación nacional el concepto de funcionario público es de naturaleza formal, donde las excepciones a dicha regla han sido practicadas a través del Código Penal (artículos 386º, 388º [segundo párrafo], 392º y 425º) y mediante la definición propuesta en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, lo que ha implicado una gran flexibilización del concepto con importantes 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 *administrador 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 ⁽¹⁷⁸⁾. Propuesta que si bien

(178) 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, celebrado los días 21 de enero al 1 de febrero del 2002 y del 18 al 28 de junio respectivamente. Estas definiciones son 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:

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 ad hoc del Estado encargadas de la lucha anticorrupción al no encontrarse respuesta ni salida legal en los contenidos normativos del Código Penal y ante las frágiles 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 a argumentaciones muy debatibles, 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 con las recientes sentencias de las salas penales anticorrupción como con las argumentaciones desarrolladas por el Tribunal Constitucional al respecto, constituye hoy en el Perú un asunto perentorio en su tratamiento doctrinario y normativo, 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

a) Ejercer 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.

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 425º del Código Penal ⁽¹⁷⁹⁾, 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 2º a)III de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, vale decir, con 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) 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 pe-

(179) 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”.

ruano 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 occidentalizada en materia punitiva, no obstante ha desarrollado la noción de funcionario material, aplicado al delito de peculado, el más estricto de las tipos penales de sujetos obligados por deberes de función, lo que podría permitir su proyección al resto de tipos de infracción de deber. Interesa 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 racionales para sustentar decisiones.

La experiencia con el gobierno del ex-presidente 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 *intra*neus y en determinados casos *extra*neus, 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 de tener que respetar los estándares de interpretación, afincados en los principios de 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.

Recientes sentencias de las Salas Penales Especiales (Anticorrupción) de la Corte Superior de Lima han optado por apli-

car el concepto material o de hecho de funcionario público. En particular, y a partir de, la sentencia del 29 de mayo del 2003 ⁽¹⁸⁰⁾ en el caso Bedoya ⁽¹⁸¹⁾, 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 a los siguientes razonamiento jurídicos: 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 387º del Código Penal, no sólo sanciona al administrador de *iure* sino también al administrador de hecho o de facto, debiéndose 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 ultra extensiva que rompe las fronteras de significación que los componentes de tipicidad del tipo penal de peculado doloso ofrece 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 razona-

⁽¹⁸⁰⁾ 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 art. 387 del Código Penal peruano, referido al delito de peculado, así como los arts. 23 y 25 sobre autoría y complicidad.

⁽¹⁸¹⁾ El supuesto de hecho fue calificado a título de peculado, en el entendido 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. 500, 194 y ss.

miento 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 éste es un delito de autoría restrictiva. Si es que abstraemos dicho componente de la tipicidad del peculado, sólo 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. Sólo 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 aleja del principio de legalidad e incurre 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 éste 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 del 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.⁽¹⁸²⁾ 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 sólo hecho de la presencia o existencia del funcionario administrativo fundamento

(182) Ejecutoria Suprema del 14 de noviembre de 2003, R. N. Nº 1813-2003 Lima, que confirma la sentencia de vista. Vocales Echevarría Adrianzen, Valdez Roca, Alarcón Menéndez, Vega Vega, Saavedra Parra. Al existir discordia en cuanto a la pena y reparación civil imputada (Vocales Vega Vega y Saavedra Parra), dirimió el Vocal Sánchez Vejarano.

que configure «competencia» por razón del cargo para los 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 ⁽¹⁸³⁾ 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 del «cargo» exigido 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 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 constitu-

(183) 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 Habeas Corpus planteado 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.

ye, 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 ⁽¹⁸⁴⁾.

Delimitando el campo del «funcionario de hecho», hay que señalar que con dicha frase nos estamos refiriendo en su límite extremo a un usurpador de funciones o de autoridad, es decir, quien sin tener derecho ni legitimación ejerce de hecho funciones públicas (hipótesis que comprende tanto al *extraneus* como al sujeto público que extiende ilegalmente a otros ámbitos reglados sus competencias o atribuciones), mientras que en su límite inferior denotamos a un «funcionario de facto» que no goza de los suficientes requisitos para el ejercicio de la función, pero que sin embargo goza de aceptación y se halla asimilado al concepto penal de funcionario público ⁽¹⁸⁵⁾. Ambos campos son susceptibles de ser cubiertos con el concepto «funcionario de hecho». Los sujetos equiparados por los artículos 385 y 392 del Código penal constituyen igualmente un rubro especial de funcionarios de facto.

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 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.

(184) 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».

(185) Sobre el «funcionario de facto», véase *supra*, p. 42.

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 peculado y malversación de fondos. La legislación penal española 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 inadmisibles 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, establece a través del artículo 435 que 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 cuando se refiere a *cualquiera persona que participe 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 sólo 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 como 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 Desapari-

ción 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 ⁽¹⁸⁶⁾ 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. ⁽¹⁸⁷⁾

Por lo demás la tesis del «funcionario material» 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 circunscrito penalmente al ámbito de los de-

(186) 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.

(187) Sobre esto véase AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2005, p. 75 y ss.

litos 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. Sólo puede responder como autor de 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. ⁽¹⁸⁸⁾

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. Un título insuficiente, vencido o cuestionado legalmente configurará el extremo mínimo del funcionario de facto (provisional, interino)
- b) Ejercicio de funciones o control de las mismas. El dominio de facto de un área de decisión (de varias o de toda) de la administración pública se convierte en el aspecto central y decisivo del concepto.
- c) Aceptación o reconocimiento por parte 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 sólo 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 descontado la necesidad de tal excesiva extensión de tipicidad, en el ámbito de la administración pública reside en

⁽¹⁸⁸⁾ 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.

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 manejo de fondos u orientar las políticas funcionales; en este contexto sólo una 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 a la perspectiva de tutela penal máxima del bien jurídico «Administración Pública», la tesis del funcionario material, resulta atendible por encima de las aprensiones administrativas, haciéndose merecedor de una regulación específica a nivel de las descripciones 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 perversa de las deficiencias de la legislación penal para preordenar comportamientos delictivos que no encuentran en el catálogo de conducta prohibidas una calificación coherente; y c) como un antídoto a las propensiones advertidas de incurrir en analogías prohibidas. La inclusión de una descripción del «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 aquél 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 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 status 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 al 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 les hacen 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 funciona-

rio también le obligan –al haber asumido deberes y obligaciones para con el Estado y la sociedad⁽¹⁸⁹⁾– 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) 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 al enunciado que indica «Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación» (artículo 40 de la Constitución Política peruana)⁽¹⁹⁰⁾. 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.

(189) 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).

(190) 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.

Los deberes de garante del funcionario público, quien está obligado a actuar con profesionalismo, diligencia, y objetividad, le exigen ⁽¹⁹¹⁾:

- a) Actuar bajo criterios de honradez en todos los actos de función cuidando los patrimonios del Estado que estén bajo su directa y/o funcional responsabilidad y observando el principio de legalidad presupuestal.
- 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 los que tengan 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

(191) 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, arts. 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.

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 es un tema de obligada actualidad, dada su importancia para dotar a los actos de los funcionarios y servidores de filtros y controles prejurídicos, y por lo mismo preventivos, 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 partidarios, o cuando se sopesan sus 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 perversión 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 ⁽¹⁹²⁾ retrotrae los orígenes remotos del estudio de la ética en la gestión pública a las reflexiones de Confucio ⁽¹⁹³⁾ y la escuela de los Legistas en China (sobre

(192) VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 28.

(193) CONFUCIO (KUNG TSÉ) 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, la misma 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 sólo 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).

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⁽¹⁹⁴⁾. 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.

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 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, sen-

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).

⁽¹⁹⁴⁾ 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.

tido 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 búsqueda permanente de la mejora de la actuación ética de la administración pública. Con base a 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 que quiere 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 con la verdad, 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.⁽¹⁹⁵⁾ Ética discursiva en la era de postmodernidad que, a decir de HABERMAS implica la reconstrucción racional de los contenidos de una tradición moral ⁽¹⁹⁶⁾

Resulta notorio que el esquema que antecede demarca una situación de interacciones regulares por parte del funcionario público conforme a una ética racional, orientada a los fines públicos y valores de-

⁽¹⁹⁵⁾ VILLORIA MENDIETA, *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, cit., p. 31.

⁽¹⁹⁶⁾ HABERMAS, Jürgen, «Ética discursiva», en Carlos GÓMEZ (editor), *Doce textos fundamentales de la Ética*, Madrid, Alianza Editorial, p. 174.

mocráticos, no obstante que como anota THOMPSON ⁽¹⁹⁷⁾, con base a 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 deontologismo 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 autoreferenciada 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 en 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 socio-jurídicamente.

⁽¹⁹⁷⁾ THOMPSON, Dennis, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Barcelona, 1999, p. 25 y ss.

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 éticos que lo sustentan y legitiman jushistóricamente, 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 del respeto, la dignidad, 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 ⁽¹⁹⁸⁾. Sobre esto, Miguel SÁNCHEZ MORÓN ⁽¹⁹⁹⁾ 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).

⁽¹⁹⁸⁾ Véase la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo 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.

⁽¹⁹⁹⁾ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 248 a 260.

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.
10. Deberes de secreto y de sigilo en relación a informaciones y datos clasificados como secretos o información reservada. Deberes invocables en específicos 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 51º 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 impropriamente 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 ⁽²⁰⁰⁾, así como establece que «las actividades políticas o de otra ín-

(200) Véase la sección Anexos.

dole 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 425º DEL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991

Art. 425: «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.^(*)

(*) [Texto del inciso 3 según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley N° 26713 de 27 de diciembre de 1996].»

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 *strictu 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 está haciendo sinonimia

o equiparación de significados ⁽²⁰¹⁾, 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 a los ámbitos de competencia administrativa y de la que se colija de los tipos penales especiales la solución del problema ⁽²⁰²⁾. No siendo ello un asunto de escaso interés o sin importancia. Esta precisión de diferenciación tiene su verificación en los distintos modos como las figuras 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 incluyen 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 orga-

(201) Véase opinión distinta en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Lima, Palestra, 2003, p. 42.

(202) 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 períodos regulares». El art. 4° indica: «Considérase 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».

nismos sostenidos por el Estado, sustituyéndola por el texto que ahora tenemos en el inciso tercero.

El antecedente legal inmediato del art. 425 lo hallamos en la Ley N° 24653 (de 27 de marzo de 1987), que anexó al Código penal de 1924 mediante el art. 361 los niveles normativos de funcionarios y servidores según la perspectiva penal.

En resumen, el contenido del art. 425 no expresa un concepto, sino el marco de extensión normativa 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 en base a 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 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, rutinaria, mayor onerosidad para el Estado, entre otras desventajas con relación al sistema libre de empleo.

El Decreto Legislativo N° 276 (de 6 de marzo de 1984) y su Reglamento, Decreto Supremo N° 005-90-PCM, 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 art. 425 del Código Penal se entiende negativamente en base al 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 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. 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.

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 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 e inspección– que tendrá capacidad de decisión y acceso a información privilegiada ⁽²⁰³⁾.

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 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 sub nivel los Ministros, vice-ministros, directores generales, funcionarios de las comisiones consultivas, diplomáticos por decisión del gobernante, presidente y gerentes de corporaciones departamentales, directores municipales, jefes de 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 ⁽²⁰⁴⁾.

⁽²⁰³⁾ El Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa fija las siguientes pautas sobre los cargos de confianza (art. 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”.

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.

⁽²⁰⁴⁾ 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 Administrativo y otros.

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 éstos sean ⁽²⁰⁵⁾.

Para 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 ⁽²⁰⁶⁾, 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 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 y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos

Este tercer párrafo está aquí refiriéndose a particulares 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 aquéllos 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 que el sujeto ejerza realmente funciones públicas ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁵⁾ 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 sí contempla ascensos para los mismos (véase art. 13 del citado Reglamento).

⁽²⁰⁶⁾ Véase ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª ed., p. 19, para quien la simple proclamación da cuenta ya de existencia legal de estos sujetos públicos.

⁽²⁰⁷⁾ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Adaptando la legislación penal del Perú a la Convención Interamericana Contra la Corrupción*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales

Estos particulares no son propiamente funcionarios ni servidores públicos, pues no se hallan comprendidos en la administración estatal ni hacen carrera administrativa, manteniendo con ella tan sólo 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 excluirlos 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, el numeroso personal de funcionarios contratados en distintas entidades 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 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 ⁽²⁰⁸⁾.

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.

(208) 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 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*, cit., 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.

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.) explica este éxodo que hoy da cuenta de un abundante funcionariado (y de servidores públicos) que desempeñan actividades del rango funcional 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 en base al régimen privado o al 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° 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 art. 425 del Código Penal sólo 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 ⁽²⁰⁹⁾.

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 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.

(209) TASSANO VELAOCHAGA, «La administración pública en el Perú», cit., p. 331.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente ⁽²¹⁰⁾, 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 le confiere dicha calidad de modo temporal, o por igual abarca ambas hipótesis es un punto obligado a delimitar a efectos de dotarle de sentido a la frase. ABANTO VÁSQUEZ ha formulado la tesis de que sólo puede estar referido «a auténticos funcionarios» incorporados en la organización estatal que por razón de sus funciones actúan como depositarios o que aunque pese a no ser ésta su actividad, han sido designados para ello. Por mi parte he manejado la tesis 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, penalmente estimada, a realizar es la misma: cumplir con el mandato de la autoridad competente.

⁽²¹⁰⁾ 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 [Sumilla N° 31, Peculado, p. 600].

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 le 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 ⁽²¹¹⁾ en el punto de los depositarios y administradores, salvo que se quiera denotar, como señalan CASTRO GÓMEZ y OTERO GONZÁLES ⁽²¹²⁾ que el numeral cuarto del artículo 425 es de alcances más amplios, que el artículo 392, ya que éste se referencia tan sólo 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 la 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

⁽²¹¹⁾ Véase también *infra* p. 581.

⁽²¹²⁾ 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.

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 autoridad competente en genérico sino restrictivamente la autoridad judicial, con lo que se restringe aún mas la autoría en la apropiación ilícita, con lo que 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 sólo 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 el 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 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 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 vincula-

das 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 ⁽²¹³⁾. La Fiscalía y la Corte Suprema consideran indistintamente como funcionarios públicos a los policías ⁽²¹⁴⁾.

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 al derecho penal. En este segundo ámbito, para hacer ver que las condiciones señaladas son de interés también para el derecho penal no sólo 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.

6. Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley

Ingresan en este nivel todos aquellos funcionarios o servidores que por razones diversas no son admisibles en los órdenes anteriores, ya sea porque tienen un régimen propio de carrera administrativa, como los docentes y funcionarios de universidades (secretarios generales, decanos y rectores), funcionarios y servidores municipales, etc., o porque simplemente carecen de un sistema de carrera administrativa como en el caso de los Alcaldes, Vice ministros, Notarios ⁽²¹⁵⁾.

⁽²¹³⁾ 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 status de los militares en cuanto a nomenclatura.

⁽²¹⁴⁾ 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-Amazons: "que tratándose que el procesado tiene la calidad de funcionario público, por ser miembro de las fuerzas policiales ...".

⁽²¹⁵⁾ 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).

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 lo 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 de parte del contenido del numeral seis del artículo 425, siempre que se cumpla con las regulaciones internas de tipicidad que sustenten las respectivas figuras penales.

XI. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER ⁽²¹⁶⁾

Ha adquirido posicionamiento ya mayoritario, merecido por cierto, en la dogmática penal la categoría de ilícito penal que ROXIN denominara en 1963 «delitos de infracción de deber» Claus ROXIN habíase percatado discursivamente, de algo que en la práctica judicial era materia altamente incidente y complicada, 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 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

(216) Para un mayor provecho de este tema véase también, *supra* p. 73, «Delitos especiales (de infracción de deber) y comunes (de dominio o de organización)», *supra* p. 87, «Autoría y participación en los delitos de funcionarios públicos»; igualmente el ítem siguiente «El rol del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos». Con especial provecho léase de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, p. 231 y ss. En la doctrina nacional, 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.

del delito»⁽²¹⁷⁾. Desde este punto de partida, con el que ROXIN formuló su afortunada tesis de la infracción del deber, las diversas soluciones pueden oscilar entre las de castigar al hombre de atrás como autor mediano ya que tuvo el dominio del hecho, al utilizar como instrumento al funcionario; considerarle un coautor o tratarle como un colaborador. La primera solución 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 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 de función podría ser considerado autor de un delito especial (equiparable a funcionario o servidor, 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 administrador de empresas, etc). La solución de la coautoría tiene por su parte la insalvable dificultad que no existe en el caso 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 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 llama «estructura lógico objetiva» Resulta forzada y abiertamente incorrecta la hipótesis de colaboración aplicada al sujeto que obliga o coacciona absolutamente al funcionario ejecutor o instrumento; colaborar en un acto querido como propio por el «cómplice» pero rechazado por el funcionario, a quien se obliga a realizar materialmente el delito no es una fórmula racionalmente aceptable de modo que haya que 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

(217) ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 386.

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 que extraneus asuman dicho rol.

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. Deberes que los adquiere, en su vinculación con el bien jurídico específico de distintos modos, ya sea institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores contra la administración pública), por vinculaciones paterno filiales, de confianza o jurídicas, etc.⁽²¹⁸⁾. Relaciones extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento –con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial– explica la existencia del delito de infracción de deber. En el caso de los delitos de funcionarios contra la administración pública los deberes le vienen señalados en sus ámbitos reglados o discrecionales de competencia que se definen en las leyes o reglamentos de corte administrativo, vistos estos en su relación con las exigencias de tipicidad de cada figura penal de función, pues no toda norma administrativa es fundamentadora del marco de deberes que se quebrantan con la conducta típica, pues el ámbito administrativo muchas veces se cierra en sí mismo con base a valoraciones éticas sin necesidad del concurso de la inferencia penal.

La tesis de la infracción de deber ha sido planteada como el núcleo totalizador de la autoría en los delitos cometidos por funcionarios públicos de modo que carece de importancia que el sujeto especial domine materialmente el hecho delictivo. Diferenciándose de este modo la autoría-coautoría en los delitos comunes de la autoría –coautoría en los delitos especiales. En los primeros, el dominio del hecho es condición sustancial en sentido positivo de la autoría, y en sentido 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 (en el «deber específico de los implicados de comportarse adecuadamente cuya infracción

⁽²¹⁸⁾ Véase *supra*, p. 75 y ss.

fundamenta la autoría»⁽²¹⁹⁾), siendo irrelevante incluso excluyente el dominio del hecho, esto es no sólo no basta sino que no es necesario. Se aprecia así el giro radical que se produce en relación a la tesis fundamentadora de la autoría en los delitos especiales. Igualmente la coautoría supondrá el quebrantamiento conjunto de un deber especial y no así el reparto funcional de roles con dominio del hecho. Tesis que tiene sus implicancias inmediatas: a) en relación a los extraneus (sujetos no calificados ni vinculados), quienes no podrán ser autores ni coautores de delito de función, así dominen ellos materialmente en su totalidad el hecho, ya que no quebrantan un deber; b) en cuanto permite imputar autoría al funcionario sin necesidad de verificar que haya realizado actos ejecutivos, bastando sólo comprobar si quebrantó o no un deber de su cargo o empleo, dado que no es de interés la naturaleza externa del comportamiento sino sólo 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.

Esta tesis tan radical que supone admitir que en los delitos especiales propios e impropios la autoría –coautoría 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 que matizan la teoría, las mismas que radican fundamentalmente: en la existencia de relaciones positivas entre autor especial y bien que obligan al sujeto vinculado, noción de «institución positiva» que impone el mandato de edificar un mundo en común, diferencia entre delitos especiales y de infracción de deber, no sólo la autoría es fundamentada por la infracción de deber sino también el injusto penal⁽²²⁰⁾.

Ultimamente la tesis de la infracción de deber ha sido objeto de importantes desarrollos y también cuestionamientos. Así, en la dog-

⁽²¹⁹⁾ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 384.

⁽²²⁰⁾ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 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.

mática española destaca SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, quien en una plausible monografía analiza diversos matices no explorados de la teoría en referencia en 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 de la filosofía alemana del siglo XIX; deberes positivos, que no se agotan en la prohibición de dañar (*neminem laede*) sino que obligan jurídicamente a la edificación de un mundo en común para fomento y ayuda respecto a un 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 a la infracción del deber, 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 ⁽²²¹⁾.

Los cuestionamiento a la tesis de la infracción del deber en tanto criterio de interpretación para analizar los delitos especiales ⁽²²²⁾ se han dirigido a poner de 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), que es suficiente la posición de garante o el dominio de protección del bien jurídico (SCHÜNEMANN) ⁽²²³⁾ 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). 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 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

⁽²²¹⁾ Al respecto en su integridad SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.

⁽²²²⁾ Véase también ABANTO VÁSQUEZ, «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber», cit., p. 30 y ss.

⁽²²³⁾ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 122 y ss.

sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico ⁽²²⁴⁾, que el bien jurídico protegido se halla en una determinada estructura social controlada por ciertas clases de individuos y queda bajo la dependencia de éstos ⁽²²⁵⁾ «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 protegido solo es accesible a esa determinada clase de sujetos ⁽²²⁶⁾. 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 de especiales de garante» ⁽²²⁷⁾.

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

⁽²²⁴⁾ 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*, Nº 7, Bogotá, Legis, abril-junio, 2004, p. 140 y ss.

⁽²²⁵⁾ GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal I. Teoría general*, Universidad de Zaragoza, 1985, p. 359.

⁽²²⁶⁾ RUEDA MARTÍN, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública en el Código penal español», cit., p. 141.

⁽²²⁷⁾ 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).

de la tesis dominante de la infracción de deber, aplicada a los delitos especiales de autoría 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.

XII. EL ROL DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS⁽²²⁸⁾

Es *extraneus*, aquélla persona que mediante aportes de contribución al delito cometido por el *intraneus* u obligado especial (en el 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 éste se apropie efectivamente o en 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 del patrimonio público (peculado) o con 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 impropio el funcionario o servidor público que en determinados tipos de infracción de deber carece de la vinculación especial que exige el tipo penal para ser autor o coautor. Esta segunda tipología de *extraneus* se delimita cuando el tipo penal exige 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 guardia», «asunto sometido a su conocimiento» y otras locuciones; vale decir,

⁽²²⁸⁾ Véase también *infra*, p. 494.

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 el núcleo de dicha vinculación pueda ser autor o coautor en el caso que intervenga con aportes ejecutivos.

El *extraneus* o extraño en términos absolutos o propios carece de deberes especiales para con la administración pública, no tiene la obligación de asegurar el bien jurídico protegido específico ni de fomentar el desarrollo de la institución positiva genérica de la 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, si es en cambio un vinculado con la administración pública con relación a la cual tiene deberes de aseguramiento y fomento, 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 (autor o coautor), 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 acceder sus actos ilícitos sólo al nivel de complicidad o al de la determinación de acuerdo a la naturaleza y características concretas de los mismos. Por cierto que en los delitos de función, en los cuales la vinculación funcional es flexible o abierta, no se presentarán estas dificultades para la autoría (que configura el *extraneus* relativo). Así en los delitos de concusión simple, abandono de cargo, patrocinio ilegal, enriquecimiento ilícito y otros).

Ambas versiones de *extraneus*, que puede por igual presentarse en otros ámbitos de los delitos de infracción de deber no sólo en los delitos de funcionarios contra la administración pública, se unifican ante el derecho penal en la calidad imputable de sus aportes, esto es sólo 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 diferenciador entre el *intraneus* y el *extraneus*, sigue sin embargo el debate aunque ya en menor escala acerca del título de imputación válido para el *extraneus* absoluto, que se condensa en la pregunta de si ¿debe res-

ponder el *extraneus* por el delito del autor o acaso por un delito común, dado que no es un obligado ni infringe deberes especiales? Las respuestas han sido formuladas desde dos perspectivas o teorías bien definidas: ⁽²²⁹⁾

- a) *La tesis de la autonomía o de la ruptura del título de imputación.* Según esta teoría, el *extraneus* ajeno a la administración pública, al carecer de las condiciones de funcionario o servidor público y al no estar vinculado con dicha administración por deberes de aseguramiento no puede ser imputado por delito de función a título de complicidad, dado que al tratarse de delitos de infracción de deber funcional, el ámbito de autores y cómplices debe circunscribirse a quienes posean dichos deberes ya en grado de vinculación estricta ya en grado de roles generales en relación 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 imputados a título del delito especial (peculado, colusión defraudatoria, abuso de autoridad), 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 ⁽²³⁰⁾).

⁽²²⁹⁾ Al respecto y con más amplitud sobre ambas tesis, 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, Jurista Editores, 2004, p. 87. 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, p. 433; idem 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.

⁽²³⁰⁾ 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 Cabrerá*, Tomo I, Lima, ARA Editores, 2006, p. 712 y ss.

La tesis de la autonomía de la imputación se basa en criterios de correspondencia de la imputación en relación al aporte ejecutivo y con soluciones de estricta justicia 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,⁽²³¹⁾ pero que sin embargo tiene la grave dificultad –con relación a los delitos especiales propios– de que los Códigos penales occidentales en su mayoría no están estructurados de modo que ofrezcan una salida de homologación satisfactoria para todos los delitos de infracción de deber en los que concurren con aportes los cómplices y determinadores. Así, en el cohecho, prevaricato, 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, ¿cual 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⁽²³²⁾.

(231) 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 sólo infracción del deber por los sujetos vinculados (p. 437).

(232) En similar posición ABANTO VÁSQUEZ, «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber», cit., p. 42.

- b) *La tesis de la unidad del título de imputación*, en cambio parte de la idea central 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 y 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. Ello supera el problema de la doble calificación por un mismo hecho, impide búsquedas erráticas y elimina la sombra de la impunidad. Se fundamenta en la tesis de la accesoriedad limitada de la participación que contemplan varios de los códigos penales occidentales, entre ellos el alemán español y peruano. Accesoriedad que implica no aceptar la autonomía del injusto del partícipe, ya que se halla dependiente del injusto del autor que comete el hecho ajeno al partícipe. Tesis mayoritaria, asumida en la actualidad en la jurisprudencia nacional. Pese a lo excesivo de sus consecuencias que suponen la aplicación de inhabilitaciones a los *extraneus* y los efectos de rotulación que implican en la actualidad los delitos de infracción de deber. Tesis que si bien aceptada mayoritariamente debe merecer la debida ponderación por parte del Magistrado a fin de tomar en cuenta que no es lo mismo el injusto del *intranei* que del *extraneus* en un delito de función, y por lo tanto la individualización de pena de este último debe ser marcadamente inferior a la del sujeto vinculado.

Una línea extrema de la unidad de imputación de sujetos vinculados y extraneus amplía sus alcances también a los delitos especiales impropios.

En realidad la problemática se presenta compleja, pero posibilitadora, en aquellos delitos de función que presentan ciertas tipologías equiparables con determinados delitos comunes (por ejemplo, peculado y colusión desleal con relación a los tipos comunes de apropiación ilícita y estafa, respectivamente) ⁽²³³⁾. Al respecto, no obstante las recientes orientaciones doctrinarias que tienden a dar fuerza

⁽²³³⁾ Tomando como caso típico el delito de abuso genérico de autoridad se efectúa más adelante un mayor desarrollo de esta temática (*infra*, p. 248 y ss.).

a la teoría de la autonomía, cabe decir que nuestro Código penal (en los artículos 25 y 23) asume la tesis de la accesoriedad para la participación y la teoría del dominio del hecho para la autoría, de lo cual se deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación). 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) implicaría hacer una doble tipificación en base a un sólo supuesto de hecho ilícito y por lo tanto doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone 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 supuestos delictivos equiparables a los delitos especiales propios de función ⁽²³⁴⁾.

⁽²³⁴⁾ 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.

TÍTULO PRIMERO

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 frecuente, son comúnmente consideradas sinónimas, al significar ambas facultad de decisión y de imposición, sin embargo, tienen entre sí algunas marcadas distinciones por sobre sus similitudes, estas últimas obviamente indiscutibles. Así: 1) no todo poder significa autoridad; 2) todo el que tiene autoridad necesariamente debe de tener poder; 3) la autoridad es una especie de poder; 4) el poder es un macro-concepto conglobante, donde la autoridad es una de sus manifestaciones funcionales; 5) el poder admite diversas fuentes de origen, la autoridad una sola.

Poder, en palabras de GARCÍA PELAYO, es la posibilidad directa o indirecta de determinar 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 ⁽²³⁵⁾. Esta sintética, bien lograda y genérica conceptualización dada por el insigne maestro español nos sirve para anotar tres consideraciones de importancia: a) el poder no tiene límites de manifestación, es decir, se presenta en todo orden de actividades humanas (la política, la administración, economía, relaciones familiares, amicales, científicas, el mundo de las relaciones privadas, públicas, religiosas, culturales, etc.); b) el poder supone necesariamente la posesión de facultades de imposición y la capacidad latente o aplicada de ejercitar dichas facultades; y c) el poder es una realidad socio-cultural estratificada ⁽²³⁶⁾ con núcleos de concentración más o menos intensos a nivel económico, político y científico-tecnológico.

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» ⁽²³⁷⁾. 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 aquélla. Hemos anotado ya en líneas anteriores que el término «autoridad» puede ser entendido en sus dos acepciones básicas como facultad adquirida (concepción subjetiva) y como concepto institucionalizado en un ente público o persona física legitimada (concepción orgánica-objetiva) ⁽²³⁸⁾. Hemos defini-

⁽²³⁵⁾ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 137.

⁽²³⁶⁾ 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.

⁽²³⁷⁾ GARCÍA PELAYO, *Idea de la política y otros escritos*, cit., p. 138.

⁽²³⁸⁾ La autoridad puede ser entendida también como “*autorictas*”, expresión latina con la que se alude al poder que goza una persona, y que tiene como fuente de

do 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: la economía, la ciencia, la tecnología, el conocimiento, las creencias, la fuerza, el temor, el avasallamiento, el sexo, la política, las posiciones de privilegio, etc.

Resumiendo: la autoridad entendida subjetivo-funcionalmente como facultad, es atributo de cierta clase de sujetos que condensan con 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 legitimación jurídica.

II. ABUSO DE PODER Y ABUSO DE AUTORIDAD

El poder puede ser utilizado para aplicar políticas de Estado, lograr privilegios, definir orientaciones científico-culturales, imponer estrategias o programas, eliminar la competencia económica, decidir asuntos de índole diversa (jurisdiccionales, militares, económicas, administrativas, religiosas, etc.), como para zanjar cuestiones personales y personalísimas. En este empleo o aplicación de facultades puede existir un uso racional ajustado a las expectativas sociales o, en cambio, producirse una extralimitación abusiva del mismo, que lesiona intereses y valores privados, públicos, internos o internacionales.

El abuso de poder alcanza dimensiones inconmensurables en las sociedades atrasadas dominadas por tiranuelos y autócratas o dictaduras y tiranías. El derecho en estas circunstancias se constituye en un

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 *"autoritas"* 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 *autoritas* 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.

mecanismo de poder que controla y oprime, sea cual sea la fuente de donde provenga, público o particular.

El abuso de autoridad ⁽²³⁹⁾ 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 arts. 376 al 381. En 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 sólo posee capacidad de decisión.

El código ha preferido seguir usando, a usanza del modelo francés o italiano, la frase «abuso de autoridad» y no «abuso de funciones» o «abuso de atribuciones» como lo hacen otras legislaciones penales.

⁽²³⁹⁾ 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).

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 ⁽²⁴⁰⁾.

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 arts. 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 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 (arts. 331 al 359). Los artículos 340 al 345 establecían tipos penales de abuso de autoridad nominados, mientras que el art. 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 per-

⁽²⁴⁰⁾ 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.

sona 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.

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 art. 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.

MARCO PUNITIVO COMPARADO DEL DELITO DE ABUSO GENERICO DE AUTORIDAD				
PAIS	ART.	FIGURA BASICA	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 penitenciaría	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 multa	Prisión que oscila de 7 a 30 años y multa (detención arbitraria que dura mas de 7 días)	

V. PERÚ: ASPECTOS DE SISTEMÁTICA Y TÉCNICA LEGISLATIVA

El Código penal de 1991, en lo que respecta a los delitos de abuso de autoridad, comprende una serie de comportamientos ilícitos reunidos en seis tipos penales, los mismos que no han sufrido variaciones, ni en su estructura típica ni en su penalidad, desde la entrada en vigencia del código. Estos tipos penales son:

1. Abuso genérico de autoridad, llamado también abuso innominado (art. 376).
2. Abuso de autoridad específico con finalidad política o electoral (376-A).
3. Incumplimiento de obligación (art. 377).
4. Denegación de auxilio policial (art. 378).
5. Requerimiento abusivo de la fuerza armada (art. 379).
6. Abandono de cargo (art. 380).
7. Nombramiento ilegal de cargo público (art. 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) Sólo el art. 376 responde a un prototipo de figura penal genérica, innominada y subsidiaria. El resto de figuras obedecen a comportamientos específicos o de menor generalidad.
- e) Su baja penalidad, que torna en simbólicos los mensajes preventivos.

Técnicamente los tipos penales de abuso de autoridad tienen las siguientes notas distintivas:

- a) Son de naturaleza comisiva activa (arts. 376, 376-A, 379, 380 y 381).

- b) Son de naturaleza omisiva simple; son llamados también tipos penales de desobediencia o inactividad (arts. 377 y 378).
- c) Es tipo mixto, es decir, que pueden ser realizados por acción u omisión (art. 380).
- d) Son tipos de resultado (arts. 376 y 380).
- e) Son tipos de simple actividad (arts. 379 y 381).
- f) Son tipos complejos, por incluir varias modalidades delictivas dentro de los alcances de un mismo tipo penal (arts. 376, 377, 378 y 379).
- g) Son tipos penales simples por el empleo de un único verbo rector (arts. 380 y 381).
- h) Son tipos penales complejos por empleo de múltiples verbos rectores (arts. 376, 377 y 378).
- i) Son delitos de consumación instantánea (arts. 376, 377, 378, 379, 380 y 381).
- j) Son delitos que asumen permanencia (arts. 377 y 378, en la modalidad rehusamiento).
- k) Son tipos penales genéricos (de más a menos: arts. 376 y 377).
- l) Son tipos penales específicos (arts. 376-A, 378, 379, 380 y 381).
- m) Poseen un núcleo rector finalístico o teleológico (art. 376-A, 379).
- n) Son de dolo directo (arts. 376-A, 378, 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 (art. 381).
- q) Penalidad máxima: 6 años de privación de libertad (art. 376-A).
- r) La cláusula especial de exención facultativa de pena (art. 68) les resulta aplicables a los delitos conminados con un máximo de 2 años de pena privativa de libertad (arts. 376, 377, 378 (primer párrafo), 380 (primer párrafo) o sancionados con pena de multa (arts. 377 y 381).

VI. LO REGLADO Y LA DISCRECIONALIDAD FRENTE AL ACTO ARBITRARIO

Desde el momento 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 ⁽²⁴¹⁾, 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 marco de libertad del que gozan los funcionarios para decidir actos –ante la deficiencia, vacíos o insuficiencias de reglas expresas en la normatividad– frente a supuestos de hecho que requieren de solución, con base al criterio de unidad y completud del ordenamiento jurídico. El juego dialéctico entre lo reglado y lo discrecional define gran parte de la evolución del derecho, otrora (el pre-liberal) arbitrario y discrecional, ahora fundamentalmente reglado.

Las potestades discrecionales, sin embargo, necesitan ajustarse a mínimos de consenso para que adquieran valor jurídico y por lo mismo legitimidad:

⁽²⁴¹⁾ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, Civitas, 1999, p. 447.

- a) Que hayan sido contempladas en cuanto facultades por la ley. Es el caso, por ejemplo, del Código Tributario (arts. 62, 166) y el D. S. N° 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (art. 47, segundo párrafo).
- 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: ampliación de los plazos de instrucción en fase recursal o de segunda instancia, detención domiciliaria, contienda de competencia entre el fuero militar y civil, etc.) o la costumbre (por ejemplo en el derecho comercial e internacional) son fuentes generadoras de las potestades discrecionales, siempre y cuando la aplicación de éstas se hallen enmarcadas en los fines del ordenamiento jurídico (Constitución, principios generales de derecho, leyes, reglamentos y cometidos de la normatividad concreta del caso). Los principios generales del derecho 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.
- d) Lo discrecional no significa primacía de lo subjetivo, sino actuación en base a criterios propios referenciados en los intereses de la administración pública sin colisionar con el derecho. Tales intereses no son otros que los de sus destinatarios, es decir, la ciudadanía y la Nación.
- e) Será siempre un modo subsidiario-complementario de acción, 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.
- f) 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 sólo a la del gobierno central o poder ejecutivo, sino a todo el contexto de funciones públicas).

Hipótesis singulares, en las que la discrecionalidad se refiere sólo a la ejecución del acto –el mismo que ha sido decidido u ordenado regladamente– exigirán del juez aguzar la evaluación para verificar 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⁽²⁴²⁾– 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 decisonal 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.

(242) 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. Comportamientos típicos: a) *La calidad de funcionario público*. b) *El abuso de atribuciones*. c) *Las modalidades delictivas: cometer u ordenar (un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de alguien)*. d) *El acto arbitrario cualquiera*. e) *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. Derecho y legislación extranjera: 1. *Italia (1930)*. 2. *Colombia (1980)*. 3. *Argentina (1922)*. 4. *Francia (1993)*. 5. *España (1995)*. 6. *Cuba (1988)*. 7. *Portugal (1982)*.

«Art. 376: *El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.*

Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años». [Texto modificado por la 7a. Disposición Final de la Ley 28165 del 10 de enero de 2004]

La norma penal positiva ha reunido aquí –sin designarlos o especificarlos– todos los abusos o extralimitaciones, imputables al funcionario público, que no se hallen ya contemplados en otros tipos penales

del código o de leyes penales especiales de ser el caso ⁽²⁴³⁾. 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 ⁽²⁴⁴⁾.

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 sólo 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 (art. 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. Al haberse empleado la frase «un acto arbitrario cualquiera» se ha querido comprender un sinnú-

⁽²⁴³⁾ El art. 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.

⁽²⁴⁴⁾ Se tienen abusos nominados de naturaleza típica autónoma en los arts. 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 a la calidad especial del autor, en las siguientes figuras: art. 162 (párrafo segundo), art. 297 (primer inciso), art. 367 (tercer inciso), art. 369, 404 (tercer párrafo).

Existen otros delitos de abuso nominado cometido por funcionario público en base a construcciones típicas complementarias (arts. 229, 353 y 360) y a delitos especializados (arts. 306, 312 y 352).

mero de comportamientos delictivos imputables a un funcionario público que comporten perjuicio de tercero y presencia de arbitrariedad.

- b) Se trata de una figura subsidiaria implícita, tanto porque la regla de subsidiaridad se colige de su estructura típica y de su ubicación intrasistemática, como porque sólo resultará imputable a los actos del funcionario 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. De darse tal circunstancia de subsunción, será preferida por principio de especialidad (aunque la pena sea menor), lo que implica la primacía de la norma especial sobre la genérica.
- c) El abuso genérico de autoridad cumple una función político-penal complementaria. El legislador ha procurado proteger, cubriendo todas las posibilidades de ocurrencia, el prestigio, la calidad y legalidad de la administración pública, cerrándole al funcionario el camino para el exceso doloso en el ejercicio de sus funciones, permitiendo de tal modo que el Juez aplique sin mayores problemas dicho dispositivo, evitándose así el incurrir en interpretaciones analógicas.
- d) La naturaleza abierta del tipo y la necesaria concurrencia de un acto arbitrario doloso cualquiera, es decir, no sujeto a forma determinada, caracterizan y diferencian este tipo penal de los otros cinco restantes contenidos en el rubro «abuso de autoridad».
- e) 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 modelo peruano de abuso genérico de autoridad una particular y cuestionable redacción.
- f) El modelo peruano de abuso de autoridad no contiene específicas finalidades a las que debe orientarse el acto arbitrario abusivo, como sí lo poseen otras legislaciones, por ejemplo el Código Penal portugués cuyo artículo 382 alude a la intención de obtener beneficio ilegítimo o causar perjuicio ⁽²⁴⁵⁾.

(245) Véase *infra* Legislación extranjera.

II. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente inmediata se halla en el artículo 337 del Código penal de 1924 ⁽²⁴⁶⁾.

El Código de 1863 (arts. 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 Alcaldes 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 estuvo constituido por el artículo 175 del Código penal italiano de 1889 ⁽²⁴⁷⁾ que fue el primero que ofreció técnico-legislativamente una fórmula genérica de abuso de autoridad.

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 similar fórmula que el Código de 1924, con la diferencia de ubicación observada en la disposición de los verbos rectores.

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 ni en otra disposición especial de la ley ⁽²⁴⁸⁾.

⁽²⁴⁶⁾ Código penal de 1924, art. 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"*.

⁽²⁴⁷⁾ Código penal italiano de 1889, art. 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"*.

⁽²⁴⁸⁾ MANZINI, Vincenzo: *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1961, T. 8, Vol. III (*Delitos contra la administración pública*), p. 299.

La tendencia actual observable en las legislaciones penales europeas avanzadas, propias de Estados Sociales de Derecho, es el incluir como sujetos activos de delito a los empleados o servidores públicos en el tipo de abuso genérico de autoridad o empleo y, por otro lado, a endurecer la gravedad de las penas, así como –y esto es de gran importancia– ubicar el abuso de autoridad dentro del rubro de los delitos contra los derechos fundamentales de la persona ⁽²⁴⁹⁾. En el fondo de tal tendencia está implícito el tema del respeto a los derechos humanos, la dignidad de las personas y la limitación al poder del funcionariado público.

Otras 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.

Actualmente, en la moderna dogmática y en la legislación alemana y española, el delito de abuso de autoridad no forma parte de los delitos contra la administración pública.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Antonio PAGLIARO, sintetiza 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 ⁽²⁵⁰⁾. 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* (adecua-

⁽²⁴⁹⁾ Véase *infra* los casos de España (pp. 257-258) y Francia (p. 256).

⁽²⁵⁰⁾ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PE, cit., p. 227.

do 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 parte de los funcionarios de la administración pública. Para los contenidos de nuestra fórmula de redacción punitiva, a efectos de determinar el bien jurídico protegido, tiene decisiva importancia la segunda posición, la misma que sin embargo deberá precisarse con mayor acercamiento de conformidad a los componentes y ubicación sistemática de la norma penal.

Para CREUS de lo que se trata es de preservar la regularidad del funcionamiento de la administración pública, la legalidad de los actos administrativos ⁽²⁵¹⁾; MANZINI, por su parte, considera 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 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 ⁽²⁵²⁾. Al proteger así de forma genérica el art. 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 ⁽²⁵³⁾.

Podemos concluir señalando que el bien jurídico específico del delito de abuso genérico de autoridad tiene como objeto garantizar la regularidad del desempeño funcional de los funcionarios públicos, de modo que se excluyan situaciones de abuso de poder; es decir asegurar el correcto ejercicio de las atribuciones de los funcionarios públi-

⁽²⁵¹⁾ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 1990, T. 2, p. 256. No obstante la distinta redacción que posee el art. 248 del Código penal argentino que regula el abuso de autoridad, interesa destacar la precisión conceptual que efectúa CREUS sobre el bien jurídico protegido.

⁽²⁵²⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 298.

⁽²⁵³⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 299.

cos, referenciándolas con exclusividad en la obediencia a la ley, el derecho y el ordenamiento jurídico. En la base fundante de la norma penal se halla el enunciado normativo que obliga al funcionario público a encausar sus actos de función en sujeción a los dispositivos legales que fijan y delimitan sus funciones y marco de atribuciones o, cuando ellas sean insuficientes, a criterios de finalidad pública, de justicia y respeto a la dignidad y derechos fundamentales. En la jurisprudencia nacional, se ha indicado que «el delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios no sean utilizadas por éstos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares»⁽²⁵⁴⁾.

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 primer caso, en forma genérica en el segundo. Que en el marco de las valoraciones penales la correcta marcha de la administración pública sea una consideración genérica de bien jurídico, supone que la misma tenga y pueda ser desagregada en intereses o valores específicos a fin de precisar el objeto de tutela y, por lo mismo, los alcances de las conductas típicas. Para el caso del delito de abuso de autoridad del artículo 376 la violación de deberes administrativos (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 normatividad no pocas veces

⁽²⁵⁴⁾ Ejecutoria superior de la sala penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 18/3/1998, Exp. Nº 137-98 BACA CABRERA - ROJAS VARGAS - NEIRA HUAMÁN. *Jurisprudencia penal procesos sumarios*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 503.

extremada en sus alcances y consecuencias. El bien jurídico penal específico se halla así infiltrada 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 los alcances de las normas de deber administrativo.

V. SUJETO ACTIVO Y VINCULACIÓN FUNCIONAL

Lo es de modo exclusivo a título de autor el funcionario público ⁽²⁵⁵⁾ en ejercicio de funciones. Aquellos que cumplen las órdenes de éste, cuando el acto abusivo no es realizado directamente por el funcionario, responderán en calidad de cómplices o, según el caso, actuarán como instrumentos en el contexto de la autoría mediata.

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 sólo se puede abusar de lo que se tiene. Como indica correctamente FONTÁN BALESTRA, los hechos cometidos fuera de las funciones no constituyen abusos ⁽²⁵⁶⁾. Característica que nos muestra ya en este primer delito de función los alcances del componente de la vinculación funcional que racionaliza la imputación en relación al marco de funciones y del sujeto obligado con ellas ⁽²⁵⁷⁾, y 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 eje-

(255) 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.

(256) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, T. VII, p. 230.

(257) Un caso de inexistencia de vinculación funcional por no ser el imputado el funcionario obligado, se registra en la Ejecutoria Suprema del 16/3/98, 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 éste 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».

cutoria del 6/8/2003 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»⁽²⁵⁸⁾.

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. El art. 179 del Código de Justicia Militar tiene una tipicidad amplia en cuanto comprende como afectados a los subalternos y a cualquier otra persona, lo que indudablemente trae 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».

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 sólo al funcionario como autor del delito y no así a los servidores públicos, quienes detentan igualmente cuotas de poder 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.

VI. SUJETO PASIVO

Existe aún discusión doctrinaria y jurisprudencial al respecto. Posiciones reduccionistas sólo consideran sujeto pasivo a la adminis-

⁽²⁵⁸⁾ Ejecutoria Suprema del 06/8/2003, R. N. N° 2240-2002 Arequipa, *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta jurídica, Año 10, N° 75, Diciembre 2004, p. 266.

tración pública en sentido amplio. Otras posiciones extienden la titularidad del sujeto pasivo también a los agraviados directos, sean éstos personas particulares, grupos humanos o personas jurídicas ⁽²⁵⁹⁾.

En el Perú, PORTOCARRERO HIDALGO es de la opinión que sujeto pasivo es la persona contra quien se comete la conducta arbitraria, independiente del Estado ⁽²⁶⁰⁾. ÁNGELES-FRISANCHO ven en el Estado al titular del bien jurídico mencionado ⁽²⁶¹⁾. La Corte Suprema de la República en Ejecutoria de fecha 24 de setiembre de 1996 adopta el concepto restringido de sujeto pasivo ⁽²⁶²⁾. No obstante ello, en otra Ejecutoria de fecha 18 de julio de 1996 es considerada parte agraviada tanto la persona natural como el Estado ⁽²⁶³⁾. 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»⁽²⁶⁴⁾.

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 (España, Alemania).

⁽²⁵⁹⁾ PAGLIARO, en la doctrina italiana, le niega al particular la calidad de sujeto pasivo. SOLER, 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.

⁽²⁶⁰⁾ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública*, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1996, p. 107.

⁽²⁶¹⁾ ÁNGELES/FRISANCHO, *Código penal VII*, cit., p. 3209.

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.

⁽²⁶²⁾ 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 de 24 de setiembre de 1996, Exp. N° 895-96, Huánuco [Sumilla N° 18, p. 343]).

⁽²⁶³⁾ Véase Ejecutoria suprema de 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 [Sumilla N° 13, p. 342].

⁽²⁶⁴⁾ Ejecutoria Suprema del 23/8/2001, Exp. N° 1697-2001-Ancash. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*, Lima, Jurista editores, 2004, p. 106.

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. Pero de allí a elevarlo a la categoría de sujeto pasivo específico generaría algunas notas contradictorias con la del bien jurídico protegido como, por ejemplo, admitir el efecto justificador de la antijuricidad del hecho de consentir el perjudicado el acto arbitrario. La necesidad de dotar de garantías más eficaces al ciudadano y/o particular 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, tal como han hecho las legislaciones penales alemana y española o desdoblarlo en dos órdenes distintos a usanza del modelo francés. En los dos primeros casos ello permitiría dirigir la reparación civil al afectado con el acto arbitrario típico del delito de abuso de autoridad.

VII. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

La conducta (o comportamiento material) típica del funcionario público, para estar incurso en este delito, está compuesta por tres elementos que deberán darse todos para constituir abuso genérico de autoridad.

a) 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 ⁽²⁶⁵⁾.

Se comprende por igual al funcionario *de iure* y al *de facto* ⁽²⁶⁶⁾. El ámbito de extensión del concepto funcionario público está delimitado en lo comprendido por el art. 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 si-

⁽²⁶⁵⁾ Véase *supra*, p. 39 y ss.

⁽²⁶⁶⁾ Véase *supra*, p. 42.

tuaciones 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 propuesto normativamente en la Convención Interamericana Contra la Corrupción ⁽²⁶⁷⁾.

b) El abuso de atribuciones ⁽²⁶⁸⁾

«Atribuciones» son las facultades legalmente concedidas al funcionario que emanan de la función o cargo desempeñado, las mismas

⁽²⁶⁷⁾ Véase *supra*, p. 107 y ss. ("Hacia un concepto anticipado y formal de funcionario público en la Convención Interamericana Contra la Corrupción").

⁽²⁶⁸⁾ Constituyen casos típicos de abuso de atribuciones por exceso o extralimitación dolosa:

1. Citar el policía a un ciudadano mediante notificación, sin que exista denuncia policial correspondiente, para esclarecimiento de hechos (Ejecutoria suprema de 21 de enero de 1998, Exp. N° 1094-97, Callao [*Sumilla* N° 5, p. 340]).
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 de 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 [*Sumilla* N° 28, p. 345]).
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 de 29 de mayo de 1952, en *Revista del Foro*, 1952, Lima, p. 609 [*Sumilla* N° 30, p. 345]).
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 de 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 de 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 de 22 de agosto de 1997. Sala de Apelaciones, Exp. N° 4344-97-A. Ponentes: Príncipe Trujillo, Salas Villalobos, Rojas Zuloeta).

que se hallan regladas o establecidas en las respectivas normas legales o en el reglamento y que definen un marco o varios de competencia. Se trata de actividades que dan poder al funcionario en sus relaciones con los ciudadanos o instituciones y colectivos humanos, por lo que no basta que el funcionario abuse de la calidad que posee (de ser tal o cual funcionario, ocupar tal o cual jerarquía).

La atribución tiene así que ser legal –y no estar reñida con los enunciados constitucionales–, expresamente contenida en el marco de competencias del sujeto público (salvo excepciones cuando la ley o, extraordinariamente, la naturaleza de las cosas permita ámbitos de discrecionalidad en dicho desempeño), y asumida en ejercicio por dicho funcionario. Entonces para que exista abuso de atribuciones se da por sentado la existencia legítima de las mismas.

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⁽²⁶⁹⁾. El abuso puede ser entonces tanto un mal uso doloso de las atribuciones, como una extralimitación de funciones⁽²⁷⁰⁾. Un ejemplo de esta segunda hipótesis es la retención de un ciudadano en las oficinas de una Fiscalía, ordenada por el Fiscal, hasta su retorno a efectos de tomarle su indagatoria⁽²⁷¹⁾. 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

⁽²⁶⁹⁾ ANTOLISEI, Francisco, *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 1954, Vol. II, p. 628.

⁽²⁷⁰⁾ En tal sentido, la Ejecutoria suprema de 12 de mayo de 1993, Exp. N° 1917-92, Junín [Sumilla N° 22, p. 344].

⁽²⁷¹⁾ 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).

prescritas; excede sus facultades discrecionales, es decir obra por un fin distinto de aquel para el cual se le concedió el poder discrecional⁽²⁷²⁾. En la doctrina argentina el abuso es concebido, en el sentido 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⁽²⁷³⁾.

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. Puede también consistir en actos de decisión material o residir en órdenes verbales ejecutadas. Contrariamente, no pueden constituir abuso de autoridad: un acto legislativo, por injusta que sea la ley; una sanción disciplinaria arreglada a derecho; una resolución judicial que condena o absuelve en debido proceso y de conformidad a derecho. No puede decirse lo mismo de las resoluciones judiciales que ordenan lanzamientos, embargos o decretan medidas coercitivas-cautelatorias (personales o reales) violando la normatividad preestablecida o incurriendo dolosamente en excesos, contextos de acción en los cuales se afirmarán imputaciones por abuso de autoridad. Decisiones judiciales que violen la normatividad son susceptibles 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⁽²⁷⁴⁾. En tales casos podrá existir negligencia o situaciones de

(272) RANIERI, Silvio, *Manual de derecho penal*, Tomo III (Parte Especial), Bogotá, Temis, 1975, p. 286.

(273) Ver DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, p. 165.

(274) La conducta del funcionario debe seguir las pautas establecidas en los respectivos reglamentos, no obstante ello, todo funcionario, en mayor o menor grado goza de facultades discrecionales para un cabal ejercicio de su función. La razón de esto radica en la existencia de una incommensurable variedad de hechos y circunstancias en las que le tocará desempeñar sus funciones, que casi siempre escapan a los formalismos y limitaciones de las situaciones regladas. La *discrecionalidad* —es decir, la potestad de

fuerza mayor que harán atípica la figura y, según sea el caso, sólo ameritarán procesos administrativos.

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 en sentido amplio, etc.

c) Las modalidades delictivas: cometer u ordenar (un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de alguien) ⁽²⁷⁵⁾

Cabe indicar que el Código Penal peruano es uno de los pocos (junto al de Paraguay) que ha alterado el orden secuencial de los verbos recto-

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 deberá estar siempre vinculada a los fines de la administración pública, los dictados constitucionales y los principios del derecho peruano.

⁽²⁷⁵⁾ 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 de 1 de octubre de 1997, Exp. N° 968-96, Lima [*Sumilla* N° 11, p. 341]).

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 de 10 de octubre de 1997, Exp. N° 3867-96, La Libertad [*Sumilla* N° 7, p. 340]).

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 (art. 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 de 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 de 27 de agosto de 1997, Sala de Apelaciones, Exp. N° 3222-97. Ponentes: Alberca Pozo, Barandiarán Dempwolf, Cayo Rivera).

res: *ordena* y *comete*, que mantenía la fórmula del Código Penal italiano de 1889, la misma que fuera respetada en el Código de 1924.

La acción típica se expresa con el significado de los verbos rectores *cometer* u *ordenar*. *Comete* quien realiza por sí mismo el acto arbitrario; aquí el funcionario personalmente ejecuta la arbitrariedad. *Ordena*, quien dispone que sean otras personas (otros funcionarios, empleados o personas dependientes o autorizadas por el funcionario) los que ejecuten el acto arbitrario. *Cometer* y *ordenar*, para una primera lectura hermenéutica, son así dos de las modalidades delictivas típicas como puede manifestarse el delito de abuso genérico de autoridad, conforme ha venido siendo sostenido por la doctrina nacional ⁽²⁷⁶⁾. Según esta lectura el delito de abuso de autoridad admite una forma de ejecución material y otra, a nivel de peligro, anticipada de lesividad material, supuesto este último imputable a nivel de autoría mediata.

El uso de ambos verbos, muy criticado en la doctrina italiana y que fuera superado con la redacción del código italiano de 1930 ⁽²⁷⁷⁾, 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 todo sentido de lógica en la construcción del *iter*

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 de 1 de julio de 1963, en ESPINO PÉREZ, Julio, *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 397 [Sumilla N° 26, p. 345]).

⁽²⁷⁶⁾ Posición también asumida por el autor de esta obra en la primera edición de la misma y que ahora rectificamos por considerarla 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 sólo imputable a título de autoría mediata tentada, razones que complican el análisis dogmático hermenéutico y dificultan percibir el principio de lesividad.

⁽²⁷⁷⁾ Véase *infra*, Legislación extranjera.

criminis ⁽²⁷⁸⁾, 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 peor 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 literal posible de modo que halle legitimación normativa el susodicho diseño peruano; en todo caso, puede ser también que se trate de un asunto sin trascendencia. Esta última posición la descartamos de plano desde una perspectiva de uso racional del idioma en los constructos normativo-penales.

Afirmar la arbitrariedad 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 cometen 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 racionalidad normativa y 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

(278) 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”.

funciones comete el acto arbitrario, como aquel otro que lo ha ordenado. Hay aquí matices de sutileza que es necesario exponer y esclarecer:

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 éste. 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 sino sólo de ejecución.

b) *Ambos títulos de imputación se perfeccionan por igual sobre una base de lesividad material, es decir, en ambos casos el acto arbitrario cualquiera debe de 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. Resulta no aceptable considerar que una simple orden sin ejecución material de la misma sea susceptible de adquirir relevancia a título delictivo consumatorio, ya que no cierra la posibilidad de tentativa cuando esta orden es notificada pero no logra sus efectos de lesividad.

c) *No estamos con el esquema «u ordena» ante un supuesto de anticipación de la punición estatal para un caso en el que hay sólo simple actividad o, lo que es peor, únicamente actos preparatorios.* Dicha fórmula sólo adquiere sentido en el contexto de la tutela penal, si constatamos ya la comisión del delito (en su nivel típico) en la cual el funcionario que ha ordenado el acto arbitrario –cumpliéndose los demás requisitos objetivos y subjetivos del tipo– despliega su 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 ex profesamente dispuestas para ello; incluso pueden producirse situaciones complejas donde los que ordenan intervienen junto a otros que tan sólo 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 sólo ha dado la orden resulte ya imputable a título delictivo por la simple existencia de la misma.*

Como se apreciará, esta segunda 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 teleológica 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.

Bajo las premisas explicadas anteriormente, describiremos a continuación ambos comportamientos típicos:

- **Funcionario público que comete acto arbitrario.** En esta modalidad 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, 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 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 exigible; tales supuestos, 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 cuando el sujeto activo o funcionario público no interviene directamente en la ejecución de la orden que ha causado el acto arbitrario lesivo a los intereses del afectado (persona natural, jurídica de derecho privado o de derecho público). Es aquí condición necesaria para que se configure esta submodalidad de abuso de autoridad que el hecho típico se haya producido, y el mismo resulte imputable en su concreción material a personas distintas al funcionario que dio la orden, ya sea que éstas actúen por disposición y trámite regular administrativo (sujetos encargados de llevar a la práctica las órdenes de los funcionarios) o que hayan sido elegidas, contratadas o instrumentalizadas por el funcionario que dio la orden o mandato.

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 ⁽²⁷⁹⁾, utilizando cosas 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 afecto en un nivel significativo de lesividad.

⁽²⁷⁹⁾ 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. 151.

El tema de la *orden* ⁽²⁸⁰⁾, necesaria para la ejecución del acto arbitrario admite igualmente la necesidad de efectuar algunas precisiones:

- Se da por entendido que la orden deberá ser dictada en el ejercicio de atribuciones del funcionario; no basta su sola dación para la consumación del delito ⁽²⁸¹⁾.
- Las órdenes que quedan en la oficina del funcionario y que no llegan a ejecutarse constituyen actos penalmente irrelevantes.
- Las órdenes ejecutables firmadas (por el o los funcionarios competentes) que son notificadas, constituyen ya actos ejecutivos que hacen tentativa inacabada de delito.
- Las órdenes 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.
- 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 ⁽²⁸²⁾, 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.

d) El acto arbitrario cualquiera

Acto arbitrario es toda decisión personal que sustituye o reemplaza lo mandado o contemplado por la ley y reglamento; en tal sentido, es lo que carece de legitimidad y se aparta del derecho. La conducta funcional del funcionario no está guiada por los intereses públicos y la ley sino por finalidades distintas y diversas de carácter doloso —es

⁽²⁸⁰⁾ Sobre las características, límites y posibilidad de realización de la orden, véase *infra*, p. 1007 (“La orden impartida”).

⁽²⁸¹⁾ Como acertadamente indica PORTOCARRERO HIDALGO, la simple orden no va a ocasionar el perjuicio que el tipo exige, ya que éste será consecuencia de la realización del acto arbitrario (*Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 109-110).

⁽²⁸²⁾ Sobre este punto véase MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 303.

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 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 (necesarias y prudentiales), si el comportamiento o resultado está amparados en la ley o el ejercicio de la función ⁽²⁸³⁾, 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 lo reglado que se torna abusivo o extralimitado 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).

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 ⁽²⁸⁴⁾. Lo arbitrario es una derivación del ejerci-

⁽²⁸³⁾ Ejecutoria suprema de 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...” [Sumilla N° 32, p. 346].

⁽²⁸⁴⁾ Para RECASÉNS SICHES, el notable iusfilósofo español, 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 por que sí, por que me da la gana, en suma, a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general. Véase de dicho autor: *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. Nos parece muy exagerada la extensión semántica dada con tal definición. 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.

cio 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 que la conducta resulta perjudicial no sólo 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 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 art. 376 se requiere vinculación necesaria del acto arbitrario con el abuso y el perjuicio, producido con dolo.

La norma penal, consecuente con el carácter genérico del delito, no precisa cuál sea dicho acto arbitrario; es más, anota que puede ser cualquiera. Se entiende esto último en la medida que no se halle ya especificado en otro tipo penal; tal referencia es su límite. El mensaje comunicativo explícito de la norma no va dirigido necesariamente al acto injusto, pues éste 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.

e) El perjuicio de alguien producto del acto abusivo arbitrario ⁽²⁸⁵⁾

El perjuicio constituye el límite objetivo, la condición que coloca la norma penal para perfeccionar la tipicidad del delito, debiendo

⁽²⁸⁵⁾ Ejecutoria suprema de 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" [*Sumilla* N° 15, p. 342].

Cfr. también la Ejecutoria superior de 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".

tratarse de un perjuicio injusto, producto de la arbitrariedad y comprendido en el elemento cognoscitivo del sujeto activo. Algunas legislaciones extranjeras emplean el término «daño» ⁽²⁸⁶⁾, 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 circunscrita a los de contenido patrimonial, sin embargo hablar de posibilidad de perjuicio ⁽²⁸⁷⁾ (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).

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 o un colectivo social (una comunidad, sindicato, un colegio, etc.). 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 animal, pero sí de derechos de la persona sobre ellas.

El elemento perjuicio es de naturaleza objetiva, de modo tal que debe resultar perfectamente medible, verificable en base a criterios

(286) Así, el art. 323 del Código penal italiano.

(287) Posición de ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª ed., p. 233.

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 bi-ofensividad para priorizar o sólo destacar el perjuicio de la persona afectada tendría la desventaja 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 ⁽²⁸⁸⁾. En virtud a 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 voluntad y con el conocimiento de que está abusando de las atribuciones que posee ⁽²⁸⁹⁾ y conducir su comportamiento en abierta

⁽²⁸⁸⁾ Al respecto véase Ejecutoria Suprema del 25 de junio de 1998, Exp. N° 5541-97, Piura-Tumbes.

⁽²⁸⁹⁾ Ejecutoria suprema de 11 de mayo de 1981, Exp. N° 1110-80, Lambayeque: "Los errores en que incurrn las autoridades judiciales al practicar diligencias, al margen de actuación dolosa, no constituyen delito de abuso de autoridad, sino faltas de carácter disciplinario" [Sumilla N° 24, p. 344].

Cfr. también la Ejecutoria superior de 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".

infracción de lo dispuesto por las leyes y reglamentos. De acuerdo a la forma como ha sido construido técnicamente el tipo penal, resulta suficiente el dolo eventual ⁽²⁹⁰⁾, es decir, aquel nivel de dolo caracterizado por no requerir del agente un propósito especial. Esto no invalida que dicho agente pueda actuar de un modo *ex profeso* o intencionalmente en función a intereses propios o de terceros, etc., casos en los cuales estará realizando el hecho con dolo directo, aunque ello no constituye requisito necesario para configurar el tipo penal. Si bien el delito de abuso genérico de autoridad implica un mal uso o extralimitación de funciones con la generación de actos perjudiciales a alguien, estructura de tipicidad que a primera vista nos puede llevar a inferir la presencia de un dolo directo, a mi entender dicho planteamiento se halla condicionado al concepto de dolo directo que se maneje. Es decir a sí se tiene la concepción –considerada ya tradicional por algunos sectores de la dogmática penal– 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 ⁽²⁹¹⁾; o en cambio se maneja la clasificación del dolo en dolo de intención, dolo directo y dolo eventual (ROXIN), siendo que el dolo de primer grado no incluye la intención o propósito, sino el conocimiento con seguridad, por parte del autor, que concurren los elementos del tipo y particularmente que prevé como cierto el acaecimiento del resultado típico ⁽²⁹²⁾. Esta segunda concepción de dolo directo en la que falta a decir de ROXIN la determinación de la voluntad hacia un objetivo propuesto, dominando el factor cognoscitivo, hace mas aceptable el criterio del dolo directo. Posición que sin embargo no es pacífica ni de consenso, más aun ahora que se postula la eliminación de las clases de dolo, para referirnos sólo a dolo y culpa, conforme al esquema que exclusiviza el conocimiento como único componente del dolo ⁽²⁹³⁾.

⁽²⁹⁰⁾ En lo referente a la teorización sobre el dolo eventual remitimos a lo dicho en *supra* p. 85.

⁽²⁹¹⁾ Así, la posición de Santiago MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Montevideo, Editorial ILB de F, 2004, p. 265.

⁽²⁹²⁾ ROXIN Claus, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Granada, Editorial Comares, 2002, p. 320.

⁽²⁹³⁾ Al respecto BACIGALUPO, *Parte general*, cit., p. 324.

Un dolo directo, en el abuso de autoridad genérico, entendido 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 su voluntad de realización para lesionar específicamente determinados intereses, lo que a mi entender no es una lectura adecuada de los componentes de la figura peruana de abuso de autoridad del tipo 376 del Código Penal ⁽²⁹⁴⁾.

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 ⁽²⁹⁵⁾.

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 ⁽²⁹⁶⁾– 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 ⁽²⁹⁷⁾– cometidos con grave negligencia.

Si el funcionario público actúa bajo los efectos del error de tipo ⁽²⁹⁸⁾ 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

⁽²⁹⁴⁾ Estas consideraciones corrigen incluso la posición que di en mi artículo «El abuso de autoridad: aspectos legales y jurisprudenciales», en *Cuadernos Jurisprudenciales*, Año 1, N° 9, Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2002; reproducido en *Estudios de derecho penal*, Lima, El Jurista, 2004, p. 385.

⁽²⁹⁵⁾ BABBONI: “L’ abuso di autorità, la illegittimità degli atti dei pubblici funzionari”, en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Vol. I, Milano, 1910, p. 219.

⁽²⁹⁶⁾ SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978, T. V, p. 139.

⁽²⁹⁷⁾ Véase *infra* p. 257.

⁽²⁹⁸⁾ Véase *supra*, p. 96 y ss. (“Falta de tipicidad o atipicidad”).

oficio ⁽²⁹⁹⁾. De ser el error evitable, es decir, superable con medidas de celo en el cumplimiento del deber, tan sólo constituirá delito de existir una modalidad culposa de abuso de autoridad, lo cual igual afirmará atipicidad al inexistir en el Código penal dicha modalidad.

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 ⁽³⁰⁰⁾.

El proceso ejecutivo del delito de abuso genérico de autoridad (art. 376) admite dos supuestos de imputación que configuran una sola forma de consumir 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, sólo 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.

(299) PAGLIARO: *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 247.

(300) 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.

La simple orden del acto arbitrario no consuma el delito, pudiendo constituir actos preparatorios 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 2 años de pena privativa de libertad e inhabilitación como sanción accesoria por igual tiempo de la pena (art. 39 C.P.). 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 ⁽³⁰¹⁾.

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, sólo 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). 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 ⁽³⁰²⁾— 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.

(301) Véase *infra*, Legislación extranjera (Francia [1993], España [1995]).

(302) PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 109.

Lo que no resulta admisible es la responsabilidad penal de la entidad administrativa donde se halle ejerciendo actividades el funcionario público, en virtud al 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 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. 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 a resarcir por la actuación defectuosa de la administración pública ⁽³⁰³⁾.

Los aportes que prestan los particulares, servidores públicos, e incluso otros funcionarios, 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» ⁽³⁰⁴⁾, 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 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 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

⁽³⁰³⁾ Al respecto véase *supra* p. 55 y ss.

⁽³⁰⁴⁾ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 22.

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.

Cabe la hipótesis de complicidad primaria, como también imputación a terceros a título de instigadores o determinadores.

XII. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE: HECHOS DERIVADOS DE UN PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA ⁽³⁰⁵⁾

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 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 ⁽³⁰⁶⁾.

Se entiende el interés de extremar la tutela penal en este ámbito de interacciones de la administración pública con los ciudadanos deu-

⁽³⁰⁵⁾ Agravante incorporada en el artículo 376 del Código Penal por así disponerla la 7ª Disposición Final de la Ley 28165, publicada el 10-01-2004.

⁽³⁰⁶⁾ 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 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.

dores 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 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 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 del abuso de autoridad, ya que la naturaleza del abuso se desprende del incumplimiento doloso de la normatividad 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 estableció el inciso c) del artículo 5) implique actos de ejecución del acto arbitrario. El reglamento de la Ley 26979 en su artículo 3º establece que las acciones de coerción sólo 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 26979 como en los artículos 116 y ss. 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 ⁽³⁰⁷⁾.

Los abusos dolosos generadores de acto arbitrario perjudicial que cometan los Ejecutores en infracción de la normatividad 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 contar con autorización judicial, etc. ⁽³⁰⁸⁾ Supuestos todos que implicarán ejercicio de actividad dolosa en el marco de cumplimiento de las exigencias del tipo básico del artículos 376.

El reglamento de la Ley de Procedimiento Coactivo, Decreto Supremo Nº 036-20021-EF, en los alcances del segundo párrafo del artículo tercero, establece limitaciones en el sentido que tratándose de Gobiernos locales el Ejecutor Coactivo no podrá realizar sus funciones fuera de la provincia a la que representa, siendo necesario para ello librar exhorto al ejecutor de la Municipalidad provincial correspondiente. 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. La Ley 28165 del 10/01/2004 que incorpora la agravante en estudio ha efectuado ulteriores precisiones acerca de la función del Ejecutor Coactivo (artículos 12, 33-A, Quinta Disposición Final entre otros) y del Ejecutor exhortado,

⁽³⁰⁷⁾ 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, Nº 31, enero-diciembre, 2000, p. 196.

⁽³⁰⁸⁾ Véase también los supuestos que establece el artículo 22º de la Ley Nº 26979.

así como en 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.

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 art. 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 (art. 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 se comete acto arbitrario perjudicial. Sin embargo cabe la posibilidad que el funcionario que se extralimita usurpe por error una función que cree propia, en este caso el error deja subsistente tan sólo el tipo de abuso genérico; lo cual nos grafica el hecho 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 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 (art. 151).
- Con el delito de daños (art. 206), lesiones, contra la libertad general, etc.

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 concertación defraudatoria al Estado, por principio de consunción (art. 48 C.P.) regirá el delito más grave, es decir, la concusión o la concertación, que absorberán al tipo de abuso genérico de autoridad. El tipo penal de abuso de autoridad del artículo 376, por genérico y subsidiario, sólo será invocable cuando se hayan descartado 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.

XIV. FASES NEGATIVAS DEL DELITO ⁽³⁰⁹⁾

1. *Atipicidad*

El sujeto activo no reúne la calidad de funcionario público ⁽³¹⁰⁾.

- Existencia de error de tipo invencible, es decir, falta del elemento cognoscitivo del dolo.
- El sujeto imputado carece de facultades decisorias ⁽³¹¹⁾.
- El acto no es arbitrario, está ajustado a derecho ⁽³¹²⁾.

⁽³⁰⁹⁾ Para una mejor comprensión de esta parte, véase *supra*, p. 94 y ss. ("Las fases negativas del delito en los delitos contra la administración pública [la teoría analítica de afirmación]").

⁽³¹⁰⁾ Ejecutoria suprema de 18 de diciembre de 1997 (Dictamen Fiscal Supremo N° 3240-97), Exp. N° 106-97 [*Sumilla* N° 6, p. 340]: "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 de 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*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 397); Ejecutoria suprema de 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.

⁽³¹¹⁾ 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 éstos de las facultades decisorias que les habrían permitido dictar las medidas arbitrarias atribuidas.

⁽³¹²⁾ Véase Ejecutoria superior de 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 de 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 sólo 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

- No existe perjuicio.
- Ausencia de dolo ⁽³¹³⁾.
- 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 ⁽³¹⁴⁾.

2. Justificación de la antijuricidad ⁽³¹⁵⁾

- 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.

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.

⁽³¹³⁾ 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 minera, como modo de intentar poner fin a la contaminación de las aguas de un río (cfr. ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal*, cit., T. I, p. 634).

⁽³¹⁴⁾ 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).

⁽³¹⁵⁾ Ejecutoria suprema de 25 de junio de 1997, Exp. N° 188-96, Ayacucho: El hecho que los sujetos hayan cometido un homicidio no justifica las maltratos físicos conferidos a los mismos, atribuidos al Jefe de una base militar” [Sunilla N° 12, p. 342]. Asimismo, la Ejecutoria Suprema del 5 de mayo de 1998, Exp. N° 2610-97, Chimbote - Ancash: “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”.

- Cumplimiento del deber ⁽³¹⁶⁾.
- 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 síquica del funcionario público.
No cabe la inexigibilidad de otra conducta conforme a Derecho, pues por ser el funcionario público un garante ⁽³¹⁷⁾ está obligado a actuar conforme a derecho.
- Error de prohibición ⁽³¹⁸⁾.

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 en base a 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;

⁽³¹⁶⁾ En tal sentido la Ejecutoría Suprema del 17 de setiembre de 1998, ya aludida en la nota 188, y en la cual se evalúa los actos de un grupo de procesados que sólo 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).

⁽³¹⁷⁾ Véase *supra*, p. 165 y ss. ("Los sujetos públicos y los deberes de garante").

⁽³¹⁸⁾ Un caso de error de prohibición vencible puede verse en la Sentencia de la Primera Sala Penal de Lima, de 29 de mayo de 1998, Exp. N° 104-98, DD. Prado Saldarriaga.

- Alcalde que por motivos de encono personal incluye en la información requerida por autoridad competente juicios desfavorables sobre la conducta referente 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 ⁽³¹⁹⁾.
- 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 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 detenido o reo;
- Infligir castigo físico a un ciudadano o a un detenido en prisión, siempre que ello no suponga tipicidad por delito de torturas (artículo 321º del Código Penal);
- Citar el funcionario policial a la Comisaría a un ciudadano, sin que exista denuncia policial previa ⁽³²⁰⁾.

⁽³¹⁹⁾ Véase también la posibilidad de calificación de dicho supuesto como peculado de uso (*infra*, p. 535 y ss. ["Usar o permitir que otro use"]).

⁽³²⁰⁾ Así la Ejecutoria Suprema del 21/1/98, Exp. N° 1094-97 Callao, ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 636.

- Trabar el Ejecutor Coactivo embargo en un procedimiento de ejecución forzosa sobre bienes de quien no es la persona obligada.⁽³²¹⁾
- 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 sólo con la imputación de la agravada y no de autoridad judicial⁽³²²⁾.

XVI. DERECHO Y 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 a la legislación italiana de 1889, como por la orientación de las recientes reformas adoptadas por la legislación penal italiana interesa comentar 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 *cometer* y *ordenar* 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 art. 323 (abuso genérico de función) del actual Código penal de 1930 sólo se emplee el verbo *cometer*.

Por otro lado, el referido art. 175 del Código de 1889 era bastante claro al señalar que el abuso del funcionario no debería estar previsto

⁽³²¹⁾ Así la Ejecutoria Suprema del 3/6/200, Exp. N° 4562-2000 Lima, ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Tomo II, Lima, Idemsa, 2005, p. 173.

⁽³²²⁾ 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 24/7/1998, Exp. N° 7963-98. BACA CABRERA - ROJAS VARGAS - NEIRA HUAMÁN, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 511.

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 art. 337, recogería directamente tales precisiones del modelo italiano, con exclusión del elemento intencionalidad.

La fórmula del art. 323 del Código de 1930 en su redacción original sólo castigaba al funcionario público. La Ley 86 del 26 de abril de 1990 amplió la autoría al servidor público o empleado. Las novedades en 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 art. 376 del código peruano de 1991.

La reforma producida por la Ley 234 del 16-6-97 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 - 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⁽³²³⁾.

(323) FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, *Diritto penale parte speciale*, Volume I, seconda edizione, Bologna, Zanicheli editore, 1999, p. 236.

«C.P. de Italia (1930, texto reformado por ley 234, vigente), art. 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 pariente próximo 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 seis meses a tres años.*

La pena será aumentada en los casos en los cuales la ventaja o el daño tengan caracteres de notable gravedad».

«C.P. de Italia (1930, texto derogado), art. 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 apreciará 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 ⁽³²⁴⁾. El daño o la ventaja señalaba MANZINI (de conformidad al diseño anterior derogado) caracterizan únicamente la orientación subjetiva del hecho ⁽³²⁵⁾.

2. Colombia (1980)

Tampoco la legislación colombiana fue inmune a la gran influencia y prestigio del Código Zanardelli de 1889. Así, el art. 171 del Código de 1936 reprodujo con algunos agregados la comentada fórmula

⁽³²⁴⁾ 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.

⁽³²⁵⁾ MANZINI: *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 306.

del art. 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.

«C.P. de Colombia (1936), art. 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 ⁽³²⁶⁾. El Código de 1980, actualmente vigente, suprime 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:

«C.P. de Colombia (1980), art. 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*».

«C.P. de Colombia (2000), art. 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*»

3. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 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*

(326) Véase FERREIRA DELGADO: *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 149.

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 genérico 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 frances de 1810 (art. 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 sólo 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 (arts. 432-1, 432-2 y 432-3).
- b) Abusos de autoridad cometidos contra los particulares (arts. 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 actual contempla un primer esquema genérico de abuso de autoridad en el art. 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.

«C.P. de Francia, art. 432-1: *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500,000 F d'amende*».

A su vez, el artículo 432-4, mediante un segundo esquema genérico, castiga hasta con 7 años de prisión y multa de 700,000 francos 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 cumple arbitrariamente un acto atentatorio a la libertad individual, pena que se eleva hasta 30 años y a 3'000,000 de 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 contenidos 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 arts. 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 arts. 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 (art. 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)

«C.P. de Cuba (1988), art. 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)

«C.P. de Portugal (1982), art. 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 prejuízo 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.

Art. 394-A: «El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres (3) ni mayor de seis (6) años, e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del Artículo 36º del Código penal.» [Texto según el Art. 2º de la Ley 28355 de 06 de octubre de 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, no obstante la falta de precisión descriptiva, en el artículo 432-14 del Código penal francés de 1993 vigente ⁽³²⁷⁾.

⁽³²⁷⁾ Código Penal de Francia, Artículo 432-14: "Será castigado con la pena de dos años de prisión y 200,000 F de multa el que, siendo depositario de la autoridad pública,

II. LA FIGURA PENAL

La presente figura penal fue incorporada al Código penal por el Artículo 1º de la Ley N° 27722 de 14 de mayo de 2002 como artículo 393-A, siendo dos años después y por Ley 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

Llama 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 reiterada 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 execrables 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 426º referida a la pena de inhabilitación tasada que siempre acompaña de modo imperativo a los delitos de función 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

estando encargado de una misión de servicio público, ostentando un mandato electivo público o ejerciendo las funciones de representante, administrador o agente del Estado, de las entidades territoriales, de los establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta de interés nacional encargadas de una misión de servicio público y de las sociedades locales de economía mixta, o cualquier persona que actúe en beneficio de una de las anteriormente citadas, proporcione o trate de proporcionar a otro un beneficio injustificado mediante un acto contrario a las disposiciones legislativas o reglamentarias que pretenden garantizar la libertad de acceso y la igualdad de los candidatos en los mercados públicos y en las delegaciones de servicio público”.

modalidad delictiva, para quien incurra en este supuesto delictivo, 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 ⁽³²⁸⁾.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La norma penal busca evitar el abuso de poder por parte del funcionario o servidor público, quien en determinadas coyunturas electo-

(328) 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 Indevidas

Obtener o procurar beneficios o ventajas indevidas, 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.

(...)".

rales se aprovecha de las ventajas que le da su estatus público para buscar ventajas políticas coaccionando o manipulando las necesidades de sectores 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 de las funciones o servicios público sino a contextos de prevalimiento.

Harto problemático era sustentar, cuando esta figura delictiva fuera ubicada como forma de cohecho pasivo, que aquí el bien jurídico agredido era el principio de imparcialidad, por cuanto no se trata de que los funcionarios o servidores actúen libres de presiones en la formación de sus decisiones, sino que ellos precisamente están coactando la voluntad de los perjudicados directos, sobre quienes orientan su comportamiento a efectos de obtener determinados direccionamientos volitivos.

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.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Con exclusividad puede ser autor únicamente el funcionario o servidor público que se aprovecha de dicha condición. En la hipótesis que el sujeto público considere que está actuando de conformidad a reglamento u obedeciendo órdenes superiores, es decir, sin hacer prevalimiento del cargo, existirá en el supuesto de hecho una causal de atipicidad o de antijuridicidad para ver en él al sujeto activo de dicho delito. El ámbito de comprensión del funcionario no tiene restricciones: puede ser tanto un funcionario público civil o militar: de carrera o de confianza; uno de alto rango jerárquico o uno intermedio; un funcionario que actúa por razón del cargo o uno delegado; un funcionario desde la perspectiva administrativa o desde la lectura penal extensiva, o cualquier servidor o empleado público, etc. Cabe incluso que se trate de un funcionario que al momento de los actos se encuentra de vacaciones o en situación de no ejercicio efectivo, pero sin que haya perdido su calidad funcional. Se apreciará que la vinculación funcional se halla sumamente relativizada, a diferencia de otros tipos de abuso de autoridad.

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

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

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 status que ocupa, que serán más eficaces según el rango o jerarquía de dicho sujeto público. Obviamente estamos frente a un desborde extrafuncional, una infuncionalidad dolosa inaceptable en la conducta del sujeto público que explican el prevalimiento, el aprovechamiento realizado. Hipótesis de comportamiento que no excluye o limita la posibilidad 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, 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. Supone una suerte de presión psicológica sobre la voluntad a efectos de conducirlo 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 valuable en dinero, son entendidos en sentido genérico, tanto muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, de escaso o gran valor. El referente del escaso valor de los bienes en juego merecerá sin embargo la estimación del Fiscal o del Juez a efectos de aplicar los sucedáneos derivados de los principios de mínima intervención y *última 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. La prestación de servicios, al igual que en el caso de la distribución de bienes, puede admitir un amplio abanico de modalidades limitadas sólo por los contenidos del programa de apoyo o desarrollo social.

La norma penal ha fijado una restricción a la tipicidad objetiva del delito que debe registrar el supuesto de hecho: que la acción se contextualice en el ámbito de los programas públicos de apoyo o desarrollo social. Tanto la distribución de bienes como la prestación de servicios deberán corresponder a estos fines sociales. En el marco de esta restricción, el legislador ha separado los programas de apoyo, asistencia o desarrollo social llevados a cabo por organismos internacionales o entidades privadas, lo cual nos parece razonable. Cabe referirse, por ejemplo, al Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA), que intenta aliviar la pobreza de un importante sector del país y que según datos estadísticos cubre a 2'700,000 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 ⁽³²⁹⁾.

(329) Cfr. *El Peruano*, Lima, 4 de septiembre del 2002, p. 49.

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

3. Con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral

Define la tipicidad objetiva del tipo el propósito, la motivación de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros. Por *ventaja política* puede entenderse toda posición de predominio o privilegio 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. Sólo las ventajas políticas o electorales o ambas juntas son las requeribles por el tipo para perfeccionar la figura penal, lo cual excluye por atípicas a las que no posean estas calidades. 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 aumentarlo como para favorecer a terceros con poder político o sin él. Si el funcionario o servidor ha renunciado a sus condiciones legales públicas, existirá una 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 significativo 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 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 posible 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 ha sido corregida con la reubicación efectuada por la Ley 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 incurso 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 sólo 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 supone interdicción conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código penal, vale decir: incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público y suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia. Ambas restricciones en el marco temporal de lo establecido por el artículo 426.

3

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: a) *Primera modalidad delictiva: omitir algún acto de su cargo.* b) *Segunda modalidad delictiva: rehusar algún acto de su cargo.* c) *Tercera modalidad delictiva: el retardo de un acto debido.* VIII. El elemento subjetivo. IX. Consumación y tentativa. X. Participación. XI. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad.* 2. *Causas de justificación y exculpación.* XII. Penalidad. XIII. Casos. XIV. Derecho y Legislación Extranjera. 1. *Argentina (1922).* 2. *Italia (1930).* 3. *Panamá (1982).* 4. *Puerto Rico (1975).*

Art. 377: «El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa 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».

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente directo lo hallamos en el art. 338 del Código penal de 1924 ⁽³³⁰⁾ que en lo sustancial es idéntico al elaborado en 1991, difiriendo en lo relativo a las sanciones.

⁽³³⁰⁾ Código penal de 1924, art. 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 constituido por el artículo 249 del Código penal argentino de 1922 ⁽³³¹⁾, 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 legislativo de integración, es decir, ha sido –reajustando los tiempos verbales– construido tomando los componentes de otros modelos legales extranjeros. Así, del código argentino se ha transplantado todo el componente descriptivo: «el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusase hacer o retardar 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 en relación al argentino es no haber copiado completo el núcleo rector «rehusare hacer», 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 (aunque en menor grado por cierto) frente a un relativo tipo genérico de incumplimiento de función. No siendo correcto señalar que estamos frente a un delito especial frente al abuso genérico 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.

⁽³³¹⁾ Código penal argentino, art. 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". Para las otras referencias, véase *infra*, p. 283.

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 ⁽³³²⁾.

La circunstancia de que el delito afecte a personas naturales y jurídicas (distintas de la Administración pública) no es razón válida para considerarlas titulares del sujeto pasivo del delito. Obviamente, ello no implica negar que sean las perjudicadas directas, es decir terceros agraviados, quienes merecen el resarcimiento que el derecho penal les debe asegurar ⁽³³³⁾.

Al haberse incluido este tipo de comportamientos bajo el rubro «abuso de autoridad», se está connotando con ello de que estamos ante una variedad 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.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Al tratarse de un delito de infracción de deber autor tan sólo 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 expresa realizadas por autoridad competente). Tampoco puede

⁽³³²⁾ Véase al respecto: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 143; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 261; MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, pp. 363-367; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 284; ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 636.

⁽³³³⁾ Véase PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 285.

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 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.

El factor tiempo es sustancial 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 de tiempo 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 funcionario.

VI. EL ELEMENTO NORMATIVO: «ILEGALMENTE»

Con el empleo –para construir la figura penal del incumplimiento de obligaciones– del término «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, para así también diferenciarlo de aquellos comportamientos que resulten por negligencia culposa o por imposibilidades funcionales o técnicas. El agente actúa omisivamente cuando pudiendo actuar no lo hace,

sabiendo que está infringiendo lo dispuesto en la respectiva ley que norma sus funciones o en los genéricos dispositivos constitucionales. La relevancia de los comportamientos omisivos rebasan entonces las simples implicancias de las faltas administrativas ya que deben de estar necesariamente acompañados 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. La ausencia de ley o normatividad reglamentaria sobre la obligación de actuar, apunta en igual dirección de atipicidad (falta 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 administrativa 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 16/4/98 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»* ⁽³³⁴⁾.

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 superar con base al espíritu de la función y del cumplimiento del deber: No puede un funcionario abstenerse de decidir so pretexto de oscuridad, porque está en la obli-

⁽³³⁴⁾ Ejecutoria Suprema del 16/4/98, Exp. N° 4689-97 Junín. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 644.

gación 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 ⁽³³⁵⁾. Recomendaciones que serán útiles tomar en cuenta para efectos de filtrar los supuestos de incumplimiento doloso.

El vocablo «ilegalmente» es de sentido específico y genérico. *Específico*, en cuanto quiere decir contra la ley o fuera de la ley. *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 y la información jurídico-legal en posesión y bajo conocimiento del juez, que muestre el marco de competencias y atribuciones del funcionario ⁽³³⁶⁾. 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 ⁽³³⁷⁾. 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.

La ilegalidad del comportamiento omisivo comporta por lo tanto una arbitrariedad asumida por el funcionario público y un abuso contra la administración pública, la agravada jurídicamente. *Ilegalidad* es aquí sinónima de *ilegitimidad*.

⁽³³⁵⁾ MENDOZA TROCONIS, José Rafael, *Curso de derecho penal venezolano compendio de parte especial*, Caracas, Empresa el Cojo, 1967, p. 135.

⁽³³⁶⁾ 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.

⁽³³⁷⁾ RANIERI, *Manual de derecho penal*, Tomo III (Parte Especial), cit., p. 305.

VII. LOS COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Es suficiente que el agente dolosamente incurra en una 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. Constituye punto básico de partida para la tipicidad de los comportamientos del funcionario que éste se halle obligado por ley o por el cargo a cumplir los actos omitidos, rehusados o retardados.

a) 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 o roles a los que está obligado cumplir el funcionario.

Omitir es dejar de hacer dolosamente el acto al que está obligado por ley el funcionario, esto es, frente al cual se halla en el deber de actuar, o hacerlo dolosamente en forma no debida, ya que la concepción penalmente relevante de la omisión no sólo es la inactividad ⁽³³⁸⁾. RANIERI, en tal sentido 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 ⁽³³⁹⁾.

No se trata obviamente de cualquier omisión en la que incurre el funcionario, que puede tener su origen en causalidades que no interesan al derecho penal sino sólo aquella que siendo debida y legal su

⁽³³⁸⁾ En la doctrina argentina 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 burocrát (DONNA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 173).

⁽³³⁹⁾ 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.

falta o ausencia tiene el suficiente poder o idoneidad para poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido.

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 al 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 en 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 que previamente exista interpelación o requerimiento, puesto que está en el marco de sus deberes cumplir con los actos funcionales que omite ilegalmente. Si el agente que omitió cumple con el acto se perfecciona entonces el retardo, lo cual no le quita tipicidad al hecho; simplemente varía el modo o forma de comisión.

Es interesante destacar la acotación hecha por Sebastián SOLER⁽³⁴⁰⁾, quien siguiendo a MANZINI sostiene que el incumplimiento de los actos se refieren a los actos 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 mismos 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 de su cargo (por ejemplo, en el ámbito jurisdiccional: tramitar un hábeas corpus, emitir una resolución, practicar una diligencia, formular una denuncia, etc.).

Se puede omitir el acto funcional debido dejando correr dolosa e indefectiblemente los plazos, practicando huelga blanca⁽³⁴¹⁾, colocán-

(340) Véase SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 143; MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 370.

(341) 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.

dose dolosamente en la imposibilidad de cumplir (por ejemplo, destruyendo documentos), ausentándose intencionalmente para no asumir con 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, o concediendo el funcionario, intencionalmente, autorización, licencia, registro o concesión sin firma ni sello, etc.) ⁽³⁴²⁾.

La corte Suprema en Ejecutoria del 14/1/2000, precisa lo siguiente: omitir significa no hacer lo que se debe y puede hacer en un determinado tiempo o momento, rehusar, cuando el funcionario rehusa 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 ⁽³⁴³⁾.

b) Segunda modalidad delictiva: rehusar algún acto de su cargo

Rehusar, dice PAGLIARO, significa manifestar a quien ha requerido el acto, la voluntad de no cumplirlo, la negativa a cumplir ⁽³⁴⁴⁾.

El rehusar supone previamente que alguien, sea otro funcionario, el superior jerárquico, el particular u autoridad distinta competente para ello, requiera (solicite u ordene) con las formalidades del caso del sujeto activo un acto debido (o conforme a sus deberes) y que éste 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.).

⁽³⁴²⁾ 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 de 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 de 2 de diciembre de 1997, Exp. N° 236-97, La Libertad).

⁽³⁴³⁾ Ejecutoria Suprema del 14/1/2000 (Sala C), Exp. N° 5201-99 Loreto, *Normas Legales*, Trujillo, Editora Normas legales, Tomo 288, Mayo 2000, p. A-74.

⁽³⁴⁴⁾ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 290.

Como es fácil observar, 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, etc.).

c) Tercera modalidad delictiva: el retardo de un acto debido

El *retardo* (o *demora*), a diferencia de los anteriores 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 ⁽³⁴⁵⁾.

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 (piénsese, por ejemplo, en las notificaciones fuera de término imputables a dolo del funcionario). 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 o implícita 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.

El retardo puede manifestarse también mediante prácticas obstruccionistas imputables al funcionario, aduciendo razones subjetivas (demasiada 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 plazos, como indica MANZINI, se deberá tomar como referente el «tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales» ⁽³⁴⁶⁾.

⁽³⁴⁵⁾ La Ejecutoria Superior del 22 /9/1998 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 obra citada, p. 514.

⁽³⁴⁶⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 371; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 306.

VIII. EL ELEMENTO SUBJETIVO ⁽³⁴⁷⁾

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 sólo 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 fin determinado por parte del sujeto activo (en este caso el funcionario público).

La existencia de *error de tipo* invencible en el comportamiento del agente 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 de simple actividad, 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, el delito queda consumado automáticamente. 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. Los plazos o términos para el cumplimiento de los actos juegan aquí un papel de referente objetivo de primera importancia.

Sobre la posibilidad de tentativa, la doctrina italiana y argentina presenta consenso al considerar que por tratarse de delitos de simple

⁽³⁴⁷⁾ Ejecutoria suprema de 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”.

actividad consumibles en un solo acto, no resulta posible ⁽³⁴⁸⁾. En el caso de rehusamiento, donde observamos la confluencia de varios actos en la ejecución del delito, es posible formas de tentativa (por ejemplo, la inacabada) cuando el funcionario ante el requerimiento cumple parcialmente el acto, o si al expresar su negativa 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 pena a aplicar (valoración como atenuante).

X. 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, 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.

El hecho puede ser cometido mediante autoría o coautores vinculados entre sí o separadamente según la naturaleza del acto.

(348) Al respecto, cabe decir que aún domina en sectores amplios y tradicionales de la doctrina el criterio simplista 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*, Grijley, Lima, 1997, pp. 277 y 432.

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad*

Puede haber atipicidad:

- Por inexistencia del elemento normativo «ilegalmente» ⁽³⁴⁹⁾. Al no existir ley o norma de reglamento que obligue al acto, o por ausencia de competencia.
- Por ausencia de la calidad de funcionario público, o de competencia funcional ⁽³⁵⁰⁾, o no ser su obligación realizar el acto que se le atribuye incumplió ⁽³⁵¹⁾.
- Por fuerza física proveniente de terceras personas (art. 20 inciso 6).

2. *Causas de justificación y exculpación*

El funcionario público puede justificar su comportamiento atendiendo a las siguientes razones legales:

- a) La obediencia jerárquica (art. 20 inciso 9).
- b) Estado de necesidad justificante (art. 20, inciso 4) ⁽³⁵²⁾.

⁽³⁴⁹⁾ Ejecutoria suprema de 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” [Sumilla N° 9, p. 341].

⁽³⁵⁰⁾ Ejecutoria suprema de 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”.

⁽³⁵¹⁾ 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 Nelson SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 110), en el sentido 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 significan 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.

⁽³⁵²⁾ “No constituye acto punible, menos aún acredita responsabilidad penal, el hecho de haber dispuesto, la directora de colegio nacional, mediante memorándum, el

- c) El acatamiento de ley o reglamento que temporal o excepcionalmente justifica la conducta de incumplimiento.
- d) Error de prohibición invencible.

XII. 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 (art. 36 C.P.).

Se agrava la severidad de las penas en relación al abuso genérico de autoridad, pues se ha incluido como pena principal también la de multa.

XIII. 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, etc.

XIV. DERECHO Y LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 249: *Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un*

no ingreso a las instalaciones del Centro Educativo a los directivos de la Asociación de Padres de Familia, mientras éstos no hicieran entrega de la documentación respectiva a la nueva directiva de la APAFA, con el fin de salvaguardar los bienes de la referida asociación” (Ejecutoria suprema de 5 de marzo de 1998, Exp. N° 2610-97, Ancash [Sumilla N° 4, p. 340]).

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 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 ⁽³⁵³⁾, 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 art. 249 es sólo inhabilitación de 1 mes a 1 año).

2. Italia (1930) ⁽³⁵⁴⁾

«C.P. de Italia (1930), art. 328, modificado por Ley 86 del 26 de abril de 1990: *El funcionario público o el encargado de un servicio público que indebidamente rehúsa 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 art. 328, a diferencia de la original de 1930, ha precisado las circunstancias o casos en los que el comportamiento

⁽³⁵³⁾ El monto de la multa fue readecuada del austral al peso y reajustado por Ley 24.286, del 29 de diciembre de 1993.

⁽³⁵⁴⁾ Hasta antes de la reforma del indicado artículo, el art. 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».

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 art. 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 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 política-criminal italiana al respecto– la irregularidad del funcionamiento de los agentes que representan a la administración pública.

Cabe indicar que el art. 328 del C.P. italiano en sus dos redacciones emplea el vocablo «indebidamente» y no el término «ilegalmente». *Indebidamente* para Manzini es sinónimo de *ilegítimo* o *arbitrario* ⁽³⁵⁵⁾ ampliándose de este modo el sentido ilícito del acto.

3. Panamá (1982)

«C.P. de Panamá (1982), art. 338: *El servidor público que indebidamente rehúse, omita o retarde algún acto inherente a sus funciones, será sancionado con veinticinco a cien días-multa, siempre que el hecho no tenga señalada otra pena por disposición especial*».

4. Puerto Rico (1975)

«C.P. de Puerto Rico (1975), art. 214: *Toda omisión en el cumplimiento de un deber impuesto por la ley o reglamento a un funcionario o empleado público, o persona que desempeñare algún cargo de confianza o empleo público de no existir alguna disposición señalando la pena correspondiente a dicha omisión, se penará con reclusión que no excederá de seis meses o multa, que no excederá de 500 dólares o ambas penas a discreción del tribunal*».

⁽³⁵⁵⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 375.

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: a) *Precisiones*. b) *El elemento normativo: sin causa justificada*. c) *La legalidad del requerimiento de la autoridad civil*. d) *La naturaleza del auxilio*. VII. Elemento subjetivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Circunstancia agravante 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)*.

Art. 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».

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente nacional más cercano se halla en el art. 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 donde se toma directamente el modelo es el Código penal argentino de 1922, artículo 250, el cual a su vez se inspiró en el art. 179 del Colegio italiano de 1889. La segunda fuente extranjera de importancia 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 dirigido la norma penal: el policía. Esto obviamente fue posible tras el proceso de centralización y unificación de los diversos sectores policiales, producida por Ley N° 24949 del 25 de noviembre de 1988; es por eso hoy es posible utilizar la frase genérica «policía nacional».

La definición legal del delito de denegatoria de auxilio reúne una serie de componentes: un sujeto específico, tres verbos rectores, ausencia de justificación, petición de auxilio legalmente requerido, 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 de existir entre las entidades oficiales.

Señalar que estamos ante un delito de desobediencia, como indica ABANTO VÁSQUEZ ⁽³⁵⁶⁾, implicaría partir de la concepción errónea 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 ⁽³⁵⁷⁾. 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 vinculando no con el nivel interno institucional, sino con el extenso y variado medio externo público extra policial, el cual es

⁽³⁵⁶⁾ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., Lima, Palestra, 2001, p. 202.

⁽³⁵⁷⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 202.

muy diverso y disímil en cuanto a la autoridad competente facultado 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 ofrece una amplia gama de supuestos legales diferentemente penalizados que van desde formulaciones genéricas (supuestos 1 y 2 del artículo 412) hasta específicos casos de negativa a prestar el auxilio correspondiente (supuestos varios contenidos en el numeral 3 del artículo en mención (auxilios para evitar un delito contra la vida, la integridad, la libertad sexual, libertad). Colombia, por su parte tipifica el delito de omisión de apoyo refiriéndose al agente de la fuerza pública.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El supuesto de hecho contenido en el art. 378 es una variedad específica de la figura de incumplimiento de obligación ⁽³⁵⁸⁾ razón por la cual el objeto de la tutela penal, es decir, el bien jurídico, está representado por el normal y adecuado funcionamiento de la administración pública que se vería afectado en su eficacia ante la denegatoria del auxilio policial. Político-criminalmente se ha querido ser preciso al enfatizar la obligación de la policía de acudir con el auxilio para apoyar al desarrollo normal o excepcional (según el caso) de los actos y resoluciones de la autoridad civil y también de los particulares en si-

(358) Lo que para algunos tratadistas hace innecesario la existencia de este tipo penal (véase, al respecto: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, 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 (ver *infra*, p. 297).

tuación de peligro. Como indica QUINTERO OLIVARES, subyace a ese deber el principio de colaboración entre los poderes del Estado y sus miembros sustentado legal y constitucionalmente ⁽³⁵⁹⁾.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

El exclusivo depositario del comportamiento ilícito descrito en el art. 378 es el policía peruano ⁽³⁶⁰⁾. 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.

El art. 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*» ⁽³⁶¹⁾. Tal es la llamada *función policial* que deberá desarrollarse siempre bajo el marco de las leyes y reglamentos.

⁽³⁵⁹⁾ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1159.

⁽³⁶⁰⁾ El término “policía”, empleado por el Código penal, es restrictivo, es decir, sólo hace referencia al integrante de las fuerzas policiales que cumple función o servicio público, mas no así a los policías municipales, policías particulares, vigilantes, etc. 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*, Arequipa, 1973, T. II, p. 388 y ss.; véase también extensamente, FIORINI, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 16 y ss.

⁽³⁶¹⁾ La Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú establece, a su vez, las siguientes atribuciones y obligaciones (Ley N° 27238 de 22 de diciembre de 1999):

“Artículo 2°. Definición.- *La Policía Nacional del Perú es una institución del Estado creada para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas. Es profesional y jerarquizada. Sus integrantes representan la ley, el orden y la seguridad en toda la República y tienen competencia para intervenir en todos los asuntos que se relacionan con el cumplimiento de su finalidad fundamental.*”

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 público*. Esta generalidad y amplitud del término no ha permitido que normativamente se entre a detallar qué tipo o cuerpo de policía

Artículo 3º.- Finalidad fundamental.- *La finalidad fundamental de la Policía Nacional del Perú es garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.*

Artículo 7º.- Funciones.- *Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes: 1) Mantener la seguridad y tranquilidad públicas para permitir el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú. 2) Prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, perseguibles de oficio; así como aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía. 3) Garantizar la seguridad ciudadana. Capacita en esta materia a las entidades vecinales organizadas. 4) Brindar protección al niño, al adolescente, al anciano y a la mujer que se encuentran en situación de riesgo de su libertad e integridad personal, previniendo las infracciones penales y colaborando en la ejecución de las medidas socio-educativas correspondientes. 5) Investigar la desaparición de personas naturales. 6) Garantizar y controlar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras, asegurar el transporte automotor y ferroviario, investigar y denunciar los accidentes de tránsito, así como llevar los registros del parque automotor con fines policiales, en coordinación con la autoridad competente. 7) Intervenir en el transporte aéreo, marítimo, fluvial y lacustre en acciones de su competencia. 8) Vigilar y controlar las fronteras, así como velar por el cumplimiento de las disposiciones legales sobre control migratorio de nacionales y extranjeros. 9) Brindar seguridad al Presidente de la República en ejercicio o electo, a los Jefes de Estado en visita oficial, a los Presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los Congresistas de la República, Ministros de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine el reglamento de la presente Ley. 10) Cumplir con los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones. 11) Participar en la seguridad de los establecimientos penitenciarios, así como en el traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la ley. 12) Participar en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, la seguridad del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación. 13) Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes. 14) Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país. 15) Ejercer la identificación de las personas con fines policiales. 16) Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución y las leyes."*

es el obligado al auxilio, o si cualquier efectivo policial es el obligado ⁽³⁶²⁾, 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 ⁽³⁶³⁾. 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, pues, el policía. El uso del singular indeterminado no excluye, en modo alguno, que la autoría recaiga en varios policías o en el colectivo policial de una delegación o comisaría ⁽³⁶⁴⁾.

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.

⁽³⁶²⁾ 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.

⁽³⁶³⁾ 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), sólo 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.

⁽³⁶⁴⁾ 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 (CAPITANT). 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.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

a) *Precisiones*

Las modalidades de los comportamientos son los mismos que los del artículo 377, es decir, *rehusar*, *omitir* o *retardar*, sólo que aquí en relación a la prestación de un auxilio. 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 377 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).

b) *El elemento normativo: sin causa justificada*

Para que carezca de ilicitud penal la denegatoria, ya sea a nivel de rehusamiento, comisión o retardo, tiene que estar basada en una causa justificada. Al hablar el tipo penal de *causa justificada* se está refiriendo a la que esté indicada en la ley ⁽³⁶⁵⁾ o la que resulte de la

(365) Código penal peruano (Causas eximentes o atenuantes):

"Art. 20.- "Está exento de responsabilidad penal:

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren 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 concurren 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,

ponderación y evaluación de circunstancias que tornen imposible la ejecución del auxilio requerido, o cuando el requerimiento de auxilio o el objetivo de este último importe claramente la comisión de algún delito, situaciones en las cuales es legítimo el derecho del policía a negarse al requerimiento que le hace la autoridad ⁽³⁶⁶⁾. 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.

c) 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 de este modo las órdenes o requerimiento de las superiores 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 Pú-

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”.

⁽³⁶⁶⁾ 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 sólo 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 sólo de marcos de referencia, por encima de los cuales deberá actuar siempre conforme a su Ley Orgánica y a 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.

blico, autoridades del ejecutivo, electoral, parlamento, etc., pero no obviamente la autoridad policial o militar.

El concepto «autoridad civil» abarca —como precisa CREUS— a cualquiera de los poderes del Estado, con las excepciones anotadas.

La legalidad del requerimiento de auxilio significa, en primer lugar, que sea una autoridad civil competente quien lo ordena; luego, que observe las formalidades del caso (conforme a ley y a los dispositivos constitucionales) si es que éstas resultan exigibles (legalidad formal). Es opinión mayoritaria en la doctrina ⁽³⁶⁷⁾ que el control de la legalidad material, es decir, lo justo o injusto del contenido del requerimiento no ingresa al campo discrecional del policía de forma tal que éste rechace el requerimiento por injusto ⁽³⁶⁸⁾. Aspectos de control de la legalidad formal son en cambio aceptados bajo ciertas condiciones de razonabilidad. Sin embargo, la exclusión de control esencial tiene sus límites. Es cierto que la policía no tiene facultad para evaluar la legitimidad del requerimiento y decidir con base a ello si presta o no su colaboración, pero tampoco resulta exigible lícitamente que esté obligado a participar en actos ilegales, delictivos o, peor aún, 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 ésta 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 ⁽³⁶⁹⁾.

La formalidad del requerimiento puede revestir diversas variantes: ser escrita, debidamente rubricada y sellada, verbal, emitido por la

⁽³⁶⁷⁾ Véase, por ejemplo, FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 235.

⁽³⁶⁸⁾ 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 art. 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.

⁽³⁶⁹⁾ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 236.

autoridad competente, por medio directo o por vía indirecta en casos especiales. No bastara el pedido simple para que se asuma relevancia penal, sino que éste deberá ser exigido poniendo de manifiesto la autoridad de quien lo suscribe o formula.

d) La naturaleza del auxilio

El auxilio o apoyo prestado por el policía o la entidad policial nace y halla fundamentación en el dispositivo constitucional citado anteriormente, pudiendo consistir en una gran variedad de prestaciones o aportes técnicos o de personal: garantías para al desarrollo de diligencias judiciales, actuaciones públicas oficiales o 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 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, dado 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 sólo 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 ci-

vil competente. Como señala MANZINI ⁽³⁷⁰⁾, 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. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL DELITO

El art. 378 en su segundo párrafo ha elevado 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. La situación de peligro del particular no deberá entenderse necesariamente de grave peligro o de inminencia de lesión del bien jurídico tutelado; trátase de estados promedios de amenaza o de posibilidad cierta de lesión ⁽³⁷¹⁾.

El código no lo dice pero deberá entenderse el *peligro* en función a bienes jurídicos valiosos del particular y que el policía por su función está obligado a cautelar: la vida, la integridad física, la libertad de locomoción, la libertad sexual, etc.

La agravante eleva así el injusto del delito imputable al policía.

X. PARTICIPACIÓN

Cabe la complicidad a nivel de instigación a rehusar, omitir o retardar el auxilio, por parte de particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

De acuerdo a los ámbitos de competencia un policía no competente ni involucrado como obligado (posición negativa de garante) al auxilio puede también ser cómplice del sujeto activo.

XI. CONCURSO DE DELITOS

El art. 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 (art. 127). Frente al delito de incumplimiento de deberes funcionales (artículo 377 del Código Penal) resulta una norma

⁽³⁷⁰⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 390.

⁽³⁷¹⁾ Véase Ejecutoria suprema de 13 de enero de 1998, Exp. N° 4025-97, Cono Norte-Lima (Primera Sala Penal Transitoria).

especial (vigencia del principio de especialidad), y por lo mismo no existirá concurso de delitos con dicho delito. En base a los criterios de omisión impropia (artículo 13 del Código Penal) cabe 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.
- Por ausencia de competencia de la autoridad que requiere.

2. *Justificación y exculpación*

Resulta invocable para justificar la antijuricidad del hecho, tan sólo:

- La obediencia jerárquica (art. 20, inciso 9).
- Obrar por disposición de la ley.
- Inexigibilidad por imposibilidad material de cumplimiento en términos de tiempo o de prestación material (causa exculpante objetiva extralegal) ⁽³⁷²⁾.

XIII. PENALIDAD

La pena es mínima, hasta 2 años de privación de libertad, que se eleva hasta 4 en la modalidad gravada. Cabe también la inhabilitación como pena accesoria, establecida por el artículo 39 del código, ya que el policía es un funcionario público.

XIV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. *Argentina (1922)*

«C.P. de Argentina (1922), art. 250: *Será reprimido con prisión de un mes o dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la*

⁽³⁷²⁾ Véase al respecto Ejecutoria Superior Sala de Apelaciones de reos libres de Lima, de 19 de abril de 1999, Exp. N° 5574-98.

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)

«C.P. de Colombia (1980), art. 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».*

«C.P. de Colombia (2000), art. 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».*

Nótese que el código colombiano sólo 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 (art. 214), donde se tipifican y procesan los delitos cometidos por los integrantes de las fuerzas públicas en servicio activo ⁽³⁷³⁾. 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.

⁽³⁷³⁾ Véase al respecto: FERREIRA DELGADO: *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 181.

3. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 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)

«C.P. de Guatemala (1973), art. 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)

«C.P. de Portugal (1980), art. 431: *El funcionario que habiendo recibido requisitoria legal de autoridad competente, para prestar la debida cooperación a la administración de justicia o a cualquier servicio público, se negare a prestarla, o sin motivo legítimo no la prestare, será penado con prisión de dos meses a 1 año*».

6. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 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».

5

Requerimiento indebido de la fuerza pública

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Comportamientos típicos: a) *El requerimiento*. b) *La asistencia de la fuerza pública*. c) *El objeto del requerimiento*. IV. Elemento subjetivo. VII. Consumación y tentativa. VIII. Participación. IX. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causas de justificación*. X. Penalidad. XI. Legislación comparada: 1. Argentina (1922). 2. Colombia (1980). 3. Portugal (1982). 4. Costa Rica (1971).

Art. 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 sólo 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 ⁽³⁷⁴⁾.

(374) Código penal de 1924, art. 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".

La fuente extranjera de donde se copió el modelo es el artículo 251 del Código penal argentino.

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 requiere 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 código derogado. No resulta claro cuál haya sido el motivo político-penal o de técnica legislativa para seguir manteniendo tal denominación en un artículo y desecharlo en otro.

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 fuera de la ley.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo el funcionario público que requiere y que goza de facultades para exigir el concurso de la fuerza pública ⁽³⁷⁵⁾. No es sujeto activo el servidor público.

Es debatible que la autoría recaiga en un superior jerárquico al interior de la fuerza pública ⁽³⁷⁶⁾, en tanto éste sea quien formula el requerimiento.

⁽³⁷⁵⁾ ABANTO VÁSQUEZ es de la opinión 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*, cit., 2ª ed., p. 254).

⁽³⁷⁶⁾ Al respecto, CREUS (*Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 266) sostiene que el significado del verbo “*requiere*” no se adecua a la facultad de mando del que goza el

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 [...]».

a) *El requerimiento*

Requerir implica solicitar o demandar asistencia o ayuda con carácter imperativo. No se trata de un pedido o 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 judiciales.

b) *La asistencia de la fuerza pública*

«Fuerza pública» es una expresión de uso común que, sin embargo, carece de sustento legal. En efecto, y como señala DUMET ECHEVARRÍA, en nuestro ordenamiento jurídico vigente no existe una institución que tenga la denominación expresa de «fuerza pública» ⁽³⁷⁷⁾.

superior jerárquico al interior de la fuerza pública, ya que éste 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.

⁽³⁷⁷⁾ DUMET ECHEVARRÍA, Isaac, "La fuerza pública", en *Revista de la Guardia Civil*, N° 429, enero-febrero, Lima, 1988, p. 49.

Tampoco se ha definido legalmente qué es o quiénes integran la fuerza pública ⁽³⁷⁸⁾.

No obstante las limitaciones anotadas, se puede –valiéndose del análisis semántico jurídico– anotar dos acepciones 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. 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 al servicio de la sociedad civil, es decir, la Policía Nacional, prevaleciendo así un criterio restrictivo que, considerando, 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 sólo se encuentra la fuerza armada como el otro gran sector de fuerza pública. Es obvio que para evitarnos problemas de interpretación debe de plantearse la posibilidad de reemplazar la frase «fuerza pública» por la de «Policía Nacional» en el tipo penal, o extenderla también a determinados sectores de las fuerzas militares ⁽³⁷⁹⁾, si ello resulta pertinente.

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 de éste. La asistencia requerida se entiende en dos sentidos: la simple concurrencia o acto de presencia y la colaboración activa.

⁽³⁷⁸⁾ 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.

⁽³⁷⁹⁾ La Constitución Política del Perú usa la frase “fuerza armada”, la misma que comprende (art. 165) al Ejército, 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 la actualidad goza de imprecisión, prefiriéndose usar en el contexto del presente trabajo la frase “fuerza militar”.

c) El objeto del requerimiento

Es claro que el funcionario público está actuando al margen de la ley cuando requiere a la por autoridad. 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 ⁽³⁸⁰⁾.

El objetivo del comportamiento puede ser 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).

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.

⁽³⁸⁰⁾ Al respecto véase CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 258.

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. Basta que el requerimiento llegue a conocimiento de la entidad solicitada ⁽³⁸¹⁾. De realizarse plena y totalmente el supuesto 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 que la ilegalidad del contenido del requerimiento, efectuado por el funcionario público, sea de conocimiento por parte de aquéllos; presencia de dolo en el comportamiento de los miembros de la fuerza pública que de no concurrir definirá contextos de irrelevancia penal por parte de éstos. La cooperación puede ser practicada también por terceras personas ajenas a dicha fuerza (particula-

⁽³⁸¹⁾ 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 suma, de un delito de resultado. El equívoco de tales razonamientos radica en no haber reparado en la presencia de la preposición "*para*", indicadora de la dirección que toma la conducta ilícita y que define el grado de ejecución típica requerible para el tipo legal que no referencia un resultado de hecho sino una simple actividad, que si llega a acceder al resultado anunciado no por ello el delito recién se consuma en esta segunda hipótesis, la que pasa a ser ya una fase de terminación y de mayor gravedad del injusto penal.

res o sujetos públicos), incluso otros miembros de la fuerza pública no vinculados con la asistencia específica y concreta.

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 (art. 39).

XI. LEGISLACIÓN COMPARADA

1. *Argentina (1922)*

«C.P. de Argentina (1922), art. 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 aceptada casi totalmente, con excepción de la penalidad por el legislador peruano.

2. *Colombia (1980)*

«C.P. de Colombia (1980), art. 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 consumir 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».

«C.P. de Colombia (2000), art. 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 consumir 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 que obtenga el concurso de la fuerza pública como al que tenga a ésta 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 art. 63 reformado en 1995 del C.P. vigente, de conformidad por lo dispuesto en la Constitución Política colombiana de 1991.

3. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 430: *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 de 10 a 30 días».*

4. Costa Rica (1971)-

«C.P. de Costa Rica (1971), art. 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».*

6

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: a) *Abandonar el cargo*. b) *No haber cesado legalmente en el desempeño del cargo*. c) *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).

Art. 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 art. 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 éste, será sancionado con multa de treinta días». Existe un diseño similar en el artículo 252 del Código penal argentino.

II. LA FIGURA PENAL

El primer párrafo del art. 380 ha elevado a título de delito una falta grave de naturaleza administrativa. Se explica esto por el evidente perjuicio que ello causa a la administración pública y como una opción o medio adoptado por la política penal peruana para prevenir la realización de tales prácticas dolosas. Estamos frente a un singular tipo penal de naturaleza omisiva que requiere la producción de resultado material. En otras legislaciones penales no figura este supuesto legal en el catálogo de ilícitos penales (Italia, Francia, el reciente Código penal colombiano ha decriminalizado la figura).

En el caso de Italia, las normas penales que regulaba el delito de abandono colectivo e individual de cargos públicos, empleos, servicios o labores (artículos 330 y 333 del Código penale) fueron abrogados en el año 1990, ya con anterioridad la Corte Constitucional mediante Sentencia Nº 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 no conveniencia de regular punitivamente una materia muy sensible por sus implicancias sociales y con relación al derecho constitucional a la huelga ⁽³⁸²⁾. 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 sólo la figura de suspensión o turbación del servicio o labores, cometida por los empresarios o explotadores de servicios o labores públicas ⁽³⁸³⁾. 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 el no impedimento o no persecución de delitos o la no ejecución de las penas impuestas ⁽³⁸⁴⁾.

⁽³⁸²⁾ Al respecto véase BENUSSI, Carlo, «I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali», en Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI, *Tratatto di diritto penale parte speciale*, Tomo I, Padova, Cedam, 2001, p. 779.

⁽³⁸³⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

⁽³⁸⁴⁾ Véase *infra* Legislación extranjera. Sobre las características normativas de los artículos que regulan los delitos de abandono de destino en el Código penal espa-

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).

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 cometido de las funciones y/o servicios públicos.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

En este tipo penal el legislador peruano ha ampliado la autoría, además de los funcionarios, a los empleados públicos ⁽³⁸⁵⁾, denominados en nuestra legislación penal «servidores». Autores sólo pueden ser los funcionarios o servidores públicos que poseen un cargo o se hallan adscritos a él en el caso de los servidores.

ñol, 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 Hhnos S.A., p. 116).

(385) Véase la definición de servidor público y su relación con los funcionarios públicos en *supra*, p. 44 ("El servidor público").

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 en base a 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*».

a) *Abandonar el cargo*

Supone tanto el retiro arbitrario e individual que hace el sujeto activo de su cargo (puesto, empleo o destino), como también el no acudir o no presentarse a continuar desempeñándolo. 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 ⁽³⁸⁶⁾. 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 en relación a la importancia de los cargos ni lo esencial o secundario de las funciones y servicios afectados, que hubiera permitido graduar el injusto y dosificar la pena con base a criterios de proporcionalidad más adecuada.

Abandonar es así un verbo rector que con respecto a la administración pública siempre va a implicar una omisión, un incumplimiento grave de deberes; en relación a los actos del sujeto activo del delito va a suponer una acción (dejar, retirarse) o una omisión (el no concurrir).

Abandonar el cargo es entonces el comportamiento en que incurre el funcionario o servidor público sin que exista causa justificada ni disposición legal o reglamentaria al respecto que ampare su conducta.

⁽³⁸⁶⁾ LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Vol. III, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 85.

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» ⁽³⁸⁷⁾. Por su parte, FRANCISCO FERREIRA señala: «Abandonar el cargo es, por lo tanto, separarse de él para no retornar nunca, (...) 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» ⁽³⁸⁸⁾. CREUS considera que el abandono típico requiere la dejación total del servicio, quebrando así el vínculo que unía al agente con el servicio ⁽³⁸⁹⁾, posición esta última que comparten SOLER y FONTÁN BALESTRA y penalistas recientes como BUOMPADRE, VILLADA y otros ⁽³⁹⁰⁾.

Sobre la *definitividad o no del abandono*, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su respectivo reglamento ⁽³⁹¹⁾ permite apreciar los parámetros de cuándo la no concurrencia al cargo implica una falta administrativa, y cuando, *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 ⁽³⁹²⁾. Posición que estadísticamente hace difícil la aplicación del tipo penal, pues su-

⁽³⁸⁷⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 9, Vol. IV, p. 11.

⁽³⁸⁸⁾ FERREIRA DELGADO, *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 166, 167.

⁽³⁸⁹⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 268.

⁽³⁹⁰⁾ 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 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.

⁽³⁹¹⁾ Decreto Legislativo N° 276 de 6 de marzo de 1984 (arts. 25, 26, 28) y Decreto Supremo N° 005-90-PCM de 15 de enero de 1990 (arts. 133, 150-151, 152, 153, 155, 161), respectivamente.

⁽³⁹²⁾ 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, sólo quedan cubiertos aquellos abandonos con el fin de no retomar tareas, esto es, los definitivos».

peradas las vallas administrativas de inconcurrencia, suelen presentarse períodos 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 de deberes (lo cual quedaría tipificado en el art. 377); se trata, en realidad, de un acto de rompimiento total e injustificado con la administración pública, pues el sujeto activo debe actuar dolosamente.

b) 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 ⁽³⁹³⁾.

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 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 art. 380 si no se ha ejercido el cargo. De no darse esta circunstancia del tipo, el sujeto habrá incurrido en el supuesto del art. 377.

Las *formas de cesar legalmente* están establecidas en la ley ⁽³⁹⁴⁾. Si no es formalmente aceptada la *renuncia* no podrá producir efectos de

⁽³⁹³⁾ Decreto Supremo N° 005-90-PCM de 15 de enero de 1990 (Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa), art. 23.

⁽³⁹⁴⁾ El Art. 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;

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. ⁽³⁹⁵⁾ A lo sumo, se producirán infracciones administrativas si así lo establecen los respectivos reglamentos.

c) *Daño al servicio*

Producto del abandono, no necesariamente de la intención o voluntad del sujeto activo, debe producirse un perjuicio 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.

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.

Debe tratarse, en suma, como indica CREUS, de un daño real, gravitante, material o moral, presente y no futuro ⁽³⁹⁶⁾.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

Es suficiente que el agente actúe con dolo eventual, es decir, el tipo no requiere un propósito específico en la voluntad del agente más

c) cese definitiva; y d) destitución. El art. 186 establece las causas justificadas para el cese definitivo.

⁽³⁹⁵⁾ En igual posición DONNA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 184.

⁽³⁹⁶⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 269.

allá del simple abandono, lo que no se aprecia por ejemplo en el modelo español del artículo 407 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 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 ⁽³⁹⁷⁾, aunque sí deberá hallarse en la representación cognoscitiva que éste 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 sólo 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 en relación a la prestación de funciones y servicios.

⁽³⁹⁷⁾ 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.

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 a nivel de incitación al abandono por particulares y/o funcionarios o servidores públicos.

X. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad*

Existe tipicidad por:

- La inexistencia de vinculación funcional con el cargo, por despido, cese, destitución renuncia aceptada.
- No haber estado desempeñando el cargo.
- Fuerzas físicas naturales irresistibles o caso fortuito.

2. *Causas de justificación*

Son causas de justificación:

- El estado de necesidad justificante, cuando el abandono de cargo se fundamenta en el hecho de la remoción del peligro o amenaza a 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 art. 39 del Código penal.

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. *Colombia (1980)*

«C.P. de Colombia (1980), art. 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)

«C.P. de España (1973), art. 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)

«C.P. de España (1995), art. 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.*

4. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 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 a través del artículo 385, variando sólo 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)

«C.P. de Brasil (1940), art. 323: *Abandonar cargo público, fuera de los casos permitidos en la ley: Pena-detención de quince (15) días a un (1) mes o multa.*

- 1º *Si del hecho resulta perjuicio público: Pena-detención de tres (3) meses a un (1) año y multa.*
- 2º *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)

«C.P. de Argentina (1922), art. 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».*

7. Panamá (1982)

«C.P. de Panamá (1982), art. 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)

«C.P. de Italia (1930), art. 330: *Abbandono collettivo di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavori (abrogato).*

Art. 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.

Art. 332: Omissione di dovere di ufficio in occasione di abbandono di un pubblico ufficio o di interruzione di un pubblico servizio (abrogato).

Art. 333: Abbandono individuale di un pubblico ufficio, servizio o lavoro (derogato).

6A

Incitación al abandono colectivo de trabajo

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Sujeto activo y pasivo. IV. Comportamiento típico: a) *Incitar*; b) *El abandono colectivo de trabajo y la huelga*. V. Elemento subjetivo. VI. Consumación y tentativa. VII. Participación. VIII. Concurso de delitos. IX. Legislación extranjera.

Art. 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 dos años».

I. ANTECEDENTES LEGALES

Al igual que con el abandono de cargo, aquí se ha producido una transcripción literal de textos extranjeros realizada teniendo dos fuentes: 1) el segundo párrafo del art. 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 21.338 ⁽³⁹⁸⁾ del 1 de julio de 1976, que en su artículo 1

⁽³⁹⁸⁾ Con anterioridad, el 12 de enero de 1968, fue promulgada la Ley 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 21.338: «Se reprime la incitación al abandono colectivo del trabajo a funcionarios públicos. No se

incluyó, entre otras modificaciones al Código penal argentino, el siguiente agregado: *«inclúyase en el artículo 252 como segundo párrafo el siguiente: 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

Se trata a todas luces de una singular construcción técnico-normativo 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.

III. SUJETO 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 su comportamiento no se adecua a las premisas típicas del segundo párrafo del art. 380 ⁽³⁹⁹⁾.

Sujeto pasivo es el Estado.

IV. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El núcleo rector básico es incitar al abandono:

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 17.567, como es obvio adolece de una adecuada técnica legislativa, deficiencia que sería superada en lo dispuesto por la Ley 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 (decriminalizada).

⁽³⁹⁹⁾ Véase *infra* Legislación extranjera, el caso de España que penaliza a quienes abandonan el trabajo.

a) *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 administrativa-laboral.

Se trata de castigar penalmente la creación de un clima propicio y favorable a la huelga o al paro ⁽⁴⁰⁰⁾. 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» ⁽⁴⁰¹⁾. Para propiciar el abandono colectivo el agente puede dirigirse a un conglomerado de funciones 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 ⁽⁴⁰²⁾.

La incitación, para ser típica, tiene que recaer en los funcionarios y servidores designados en el art. 425 del Código penal con las restricciones legales del caso ⁽⁴⁰³⁾.

⁽⁴⁰⁰⁾ La Constitución Política del Perú (art. 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.

⁽⁴⁰¹⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 149.

⁽⁴⁰²⁾ Sobre este punto véase FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 240, quien afirma que la incitación, para ser típica, debe dirigirse exclusivamente a un colectivo o grupo de agentes públicos.

⁽⁴⁰³⁾ Véase HUGO ÁLVAREZ (*Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, cit., p. 55), quien atinadamente propone un tipo penal que recoja y sanciona la hipótesis de los funcionarios que ocupan cargos de confianza y que inciten o dirijan acciones colectivas de abandono de trabajo.

b) 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 art. 380. En primer lugar, porque no es el abandono del cargo el núcleo de la tipicidad y en segundo lugar porque se trata tan sólo 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 ⁽⁴⁰⁴⁾ 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, éstos deben hallarse al margen del ejercicio regulado del derecho a la huelga. Sólo así adquiere coherencia la descripción típica del segundo párrafo del art. 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.

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.

(404) Sobre la huelga desde la visión del derecho administrativo, véase FRISANCHO/PEÑA-CABRERA, *Delitos contra la administración pública*, p. 271.

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 a lo dispuesto en las reglamentaciones administrativas, la situación de abandono que hacen los funcionarios y servidores puede generar la tipicidad del párrafo primero del art. 380 (abandono de cargo).

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 art. 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 éste 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 derogado, la figura de incitación al abandono colectivo de trabajo. El Código penal de Bolivia de 1972 tiene en vigencia el art. 156, con sus dos párrafos ya citados.

7

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: a) *Hacer un nombramiento*. b) *Cargo público*. c) *Persona legalmente inidónea o 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).

Art. 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 ⁽⁴⁰⁵⁾.

(405) Ver *infra* Legislación extranjera.

II. LA FIGURA PENAL

Se trata de una figura penal moderna de base administrativa. Pocas son las legislaciones penales que han elevado dicho supuesto administrativo a nivel de delito, dentro de las 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 administrativa, e incluso abre el tipo para considerar nombramientos de cualquier persona lo que posibilita incluir en el tipo 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.

La Fórmula nacional constituye un delito de infracción de deber con autoría restrictiva tanto por la calidad del autor como por la existencia del elemento normativo «nombramiento».

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 el prestigio de la administración, que debe hallarse al margen de cuestionamientos sobre la idoneidad y calidad de sus cuadros y componentes humanos.

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 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

Sólo puede ser sujeto activo el funcionario público que nombra, 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, sólo puede serlo aquél competente, es decir quien esté dotado de atribuciones legales para efectuar nombramientos. De ser un funcionario no facultado para ello, éste incurrirá en usurpación de funciones (art. 361).

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».

a) Hacer un nombramiento

Hacer un nombramiento oficial es un acto de trascendencia jurídica, por el cual se designa legalmente a una persona para un cargo público. La frase concreta así una de las vías válidas para conceder el título de funcionario a una persona física, ya sea de modo permanente, eventual, interina o *ad honorem*. 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 observancia debida 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 si lo 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.

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». 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 *extraenus* 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 prever sus consecuencias. Se hace necesario aquí efectuar las adecuaciones del caso en la redacción del tipo.

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 que los reingresos ordenados por autoridad competente (por ejemplo, por sentencia judicial) de funcionarios que fueron separados o destituidos de la entidad administrativa ingrese en la tipicidad de la figura penal.

b) Cargo público

El nombramiento tiene que ser para cargo público (el ejercido por los funcionarios), lo qué deja cancelada la posibilidad de nombramientos de servidores públicos como relevante de la figura penal en estudio. Igualmente resultaría atípica la figura si se nombra para cargos privados o particulares.

c) Persona legalmente inidónea o 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 destakes para quienes se hallen al interior de la función pública. Poco interés tiene que se nombre 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 ⁽⁴⁰⁶⁾.

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» ⁽⁴⁰⁷⁾ constituye una frase normativa que para el caso del nombramiento ilegal nos conduce a la normatividad extrapenal, fuente por excelencia donde se recogen las condiciones legales para la postulación a los cargos públicos. 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 ⁽⁴⁰⁸⁾, recogiendo la propuesta de la doctrina española, de no hacer depender la intervención penal, con base a 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.

No concurrencia de los requisitos legales no necesariamente significa inexistencia de los mismos, pero sí que en su evaluación concre-

⁽⁴⁰⁶⁾ Véase *supra*, p. 41 y ss., la clasificación realizada de los funcionarios.

⁽⁴⁰⁷⁾ 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 de noviembre de 1997, Puno [véase en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, T. I, p. 646]).

⁽⁴⁰⁸⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 228.

ta no están presentes, lo cual igualmente no imposibilita que de acuerdo a las prácticas administrativas o a la previsión normativa al respecto pueda ello subsanarse, antes de proceder a la valoración previa al nombramiento.

Es bueno tomar en cuenta 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.

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, lo cual torna atípica la figura, es decir, inexistente el delito.

VIII. CONSUMACIÓN ⁽⁴⁰⁹⁾ Y TENTATIVA

Al ser el tipo penal uno de resultado y de naturaleza instantánea 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, su-

⁽⁴⁰⁹⁾ 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 art. 79 del Código Penal (extinción de la acción penal) si se considera que una sentencia civil puede modificar el hecho.

puestos 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. Puede existir instigación de servidores públicos o particulares para que se nombre a la persona inidónea.

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)

«C.P. de Argentina (1922), art. 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 sólo 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 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 art. 380 del Código penal peruano que exige se produzca el nombramiento. Esto hace que la tentativa sea impracticable en la propuesta.

2. Bolivia (1974)

«C.P. de Bolivia (1974), art. 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)

«C.P. de Costa Rica (1971), art. 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)

«C.P. de Guatemala (1973), art. 432: *El funcionario o empleado público que, a sabiendas propusiere o nombrare para cargo o empleo público a persona en quien no concurran los requisitos que la ley exija, será sancionado con multa de cien a quinientos quetzales*».

5. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 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*».

7A

Aceptación ilegal de cargo público

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. Bien jurídico protegido. III. La figura penal. IV. Sujeto pasivo y activo. V. Comportamiento típico: a) *Aceptar el cargo*; b) *No concurrencia de los requisitos legales*. VI. Elemento subjetivo. VII. Consumación y tentativa. VIII. Participación. IX. Concurso de delitos. X. Penalidad.

Art. 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 dicho en el subtítulo anterior.

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 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.

IV. SUJETO PASIVO Y ACTIVO

Es sujeto activo exclusivamente la persona nombrada. Puede tratarse como ya se ha dicho de un particular, de un funcionario o servidor público.

Sujeto pasivo es la administración pública.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

En íntima relación al primer párrafo del art. 381, es decir, a los elementos constituyentes del mismo, el comportamiento típico incardina dos elementos:

a) 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 sólo 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, no basta el aprobarlo o admitirlo. La pasividad o el no ejercicio real del cargo, 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.

La aceptación del cargo es un acto formal, es decir tiene que estar antecedida de los componentes típicos de la anterior conducta de nombramiento, razón por la cual no pueden ingresar aquí las aceptaciones para cargos ejercidos de facto, es decir en las que faltan requisitos esenciales para perfeccionar el título que configura al funcionario público. Es importante también tener en cuenta que se trata de un cargo en su sentido dinámico, funcional, sería una aplicación excesiva de la injerencia penal considerar nombramiento en un cargo cuando éste es de no ejercicio material, vale decir cuando pese a estar contemplado le-

galmente no existe en la práctica, lo que en lenguaje de VILLADA hace alusión al nombramiento de «funcionarios fantasmas» ⁽⁴¹⁰⁾ o creados exprofesamente sin fundamento administrativo.

b) No concurrencia de los requisitos legales ⁽⁴¹¹⁾

¿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 (resoluciones administrativas, reglamentos, 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 ⁽⁴¹²⁾, pero sí por ejemplo la incompatibilidad 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 ⁽⁴¹³⁾.

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.

⁽⁴¹⁰⁾ VILLADA, *Delitos contra la función pública*, cit., p. 308.

⁽⁴¹¹⁾ Véase, al respecto, CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 272.

⁽⁴¹²⁾ Al respecto DONNA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 190.

⁽⁴¹³⁾ Véase ÁNGELES/FRISANCHO, *Código penal VII*, cit., p. 3229.

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 cargo (con el juramento, firma de conformidad, asunción del cargo, etc.), o según exija la formalidad del caso, sin que el tipo requiera necesariamente comportamiento doloso del funcionario que nombra.

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 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 en tal convencimiento ejerce funciones, esto es, desempeña actividades de ejercicio funcional, generando un concurso con el delito de usurpación de funciones (art. 361).

X. PENALIDAD

La misma que para el delito de nombramiento ilegal, es decir, multa de sesenta a ciento veinte días-multa más inhabilitación.

DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

1. 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 de 16 de abril de 1998, Exp. N° 4689-97, Junín).

2. 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 negligente 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 de 16 de marzo de 1998, Exp. N° 5676-97, Cono Norte-Lima).

3. 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 de 10 de marzo de 1998 en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema, Exp. N° 5706-97, La Libertad).

4. ABUSO DE AUTORIDAD: CAUSAL DE JUSTIFICACION

«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 acreditada responsabilidad penal de la acusada» (Ejecutoria suprema de 5 de marzo de 1998 en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 3276-97, Exp. N° 2610-97, Ancash).

5. 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 de 21 de mayo de enero de 1998 en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2590-97, Exp. N° 1094-97, Callao).

6. 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 de 18 de diciembre de 1997 en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema, Exp. N° 106-97, Lima).

7. 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 de 10 de octubre de 1997, Exp. N° 3867-96, La Libertad).

**8. 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 de 7 de octubre de 1997, Exp. N° 4908-96, Huánuco).

9. 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 de 6 de octubre de 1997, Exp. N° 4464-96, Arequipa).

**10. 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 de 2 de octubre de 1997, Exp. N° 5691-96, Huánuco).

**11. 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 el agraviado, dejan en libertad al causante de las lesiones, existiendo además omisión de actuación de diligencias necesarias» (Ejecutoria suprema de 1 de octubre de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2852-97, Exp. N° 968-96, Lima).

12. 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 éstos, más aún si los actos imputados de abuso de autoridad son atribuidos al Jefe de una base militar» (Ejecutoria suprema de 2 de junio de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2029-97, Exp. N° 1387-97, Ayacucho).

13. 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 de 5 de diciembre de 1996, Exp. N° 2057-95, Arequipa).

14. ABUSO DE AUTORIDAD: QUIEBRE DE AUDIENCIA Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

«La Sala Penal Superior no ha observado lo previsto en el art. 234 del C. de P.P. que señala que iniciada la audiencia, ésta 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 arts. 80 y 83 del Código penal, por lo que la acción fiscal se ha extinguido por prescripción» (Ejecutoria suprema de 15 de noviembre de 1996, Exp. N° 2123-94-B, Ica).

15. 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 de 14 de noviembre de 1996 [ROJAS PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Lima, Legrima, 1997, p. 235]).

16. 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 art. 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 de 11 de noviembre de 1996, Exp. N° 5445-95-B, Lambayeque).

17. 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 de 28 de octubre de 1996, Exp. N° 4751-95-B, Lima).

18. 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 de 24 de setiembre de 1996, Exp. N° 895-96, Huánuco).

19. 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 de 13 de setiembre de 1996, Exp. N° 2695-95-B, Puno).

20. 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 de 18 de julio de 1996, Exp. N° 3285-95-B, Lima).

21. 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 de 18 de julio de 1996, Exp. N° 3285-95-B, Lima).

22. 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 de 12 de mayo de 1993, Exp. N° 1917-92-Junín [ROJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Lima, Legrima, 1997, p. 236]).

23. 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 de 5 de marzo de 1985, Exp. N° 2024-84, Lima [*Jurisprudencia Penal*, Trujillo, Editora Normas Legales, 1987, pp. 167-168]).

24. 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 sólo puede cometerse en daño de un particular. Procede dictarse sentencia absolutoria» (Ejecutoria suprema de 11 de mayo de 1981 [*Jurisprudencia Penal*, Trujillo, Editora Normas Legales, 1987, p. 169]).

25. ABUSO DE AUTORIDAD: INEXISTENCIA DE RELACIÓN FUNCIONAL COMISIÓN DE DELITO COMÍN

«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 de 6 de enero de 1970 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, Lima, p. 117]).

26. ABUSO DE AUTORIDAD: ACTOS TÍPICOS

«Incorre 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 de 1 de julio de 1963 [ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 397]).

27. 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 de 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]).

28. 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 de 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]).

29. 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]).

30. ABUSO DE AUTORIDAD DE JUEZ

«Incorre 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 de 29 de mayo de 1952 [*Revista del Foro*, 1952, Lima, p. 609; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 396]).

31. 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 ésta» (Ejecutoria suprema de 23 de noviembre de 1951 [*Anales Judiciales*, 1951, Lima, p. 183; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 397]).

32. 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 de 28 de octubre de 1950 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, Lima, p. 1542]).

33. 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 de 16 de mayo de 1950; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 396]).

34. 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 de 6 de agosto de 2003, R.N. Nº 2240-2002, Arequipa, Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, Gaceta Jurídica, Año 10, Nº 75, Diciembre 2004, p. 266).

35. 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 agra-

viada, quien no tenia ninguna obligación con la citada comuna.» (Ejecutoria Suprema de 21 de enero de 1998, Exp. N° 1094-97-Callao, Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia Penal, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 636).

36. 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).

37. 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).

38. 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 ex trabajadores 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).

39. INCUMPLIMIENTO DE FUNCIONES: DEFINICIÓN

«En cuanto al delito de omisión o retardo de acto debido, el Art. 377° del Código Penal señala que el funcionario publico, ilegalmente, omite, rehuse 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 fun-

cionario rehusa 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).

40. 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).

41. INCUMPLIMIENTO DE FUNCIONES: AUSENCIA DE CONDUCTA TÍPICA

«Que se imputa al proceso 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 éstas 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 rehuse, omita o redacte 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 del 2000, Exp. N° 2006-2000. Rojas Vargas, Fidel, *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Lima, Idemsa, p. 734).

TÍTULO SEGUNDO

LOS DELITOS DE CONCUSIÓN

SUMARIO: I. Concusión. II. Clases de concusión. III. Los modelos de derecho comparado: a) *Los modelos históricos*. b) *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 se trata de 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»⁽⁴¹⁴⁾, idea matriz que servirá de fuente para su traslado al campo de la relevancia penal romana bajo las formas de extorsión y corrupción.

En la Roma republicana, concusión y corrupción tuvieron un origen común a través de la denominación legal «*crimen repetundarum*». La Ley de las XII Tablas sancionó severamente y de modo indiferencia-

(414) CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, cit., Vol. V, T. 7, § 2566.

do hasta con pena de muerte los casos de concusión del Juez, rigor que irá disminuyendo en los siglos restantes de la República ⁽⁴¹⁵⁾.

Por su parte el *Digesto* hace depender el delito de concusiones del hecho de poseer una magistratura, potestad, administración, legación o cualquier otro oficio, cargo o ministerio público; las conductas asimiladas fueron los actos de corrupción del funcionario y las exigencias de dinero, permitiéndose actuar contra los herederos hasta por un año del deceso ⁽⁴¹⁶⁾.

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 come-

⁽⁴¹⁵⁾ *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. de C.

⁽⁴¹⁶⁾ *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 Julia* 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”.

tidas contra las poblaciones anexadas ⁽⁴¹⁷⁾. BRUCHI nos delinea el escenario en los siguientes términos: «al crear las expoliaciones inmensas fortunas, no sólo 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» ⁽⁴¹⁸⁾.

Las diversas leyes romanas que luego serían recogidas en el *Digesto*: Calpurnia (160 a de C.), Servilia, Acilia (o Aquilia, siglo III a de C.), Cornelia (81 a de C.) y Julia (30 a de C.), comprendieron en la denominación *concusión* tanto a las diversas modalidades de corrupción de funcionarios como a las conductas de cobros ilegítimos (exacciones ilegales). La diferenciación entre los conceptos *concusión* y *corrupción* sólo ocurrirá en el siglo XIX en la época de las grandes codificaciones.

II. CLASES DE CONCUSIÓN

Una clasificación tradicional sustentada por CARRARA y CARMIGNANI distingue 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 en base a 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 a 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 sub-

⁽⁴¹⁷⁾ 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.

⁽⁴¹⁸⁾ BRUCHI, A., "Concussione", in *Il Digesto Romano*, Torino, 1896, citado por RAMOS MEJÍA, Enrique: *El delito de concusión*, Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 13.

terfugios, engaños, inducciones a error para lograr igual propósito de dación o promesa de bien, dinero o beneficio económico. Esta clasificación es válida y ha sido 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 propiedad de una concusión en el sentido tradicional del término.

No todos los códigos penales hacen la diferenciación entre concusión y exacción ilegal (véase, por ejemplo, el código francés de 1810, el español de 1973 ó 1995, o el argentino entre otros ⁽⁴¹⁹⁾, que sólo aluden a las exacciones ilegales).

III. LOS MODELOS DE DERECHO COMPARADO

a) *Los modelos históricos*

El Código penal francés de 1810 ofrece en su modelo legal de concusión una construcción típica en base a las exacciones ilegales cometidas por funcionarios, empleados, recaudadores de impuestos y otros. En efecto, el núcleo típico del art. 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 ⁽⁴²⁰⁾.

Los códigos toscano de 1853 e italiano de 1889 también regularon el delito de concusiones. Este último es el que crea varias hipótesis de concusión en sus artículos 169 y 170. El art. 169 obedece a una figura genérica de concusión explícita, mientras que el 170 a una figura implícita ⁽⁴²¹⁾, a la vez que contempla la hipótesis legal de la concusión

⁽⁴¹⁹⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽⁴²⁰⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽⁴²¹⁾ El legislador peruano de 1991 integraría ambas modalidades en la redacción de un único tipo penal: el art. 382.

por aprovechamiento del error de otro. El código italiano en ambos artículos ofrece un marco punitivo atenuado si el valor del objeto del delito es mínimo.

El código alemán de 1871 en su art. 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. Sólo el art. 474 del Código de 1822 asimiló en una descripción algo ambigua la concusión genérica y la exacción.

b) 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 diseño que lo acerca con el concepto clásico de concusión sin por ello eliminar las conductas típicas de exacción ilegal: recibir para sí, para el Estado o para terceros 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 coima.

En el derecho penal español actual se sigue la orientación de los códigos precedentes. En efecto, el Código de 1995 sólo contempla las exacciones ilegales. El Código penal italiano de 1930 vigente, en cambio, fiel a la tradición de 1889, mantiene la concepción básica y genérica de concusión sin hacer mención al caso de las exacciones ilegales, conservando tanto al 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 a las exacciones ilegales 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: concusión es un modelo especial de abuso de poder 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, patrocínio indebido), sino que sólo 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 constrictión 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 en 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 que no se plantea en la concusión; además de que la concusión admite tanto la dación como la promesa de bien o beneficio patrimonial, que en la extorsión sólo 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 (arts. 382, 383, 384 y 385) y una quinta figura que, salvo los sujetos activos distintos, debe de responder a las conductas típicas señaladas en los arts. 384 y 385 del código en lo que resulte aplicable y en función a los aportes y competencias de los particulares equiparados:

1. Concusión básica genérica (art. 382).
2. Exacción ilegal (art. 383).
3. Colusión defraudatoria (art. 384).
4. Patrocinio ilegal o indebido (art. 385).
5. Concusión y exacción extensiva a particulares (art. 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 con otros propiamente de negociación incompatible o de interés ilegítimo imputables a los sujetos públicos. Ello origina serias dificultades al momento de definir el bien jurídico

globalizador tutelado, así como al producirse la interpretación de los tipos penales en base a la idea rectora de concusión, sobre todo en los delitos de patrocínio ilegal y en las equiparaciones que lleva implícito el art. 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 es técnicamente deplorable, debiendo de reelaborarse y ubicarse junto al patrocínio ilegal en otro apartado o nomenclatura normativa («Sección» en el lenguaje del código) dedicado a los fraudes y negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública. La figura penal extensiva contenida en el art. 386 necesita igualmente de taxatividad y racionalidad legal.

En los esquemas de derecho penal comparado, la sección de los delitos de concusión está separada de los delitos de negociaciones o intereses ilegales y la equiparación a los sujetos particulares sólo se halla vinculada al delito de colusión defraudatoria (variedad de negociación incompatible).

Las características técnico-legislativas de los indicados tipos legales son las siguientes:

- a) Son de naturaleza comisiva (arts. 383 y 385).
- b) Son básicamente de naturaleza comisiva (activa) pero admiten modalidades omisivas (arts. 382 y 384).
- c) Es de lesión o resultado (art. 384; contienen modalidades de resultado igualmente los arts. 382-383).
- d) Es de simple actividad y peligro (art. 385).
- e) Son tipos que combinan comportamientos de simple actividad y resultado (arts. 382 y 383).
- f) Son delitos instantáneos (arts. 382, 383 y 384).
- g) Pueden asumir un cierto nivel de permanencia (art. 385).
- h) Son tipos complejos por comprender diversas modalidades comisivas, combinar figuras de resultado y actividad o hacer referencia a elementos normativos (arts. 382, 383 y 384).
- i) Es tipo penal simple (art. 385).

- j) Son tipos que hacen referencia a elementos normativos (arts. 383 y 384).
- k) Son tipos de dolo directo (arts. 382 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 llevan 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 en 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 orientada más bien a preservar formalidades del trámite administrativo de la gestión pública que lindan con la imparcialidad 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 resume el bien jurídico: el regular y adecuado desenvolvimiento de la administración pública.

1

Concusión

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal y el derecho comparado. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo: Autoría. V. Sujeto pasivo. VI. Comportamientos típicos: a) *Abuso del cargo*. b) *Obligar a dar o prometer*. c) *Inducir a dar o prometer*. d) *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 relevantes penalmente los motivos de la víctima para obrar, de modo que se pueda hablar que ésta consintió la inducción?* 2) *¿Debe la víctima conocer o ser consciente 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 art. 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 (constitutiva 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 art. 382 es una concusión explícita y el art. 383 corresponde a una concusión implícita?* 11) *Si los comportamientos «obligar» o «inducir» son practicados por un particular sobre la víctima para que ésta 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. España (1995). 5. Brasil (1940). 6. Costa Rica (1971). 7. Panamá (1982).

Art. 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».

I. ANTECEDENTES LEGALES

No tiene antecedentes en la legislación penal peruana anterior.

La fuente extranjera que sirvió de modelo es el artículo 317 del Código penal italiano de 1930⁽⁴²²⁾ reformado por Ley 86 del 26 de abril de 1990, con un hilo de continuidad en los artículos 169 y 170 del Código de 1889.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Las diversas sub-modalidades de concusión contenidas en este artículo tienen en común la puesta en juego de intereses extrafuncionales por parte del funcionario y servidor público, orientados a la búsqueda o el logro del lucro mediante las ventajas que otorga el cargo o puesto ocupado en la administración pública. El tipo penal 382 es de naturaleza compleja, tanto por el empleo de núcleos rectores distintos, a la usanza del código italiano de 1889⁽⁴²³⁾, 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 sólo por aquellos influidos por la legislación italiana (Costa Rica o Panamá, por ejemplo). A nivel de derecho comparado ha sido desestimada la perspectiva material que en función al monto de lo exigido atenuaba la penalidad, entendiéndose que no es

⁽⁴²²⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽⁴²³⁾ Ver artículos 169 y 170 del código italiano de 1889 (*infra*, pp. 377-378) que ofrece dos tipos separados de concusión en base a la utilización de dos verbos rectores distintos: *obligar* (art. 169) e *inducir* (art. 170). Nuestro legislador integró ambas en una sola figura que dio como resultado el art. 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 (art. 383).

el bien jurídico «patrimonio» lo que aquí se protege, sino los intereses y valores de la administración pública.

En realidad el tipo penal de concusión básica contiene elementos de extorsión, estafa y corrupción, que han sido reunidos en una figura genérica imputable a los sujetos públicos.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La norma penal, al conminar penalmente los comportamientos abusivos señalados en el tipo legal, busca proteger el regular y correcto desenvolvimiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública, derivada de una actuación funcional al margen de abusos de poder de connotación patrimonial. La doctrina contemporánea ⁽⁴²⁴⁾ ofrece consenso al admitir que si bien el sujeto principal de la tutela penal lo constituye la administración pública, se está protegiendo también, de modo derivado, los intereses del particular lesionado en su libre determinación e intereses patrimoniales ⁽⁴²⁵⁾. 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.

Lo señalado es igualmente extensivo para el tipo penal del art. 383 (exacción ilegal).

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Sujetos activos pueden ser tanto los funcionarios como los empleados o servidores públicos en ejercicio. Incluso si éstos han cesado en sus funciones, si el bien o beneficio patrimonial es producto de un acto abusivo cometido durante el ejercicio de cargo. Puede ser autor tanto quien se prevale o abusa del cargo, como quien efectivamente se halla ejerciendo en el ámbito de su competencia.

Autor puede ser igualmente el funcionario o servidor de hecho (nombrado irregularmente o el que asume caso tal en un gobierno de

⁽⁴²⁴⁾ Así, PAGLIARO, MANZINI, RICCIO y MAGGIORE, en la doctrina italiana.

⁽⁴²⁵⁾ Al respecto, específicamente véase PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 104.

facto). Si se trata de un usurpador de funciones o de un particular que aparenta cargo para delinquir, estaremos frente a la comisión de un delito de extorsión o de robo. La autoría puede ser simple o compuesta (caso de coautoría).

No se comparte la acotación hecha por PORTOCARRERO HIDALGO—quien con referencia a una cita de RANIERI⁽⁴²⁶⁾—excluye a las personas encargadas de un servicio público. Este error radica en haber tomado como referencia una edición doctrinaria anterior a la reforma del art. 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 en el ejercicio amplio de su función o cargo.

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 material⁽⁴²⁷⁾. La referencia típica a «una persona» hace expresa alusión a un particular o a un colectivo de personas, incluso a otros funcionarios o servidores públicos contra quienes se mantiene relaciones de dominio jerárquico y funcional. También pueden ser víctimas las personas jurídicas de derecho privado o público. Nuestro Código penal al hacer uso del término «persona», a diferencia de otras legislaciones que emplean «alguien», «alguno», «otra», etc., permite ampliar extensivamente el ámbito de comprensión de la víctima. El sujeto pasivo lo seguirá constituyendo la administración pública.

⁽⁴²⁶⁾ Véase PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 138.

⁽⁴²⁷⁾ 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 que igual pueden ser víctimas de concusión un funcionario (inferior o superior jerárquico del agente) o un ente público.

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; c) el elemento normativo: indebidamente; d) el objeto de la concusión un bien o un beneficio; y e) El destinatario: para sí o para otro.

Los verbos rectores son *obligar* e *inducir*. 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» (empleada en el tipo penal argentino de exacciones) 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.

a) Abuso del cargo

Abusando del cargo es sinónimo de *haciendo mal uso de la calidad funcional* que le ha sido otorgado al sujeto activo funcionario o servidor público, es decir, del oficio o investidura pública poseída, aprovechando así ilícitamente dicho agente de las facilidades o ventajas que confiere el cargo. Indica ANTOLISEI que se tiene abuso del cargo todas las veces que éste 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 ⁽⁴²⁸⁾.

En general, el uso del cargo puede ser para fines lícitos o ilícitos. El funcionario o servidor puede hacer valer su calidad para asegurar un mejor ejercicio de la función misma o para obtener un mayor prestigio en el mundo de las relaciones sociales ⁽⁴²⁹⁾, circunstancias ambas lícitas, socialmente, ajustadas. Pero puede ser usado igualmente para concertar precios (por ejemplo, en perjuicio del Estado), para exigir

⁽⁴²⁸⁾ ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, pp. 613-614.

⁽⁴²⁹⁾ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PE*, cit., p. 107.

ilícitamente dinero, para prevaricar, etc.; hipótesis en las cuales estaremos junto a la figura del mal uso o abuso del cargo. Es importante prestar atención al hecho que el tipo penal ha circunscrito el abuso *al cargo*, es decir, *a la calidad*, no empleando el término «atribuciones», «poderes», etc.; esto permite entender que no es necesario ni imperioso que el *obligar* o *inducir* se produzca en el ejercicio de las funciones del funcionario o servidor, puede que ello también ocurra. Bastará que el sujeto activo haga valer abusivamente su cargo con prescindencia de sus reales atribuciones, y sin que ello implique una contraprestación de su parte, para obtener el beneficio económico. El *abuso de la calidad* 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 ⁽⁴³⁰⁾.

ABANTO VÁSQUEZ ⁽⁴³¹⁾ 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 sólo habrá concusión cuando el sujeto activo actúe u omita, 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.

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 en tanto medios facilitadores de la consumación típica del delito. Se trata así de un ámbito de delincuencia facilitada en uno de sus extremos por el denominado *metus publicae potestatis* (miedo al poder público) que el sujeto activo se esfuerza por lograr.

(430) ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 614.

(431) ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., pp. 239, 240 y 241.

Abusar, según Stefano RICCIO, es el acto contrario al fin de la institución, a su espíritu y a su finalidad ⁽⁴³²⁾. Al decir de BERNAL PINZÓN y RICCIO el abuso comprende varias formas, pero sólo cuando incide sobre la voluntad del sujeto pasivo, convirtiéndose en constreñimiento o inducción, constituye elemento esencial del delito de concusión ⁽⁴³³⁾. 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 ⁽⁴³⁴⁾.

El abuso del cargo puede producirse, como bien indica PORTOCARRERO, en situación de vacaciones, permisos ⁽⁴³⁵⁾, ejerciendo 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 fuera del marco legal propio de las funciones o del servicio público ⁽⁴³⁶⁾. Tenemos así una sustantiva y significativa diferencia con los delitos de abuso de autoridad, donde se requiere ejercicio de atribuciones que fundamenten el acto o la decisión arbitraria genérica o específica.

b) *Obligar a dar o prometer*

El abuso del cargo practicado por el sujeto activo debe comprender el uso de la violencia o el convencimiento ejercido sobre la víctima quien es forzada en su voluntad a acceder a las ilegítimas pretensiones del agente.

Obligar quiere decir *ejercitar violencia de baja intensidad, amenaza o presión* sobre una persona, de modo tal que altere, el proceso formativo de su voluntad y le determine a una acción u omisión diversa de aque-

⁽⁴³²⁾ RICCIO, Stefano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, UTET, 1955, p. 292 (citado por BERNAL PINZÓN, Jesús: *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Temis, 1965, p. 64).

⁽⁴³³⁾ BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 66.

⁽⁴³⁴⁾ DELPINO, Luigi, *Diritto penale. Parte speciale*, Napoli, Edizioni Simone, 1995, p. 104.

⁽⁴³⁵⁾ PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 139.

⁽⁴³⁶⁾ ÁNGELES/FRISANCHO, *Código penal VII*, cit., p. 3235.

lla otra que (sin la coacción) habría realizado ⁽⁴³⁷⁾ y que, en este caso, afecta su patrimonio. Implica entonces tanto una coacción física material, una imposición o forzamiento sobre la persona como una coacción o presión psicológica (amenaza, intimidación). La *coacción psicológica*, a su vez, puede ser, siguiendo a PAGLIARO ⁽⁴³⁸⁾, *absoluta* o *relativa*. La *primera* se presenta cuando la víctima está a merced del sujeto activo, 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 ésta la opción de elegir entre el ceder a la presión o el rechazarla. Ambas coacciones psicológicas son relevantes penalmente.

Lo anterior nos lleva a considerar que el funcionario o servidor se vale casi siempre de situaciones de dificultad o irregularidades de índole diversa que a manera de aspectos vulnerables ofrece la víctima (amenazas de denunciarle por delito tributario si no le entrega dinero, o de detenerla, o de comunicar a la autoridad administrativa una irregularidad que afectará 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 ⁽⁴³⁹⁾, 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 para el derecho penal.

⁽⁴³⁷⁾ ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 64. Al respecto revítese la Ejecutoria Suprema (Sala C) del 20 de setiembre de 1999, Exp. 4628-98, Ancash, 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.

⁽⁴³⁸⁾ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 117.

⁽⁴³⁹⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª ed., p. 289.

Resulta muy discutible que pueda constituir coacción el simple temor reverencial que la víctima tiene al agente y del cual aprovecha el sujeto activo. La idoneidad y seriedad de los medios usados tiene que ser detenidamente analizada y evaluada 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. En base a esta diferenciación se construyen dos submodalidades distintas de delito. Por lo tanto, la violencia física y psíquica ejercida por el agente tiene que ser suficiente, adecuada e inequívoca, es decir, tener capacidad causal para actuar real y efectivamente sobre la voluntad de la víctima, de forma tal que ésta se vea compelida a dar o prometer dar el bien o beneficio patrimonial.

Igual de importante que la interpretación de los alcances del verbo rector 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 prevalega de su calidad, y por lo mismo incurriendo en delito de extorsión. 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 ⁽⁴⁴⁰⁾.

c) Inducir a dar o prometer

Aquí el medio que emplea el sujeto activo consiste en vencer la voluntad de la persona mediante la persuasión, el convencimiento, la apariencias, haciendo uso de estrategias, falsedades, engaños o silen-

⁽⁴⁴⁰⁾ ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando, *Código Penal Comentado*, Bogotá, Leyer, 2004, p. 755.

cios que tengan la suficiente fuerza determinadora para que la víctima dé o prometa dar el bien o beneficio patrimonial. Remarca DELPINO, con base a 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 ⁽⁴⁴¹⁾.

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 al paciente a una conducta dada. Está comprendido sin duda el engaño, ya sea en la forma más grave de artificios o engaños, 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 influido la posición de superioridad del funcionario ⁽⁴⁴²⁾.

La inducción puede ser cometida también mediando 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 de incremento del riesgo para la lesión del bien jurídico.

Al igual que con el verbo rector anterior, igualmente la norma contiene o comprende dos sub-variedades de delito, según que el objetivo de la inducción sea para que la víctima de o prometa.

(441) DELPINO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 105.

(442) 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).

d) El dar y el prometer dar

El dar y el prometer tienen como presupuestos típicos necesarios la existencia previa de un uso abusivo del cargo expresado en el obligar o inducir que operan o actúan sobre la voluntad de la víctima. De no existir tales presupuestos previos no existirá delito de concusión ⁽⁴⁴³⁾.

Dar es sinónimo de entregar, de desprenderse de algo, proporcionar o transferir a alguien. En su sentido jurídico-penal, *dar* es tanto como entregar un bien o un beneficio económico producto de la coacción o inducción, como también retener el bien que el funcionario o servidor poseía en consignación, empeño o custodia, en perjuicio de la víctima.

Prometer es el compromiso a efectuar en futuro 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, etc.).

Obviamente la promesa para ser típica tiene que ser posible objetivamente. Queda fuera de discusión la formalidad de la promesa por tratarse de un acto ilícito y nulo.

VII. «INDEBIDAMENTE»: EL ELEMENTO NORMATIVO DEL DELITO DE CONCUSIÓN

«*Indebidamente*» quiere decir que la exigencia ha sido hecha sin causa justificada o ilegítimamente. El funcionario o servidor público actúa arbitrariamente al obligar o inducir, sin amparo alguno de las leyes o reglamentos, a dar a prometer. 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 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 (art. 376) y no concusión ⁽⁴⁴⁴⁾.

⁽⁴⁴³⁾ Por ejemplo, que la entrega o la promesa hayan sido ya asumidas en la voluntad de la persona sin necesidad de coacción o inducción.

⁽⁴⁴⁴⁾ En esta última hipótesis MANZINI (*Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 220) es de 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, derechos, 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 delincuencia del funcionario o servidor público.

IX. EL DESTINATARIO: «PARA SÍ O PARA OTRO»

No existe problema para entender que el bien o la utilidad económica percibidas o para percibir en un futuro sean para el funcionario o servidor público. El destino final de lo ilícitamente obtenido, puede recaer también en «otro». Este «otro» puede ser un funcionario o servidor público, un familiar o particular (confabulado o no con el sujeto activo), una persona natural o una persona jurídica. La posibilidad de comprender a la administración pública en el contenido de la frase «para otro», que sugiere críticamente ABANTO VÁSQUEZ ⁽⁴⁴⁵⁾, representa un forzamiento de subsunción en los alcances de la tipicidad del delito de concusión, no obstante que en una interpretación literal ello pueda

(445) ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 247. El mencionado autor cita el caso del policía que obliga o induce al particular a efectuar donaciones a su repartición (máquinas de escribir, computadoras, padrínzgos, etc. (*loc. cit.*)).

ser ingresado en la tipicidad objetiva del mismo; si el problema es analizado 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 ilícito 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 receptor (si su intervención se ajusta a algunas de las determinaciones modales del artículo 194 del Código Penal) ⁽⁴⁴⁶⁾.

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 buscado (la obtención del bien o beneficio patrimonial) resulta impracticable que ello se produzca con dolo eventual.

Es difícil admitir la existencia de error de tipo invencible.

XI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Nos encontramos ante un delito de consumación mixta de resultado y actividad (que no descarta la modalidad omisiva en el supuesto de la inducción) y que contiene dos modalidades básicas: el de concusión mediante constricción (violencia o amenaza) y el de concusión mediante inducción o convencimiento.

El empleo de los núcleos rectores, posibilita técnicamente la presentación de las dos siguientes modalidades o supuestos típicos:

⁽⁴⁴⁶⁾ Un mayor análisis sobre el papel que juega la frase “para otro” véase *infra*, p. 494 (“El destinatario: «para sí o para otro»”).

a) obligar a una persona a dar o prometer; y b) inducir a una persona a dar a prometer. Ambas modalidades tienen un sistema de consumación doble. En el primer caso el delito se consuma en dos momentos distintos al verificarse o producirse la entrega del bien o beneficio mediante compulsión (delito de resultado) o al producirse la promesa (delito de simple actividad). Idéntica situación ocurre en el segundo caso o supuesto típico.

Las formas de tentativa son admisibles en ambos supuestos, al igual que el desistimiento. La posibilidad de tentativa radica en el hecho que no basta para consumar el delito una simple exigencia, petición o argumentación persuasiva, sino que es necesario llegar a determinar 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 relativa vinculación funcional.

XIII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

Puede haber atipicidad cuando el sujeto activo no es funcionario público al momento de los hechos ⁽⁴⁴⁷⁾.

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

⁽⁴⁴⁷⁾ Ejecutoria Suprema del 23 de marzo de 1998, Exp. 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.

tesis de la 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 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 (arts. 39 y 36 incisos 1 y 2); la que sin embargo es menor que la recientemente 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 concursos aparentes 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 relevantes penalmente los motivos de la víctima para obrar, de modo que se pueda hablar que ésta 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* 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 que está dando o prometiendo lo indebido o que son ilegales los requerimientos del sujeto activo?*

MANZINI es del criterio 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 bastan para tipificar el delito las simples declaraciones, consejos desprovistos de intencionalidad o 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.

El encargado de evaluar la idoneidad de los medios es el Juez. Los abogados de la sociedad (el Fiscal) y del procesado deben de ofrecer argumentaciones racionales y convenientes.

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 es posible que se presenten formas omisivas.

5) *¿Qué semejanzas tienen la concusión por constreñimiento y la extorsión típica del art. 200?*

La concusión por constreñimiento (violencia o amenaza) es una extorsión cometida por funcionario o servidor público. Este último elemento (la calidad funcional) lo diferencia de la simple extorsión (co-

metida por particulares). En la concusión se hace valer la calidad e importancia del cargo para extorsionar. La respuesta a esta pregunta está desarrollada con más amplitud en la p. 236.

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 que en ésta existe 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 art. 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 o confabulación (bilateralidad, que está 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 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, abuso del cargo es una locución comprensiva de ambas dimensiones que dan contenido a la concusión; el 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 concusador.

10) *¿Es acertada la clasificación hecha por algunos autores nacionales que indican que el art. 382 es una concusión explícita y el art. 383 corresponde a una concusión implícita?* ⁽⁴⁴⁸⁾

No, es una clasificación desacertada por dos razones fundamentales: a) el art. 383 del código no es propiamente una concusión, sino una exacción ilegal, donde incluso no hace falta el objetivo lucro; y b) la referida concusión explícita del art. 382 tiene componentes de engaño o aprovechamiento del error que la descalifican para ser reputada de exclusiva explicitéz. El esquema fue propugnado por CARRARA, pero en la actualidad ha perdido vigencia. Decía CARRARA ⁽⁴⁴⁹⁾ 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 ésta 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 prevalimiento ejercido directamente no hay concusión. Puede

⁽⁴⁴⁸⁾ Clasificación y tipologías que aplican, PORTOCARRERO HIDALGO y HUGO ÁLVAREZ (de este último véase su *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, cit., p. 73).

⁽⁴⁴⁹⁾ CARRARA: *Programa de Derecho criminal*, cit., Vol. V, T. 7, § 2572.

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 atribuible al particular; de no darse la probabilidad de contraprestación por parte del funcionario –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 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 asumiría 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 corrupción pasiva.

XVI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1889)

«C.P. de Italia (1889), art. 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».

«C.P. de Italia (1889), art. 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 sólo 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)

«C.P. de Italia (1930), art. 317 (redacción original): *El oficial 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».*

«C.P. de Italia (1930), art. 317 (redacción reformada en 1990): *El oficial público o el encargado de un servicio público que, abusando de su cualidad o de sus poderes, constriñe o induce a alguien a dar o 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 que sólo los funcionarios públicos podían ejercer este tipo de coacción capaz de asumir relevancia penal.

3. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 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».*

«C.P. de Colombia (2000); art. 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*».

4. España (1995)

No tiene un texto de concusión similar al nuestro, ni en su versión 1973 ni en la reciente y vigente de 1995. El art. 438 (1995) que presenta una versión más moderna del art. 403 (1973) ofrece el siguiente modelo.

«C.P. de España (1995), art. 438: *La autoridad o funcionario público que abusando de su cargo cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos en su mitad superior e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años*».

5. Brasil (1940)

«C.P. de Brasil (1940), art. 316: *Exigir, para sí o para otro, directa o indirectamente, ventaja indebida aun fuera de la función o antes de asumirla: Pena-reclusión de dos (2) a ocho (8) años y multa*».

6. Costa Rica (1971)

«C.P. de Costa Rica (1971), art. 346: *Se impondrá prisión de dos a ocho años, al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar a prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial*».

7. Panamá (1982)

«C.P. de Panamá (1982), art. 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*».

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: a) *El abuso del cargo*. b) *El exigir o hacer pagar o entregar*. c) *Contribuciones o emolumentos no debidos*. d) *Contribuciones o emolumentos en cantidad que excede a la tarifa legal (condición objetiva de punibilidad)*. e) *Exceso de celo o aprovechamiento patrimonial: El destino de lo pagado o entregado indebidamente*. VII. Elemento subjetivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Participación. X. Pena. 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, apropiándose 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 que el funcionario o servidor después de haber usado o simplemente apropiado las contribuciones los 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) *¿Están comprendidos 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 sólo 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 art. 383? 12) ¿Cuáles son las diferencias con el cohecho o delito de corrupción? 13) ¿En qué se diferencia la exacción ilegal del abuso de autoridad? 14) ¿Cuál es la tendencia de los códigos modernos en cuanto al objeto legal 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. Colombia (1936, derogado). 9. Panamá (1982). 10. México (1922).

Art. 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».

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⁽⁴⁵⁰⁾– 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».

El legislador peruano al receptar la figura penal suiza suprimió el elemento subjetivo «con propósito de lucro», así como eliminó de la redacción la frase «o que al cobrar derechos, emolumentos o indemnizaciones», copiando solamente el sustantivo «emolumentos», dando como resultado un modelo peruano de exacción ilegal de técnica imperfecta y sujeto a una complicada exégesis.

⁽⁴⁵⁰⁾ Art. 277 del Proyecto del Código Penal Federal suizo de 1918: «Los funcionarios que con ánimo de lucro percibieron derechos, emolumentos o indemnizaciones indebidamente que al cobrar derechos, emolumentos o indemnizaciones se excedieren de la tarifa legal, serán castigados con prisión o con multa».

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, y que en otros ámbitos de doctrina (Argentina, por ejemplo) ⁽⁴⁵¹⁾ y legislación penal se la sigue llamando con dicha designación o convive mezclada con la concusión (Portugal), 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 en base a aranceles, tarifas, tasas, propinas o dádivas cobrados a particulares. Situación que ha sido desterrada de forma ostensible en las modernas y profesionalizadas estructuras burocráticas del poder administrador, organizadas en base a sueldos y extras a cuenta del erario público.

En el derecho comparado se observan dos orientaciones: una que exige para la tipicidad del delito la existencia del elemento subjetivo «a sabiendas», descartando, por lo mismo, la relevancia del hecho cometido con dolo eventual (los códigos penales de Alemania y Brasil mantienen este parecer); 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. 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 ⁽⁴⁵²⁾.

⁽⁴⁵¹⁾ 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.

⁽⁴⁵²⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al tratarse de una figura penal en la que se pone de manifiesto abuso de poder y arbitrariedades específicas, lo que le emparenta con el abuso de autoridad, pero que a la vez 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.

IV. SUJETO ACTIVO

Es sujeto activo el funcionario o el servidor público que posea atribuciones para exigir o hacer pagar; también el que exige, sin ser competente abusando del cargo. El tipo penal no sólo resulta aplicable a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares (por ejemplo concejales y notarios) sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para exigir o hacerse pagar contribuciones o emolumentos. La figura admite la autoría directa y la mediata.

De la redacción del tipo penal que concreta la acción típica con determinadas y específicas predicciones de tipicidad (contribuciones o emolumentos) se deriva que la imputación por autoría se circunscribe principalmente a quienes tengan facultades en mérito a sus atribuciones por competencia.

V. SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo es el Estado. El perjudicado directo (particular, colectivo social, persona jurídica de derecho privado o público) es la víctima directa del delito cometido por el sujeto público.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los componentes materiales del tipo penal teniendo como base o punto de partida el abuso del cargo incluyen diversas modalidades

de concreción del delito, cada una de las cuales puede presentarse por sí sola, sin que sea necesario que concurren las tres conductas para dar por perfeccionada la conducta típica, esto es, 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.

a) El abuso del cargo

Cabe aquí igualmente lo señalado en el capítulo anterior, con la expresa anotación que el abuso del cargo incluye también y sobre todo el abuso de las atribuciones del sujeto público, quien debe reunir facultades o estar 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 constricción (el obligar) o de la inducción a la víctima a dar o prometer indebidamente. 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.

b) El exigir o hacer pagar o entregar

Se trata, como precisa SOLER, de formas de intimación⁽⁴⁵³⁾ que hace el funcionario o servidor público, es decir de exhortación o requerimiento con fuerza de autoridad. En palabras de VIADA Y VILASECA, son

⁽⁴⁵³⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 198. Al respecto, es ilustrativa la Ejecutoria suprema de 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 [Sumilla N° 6, p. 308].

las exacciones *ex-post facto* por exceso en la percepción de los derechos que tiene señalado el funcionario público ⁽⁴⁵⁴⁾.

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. No se trata aquí de exigir para sí o para otro (destinatarios propios de la concusión del artículo 382). Igualmente, el sujeto activo, prevaleciendo de su poder, esto es, de modo abusivo puede exigir emolumentos ⁽⁴⁵⁵⁾ o remuneraciones a la administración pública o a los particulares, en este segundo caso, en las especiales hipótesis en las cuales dichos particulares establezcan relaciones con la administración pública que justifiquen dichos emolumentos. Exigir emolumentos supone por su parte un cambio de dirección del contenido económico de la exigencia. Lo exigido va ya no a engrosar las arcas del Estado sino al peculio del sujeto activo, dada la naturaleza del emolumento.

Obviamente que entre exigir y obligar (art. 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, conducta que no integra tipicidad por delito de exacción ilegal.

«Hace pagar» contribuciones o emolumentos no debidos, en cambio, es ya la realización material del contenido de tales exigencias, cons-

(454) 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.

(455) ABANTO es de la opinión (*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª ed., 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.

tituyendo 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. El supuestamente obligado abona tales contribuciones o remuneraciones (a nombre del Estado) o paga emolumentos al funcionario o servidor público, compelido por el accionar de dichos sujetos públicos. El contenido material del comportamiento consistente en hacer pagar, supondrá también, como precisa ABANTO, y reconoce la doctrina argentina, el concurso de actos engañosos por parte del funcionario o servidor que exacciona⁽⁴⁵⁶⁾. BUOMPADRE, por citar a uno de los penalistas argentinos recientes, 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⁽⁴⁵⁷⁾. El abonamiento o pago de estos cobros indebidos efectuados por el funcionario o servidor puede ser en dinero en efectivo o a través de letras, cheques, etc. (de acuerdo a la naturaleza de las contribuciones y los emolumentos)⁽⁴⁵⁸⁾.

«Hace entregar» (en el empleo diferenciado de esta frase en 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⁽⁴⁵⁹⁾. Situación que abre el espectro de posibilidades a bienes distintos al dinero, en el que ingresan documentos, títulos valores. Al igual que en la modalidad «hace pagar», también aquí es posi-

⁽⁴⁵⁶⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª ed., p. 300.

⁽⁴⁵⁷⁾ BUOMPADRE, *Delitos contra la administración pública doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 308. Dicho autor y con él la mayoría de autores argentinos ven 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.

⁽⁴⁵⁸⁾ Véase la Ejecutoria Suprema de fecha 13 de octubre de 1998 (Sala C) Exp. 1380-98 Piura, caso de cobro indebido de bonificaciones hecho por regidores y de percepción de dietas por sesiones no asistidas, así como conducta de Alcalde de disponer aumento de su sueldo por sobre el límite legal.

⁽⁴⁵⁹⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 312.

ble la confluencia, en la conducta típica, del engaño, aprovechamiento del error o estratagemas sobre la víctima para hacer viable el resultado, en relación a los emolumentos. Resulta forzado pensar que abarque también dicha modalidad a las contribuciones («tributar en especies»), los cuales por su propia naturaleza exigible están pensadas en función al 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 constreñimiento (intimidación), esto es sin obligaciones o exigencias requeridas por el tipo penal, sino más bien con base a 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 23/1/2002, Exp. N° 861-2000 Cuzco ⁽⁴⁶⁰⁾.

c) 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 ⁽⁴⁶¹⁾, constituye una hipótesis que desborda los alcances significativos de dicha expresión.

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 (art. 376) o de concusión. 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 de interpretarse extensivamente en tanto todo tributo que resulta exigible (contribuciones, tasas, derechos, etc.).

⁽⁴⁶⁰⁾ Véase en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista editores, 2004, p. 126.

⁽⁴⁶¹⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 255.

El concepto legal tributario del término *contribuciones* indica que es una especie de tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales ⁽⁴⁶²⁾. La interpretación amplia de su significado en el ámbito penal, implica rebasar el sentido literal tributario para abrir un espectro de tutela mas amplio que permita prevenir y sancionar abusos de los sujetos públicos, con base a la perspectiva de tutela del bien jurídico, de forma que los derechos, tasas e impuestos sean también objeto de la exigencia ilegal, al igual que las contribuciones en sentido restringido. Contribución es, así, para el derecho penal peruano, sinónimo de tributo en sentido lato ⁽⁴⁶³⁾. Lo cual sin embargo no excluye que a efectos de mejorar el mensaje comunicativo del tipo penal de exacción ilegal, se propenda 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 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 (peritos, escribanos, notarios). 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, médico forenses y otros que cobran por los servicios prestados con base a aranceles. Este último significado es el asumido por nuestra doctrina jurisprudencial. Es debatible que ingresen en el concepto penal de emolumentos las pensiones percibidas por los familiares del funcionario o servidor público. Así también los

(462) T.U.O. del Código Tributario (Decreto Supremo N° 135-99-EF de 19 de agosto de 1999), Norma II del Título Preliminar.

(463) 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".

denominados «gastos operativos», los mismos que poseen un destino y un fundamento de gestación y uso distinto al de la remuneración; si 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 ⁽⁴⁶⁴⁾.

Se aprecia por lo tanto que la noción de emolumento posee una doble orientación de origen. Ya tanto remuneraciones que por diferente concepto percibe el funcionario o servidor público de las diferentes administraciones públicas, esto es del Estado en sentido global. Como también, percepciones de dinero que en determinados casos reciben los servidores o funcionarios públicos de particulares, en los casos predeterminados en ley o reglamento y a través de montos establecidos en aranceles o tarifas.

Estos emolumentos para ser debidos y por lo mismo legales deben de estar fijados legal, reglamentaria o administrativamente. Por ejemplo, en el ámbito específico de determinados funcionarios, tenemos los derechos o aranceles que deben de 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 hace mención a dicho término en la construcción de sus modelos de concusión o exacción ilegal.

Tales contribuciones o emolumentos tienen que ser no debidos ⁽⁴⁶⁵⁾, es decir, no adeudados (por estar ya pagados, por no existir deuda

⁽⁴⁶⁴⁾ En tal sentido la Ejecutoria Suprema del 1/10/2004, Exp. N° 83-2004 Ancash, que declaró haber nulidad en la sentencia condenatoria y reformándola absolvió al procesado por delito de exacción ilegal, al haber éste solicitado una subvención, no siendo ésta una contribución o emolumento, véase en AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos; 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.

⁽⁴⁶⁵⁾ 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

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» ⁽⁴⁶⁶⁾. 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.

d) 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 12% por derecho del impuesto a los arrendamientos, o más del 18% por concepto del Impuesto General a las Ventas ⁽⁴⁶⁷⁾, 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 al igual que la referencia al término «emolumentos», está referida a las tablas de derechos a pagar fijadas legalmente y de conocimiento público.

24 de abril de 1998, Exp. 157-95. Véase en Academia de la Magistratura “*Serie de Jurisprudencia*” 4, Lima, 2000, p. 433).

⁽⁴⁶⁶⁾ ABASTOS HURTADO, Manuel G., *Derecho penal. II Curso [Apuntes de clases]*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, s/f, p. 236.

⁽⁴⁶⁷⁾ Referencias tributarias que pueden variar de acuerdo a la política económica impositiva de los gobiernos. Al respecto, véase la Ejecutoria suprema de 28 de enero de 1998, Exp. N° 4722-97, Amazonas [Sumilla N° 5, p. 450].

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.

e) Exceso de celo o aprovechamiento patrimonial: El destino de lo pagado o entregado indebidamente

Se ha sostenido que es este un delito 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 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, estaremos 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 redundará por lo general en provecho del sujeto activo, situación en la cual existirá a título doloso aprovechamiento personal-funcional ⁽⁴⁶⁸⁾. Situación que suele presentarse –siendo ello un grave indicador de la fragilidad de la administración pública peruana– en situaciones excepcionales dado el carácter reglado 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

⁽⁴⁶⁸⁾ El provecho económico del autor no es un componente típico necesario del delito de exacciones ilegales. Así, en tal sentido, la citada Ejecutoria suprema de 28 de enero de 1998, Exp. N° 4722-97, Amazonas, que de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo considera la no relevancia del hecho, para la consumación del delito, si la diferencia cobrada en exceso fue o no apropiada por el acusado.

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 ⁽⁴⁶⁹⁾. Expresión concreta de exacción cometida por funcionario público que se explica por las frágiles estructuras de consolidación 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 éste es débil y permisible ⁽⁴⁷⁰⁾.

Si bien el tipo de exacción ilegal –cobro indebido, puede admitir, en una línea de interpretación amplia del concepto emolumento, la posibilidad 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 de hallarse rodeado de las exigencias que plantea el tipo, coacción, engaño. La sola percepción pasiva de un doble o

(469) Véase sobre esto la Ejecutoria Suprema de 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 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.

(470) Véase por ejemplo el caso que describe la Sentencia del 24/4/98, 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 23/1/2002, 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).

triple concepto remunerativo, a título de jubilación, procedente del Estado, o de organismos de éste 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 de apreciarse que en la hipótesis que trabaja con las contribuciones, éstas 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.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El dolo requerido para perfeccionar el delito es el dolo eventual, sobre todo en la hipótesis que toma como objeto material a las contribuciones. La exacción ilegal de emolumentos supone la presencia de dolo directo, pues está en juego un propósito agregado de beneficio ilícito. 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. De existir en el agente un propósito especial, entonces actuará con dolo directo, pero ello no es previsión típica necesaria en el caso de las contribuciones.

La presencia de buena fe en los actos del sujeto público, la ignorancia de los funcionarios explicada por la lejanía de la civilización 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 14/1/98, 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 ⁽⁴⁷¹⁾.

⁽⁴⁷¹⁾ Véase en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 652.

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 la buena fe o de la ignorancia sobre la ilegalidad del comportamiento ⁽⁴⁷²⁾.

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 por qué 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 ⁽⁴⁷³⁾.

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 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.

⁽⁴⁷²⁾ 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.

⁽⁴⁷³⁾ Ejecutorias Supremas del 20/9/99, Exp. N° 4628-98 Ancash, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, Normas Legales 2000, Año II, N° 3, p. 394; del 23/1/2002, Exp. N° 861-2002 Cuzco (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 124); Ejecutoria Suprema del 12/7/2002, Exp. N° 2916-2001 Lima (Salazar Sánchez, *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*, cit., p. 149).

- c) *Hacer entregar contribuciones o emolumentos debidos pero en cantidad que exceda la tarifa legal.* Cabe aquí lo dicho para el supuesto b).

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 coautoría sólo puede darse entre funcionarios y servidores que abusen 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 en 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 como pena accesoria.

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad*

Existe atipicidad:

- Por error de tipo invencible por parte del sujeto activo del delito acerca de la inexistencia de la deuda o sobre el monto de lo exigido.
- Por actos de tan sólo relevancia administrativa y/o ausencia de dolo ⁽⁴⁷⁴⁾ o por ser irrelevantes ⁽⁴⁷⁵⁾.

⁽⁴⁷⁴⁾ Por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema del 14 de enero de 1998, Exp. 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 de 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

2. Causas de justificación y de exculpación

Tenemos los siguientes:

- Cuando 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. 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, apropiándose 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 (art. 268) y el brasileño (art. 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 al derecho expectatio que le asiste a la administración pública sobre tal caudal.⁽⁴⁷⁶⁾

de responsabilidad meramente administrativa [Sumilla N° 7, p. 450]. Asimismo, la Ejecutoria suprema de 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 [Sumilla N° 13, p. 452].

⁽⁴⁷⁵⁾ Ejecutoria suprema de 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" [Sumilla N° 31, p. 456].

⁽⁴⁷⁶⁾ Véase también *supra*, p. 511 y ss.

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 que el funcionario o servidor después de haber usado o simplemente apropiado las contribuciones los 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 sólo solicita no habrá exacción pero sí corrupción pasiva. Si el nivel del pedido eleva su grado de exigencia para constituir una presión o coacción estaremos frente a una concusión.

6) ¿Están comprendidos 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 sólo 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 radicata 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 (art. 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 corrupción pasiva. 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 art. 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 cohecho o delito de corrupción?

En la corrupción no hay obligación al pago por parte del particular (persona natural o jurídica), tampoco hay nivel de exigencia para la percepción, sino tan sólo la solicitud o pedido.

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 art. 429.

14) ¿Cuál es la tendencia de los códigos modernos en cuanto al objeto legal de la exacción?

El código español de 1995 (art. 437) utiliza los términos *derechos, tarifas por aranceles y minutas*. El código francés de 1993 (art. 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 el objeto legal de la exacción ⁽⁴⁷⁷⁾.

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 (art. 382) existe provecho personal para sí o para tercero. En la exacción ilegal la obtención del bien econó-

⁽⁴⁷⁷⁾ Véase *infra*, p. 403.

mico ingresa a los fondos del Estado, el provecho económico personal es una probabilidad sólo 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 del requerimiento) o el cobro.
- 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 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 art. 382, por consiguiente, es mayor.

XIV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 266: *Será reprimido con prisión de uno a tres 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 cobrarse mayores derechos que los que corresponden*».

C.P. de Argentina (1922), art. 268: *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*.

«C.P. de Argentina (1922), art. 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), art. 277: Los funcionarios que con ánimo de lucro percibieren derechos, emolumentos o indemnizaciones indebidamente, 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)

«C.P. de Alemania (1871), art. 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 sólo 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)

«C.P. de España (1970), art. 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 viniera 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)

«C.P. de España (1995), art. 937: La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidas o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin 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)

«C.P. de Francia (1993), art. 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, en 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)

El segundo párrafo del artículo 316 es el que contiene el delito de exacción ilegal; el primer párrafo –ya visto en el capítulo anterior– alude al delito de concusión.

«C.P. de Brasil (1940), art. 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: Pena-reclusión de 2 a 12 años y multa».*

8. Colombia (1936, derogado)⁽⁴⁷⁸⁾

«C.P. de Colombia (1936), art. 157: *El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, 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 uno (1) a cuatro (4) años.*

Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad si el responsable fuere funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público».

⁽⁴⁷⁸⁾ El reciente Código Penal de Colombia no contempla la figura de exacciones ilegales.

9. Panamá (1982)

«C.P. de Panamá (1982), art. 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. México (1922)

«C.P. de México (Distrito Federal), art. 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 quinientos 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 ilegal

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal y el derecho comparado. III. El bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y sujeto pasivo. V. Comportamiento típico: a) *Núcleo rector típico*. b) *Ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos*: 1. Contratos. 2. Suministros. 3. Licitaciones. 4. Concursos de precios. 5. Subastas. 6. Cualquier otra operación semejante. c) *Ámbito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado*: 1. Convenios. 2. Ajustes. 3. Liquidaciones. 4. Suministros. VI. Elemento subjetivo. VII. Consumación y tentativa. VIII. Penalidad. IX. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causas de justificación*. X. Participación y rol de los interesados. XI. Concurso de delitos. XII. Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. España (1995). 4. Bolivia (1982). 5. Chile (1873).

Art. 384: «El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.» [Texto según la modificación efectuada por el Art. 2 de la Ley N° 26713 de 27 de diciembre de 1996].

I. ANTECEDENTES LEGALES

Tiene como fuente directa al artículo 344 del Código penal de 1924. Las fuentes extranjeras de influencia para la redacción de dicho

dispositivo fueron los artículos 400 y 401 del Código penal español y 265 del Código penal argentino.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Este delito, que no tiene consenso de uso en la mayoría de Códigos penales y en otras legislaciones penales que la regulan recibe los nombres de «negociaciones incompatibles» (Argentina, art. 265), «celebración indebida de contratos» (Colombia, arts. 144-148), «fraudes contra el Estado» (España [1973], arts. 400-401), «fraudes y exacciones legales» (España [1995], art. 436) etc., tiene un propósito específico: el conminar a los funcionarios y servidores públicos a que observen el rol especial que han asumido en los negocios, contrataciones y demás operaciones en los que participan a nombre del Estado y de dicho modo aseguren los interés patrimoniales de la administración pública.

La fórmula española de fraudes en contrataciones públicas (artículo 436 del Código Penal de 1995), 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 objetiva 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.

Sobre el tipo peruano de colusión desleal o defraudatoria cabe indicar que no observa una adecuada técnica legislativa en su redacción pues contiene innecesarias repeticiones y se halla condicionado a la concertación, ofreciendo además al análisis numerosos elementos normativos (contratos, licitaciones, concursos de precios, liquidacio-

nes, etc.). En otros términos, se halla construido con una profusa, desordenada y en cierto modo, innecesaria incorporación de elementos normativos del tipo (contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas, otras operaciones, convenios ajustes, liquidaciones suministros) ⁽⁴⁷⁹⁾.

La intervención penal en esta área de conductas es de naturaleza subsidiaria y complementaria a los procesos administrativos de control respectivos que ventilan las responsabilidades de los sujetos públicos por conductas infuncionales de quebrantamiento del régimen de incompatibilidades y de instrumentalización del cargo o comisión especial para fines distintos a los oficiales.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal es múltiple en el delito de colusión defraudatoria: a) Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales (funcionarios y servidores públicos especialmente vinculados); b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; 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 especialmente consignados y; c) Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado. Deber de probidad funcional que no se afirma sólo 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.

⁽⁴⁷⁹⁾ 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.

La figura de colusión ilegal es en términos generales una modalidad de corrupción –en sentido lato– del sujeto público que nos muestra crudamente la venalidad y deslealtad, de funcionarios y servidores especialmente vinculados con el bien jurídico, incompatibles con el cargo o comisión ⁽⁴⁸⁰⁾.

IV. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO

Sólo los funcionarios y servidores públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial pueden ser sujetos activos, no el contratista o interesado. No puede ser autor por lo tanto cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; sus aportes serán en todo caso de complicidad o asumirán irrelevancia. La norma no crea un tercer sujeto en el comisionista ⁽⁴⁸¹⁾. 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 (negociaciones y operaciones contractuales) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial.

Se puede actuar como autor o en coautoría siempre que, para este segundo título de imputación, los funcionarios se hallen colocados en idéntica posición de vinculación funcional con relación a las negociaciones o contrataciones en razón al cargo o comisión especial. La pre-

⁽⁴⁸⁰⁾ 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*.

⁽⁴⁸¹⁾ Véase el texto de 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. Se discrepa de tal posición.

sencia de otros funcionarios, incluso de mayor jerarquía, que se hallen al margen de tal nexo, no legitima la coautoría.

El por lo común largo tracto de realización que implican las negociaciones estatales, con sus escalonadas fases de perfeccionamiento y la intervención de diversos agentes vinculados hace propicia la coautoría sucesiva de los funcionarios públicos, la misma que puede integrar complejos cuadros de intervención en el delito.

En este delito, como también en el de peculado, entre otros, se aprecia en toda su dimensión la exigencia de la necesaria vinculación funcional que debe poseer el sujeto activo con el objeto material del delito: en el caso del peculado, con los caudales o efectos; en el de la colusión desleal, con las operaciones o negociaciones estatales. En el caso de existir un colegiado de negociadores públicos para una operación contractual, el silencio o la omisión de denunciar que adopte uno o varios de ellos ante la conducta ilícita asumida por los demás, dada la especial posición de garante que asumen dichos funcionarios, puede configurar un estado de coautoría en el delito con base a una omisión impropia o comisión por omisión, de conformidad con lo indicado en el artículo 13 del Código Penal. Si la omisión le es imputable a cualquier otro funcionario o servidor público, esto es, no vinculado funcionalmente, será invocable el delito de omisión de denuncia ⁽⁴⁸²⁾.

El art. 386 realiza una extensión normativa de la autoría o de participación, según la naturaleza del aporte, a los peritos, árbitros y contadores particulares.

Sujeto pasivo es el Estado o, específicamente, alguna de sus entidades contratantes, incluidos los entes paraestatales.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Como resulta evidente el delito de colusión desleal tiene como base fáctica-normativa una abundante gama de relaciones contractuales en las que el Estado (en sentido amplio) es parte en las negociaciones y procedimientos técnicos de selección de los contratantes que le

⁽⁴⁸²⁾ En este último extremo, ABANTO VÁSQUEZ (*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 264) se pronuncia por la tesis de un abuso de autoridad omisivo (art. 377º del Código Penal).

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 empresarial. 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.

Los componentes materiales del tipo reúnen diversos componentes normativos de naturaleza administrativa extrapenal (operaciones o negocios diversos) en torno al comportamiento del funcionario o servidor público. Pero el núcleo rector se halla resumido en el acto de defraudar los intereses estatales y paraestatales concertándose con los interesados.

a) Núcleo rector típico

El núcleo del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.⁽⁴⁸³⁾ La conducta o comportamiento típico en relación a los momentos de ejecución-consumación está así dado por la concertación dolosa con la consiguiente defraudación patrimonial a los intereses del Estado (en sentido amplio). Querer escindir esta unión dialéctica que el tipo penal registra para enfatizar solamente la concertación dolosa (disvalor de acción) es convertir al delito en uno de peligro, cuando la redacción legislativa permite y exige una lectura distinta. En cambio, privilegiar el resultado de la lesión patrimonial con prescindencia de la concertación dolosa confundiría el delito con uno de estafa o en una lectura extrema supondría retomar conceptos de responsabilidad objetiva.

⁽⁴⁸³⁾ Por ser ilustrativos revítese las Ejecutorias supremas de 18 de abril de 1994, Exp. N° 143-93-Ica [Sumilla N° 23, p. 454] y la de 15 de abril de 1993 [Sumilla N° 25, p. 455], 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 de 9 de mayo de 1997, Sala C, Exp. N° 4159-95, Lima, en conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo).

Esta defraudación implica toda una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial confiada a los funcionarios y servidores públicos. Éstos 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 ⁽⁴⁸⁴⁾.

Los sujetos que actúan a nombre del Estado deben hacerlo en representación del mismo y ser parte para proteger o promover sus intereses y lograr los más óptimos beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros con la otra parte contractual representada por los particulares (que nuestra norma penal llama los «interesados»).

Lo que se niega o viola por parte de los sujetos activos con su comportamiento, que puede ser activo u omisivo, es la necesaria parcialidad estatal en la gestión, convirtiéndola en parcialidad personal o de los interesados, lo cual es incompatible con el cargo o comisión y que implica afectar los intereses económicos del Estado o de los organismos sostenidos por éste.

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

(484) No se trata de que los funcionarios y servidores actúen con “probidad o imparcialidad”, como equívocamente se acostumbra decir (*vid.* ÁNGELES/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.

un ingrediente (del tipo de colusión desleal o defraudatoria) inaceptable jurídicamente, que además de suponer engaño se estructura con la presencia del perjuicio ocasionado a los intereses estatales (patrimoniales, de expectativas de mejoras, de ventajas, etc.) ⁽⁴⁸⁵⁾.

El perjuicio es elemento intrínseco a la defraudación, es su componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño. Es de primera 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 ⁽⁴⁸⁶⁾. En la doctrina chilena, que trabaja con un 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 de 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 ⁽⁴⁸⁷⁾.

⁽⁴⁸⁵⁾ 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 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).

⁽⁴⁸⁶⁾ Al respecto véase la Ejecutoria Suprema del 2 de abril de 1998, Exp. 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, en base a 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 la que 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 y calidad de los alimentos, declarándose la existencia de duda, absolviéndose a los procesados. Ejecutoria Suprema del 23 de octubre de 1997, Exp. 2395-96, Huánuco.

⁽⁴⁸⁷⁾ RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS; 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 al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña 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 concertaciones para afinar y definir los términos de entendimiento contractual, conforme a las bases administrativas prefijadas en la ley y el reglamento. Lo que no es normal es que esta concertación sea practicada para engañar 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 realizada por acto propio del sujeto activo 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.

La defraudación a los intereses patrimoniales de la administración pública no requiere como elemento del tipo el provecho o beneficio personal del funcionario o servidor público, sin embargo ello no impide considerar que en un gran número de casos pueda producirse, configurando concursos con el delito de cohecho. En cambio la lesión a los intereses del Estado 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 acreditar la afectación patrimonial sufrida por el Estado (específicamente por la repartición pública perjudicada) como resultado de la conducta típica defraudatoria realizada por el sujeto público y el interesado. El Juez tiene la obligación, más allá de la defraudación material acreditada, de verificar que ésta fue producto de la concertación ilegal entre el (o los) sujeto público vinculado y el interesado y no producto de

irregularidades administrativas, inidoneidad del negociador oficial o de fuerza mayor no reconducibles a argumentos de dolo e ilicitud.

La concertación del agente público con los interesados (que la Corte Suprema denomina el acuerdo clandestino para lograr un fin ilícito) ⁽⁴⁸⁸⁾ 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 negociación con tal de que ella tenga eficacia defraudatoria, mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar precios simulados –sobrevaluados o subvaluados–, admitir calidades inferiores a las requeribles, 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 12/4/2002, Exp. N° 303-2001 Moquegua-Tacna da cuenta con base a los informes periciales efectuados por el Juzgado y ratificados en juicio oral así como en los peritajes de parte que los vehículos adquiridos fueron sobrevaluados por encima de los precios reales causándole perjuicio económico a la Municipalidad ⁽⁴⁸⁹⁾. Igualmente en la Ejecutoria Suprema del 15/1/97, 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 ⁽⁴⁹⁰⁾. La Ejecutoria Suprema de 4/6/2002 Apurímac, registra asimismo 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 ⁽⁴⁹¹⁾. Lamentablemente esta Ejecutoria que declara nula la sentencia y ordena ampliar el plazo de ins-

⁽⁴⁸⁸⁾ Véase la Ejecutoria Suprema del 14/1/2000, Exp. N° 5201-99 Loreto, Normas legales, Trujillo, Editora Normas legales, Tomo 288, Mayo 2000, p. A-74.

⁽⁴⁸⁹⁾ Véase en FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Jurisprudencia penal y constitucional*, Lima, RAO Editora, 2004, p. 52.

⁽⁴⁹⁰⁾ Véase en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 415.

⁽⁴⁹¹⁾ Véase en SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 167.

trucción 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.

El término «interesados» es una locución que engloba a todos quienes contratan (vía las diferentes negociaciones u operaciones nominadas o innominadas establecidas en el tipo) con el Estado, sean éstos contratistas *extraneus* absolutos (extraños a la administración pública) o relativos⁽⁴⁹²⁾, en este último caso cuando los contratistas son empresas estatales o mixtas. Los «interesados» pueden estar constituidos por las empresas privadas (nacionales o internacionales), también y en determinados casos de selección por sujetos particulares, que se presentan a las convocatorias públicas de licitaciones para realizar obras de interés nacional, regional, municipal; igualmente 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.); todos aquellos que participen con sus propuestas en los remates públicos de bienes, como los que acudan a los concursos públicos para brindar servicios o consultorías. Obviamente, que la noción jurídico penal de «interesados» solo podrá ser aplicada a 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; no ingresando en dicho componente del tipo de colusión defraudatoria quienes en general, pese a participar en las convocatorias o selecciones no resultan beneficiados administrativamente con los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, pues en tal supuesto no será susceptible de producirse defraudación a los intereses patrimoniales con los conciertos ilegales que hayan podido producirse, pero si 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. Es muy discutible que puedan ingresar, en términos generales, al tipo penal las contrataciones no patrimoniales (contratación de personal, por ejemplo) dado que en las mismas es difícil percibir o verificar el perjuicio defraudatorio al Estado. Asimismo se hallan fuera del tipo los concursos públicos para cubrir plazas,

(492) Véase la noción de *extraneus* impropio o relativo *supra*, p. 195 y ss.

vía nombramiento, de Magistrados, Fiscales, profesores, ejecutores coactivos, etc. Procesos técnicos, que entre otros, se reconducen vía normativa especial y propia, tal y como lo establece el artículo 2.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Toda concertación ilegal vulnera el deber de lealtad para con los intereses del Estado –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 crítico, pues al ser deber reglado del funcionario o servidor defender los intereses económicos del Estado o de la entidad pública por la cual negocie o contrate, está ya colocado en un status de parte, lo cual le impedirá actuar con imparcialidad, siendo mas coherente en esta línea de pensamiento señalar que el negociador oficial debe de actuar con objetividad y en defensa de los intereses del Estado. El concepto *Estado* está tomado en sentido amplio para abarcar también a las instituciones locales de gobierno (municipales y gobiernos regionales) y a las entidades y organismos que por ley forman parte de la administración pública.

La Corte Suprema sobre la concertación y el perjuicio defraudatorio ha precisado lo siguiente: *«Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en 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...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 4/7/2002, Exp. N° 1402-2002 Tumbes)⁽⁴⁹³⁾. *«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 contractua-*

⁽⁴⁹³⁾ Véase en SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., pp. 191 y 192.

les, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial» (Ejecutoria Suprema del 16/5/2003, Exp. N° 3611-2002 Huánuco) ⁽⁴⁹⁴⁾.

b) Ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos

La serie de elementos normativos que componen el tipo de colusión y que hallan su definición en las normas sobre contrataciones y adquisiciones, han sido objeto de regulación mediante una sucesión de decretos supremos en un afán de mejorar los acontecimientos 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 del 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 éste se encarga, por su cuenta y riesgo, y mediante una remuneración pagada por la administración, de proporcionar prestaciones mobiliarias (por ejemplo, combustibles

⁽⁴⁹⁴⁾ Véase en SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 176.

para vehículos del Estado, alimentos para un regimiento, armas, ropas, mercaderías, etc.) ⁽⁴⁹⁵⁾.

3. Licitaciones

Es un procedimiento legal y técnico de interesados contratistas que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras ⁽⁴⁹⁶⁾.

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 ⁽⁴⁹⁷⁾.

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 ⁽⁴⁹⁸⁾. 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 (art. 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) ⁽⁴⁹⁹⁾.

⁽⁴⁹⁵⁾ DROMI, *Derecho Administrativo*, cit., p. 323.

⁽⁴⁹⁶⁾ BÁEZ MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 146.

⁽⁴⁹⁷⁾ DROMI, *Derecho Administrativo*, cit., p. 227.

⁽⁴⁹⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁹⁾ 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).

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» ⁽⁵⁰⁰⁾. 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 el se alude a una modalidad 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.

⁽⁵⁰⁰⁾ 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:

“Art. 7.1.4: El concurso de precios se convocará por invitación a un mínimo de 3 contratistas”.

“Art. 7.1.5: El plazo entre la Carta Invitación y la presentación de las propuestas no podrá ser menor de 15 días”.

“Art. 7.1.6: El acto del concurso será ante Notario Público”.

“Art. 7.1.8: La comisión encargada de las 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 (...)”.

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 ⁽⁵⁰¹⁾ –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 ⁽⁵⁰²⁾, 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 pilotos, etc.) que el tipo penal quiere cubrir con la frase «cualquier otra operación semejante».

c) 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:

1. *Convenios*

Este término está tomado en sentido puntual para indicar los acuerdos específicos a los que se llegue. Un contrato puede constar de uno o de múltiples convenios. Los acuerdos son positivizados en los convenios que contiene el contrato o tratado.

⁽⁵⁰¹⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽⁵⁰²⁾ MILLÁN, “El delito de negociaciones incompatibles”, cit., p. 30.

2. Ajustes

El término tiene varios significados ⁽⁵⁰³⁾, pero en el contexto en que es usado en el tipo penal se hace referencia a las adecuaciones o reacomodos realizados a los convenios y contrataciones en general asumidos entre el Estado y los interesados. El Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, utiliza el vocablo «reajuste».

El ajuste presupone ciertos desacuerdos o desentendimientos en los contratos, suministros, etc., que son solucionados vía «ajustes». Así, se ajustan precios, plazos, remuneraciones, servicios, etc.

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 justo de una norma legal, convencional o consuetudinaria previamente establecida entre las partes. 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» ⁽⁵⁰⁴⁾.

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. La liquidación deberá ser aprobada por Resolución bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. Con ello se cierra el expediente de la contratación o adquisición.

⁽⁵⁰³⁾ 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.

⁽⁵⁰⁴⁾ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1984, T. I, p. 622.

4. *Suministros*

Cabe lo dicho anteriormente.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

Se necesita de dolo directo en el comportamiento activo, dadas las características del tipo penal. 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 si deberá de 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.

El dolo requerido en la omisión (guardar silencio, no denunciar irregularidades dolosas, hacer lo no debido, como consecuencia de la concertación ilegal, etc.) para perfeccionar el elemento subjetivo típico del delito de colusión es el dolo eventual, es decir, que el agente acepte el hecho, aunque no actúe positivamente para conseguirlo, estando en posición de garante.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito es de resultado, es decir, requiere –ya que la norma penal así lo plantea–, que se produzca defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico, lo que tendrá que establecerse técnicamente ⁽⁵⁰⁵⁾. 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 defraudatoria o ilegal es un tipo de peligro y simple actividad como lo postula ABANTO ⁽⁵⁰⁶⁾ es

⁽⁵⁰⁵⁾ No es conforme al tipo penal peruano de colusión desleal la afirmación hecha por ABANTO VÁSQUEZ, 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*, cit., 1ª ed., p. 270).

⁽⁵⁰⁶⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª ed., p. 317.

efectuar una interpretación contraria al texto literal de la norma, para adelantar las barreras punitivas conforme a orientaciones doctrinarias (española) que no resultan aplicables a los presupuestos normativos del tipo penal peruano. ABANTO indica que el delito se consuma con el acto de concertación, sin necesidad que la administración sufra perjuicio patrimonial, que el tipo penal señala que el fraude debe consistir en la concertación ilegal misma, esto es, en la concertación con posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública; para precisar luego que, para la doctrina, por lo general, es un delito de peligro.

Si se tratara de analizar el artículo 436 del Código penal español, que regula el delito de Fraude contra la administración pública, la interpretación dada por el citado autor nacional sería la adecuada, conforme lo ratifican los penalistas españoles, ⁽⁵⁰⁷⁾ ya que dicha norma legal centra el momento consumatorio cuando la autoridad o funcionario público «se concertara con los interesados o usare de cualquier artificio

⁽⁵⁰⁷⁾ 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 quieren justificar el adelanto de la protección penal); MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 13ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 974 (es un delito de mera actividad, consumándose con la puesta en práctica del concierto o artificio defraudatorio. 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 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 (S 996/94 de 14-5). 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. 190/95, de 16-2), en MOYNA MÉNQUEZ, José y otros, *Código Penal*, 5ª edición, Madrid, Editorial Colex, 2000, p. 835.

*para defraudar a cualquier ente público...». El problema sin embargo radica en que el diseño peruano de colusión desleal no está basado en la técnica de peligro ni es un tipo que hace radicar el núcleo del injusto en la concertación para defraudar (delito de finalidad) sino que vincula la defraudación a que haya existido concertación ilegal (*defrauda al Estado concertándose con los interesados*) no a la inversa que dicha concertación contenga potencialmente el perjuicio patrimonial como ha concluido ABANTO VÁSQUEZ, Argumentar en la línea que la defraudación 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 apabullante, 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 desprovista del contenido material del perjuicio.*

Las diversas formas de tentativa son perfectamente admisibles, ya que se trata de operaciones y negocios del Estado que se componen de una diversidad de actos en tiempo y espacio. La simple concertación con finalidad defraudatoria sin que se produzca la defraudación o es acto preparatorio o es tentativa inacabada dependiendo de su cercanía a la ejecución de los contratos. La frustración o postergación de la celebración de los acuerdos defraudatorios, de ser detectados, implica delito frustrado. El desistimiento voluntario es igualmente admisible. La colusión que no llega a ocasionar perjuicio al Estado, según las circunstancias, es irrelevante penalmente o es simple tentativa. Un caso de tentativa acabada evaluada a nivel judicial, se encuentra en la Ejecutoria Suprema del 24/1/2001, Exp. N° 3137-2000, Lima ⁽⁵⁰⁸⁾ La sola concertación acto regular en toda negociación que no suponga pactos ilícitos carece

⁽⁵⁰⁸⁾ «Del examen de los actuados fluyen suficientes 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 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.

de interés penal ⁽⁵⁰⁹⁾. La ausencia de concertación ilegal le quita así un componente esencial al delito, afirmando la atipicidad del hecho ⁽⁵¹⁰⁾.

VIII. PENALIDAD

Es la más alta de todos los delitos contra la administración pública: de 3 a 15 años de privación de la libertad, además de la pena de inhabilitación de uno a tres años (art. 426).

IX. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad:

Existe atipicidad:

- Si es que no existe concierto defraudatorio ⁽⁵¹¹⁾ ⁽⁵¹²⁾.
- Si el sujeto interviene en las operaciones al margen de su cargo ⁽⁵¹³⁾. Su hecho podrá revestir relevancia de otras figuras penales (estafa o defraudación) pero no de colusión legal.

⁽⁵⁰⁹⁾ Al respecto véase la Ejecutoria Suprema del 16/5/2003, Exp. N° 3611- 2002 Huánuco. SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 176 (ver sumillas jurisprudenciales).

⁽⁵¹⁰⁾ Véase Ejecutoria Suprema del 9/5/97, Exp. N° 4159-95 Lima, ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta jurídica, 1999, p. 663.

⁽⁵¹¹⁾ 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 el ex-alcalde 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 [Sumilla N° 3, p. 449]. Véase la ejecutoria en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 650.

⁽⁵¹²⁾ 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).

⁽⁵¹³⁾ Véase, al respecto, la Ejecutoria suprema de 31 de octubre de 1997, Exp. N° 3538-96, Lambayeque [Sumilla N° 9, p. 450]: Caso de Alcalde y regidores que suscriben contratos en su calidad de vecinos y no de funcionarios.

- Si el sujeto carece de facultades de decisión ⁽⁵¹⁴⁾.
- Ausencia del elemento normativo funcionario o servidor público: particular contratado para obras específicas ⁽⁵¹⁵⁾.
- Por inexistencia de prueba idónea ⁽⁵¹⁶⁾.
- Por actos cometidos sin dolo, por ligerezas, negligencias o irregularidades administrativas ⁽⁵¹⁷⁾.
- Por no existencia de perjuicio al Estado ⁽⁵¹⁸⁾.

⁽⁵¹⁴⁾ Ejecutoria Suprema de 20 de marzo de 1998, Exp. N° 1522-97, Lima [*Sumilla* N° 4, p. 450]: “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”.

⁽⁵¹⁵⁾ 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 22/8/2001, Exp. N° 753-2001 Amazonas, SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 588 (ver sumillas jurisprudenciales).

⁽⁵¹⁶⁾ En tal sentido, la Ejecutoria Suprema de 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 derivan la existencia del perjuicio al ente público [*Sumilla* N° 11, p. 451].

⁽⁵¹⁷⁾ 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 su condición de funcionarios de la entidad agraviada, se hayan coludido o concertado con éstas a efectos de defraudar al Estado, y menos que éste 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. Idem, la Ejecutoria Suprema del 31/12/97, Exp. N° 659-97 Huancavelica (Ver sumillas de jurisprudencia).

⁽⁵¹⁸⁾ Ejecutoria Suprema de 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 nin-

- Por tratarse de un simple incumplimiento contractual⁽⁵¹⁹⁾.

2. Causas de justificación

Es difícil hallar una causal justificatoria del comportamiento del agente, dado el dolo directo 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 antijurídico es en los actos de los cómplices funcionales, es decir, en el personal administrativo que bajo supuestos de obediencia contribuyen a los actos del sujeto activo.

X. PARTICIPACIÓN Y ROL DE LOS INTERESADOS ⁽⁵²⁰⁾

Cabe complicidad de otros funcionarios y servidores, incluso de particulares dada la naturaleza compleja de los actos contenidos en el tipo penal. La instigación es asimismo una posibilidad atribuible tanto a sujetos públicos no vinculados como a particulares.

Por la naturaleza misma del delito de colusión desleal el «interesado» constituye un elemento fundamental de su redacción típica, ya que con base a la técnica de construcción legislativa empleada no se entiende el delito si es que no existe concertación ilegal (acuerdos previos dolosos, confabulaciones, tratativas ilegales, acuerdos no permitidos, etc.) entre el sujeto público que contrata a nombre del interesado y el interesado o contratista. En tal perspectiva, podrá producirse quiebre funcional y defraudación a los intereses de la administración pú-

gún 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”.

⁽⁵¹⁹⁾ Ejecutoria Suprema del 28/4/89, 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.

⁽⁵²⁰⁾ 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.

blica 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 particulares o *extraneus* relativos 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 estos concurrentes necesarios para perfeccionar la conducta típica; esto es, sería impracticable el delito de colusión defraudatoria si no existen interesados o contratistas. 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 que se interactúa en el marco de procesos de selección estatal, del contenido ilegal de los acuerdos, de actuar en calidad de contraparte, de la lesión patrimonial que se ocasiona) y con la voluntad de contribuir a la realización del tipo penal ⁽⁵²¹⁾. No se trata solamente de formular una frase literal en el sentido de ser la contraparte de la concertación, para declarar impunidad ⁽⁵²²⁾. El problema es más hondo, esta contraparte es la que hace posible el delito mediante sus aportes confabulatorios. 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 extremar el análisis a fin de no confundir la regla de la máxima rentabilidad o los actos de concertación ajustados socialmente 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 com-

⁽⁵²¹⁾ 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.

⁽⁵²²⁾ Véase ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª ed., 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.

portamiento socialmente soportable (neutral 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 que éste colabore a través de los actos de ejecución del delito con el autor o autores.

Al no tener los «interesados» titularidad pública, ni deberes de lealtad en sus relaciones con el Estado, no resulta coherente imputarles responsabilidad a título de autoría.

XI. 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 la fe pública (falsificando o alterando documentos, arts. 426-427) o en estafas (art. 196). En el caso de los sujetos públicos, se pueden presentar figuras de corrupción pasiva (arts. 393-394) según reciba o solicite donativo, promesa o ventaja para hacer lo debido o indebido, o también de concusión (art. 382) de exigir el agente bienes o beneficios económicos.

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 265: *Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, 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.*

Esta disposición será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curadores, testamentarias o concursos».

Aquí, a diferencia de lo que ocurre con el tipo penal de colusión contemplado en la legislación penal peruana, la consumación del delito requiere tan sólo la presencia del interés ilícito del funcionario en el contrato u operación. Es, pues, como indica FONTÁN BALESTRA, un delito formal o más conocido modernamente como de simple actividad y de

peligro. El tipo penal argentino contiene algunas modalidades de comisión que la peruana no contempla de forma expresa: directamente, mediante persona interpuesta o por acto simulado. Asimismo, se extiende legalmente la autoría a los designados en la norma, lo que obvia las dificultades de interpretación que se presentan, por ejemplo, en el modelo peruano de ampliación de tipicidad que analizaremos más adelante.

2. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 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*».

«C.P. de España (1973), art. 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 testamentarias».

3. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 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 por tiempo de seis a diez años*».

4. Bolivia (1982)

«C.P. de Bolivia (1982), art. 150: *El funcionario público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interesare y obtuviere para sí o*

para tercero un beneficio ilícito en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene por razón de su cargo, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años y multa de 30 a 500 dólares.

Esta disposición es aplicable a los árbitros, peritos, auditores, contadores, martilleros o rematadores y demás profesionales respecto a los actos en los cuales por razón de su oficio, intervienen y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos, respecto de los bienes pertenecientes a sus pupilos, curatela, testamentarías, concursos, liquidaciones y actos análogos».

5. Chile (1873)

«C. P. De Chile (1873), art. 239: El empleado público que en las operaciones en que interviniera 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, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.

4

Patrocinio ilegal de intereses particulares

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Comportamiento típico: a) *Valerse del cargo*. b) *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 (1980)*.

Art. 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.

Las fuentes extranjeras que han servido para la redacción de la figura penal peruana son los arts. 321 del Código penal brasileño, 324 del Código penal italiano y, más lejanamente, el art. 157 del Código penal colombiano.

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 a incompatibilidades administrativas. Dicha figura es conocida también como *advocación administrativa ilícita*.

El Código Penal español de 1995, posee una figura de cierto parecido en su artículo 441^º, el mismo que no se ve librado de cuestionamientos doctrinarios que remarcan su naturaleza fundamentalmente administrativa ⁽⁵²³⁾. Los códigos penales de Brasil (artículo 321) y de Italia (artículo 324) son dos de los contados cuerpos punitivos que criminalizan similares conductas. 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.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal es el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública, tratando de que los poderes e investiduras que ésta otorga a sus agentes no sean empleados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar indebidamente. Como lo pone de manifiesto MANZINI, el fin principal de la ley es el de oponerse a la especulación en los oficios públicos ⁽⁵²⁴⁾.

IV. SUJETO 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. Por lo mismo, puede tratarse de cualquier funcionario o servidor en ejercicio (parlamentarios, jueces, ministros, alcaldes,

⁽⁵²³⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽⁵²⁴⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 316.

regidores, fiscales, subprefectos, directores de educación, empleados públicos, etc.).

El sujeto pasivo es la administración pública.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Dos elementos integran los actos materiales del delito:

a) Valerse del cargo

Lo que la norma penal criminaliza y castiga es el aprovechamiento de la calidad poseída por el funcionario o servidor público. 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. El agente, conocedor de su condición especial, utiliza tendenciosamente o abusa de sus calidades en el orden social para privilegiar a sus favorecidos, los 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, lo cual resulta criticable.

En suma, valerse del cargo es hacer prevalecer la calidad e investidura poseída (privilegios y posesionamientos, jerarquía, rango o relaciones), para presionar ante los órganos y agentes de la administración pública a favor de terceros. 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 éstos tiene para patrocinar intereses privados ⁽⁵²⁵⁾.

b) Patrocinar intereses de particulares ante la administración pública

El término «patrocinar» no está usado restrictivamente, es decir, circunscrito tan sólo al ámbito jurisdiccional, sino en sentido lato, amplio, tanto en su connotación como en su denotación. *En su connotación*, por

⁽⁵²⁵⁾ SALLES JUNIOR, Romeu, *Curso completo de direito penal*, 3ª edición, Sao Paulo, Editora Saraiva, 1993, p. 379.

cuanto significa protección, ayuda, gestión, defensa, sin que implique exclusivamente defensa en juicio jurisdiccional; por lo mismo, posee una riqueza de contenido 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 sólo a lo económico, de modo eventual o con cierta permanencia.

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 art. 385 no diferencia la licitud o ilicitud del interés patrocinado, es suficiente que el funcionario o servidor haga mal uso de su calidad para patrocinar intereses particulares, 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 que hacerlo para convalidar o proponer ante la administración pública intereses ilegales o ilegítimos.

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 ante un posible concurso con el delito de corrupción pasiva.

El contenido semántico y la relevancia de la acción de patrocinar obviamente no puede referirse al simple consejo, ilustración, parecer o asesoramiento no vinculante, sino y sobre todo al acto de defender, representar o interceder por intereses de particulares ante las instancias públicas. A nivel de derecho comparado, por ejemplo, el código colombiano utiliza los verbos *representar*, *litigar*, *gestionar* o *asesorar*.

En tal sentido, la simple entrega de tarjetas, recomendaciones, presentaciones personales, 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 ⁽⁵²⁶⁾. Indica FRAGOSO que el patro-

(526) Así, en tal sentido, la Ejecutoria Suprema de 7 de mayo de 1998, Exp. N° 6315-97 (Primera Sala Penal Transitoria), que contiene el sonado caso de la carta enviada por el

cinio puede ser *formal, explícito* (alegatos, peticiones) o *disimulado* (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 ⁽⁵²⁷⁾. La norma penal peruana, a diferencia de la española, sólo ha contemplado el patrocinio directo, no regulando el caso de valerse el funcionario de persona interpuesta ⁽⁵²⁸⁾.

No ingresa en la tipicidad del delito el caso de patrocinar, el funcionario o servidor público, causas propias, ni cuando presiona o intercede por intereses de sus empresas o colectivos económicos con los que mantenga alguna vinculación. En este último supuesto ingresará en la tipicidad del artículo 397, de ser parte a nombre del Estado en la contratación. No obstante, el tema de patrocinar o gestionar intereses propios ante la administración pública, pese a ingresar en el marco de las incompatibilidades administrativas, debe tener un tratamiento específico en el Código Penal.

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 efectúan 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 autoriza igualmente a ejercer patrocinio. 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...*».

Vice Presidente 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.

⁽⁵²⁷⁾ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito penal. Parte especial*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, T. II, pp. 430-431.

⁽⁵²⁸⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

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. Resulta suficiente el dolo eventual.

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. 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.

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 (art. 426 del Código penal).

IX. PARTICIPACIÓN

Cabe la complicidad y la instigación de otros funcionarios y servidores públicos, así como de particulares.

X. CONCURSO DE DELITOS

Puede existir actividad ilícita concursal con el ejercicio ilegal de profesión (art. 363) y con el delito de tráfico de influencias (art. 400).

XI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Brasil (1940)

«C.P. de Brasil (1940), art. 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)

«C.P. de Italia (1930), art. 324 [derogado por Ley 86 de 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».

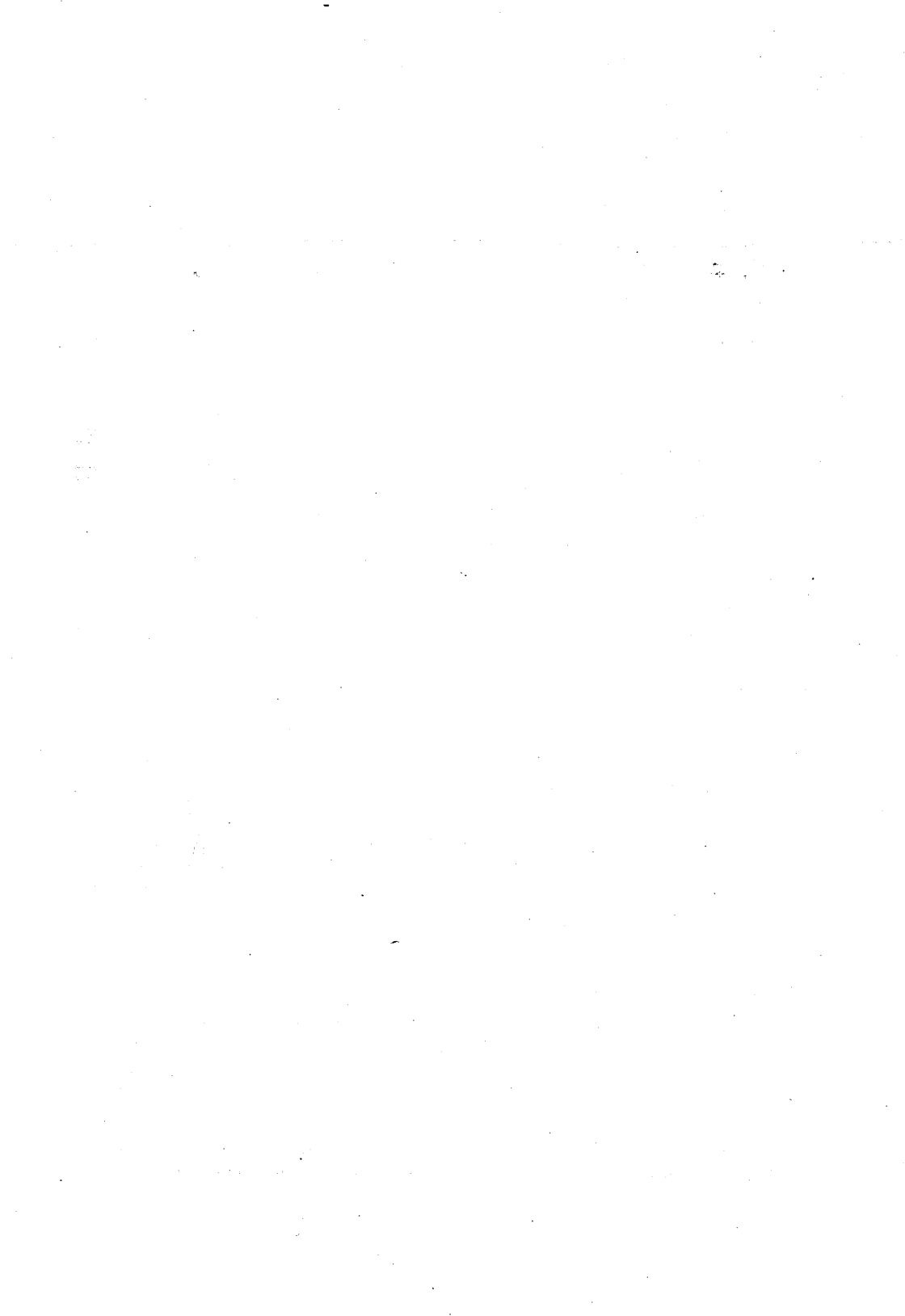
3. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 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 1 a 3 años».

4. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 157: El servidor público que ilegalmente represente, litige, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años.

Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad si el responsable fuere funcionario o empleado de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público».



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.

Art. 386: «Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los Peritos, Árbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley N° 26643 de 26 de junio de 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» ⁽⁵²⁹⁾.

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 generis* técnica legislativa empleada por el legislador peruano de 1991 de hacer aplicable dos figuras penales distintas a un tipo complementario estrictamente de autoría? Sigamos con el rastreo histórico. El problema nace con el texto original del Código vigente ⁽⁵³⁰⁾, 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 una reforma y respectivo agregado del componente omitido. 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 ⁽⁵³¹⁾, la equiparación ha sido hecha tan sólo en función de una única figura penal. 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. El Código penal argentino en su artículo 265 (segundo párrafo) igualmente extiende el tipo penal de interés ilícito

⁽⁵²⁹⁾ Obsérvese que el término “partición” será reproducido equivocadamente como “participación” en el Código de 1924.

⁽⁵³⁰⁾ C.P. de 1991, art. 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 partición intervinieren, 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.

⁽⁵³¹⁾ Véase *supra*, pp. 429 y 430.

del funcionario en negocios u operaciones en que deba intervenir en razón de su cargo. Como se observa, la extensión del tipo penal básico ha sido realizada de forma adecuada en el contexto del mismo artículo y no en un tipo penal separado, y mucho menos creando una figura que deba informar de los componentes de dos diferentes tipos penales, con los consiguientes problemas de interpretación que esta última orientación trae consigo.

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

El artículo 386 se estructura así con dos tipos básicos de concusión (colusión defraudatoria 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 art. 386 considerada en sí misma tiene una vieja prosapia española que se remonta al Código penal de 1850. 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 las dificultades exegéticas que presenta.

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.

III. LOS SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO

Exclusivamente los particulares que a continuación se describen:

- **Peritos:** Perito es la persona que siendo competente en determinada materia de conocimiento (por su profesión, especialización,

técnica, arte u oficio) es convocada para emitir dictamen acerca de algún tema o punto necesitado de esclarecimiento o dilucidación en auxilio de la administración pública. Puede ser designado por las partes o por la autoridad competente. Es muy vasto el espectro de materias sobre las que pueden pronunciarse los peritos, debiéndose desempeñar con diligencia, objetividad, probidad y conocimiento.

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

El arbitraje es en suma un valioso mecanismo alternativo de justicia, desburocratizado, inmediato, directo, ágil. La ley de arbitraje fija pautas y restricciones al respecto.

- **Contadores:** Son éstos los profesionales técnicos que tienen a su cargo los registros de contabilidad de las empresas públicas o privadas, y con menores formalismos de las personas naturales que tienen negocios.
- **Tutores:** Personas que ejercen tutela ⁽⁵³²⁾, 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

(532) Código Civil peruano vigente (1984), artículos 502 al 563.

por más de tres años los bienes del menor. Existe el deber de que el tutor se comporte con diligencia y cautelando los intereses del cautelado.

- **Curadores:** Son aquellos encargados de cuidar y proteger al adulto incapaz, previamente interdictado, en su persona bienes y negocios⁽⁵³³⁾. La ley civil peruana contempla tres clases de curatela: a) de incapaces; b) de administración de bienes; y c) para asuntos determinados. Los curadores tienen asignadas específicas funciones cuya trasgresión importa deslealtad para con los intereses del «curado».

En lo que interesa al tipo penal, la curatela de los bienes del incapaz supone que la administración de los mismos, su custodia o su conservación y los actos para el cobro de créditos o pago de deudas, no deben rebasar los límites de las atribuciones establecidas legítimamente (por los familiares o judicialmente).

- **Albaceas:** Llamados también testamentarios o ejecutores. Son las personas encargadas de hacer cumplir o ejecutar la voluntad del testador. Las obligaciones del albacea se hallan igualmente contempladas en el Código Civil⁽⁵³⁴⁾.

Como es fácil colegir, estos sujetos particulares han sido equiparados a la condición de sujetos públicos a efectos de imputarles y aplicarles sanción penal.

(533) Artículo 564 del Código Civil, concordado con los artículos 43 (incisos 2 y 3) y 44 (incisos 2 al 8). Se considera sujeto mayor de edad incapaz a los privados de discernimiento, los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de modo indubitable, los retardados y deteriorados mentales, los pródigos, los ebrios habituales, los toxicómanos, los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

(534) 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 (...).”

IV. EL OBJETO DEL DELITO

Se trata aquí de operaciones o actividades en las que deben intervenir, mediante actos de relevancia penal, los sujetos activos del delito para que sus actos requieran tipicidad.

Tasaciones de bienes: Intervienen aquí los peritos, faltando a la verdad, alterando justiprecios o dando estimaciones patrimoniales incorrectas.

Adjudicaciones de bienes: Intervienen deslealmente en este ámbito los árbitros, de presentarse situaciones de disputa o alegación de igualdad de derechos ganados.

Bienes pertenecientes a incapaces: Intervienen los tutores y curadores en una variada gama de comportamientos que infringen las obligaciones asumidas de una correcta administración de los bienes (disposición o enajenación de bienes, utilización indebida, remates, etc.).

Bienes pertenecientes a testamentarias: La norma penal reproduce aquí un término penal castizo que se remonta al Código penal español de 1850 y que define, según ESCRICHE ⁽⁵³⁵⁾, 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 «testamentarias».

Testamentarias hace alusión a la situación legal en la que los bienes de la masa hereditaria se hallan en un estado de latencia temporal en poder de los albaceas, quienes tendrán que actuar diligencias para ejecutar la voluntad del testador. Bajo tal contexto los albaceas para ser imputados penalmente deben desarrollar actos ilícitos de trascendencia penal vinculados a los artículos 384 y 385 del Código y que se manifiestan en la administración o disposiciones arbitrarias de los bienes en vinculación con los actos de colusión y patrocinio ilegal de los funcionarios o servidores públicos.

⁽⁵³⁵⁾ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Bogotá, Temis, 1977, T. IV, p. 591.

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 (art. 384) y patrocinio ilegal (art. 305), no adquieren la relevancia penal exigible para ser subsumibles en las previsiones del artículo 386. La razón es evidente: tales actos podrán constituir estafas, defraudaciones o apropiaciones ilícitas u otro delito común, pero no delito contra la administración pública. Este bien jurídico en nada resulta afectado, jurídico-penalmente hablando, si un tutor enajena los bienes del menor incapaz y jamás da cuenta de ello o si el perito o contador se equivocan dolosamente al hacer las tasaciones e inventarios de bienes de la masa hereditaria. Tales actos en el contexto de las relaciones privadas, en el estricto ámbito de las competencias personales, son irrelevantes en materia de delitos cometidos por funcionarios públicos o equiparables. El tipo del art. 386 es una figura dependiente, complementaria, careciendo de autonomía en cuanto a comportamientos de interés personal o entre particulares.

Dilucidada esta primera cuestión, ahora se tiene que responder a la siguiente interrogante: ¿qué es lo que realmente resulta aplicable de los artículos 384 y 385 a los sujetos equiparados del art. 386?

Queda fuera de duda que la extensión normativa contenida en el art. 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 cuanto coordinación y unidad jurídica de comportamientos ilícitos. No es suficiente un informe falso, una cuenta errada, es necesario e imprescindible que exista conexión dolosa con el concierto defraudatorio (es decir, con el acto lesivo de deslealtad para con los intereses del Estado) y obviamente provecho económico para tales particulares.

Lo que sí evidencia un grado apreciable de dificultad es saber qué componentes típicos del art. 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 art. 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 de 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 defraudatoria un delito de resultado la equiparación hecha mediante el art. 386 supone que el delito imputado a los autores equiparados dependerá de que se produzca el perjuicio al Estado. Las formas de tentativa son perfectamente admisibles.

En el caso de la equiparación hecha en función al delito de patrocinio ilegal, la consumación exige tan sólo 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 arts. 384 y 385 según sea la naturaleza de los actos. Es decir, de 3 a 15 años (art. 384); o de 2 días a 2 años o prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas (art. 385). La pena es obviamente desproporcionada en lo que corresponde al delito de colusión defraudatoria extensiva. Corresponde al juez aplicar las penalidades efectuando la debida dosimetría.

DELITOS DE CONCUSIÓN SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

- 1. 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 de 1 de julio de 1998, Exp. N° 742-97, Huánuco).

2. 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 de 1 de julio de 1998, Exp. N° 742-97, Huánuco).

3. 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 de 14 de mayo de 1998, Exp. N° 4174-97, Lima).

4. 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 de 20 de marzo de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 3164, Exp. N° 1522-97, Lima).

5. 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 sólo 12 soles, no importando la afirmación que la diferencia cobrada en exceso no fue apropiada por el acusado» (Ejecutoria suprema de 28 de enero de 1998 en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 4389-97, Exp. N° 4722-97, Amazonas).

6. 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 de 8 de enero de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 3191-97, Exp. N° 1644-97, Amazonas).

7. 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 de 31 de diciembre de 1997 en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 3881-97, Exp. N° 659-97, Huancavelica).

**8. 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 incurrir en responsabilidad penal, lo que sí establece el artículo 425 del Código penal» (Ejecutoria suprema de 27 de noviembre de 1997, Exp. N° 4874-96 [Sala C], Lima).

**9. 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 de 31 de octubre de 1997, Exp. N° 3538-96, Lambayeque).

**10. 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 de 24 de octubre de 1997, Exp. N° 3963-96, Ancash).

11. 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 de 23 de octubre de 1997, Exp. N° 2395-96, Huánuco).

**12. 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 finan-

ciero, 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 requirieren que el sujeto activo sea funcionario o servidor público; por estas consideraciones resulta procedente amparar la excepción de naturaleza de acción deducida» (Ejecutoria suprema de 10 de setiembre de 1997, Exp. N° 5823-96, Lima).

13. 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 arts. 382 y 383 del Código penal vigente» (Ejecutoria suprema de 23 de diciembre de 1996, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 097-96, Exp. N° 2343-95, Lima).

14. 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 de 6 de noviembre de 1996, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema Penal N° 280-95, Exp. N° 1773-95-B, Apurímac).

15. 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 sólo limitado a declarar sin objeto pronunciarse en cuanto a los mismos, es del caso integrar la recurrida» (Ejecutoria Suprema de 24 de octubre de 1996, Exp. N° 2296-95-B, Huancavelica).

16. CONCUSIÓN-PECULADO-MALVERSACIÓN: REVOCATORIA DEL MANDATO DE DETENCIÓN

«Conforme lo establece el art. 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 de 24 de setiembre de 1996, Exp. N° 3547-96, Huancavelica).

17. 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 disciplinaria de apercibimiento a que se refiere el artículo 208 de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (Ejecutoria Suprema de 12 de setiembre de 1996, Exp. N° 811-94-B, Amazonas).

18. 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 de 10 de julio de 1996, Exp. N° 5403-95, Piura).

19. 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 de 12 de mayo de 1995 [ROJAS PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Lima, Legrima, 1997, p. 237]).

20. 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 de 12 de agosto de 1994).

21. CONCUSIÓN: PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA *IN MALEM PARTEM*:

FUNDADA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

«Que no siendo ya el procesado funcionario público por disposición expresa del art. 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).

22. 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 de 18 de abril de 1994 [Normas Legales, noviembre, 1995, p. J-45]).

23. 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 lici-

tación 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 de 18 de abril de 1994, Exp. N° 143-93, Ica).

24. 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 de 15 de marzo de 1994 [*Normas Legales*, setiembre, 1996, p. J-16]).

25. 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 de 15 de abril de 1993 [*Normas Legales*, noviembre, 1995, p. J-45]).

26. 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 de 30 de diciembre de 1991, Exp. N° 1332-91 [*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, p. 367]).

27. 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 éstas su derecho» (Ejecutoria Suprema de 21 de mayo de 1990 [*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 160]).

28. COLUSIÓN: ATIPICIDAD

«Los hechos materia del procedimiento penal, derivados de la adjudicación del lote de terreno en una urbanización de interés social de propiedad muni-

cial, no constituye delito» (Ejecutoria Suprema de 30 de octubre de 1989 [Anales Judiciales, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 202]).

29. CONCUSIÓN CUESTIÓN PRE-JUDICIAL EXTENSIVA

«Las cuestiones pre-judiciales proceden cuando existe un proceso civil o administrativo. Si es invocada a favor de uno de los procesados beneficia a los demás, siempre que estén en igual situación jurídica» (Ejecutoria Suprema de 20 de enero de 1986 [Jurisprudencia Penal, Editora Normas Legales, Trujillo, 1987, p. 169]).

30. 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 arts. 166 y 179 de la Constitución [de 1933] (Ejecutoria Suprema de 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]).

31. EXACCIÓN ILEGAL: ATIPICIDAD ⁽⁵³⁶⁾

«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 de 22 de marzo de 1960 [Revista de Jurisprudencia Peruana, 1960, Lima, p. 938; ESPINO PÉREZ, Julio, Código Penal, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 408]).

32. 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

⁽⁵³⁶⁾ 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.

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 caso 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 de 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.])

33. EXACCIÓN ILEGAL: ACTOS TÍPICOS

«El delito de concusión imputado al procesado, se encuentra acreditado, por cuanto resulta de todo lo actuado, que el referido inculcado 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 de 05 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.]

34. EXACCIÓN ILEGAL: COBRO ILEGAL DE DIETAS

«De lo actuado se ha acreditándola 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 de 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.]

35. EXACCIÓN ILEGAL, COBRO INDEBIDO POR CONCEPTO DE RACIONAMIENTO

«Constituye delito de concusión, la conducta de los inculcados que abusan 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]).

36. 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]).

36. 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 el 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]).

37. 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, p. 124 y 126.]).

38. 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]).

39. COLUSIÓN DESLEAL

«Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto con el artículo 384º 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 04 de julio de 2002, Exp. N° 1402-2002 Tumbes. Salazar Sánchez, Nelson [*Delitos contra la Administración Pública Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 191-192]).

40. 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]).

41. 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]).

42. COLUSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA

«Del examen de los actuados fluyen elementos probatorios de cargo que demuestran de manera fehacientemente la responsabilidad de los acusados, lo cual demuestra de manera meridiana la concertación entre los acusados para perpetrar el evento delictivo instruido; asimismo, los acusados aprovechando su condición de funcionarios públicos pretendieron pagarle a la referida empresa la contraprestación derivada del aludido contrato sin que haya ejecutado el trabajo alguno; si bien no logro defraudarse al Estado por cuanto al 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]).

43. 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]).

44. 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 presupuesto del delito de Concusión» (Ejecutoria Suprema del 12 de mayo de 1995, Exp. N° 2744-93-B Lima. Rojasi Pella, Carmen [*Ejecutorias Supremas Penales* 1993-1996, Lima, Legrima, 1997, p. 237]).

45. 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]).

46. 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 04 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]).

47. COLUSIÓN: ATIPICIDAD

«El colegiado ha incurrido en un error al considerar a los inculpadados como si fueran funcionarios o servidores público cuando sólo 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]).

48. 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]).

49. 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]).

50. COLUSIÓN: ATIPICIDAD PRESENCIA DE 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 éstas a efectos de defraudar al Estado, y menos que éste 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 08 de mayo de 2000, Exp. N° 412-99, p. 742)).

52. 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 endeble, más aún si se tiene en cuenta el grado de enemistad que guarda éste 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 Ancash. GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo [*Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*, Tomo II, Lima, Idemsa, 1996, p. 332]).

TÍTULO TERCERO

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

Del latín *pecus* (ganado) y *latus* (hurto). Etimológicamente significa *hurto de ganado*. En Roma, cuando el ganado era el bien más preciado junto a la tierra, servía de medio de cambio comercial y definía el status socio-económico. El término fue juridizándose en la época de 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.

Tanto la legislación ateniense como la romana castigaron con severísimas penas, que llegaban hasta la muerte, el hurto de los dineros del Estado. La *Lex Julia* reguló el tratamiento penal a los peculadores, creándose un tribunal especial para sustanciar los numerosos casos (la *quaestio perpetua*). 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» ⁽⁵³⁷⁾. El *Código* 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 ⁽⁵³⁸⁾.

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 1810, 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

CARRARA ⁽⁵³⁹⁾ habló de dos grandes grupos o tipologías:

- a) *El peculado propio*. Cometido por los funcionarios o empleados (servidores) públicos que en el contexto de una vinculación funcional con el caudal o efecto se hallen en posesión material o jurídica del bien, apropiándose los usando o sustrayéndolos 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 (artículo 392 del Código Penal peruano). La impropiedad del peculado está referida estrictamente a la ca-

⁽⁵³⁷⁾ *Digesto*, Libro XLVIII, Título XIII, 4: MARCIANUS, Libro XIV: "Institutionum—Lege Iulia peculatus tenetur qui pecuniam sacram, religiosam (publicam) obstulerit, interceperit".

⁽⁵³⁸⁾ *Código*, 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".

⁽⁵³⁹⁾ 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.

lidad del sujeto activo, que para efectos de una mayor tutela del bien jurídico es objeto de imputación por el delito en referencia

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 bienes públicos son del Estado o de particulares en disposición jurídica estatal y se hallan confiados a los sujetos públicos para los usos y fines de ley. Algunas legislaciones penales configuran el peculado con base al verbo rector «sustracción», lo que posibilita flexibilizar la vinculación funcional a hipótesis mas 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 sustrajera 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 señalados previamente ⁽⁵⁴⁰⁾.

(540) Véase en la Ejecutoria Suprema del 13 de julio de 1999 (Primera Sala Transitoria), Exp. 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

- 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 contempla esta hipótesis como variedad de peculado.
- g) *Peculado por aprovechamiento o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado.* Es el caso de funcionarios o servidores que utilizan la mano de obra o los servicios oficiales para usos personales o de terceros. No contemplada expresamente por el Código penal peruano.
- 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

Es motivo aún de debate doctrinario si los delitos de peculado poseen fundamentalmente naturaleza patrimonial o son en cambio manifestaciones de deslealtad del funcionario para con la gestión de los recursos públicos ⁽⁵⁴¹⁾, o si se trata de un delito pluriofensivo –como sostiene la mayoría de la doctrina italiana ⁽⁵⁴²⁾– lesionando por igual el patrimonio público y el regular ejercicio de las funciones públicas.

A nivel normativo se positivizan tales orientaciones a través de los vigentes códigos penales de Alemania (1871, reformado), Francia (1993) e Italia (1930), respectivamente.

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”.

⁽⁵⁴¹⁾ Véase DE LA MATA, Norberto y ETXEBARRIA, Xavier, *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995, p. 41 y ss.

⁽⁵⁴²⁾ 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.

La posición que otorga primacía patrimonial al bien jurídico protegido, representada por el Código Penal alemán ⁽⁵⁴³⁾, en un ejemplo de coherencia con la sistemática normativa de este cuerpo legal, ha reubicado el bien jurídico, desvinculándolo de la cerrada esfera de los delitos contra la administración pública, para asimilarlo a los delitos patrimoniales comunes. Concuerta 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 del sujeto activo. Más recientemente, CUAREZMA TERÁN y DE LA MATA-ETXEBARRIA, desde una perspectiva funcional, llegan a priorizar el patrimonio público como objeto de interés de la norma penal, en tanto se protege los caudales o efectos públicos como presupuestos del ideal cumplimiento de la función patrimonial del Estado; dicho de otra forma, se protege desde dicha perspectiva funcional un patrimonio público sometido normativamente a determinadas previsiones presupuestarias vinculadas a la consecución de unas finalidades objetivadas jurídicamente ⁽⁵⁴⁴⁾.

El Código penal francés –en parte también el italiano– es el que en los delitos de peculado mantiene invariable la posición de deslealtad quebrantadora de deberes de función, los mismos que se hallan agrupados junto a las variedades de concusión y cohecho bajo el *nomen iuris* de «delitos contra el deber de probidad».

La posición que sostiene la teoría de la pluriofensividad del peculado –tales son los casos de España y Perú– parte de considerar

⁽⁵⁴³⁾ El caso de Alemania es singular. Las reformas producidas en 1974 al *Strafgesetzbuch* (Código penal) han derogado los arts. 350 y 351 referentes a los delitos de peculado, calificando y sustanciándose tales hipótesis a partir de entonces como delitos comunes de apropiación indebida (art. 246) y a través de la figura de gestión desleal de negocios ajenos (art. 266). Mayores referencias véase DE LA MATA / ETXEBARRIA: *Malversación y lesión del patrimonio público*, cit., p. 52.

⁽⁵⁴⁴⁾ Véase DE LA MATA/ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, cit., p. 82.

que el objeto de tutela penal está constituido por específicos y valiosos intereses reunidos o agrupados en el macro bien jurídico *administración pública* (deber de lealtad o de función nacidos del cargo, deber de fidelidad del funcionario público concordantes con la confianza depositada por la ciudadanía y protección de los intereses patrimoniales de la administración pública) En la doctrina española ésta ha sido –en cierto modo lo sigue siendo aún– la corriente mayoritaria (SUÁREZ MONTEZ, RODRÍGUEZ DEVESA, FERRER SAMA, ORTOS BERENGUER, MUÑOZ CONDE, BARJA DE QUIROGA, etc.). Es una posición que, como se aprecia, no cae en planteamientos reduccionistas, pues destaca también los intereses patrimoniales del Estado o de las administraciones públicas como objeto de tutela penal, un juego dialéctico de intereses de carácter penal que serán enfatizados en la práctica jurisprudencial, dando mayor realce a uno u otro según el despliegue de circunstancias ⁽⁵⁴⁵⁾.

No obstante, se observa actualmente una acusada tendencia con dos direcciones en el contexto doctrinario español 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 ⁽⁵⁴⁶⁾; b) en segundo lugar, en el interés por superar concepciones reputadas de tradicionales en tanto referencia al deber de fi-

⁽⁵⁴⁵⁾ 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*, cit., 1ª ed., 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 al 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.

⁽⁵⁴⁶⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

delidad o lealtad, postulando, en cambios, una acentuación de los criterios de corrección en el funcionamiento de la administración pública.

Norberto DE LA MATA y Xavier ETXEBARRIA argumentan del siguiente modo: «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, inadmisibles en un estado social y democrático de derecho, obliga a su reformulación. La mera infracción 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» ⁽⁵⁴⁷⁾.

En el marco de la segunda dirección, un sector doctrinario y jurisprudencial español (DE LA MATA y ETXEBARRIA, MUÑOZ CONDE, Carlos MIR PUIG, entre otros) es del parecer 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 ⁽⁵⁴⁸⁾ 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».

IV. LOS MODELOS DE DERECHO COMPARADO EUROPEO Y LATINOAMERICANO ⁽⁵⁴⁹⁾

El *Código penal español* de 1973 y el vigente de 1995 emplean el *nomen iuris* «malversación de caudales públicos» 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 (propia-mente malversación de fondos); y c) conductas de retención, en sus dos modalidades: por no hacer un pago (delito de omisión propia) y

⁽⁵⁴⁷⁾ Véase DE LA MATA/ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, cit., p. 113.

⁽⁵⁴⁸⁾ MIR PUIG, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 288.

⁽⁵⁴⁹⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

por no hacer entrega de una cosa puesto bajo custodia o administración del funcionario. El Código Penal español vigente ha efectuado algunas reformulaciones con relación al derogado de 1973. Así, se ha eliminado el delito culposo de malversación, se ha suprimido 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 han eliminado las modalidades de retención indebida de fondos y la denegación de pagos, pero se ha mantenido la fórmula de peculado de uso, aunque restringiéndola, o mejor aún reformulándola más técnicamente, en función a la utilización de los caudales o efectos en fines ajenos a la función pública; asimismo, como 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).

El *Código penal italiano* de 1930 vigente y reformado en 1990, bajo el *nomen iuris* «*peculato*» contempla: a) el peculado por apropiación; b) peculado por uso momentáneo y restitución inmediata; c) peculado mediante aprovechamiento del error de otro; y d) la malversación con daño al Estado. 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; b) sustracción de caudales o efectos; c) empleo en provecho propio o de tercero de trabajos o servicios pagados por la administración pública; d) sustracción culposa de bienes por un tercero; e) demorar injustificadamente pagos ordinarios; y f) rehusarse a entregar bienes o efectos depositados o dados en custodia o administración.

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 ámbi-

to del derecho civil ⁽⁵⁵⁰⁾. En efecto, la noción de patrimonio público ha evolucionado desde un criterio estricto y ortodoxo que ve su objeto 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, empresas públicas, organismos autónomos, organismos descentralizados, gobiernos locales y regionales e incluso, extensivamente, los procedentes de organismos internacionales, si es que van a ser aplicados a fines de servicio público o asistencia social) ⁽⁵⁵¹⁾, –no así los que sirven para dar cuenta de la organización y funcionalidad interna de los organismos representativos en el país– hasta llegar a la moderna conceptualización que engloba tanto bienes de propiedad pública como de propiedad privada, siempre y cuando estos últimos hayan ingresado, reingresado, circulen o se hallen temporalmente bajo poder de la administración pública en condición de disponibilidad jurídica. Disponibilidad jurídica que, en un sentido amplio significa tanto posibilidad real de asignación de los caudales o efectos a los fines institucionales o de servicio, o bien tan sólo deberes de custodia y vigilancia; no es entonces el criterio material de disposición el que llena de contenido significativo de dicha frase ⁽⁵⁵²⁾. Domina así en la actualidad, en la doctrina y jurisprudencia italiana, francesa, española y latinoamericana, una concepción amplia y funcional de lo que debe entenderse por patrimonio público. Esta concepción funcional supera el significado estrictamente económico para englobar genéricamente también a los documentos, distintivos y símbolos estatales o privados bajo disponibilidad jurídica 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, sino por

⁽⁵⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵⁵¹⁾ Ver en este punto, la opinión distinta de ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 300.

⁽⁵⁵²⁾ 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. 5295-98 Ancash, donde se asume el concepto enunciado de “patrimonio público” [*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, Nº 3, Trujillo, 2000, p. 436]).

su subordinación a determinados fines de carácter económico social que vienen impuestos jurídicamente» ⁽⁵⁵³⁾ y que constituyen cometidos del Estado y en general de las administraciones públicas.

Obviamente, y partiendo del carácter fraccionario 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.

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 arts. 387 y 389.
2. Son delitos de simple actividad: el tipo del art. 388.
3. Poseen naturaleza comisiva: las figuras de los arts. 387 y 389.
4. Poseen naturaleza omisiva (omisión propia por desobediencia): las figuras de los arts. 390 y 391.
5. Poseen naturaleza doble (activa y omisiva): la figura del art. 388.
6. Son delitos de consumación instantánea los tipos de los arts. 387, 388, 389 y 391.
7. Son delitos que adquieren permanencia: los tipos del art. 388 (modalidad de uso) y del art. 390.
8. Contienen modalidades agravadas de peculado por destino asistencial o de apoyo social: los tipos de los arts. 387 y 389.
9. Todos los delitos de peculado son dolosos con excepción de la figura de peculado contenida en el párrafo tercero del art. 387, que admite incluso forma agravada (párrafo tercero del art. 387).
10. Los verbos rectores usados para la redacción de los tipos penales son:

⁽⁵⁵³⁾ DE LA MATA / ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, cit., p. 98.

Art. 387: apropia o utiliza, da ocasión.

Art. 388: usa o permite.

Art. 389: dar aplicación diferente.

Art. 390: demora.

Art. 391: rehúsa entregar.

11. El art. 388 (segundo párrafo) y el art. 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.

Peculado doloso

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo: Autoría. V. Sujeto pasivo. VI. Comportamientos típicos: a) *La relación funcional: «por razón de su cargo».* b) *La «percepción, administración o custodia».* c) *Modalidades delictivas: «apropia o utiliza».* d) *El destinatario: «para sí o para otro».* e) *El objeto material del delito: los «caudales o efectos».* VII. Elemento subjetivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Penalidad. X. Aspectos puntuales de análisis: a) *La amplitud del concepto «caudal»: inclusión de los bienes inmuebles.* b) *El valor o cuantía de lo apropiado.* c) *Pertenencia o propiedad de los caudales y efectos.* d) *La importancia de la pericia técnica de valoración.* XI. Autoría y Participación. XII. Concurso de delitos. XIII. Agravante. XIV. Fases o aspectos negativos del delito: 1. *Atipicidad.* 2. *Causas de justificación.* XV. Planteo de interrogantes (problemática). XVI. Legislación extranjera: 1. *Argentina (1922).* 2. *España (1973).* 3. *España (1995).* 4. *Uruguay (1933).* 5. *Francia (1810).* 6. *Italia (1889).* 7. *Colombia (1980).* 8. *Italia (1930).* 9. *Bolivia (1972).* 10. *Portugal (1982).* 11. *Brasil (1940).*

Art. 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 la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

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 cauda-

les o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley N° 26198 de 13 de junio de 1993].»

I. ANTECEDENTES LEGALES

El art. 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 ⁽⁵⁵⁴⁾.

Las fuentes extranjeras que influyeron para la redacción de esta figura son diversas: el Código penal argentino de 1922, el uruguayo de 1889, los italianos de 1889 y 1930, y también en parte los españoles de 1870, 1928 y 1973 ⁽⁵⁵⁵⁾.

II. LA FIGURA PENAL

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

⁽⁵⁵⁴⁾ El Código de 1924 hacía extensible en su art. 347 la imputación de 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 (art. 194), peculado de uso (art. 195) y peculado por sustracción (art. 196). El art. 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*”.

⁽⁵⁵⁵⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

emplean el verbo «*sustraer*» ⁽⁵⁵⁶⁾, 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 argentinos 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 si acontece con el peculado frente al genero de la malversación en los citados esquemas de derecho comparado.

Si bien la figura básica de peculado del art. 387 contempla la modalidad dolosa y culposa de la misma y del peculado de uso en el art. 388, se observa en cambio sensibles omisiones al momento de normativizar los comportamientos relevantes de los sujetos públicos vinculados al patrimonio público. Así, no tiene nuestra legislación penal las figuras de peculado para uso momentáneo, ni el de peculado de aprovechamiento por error de otro, asimismo, no hace referencia al valor de lo apropiado para atenuar o agravar la sanción, como sí lo hacen otras legislaciones penales ⁽⁵⁵⁷⁾. Sensible ausencia de regulación normativa que de superarse podría ayudar en gran manera a graduar el injusto objetivo y a dotar de proporcionalidad y racionalidad a la determinación judicial de pena.

Cabe advertir que nuestro modelo de peculado carece de circunstancias agravantes y atenuantes en razón de la cuantía del objeto material de delito (que sí lo tienen por ejemplo los Códigos colombiano y en cierto modo también el español), esto es de los caudales y efectos. Carencia que debe de corregirse legislativamente. Tampoco posee un marco de atenuaciones que posibiliten taxativamente que el Juez reduzca significativamente pena de producirse devoluciones y reintegros antes del proceso o de la sentencia e incluso antes de la decisión

⁽⁵⁵⁶⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

⁽⁵⁵⁷⁾ Así, los códigos penales italiano (1930, arts. 314-316), portugués (1982, art. 426) y español (1995, art. 432), respectivamente.

final. Asunto que en nuestro esquema pertenece al no siempre claro y bien entendido ámbito de la individualización judicial de pena establecido en el artículo 46 del Código Penal.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

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 desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: (a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, 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 ⁽⁵⁵⁸⁾, garantizando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos a que están obligados los funcionarios y servidores.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Tanto en el delito doloso como culposo de peculado sólo 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 tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro ⁽⁵⁵⁹⁾. El particular que entra en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no

⁽⁵⁵⁸⁾ Al respecto, *vid.* PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 32.

⁽⁵⁵⁹⁾ 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 de 4 de octubre de 1996, Exp. N° 3299-94-B, Ica [Sumilla N° 24, p. 425]); 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 de 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 de 11 de marzo de 1998, de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo, Exp. N° 778-97).

comete delito de peculado, tampoco el usurpador del cargo, razón por la cual carecen de la calidad de autores de dicho delito. El funcionario o servidor público que sustrae, se apropia o usa de los bienes, sin poseer el citado vínculo funcional con la cosa, no podrá ser igualmente autor de peculado. Tampoco puede ser autor de peculado el detentor de hecho de caudales o efectos, así tenga el control de facto o el dominio funcional no legitimado de algún sector público o de toda la administración pública ⁽⁵⁶⁰⁾. 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 la posición asumida en recientes sentencias de salas penales superiores de Lima, convalidadas por votos mayoritarios de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, de ver en el administrador de facto un funcionario de hecho susceptible de ser informado por los alcances de tipicidad normativa recogida en el tipo penal de peculado ⁽⁵⁶¹⁾. No es esa la forma de respetar el principio de legalidad y de construir un derecho penal coherente y racionalizador. 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 vincula inexorablemente la tipicidad del delito. 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, salvo que se varíe sustancialmente el tipo de peculado.

Distintas perspectivas de análisis sobre autoría se pueden derivar de las regulaciones establecidas en otras legislaciones penales, como por ejemplo la española, la que luego de regular varias hipótesis de malversación apertura el tipo mediante el artículo 435 para señalar que «Las disposiciones de este capítulo (Capítulo VII de la Malversación) son extensivas: 1. A los que se hallen encargados por

⁽⁵⁶⁰⁾ Véase sobre este punto con mayor detalle *supra*, p. 154 y ss. ("Funcionario de hecho").

⁽⁵⁶¹⁾ Véase *supra*, p. 157 y ss. un mayor desarrollo de esta temática.

cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas» ⁽⁵⁶²⁾, 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.

Como atinadamente indica ABANTO ⁽⁵⁶³⁾, 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» a la referenciada del cargo. La restricción acentuada de la tipicidad por autoría que se colige de la lectura del tipo penal imposibilitan argumentar por una lectura 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*.

La calidad de sujeto activo no se pierde por el hecho que la organización empresarial asuma características o formalidades propias del sector privado, en la medida que el patrimonio siga siendo público, esto es, del Estado o de las administraciones locales; esto 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. Claro que en este punto queda latente el tema de si éstos son funcionarios públicos desde una lectura administrativa, lo cual sin embargo no resulta relevante para negar o discutir su interés para el derecho penal ⁽⁵⁶⁴⁾. El tema sin embargo está lejos de haber concluido, pues presenta al análisis mati-

⁽⁵⁶²⁾ Ver texto completo del artículo en Legislación extranjera.

⁽⁵⁶³⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 288.

⁽⁵⁶⁴⁾ En un estudio reciente (ROJAS VARGAS, Fidel, "La interpretación teleológica: A propósito del artículo 40º de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 425º del Código Penal, la calidad imputable de los funcionarios y servidores públicos de las empresas públicas", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, Nº 20, mayo, Lima, 2000, pp. 69-77) he analizado 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.

ces difíciles de responder desde una estricta perspectiva penal, como por ejemplo el argumento del destino de los caudales en el marco de la actividad empresarial de la sociedad de economía mixta, en el entendido 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. 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 mixta no estaría necesariamente alejado de los fines públicos ⁽⁵⁶⁵⁾.

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 basta 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

La administración pública, en la amplia diversidad de sus manifestaciones y reparticiones.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los verbos rectores del peculado son *apropiar* y *utilizar*, los mismos que configuran las dos modalidades de peculado contenidos en el art. 387: peculado por apropiación y peculado por utilización o uso.

Los elementos materiales del tipo penal son las siguientes: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y

⁽⁵⁶⁵⁾ 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.

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 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.

a) 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⁽⁵⁶⁶⁾ 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**, el hecho será imputable, como indica correctamente MANZINI⁽⁵⁶⁷⁾, a título de hurto o apropiación ilícita común pero no de peculado o de estafa, de existir engaño. Esto es lo que ha permitido sostener, a nivel doctrinario, 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, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos). Dicha posesión puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica⁽⁵⁶⁸⁾ o disposi-

⁽⁵⁶⁶⁾ 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).

⁽⁵⁶⁷⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 141.

⁽⁵⁶⁸⁾ 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.

ción funcional. Es interesante destacar que la norma peruana de peculado utiliza la frase «*por razón del cargo*» y no «*por razón (o en razón) de sus funciones*», conforme la fórmula española de peculado. Este dato tiene significativas implicancias, por cuanto con base a 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 ⁽⁵⁶⁹⁾. La frase «*por razón de sus funciones*», nexo funcional más genérico 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.

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 actos de dicho delito, siguiendo el ejemplo del art. 168 del Código penal italiano de 1889 (Código Zanardelli) que fue el primero que lo enunció ⁽⁵⁷⁰⁾. Ello sirve así de marco de referencia obligado 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 éste 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. 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) existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o

⁽⁵⁶⁹⁾ GANZEMÜLLER/ESCUDERO/FRIGOLA (Coordinadores), *Delitos contra la administración pública*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 110.

⁽⁵⁷⁰⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

custodiar; 2) relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente por dicho sujeto en virtud a las atribuciones de su 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 vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos; 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 ⁽⁵⁷¹⁾ y la que posibilita la imputación por delito de peculado.

La competencia por razón del cargo para poseer caudales o efectos, constituye a su vez el componente normativo principal de la vinculación funcional requerida por el tipo penal, lo cual permite considerar qué encargos o delegaciones temporales no son suficientes para configurar tal componente. La posesión de los caudales o efectos, su disposición oficial o su simple custodia se tornan así una función específica del funcionario o servidor público, una manifestación inherente al marco de sus competencias. CATALÁN SENDER da cuenta de las 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 sucede 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» ⁽⁵⁷²⁾.

⁽⁵⁷¹⁾ Al respecto, BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 21 y 22.

⁽⁵⁷²⁾ 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.

Es usual preguntarse sobre si la facultad de posesión de los efectos y caudales por razón del cargo se legitima exclusivamente en la norma o reglamento o admite acaso otra fuente, por ejemplo, un mandato u orden legítima ⁽⁵⁷³⁾. No existe discusión alguna si dicho mandato u orden sujeto a formalidad, que deja en posesión del funcionario o servidor efectos o caudales del Estado o de la administración pública en general, coincide con las funciones inherentes al cargo; matizada es la situación si se designa a funcionarios o servidores que no poseen, en el ámbito de la competencia de sus cargos, tales funciones de percepción, administración o custodia y, en dicho supuesto, se apropian o utilizan los bienes estipulados; lo que sí resulta inaceptable, de acuerdo a como se halla redactada la fórmula nacional de peculado, es argüir que sean particulares *extraneus* quienes ocupen dicho rol derivado. Al respecto, se debe señalar que la existencia de una disposición legal o de una orden legítima de autoridad competente igualmente legitima la facultad de posesión o administración, al agregar al cargo una función complementaria que antes no existía ⁽⁵⁷⁴⁾. Dicho *plus* funcional puede ser temporal o permanente, aunque esta segunda hipótesis no es la más frecuente.

b) *La percepción, administración y custodia* ⁽⁵⁷⁵⁾

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 únicas formas (o modos) de poseer establecidas en el tipo penal, las mismas que pueden darse juntas o separadamente 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 tan-

⁽⁵⁷³⁾ Ver, por ejemplo, SOLER (*Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 181), que admite incluso la práctica consuetudinaria no contraria a ley.

⁽⁵⁷⁴⁾ 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.

⁽⁵⁷⁵⁾ 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 *infra* Legislación extranjera).

to al poder de hecho sobre la cosa (tenencia) como también a la facultad de su disposición jurídica. Se trata así, como señala CAMAÑO ROSA, de una acepción amplia de posesión ⁽⁵⁷⁶⁾.

1. Percepción. Se alude con este término a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos. Lo que resulta discutible es si los bienes de particulares que ingresan a la administración pública en calidad de depósitos en garantía o para vigilancia pueden ser considerados bienes públicos y, por lo mismo, susceptibles de peculado. En la doctrina, CREUS ⁽⁵⁷⁷⁾ tiene una opinión negativa al respecto. FERREIRA ⁽⁵⁷⁸⁾, por su parte, es del criterio que son bienes a cargo del Estado no solamente los que le pertenecen sino también los del particular que el Estado administra. Por nuestra parte, consideramos que el tipo penal no exige necesariamente la propiedad estatal o pública de los bienes; es más, la posición de garante (ejercida a través de sus representantes) que asume el Estado, permite considerar susceptibles de peculado tanto a los bienes que se incorporan, sea cual sea la fuente productora (pública o particular), como a los que temporalmente se hallen bajo disponibilidad jurídica (bienes con destino público o aquellos sujetos a simple custodia estatal).

Perciben caudales tanto aquellos 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.

2. Administración. La posesión confiada al funcionario o servidor, en este caso, implica funciones activas de manejo y conducción

⁽⁵⁷⁶⁾ CAMAÑO ROSA, "Delitos contra la administración pública en el Código penal uruguayo", cit., p. 58.

⁽⁵⁷⁷⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 296.

⁽⁵⁷⁸⁾ 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.

(gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. Rigen aquí las reglas civiles extrapenales para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la administración pública, sean públicos o de particulares. Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judicialmente nombrados, los funcionarios o servidores del Banco de la Nación a cargo de los depósitos judiciales, etc.

3. *Custodia*. Esta forma típica de posesión implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

Mediante tales formas de posesión que la ley penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia (deber de garante) en despliegue de las obligaciones inherentes a su cargo. La infracción de tales deberes y su conversión en actos de relevancia penal consistentes en apropiarse o utilizar los bienes dejados en posesión, ponen en evidencia el quebrantamiento de los deberes funcionales por parte del sujeto activo para con la administración pública y su manifiesta voluntad de lesionarla patrimonialmente con aprovechamiento material para sí mismo o para terceros.

c) *Modalidades delictivas: «apropia o utiliza»*

El artículo 387, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones penales del extranjero, que emplean los verbos, sustraer, procurar, hurtar⁽⁵⁷⁹⁾, 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 anteladamente, no puede haber apropiación o utilización propia de peculado si no hay relación funcional entre el

(579) Véase *infra* Legislación extranjera.

sujeto activo y la cosa. Sobre esta base se articulan las modalidades delictivas de comisión estipuladas en la figura penal.

La *apropiación*, a diferencia de la sustracción, supone que el sujeto activo del delito posee ya consigo el bien o caudal del cual entra en disposición personal contraviniendo sus deberes de función. Apropiarse es hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En toda apropiación hay por derivación una negativa tácita o expresa a devolver lo percibido, custodiado o lo que se tiene en administración, bien porque le es ya imposible al sujeto activo entregar o devolver al haber dispuesto del caudal o efecto, o bien porque sencillamente se niega a ello sin causa justificada. La negativa a devolver no es un componente del tipo pero define el ánimo de propietario (*rem sibi habenda*) con el que se mueve dicho sujeto, imposibilitando o dificultando la recuperación del bien para la esfera del patrimonio público. Apropiarse, afirma ANTOLISEI, es ejercitar sobre la cosa actos de dominio incompatibles con el título que justifica la posesión⁽⁵⁸⁰⁾.

La fuente generadora de la apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.); en general, a través de numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo, en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento. No es elemento necesario del tipo exigir que el agente haya alejado el bien de la esfera física de 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 de control del funcionario o servidor público, siendo secundario o irrelevante en no pocos casos el alejamiento de los bienes; esto es un asunto que tiene gran importancia para evaluar los des-

(580) ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 608.

plazamientos ilícitos de caudales al interior de la administración pública con dolo de pecular y que ya consuman el delito. 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 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 y en todos los casos la apropiación va a suponer disponer del patrimonio público al margen de sustracción, esta modalidad de remoción del bien también puede jugar su rol en el contexto de la apropiación, máxime si la norma penal expresamente utiliza un elemento adicional sumamente indicativo acerca de la apropiación y utilización: «en cualquier forma».

El *usar o utilizar* (términos idénticos) los caudales o efectos configura el peculado de uso. Utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí el ánimo de dominio sino sólo el de servirse del bien. El sujeto vinculado no busca incorporar el bien a su dominio ni actuar como propietario, su voluntad sólo está dirigida en función al hecho de servirse del bien. En el caso de utilización de bienes fungibles distintos al dinero, cabe igualmente 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 uso de dinero. SOLER sobre este punto precisa «Por eso puede afirmarse que la sustracción de dinero consuma siempre el peculado, aún cuando sea hecha con propósitos de restitución y aunque efectivamente se los restituya» ⁽⁵⁸¹⁾.

Para la norma penal peruana, ambas modalidades de peculado (apropriarse 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 derecho de propiedad del ente público que, en la segunda hipótesis, no se halla vulnerado por los

⁽⁵⁸¹⁾ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica editora argentina, 1978, T. V, p. 183.

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, como bien señala ABANTO VÁSQUEZ ⁽⁵⁸²⁾. *Utilizar* es un verbo rector típico dirigido tanto a bienes muebles e inmuebles, y presupone en el primer caso la restitución y en ambos casos el cese del uso.

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 algunos en particular. La norma penal ofrece aquí un criterio amplio para subsumir actos de dominio y uso imputable al funcionario o servidor a título de peculado: la negativa a la entrega del caudal o efecto; la sustracción, la enajenación, donación, apropiación de los tributos recaudados; utilización de los locales y edificios públicos; destrucción del caudal o efecto ⁽⁵⁸³⁾; disposición en provecho propio o de terceros del alquiler de los bienes públicos, consumo del bien ⁽⁵⁸⁴⁾; 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 ⁽⁵⁸⁵⁾; tesorera que se apropia de cheques correspondientes a va-

(582) ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 296.

(583) 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. El no entender esta diferenciación de niveles en el *iter criminis*, lleva a HUGO ÁLVAREZ (*Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, cit., pp. 102 a 104) a considerar que en el delito de peculado necesariamente debe el sujeto activo obtener un beneficio económico o utilidad en sentido amplio, desaprovechando la ocasión para percatarse que en ciertos casos la destrucción del bien comporta ya un beneficio para el sujeto activo o para el tercero.

(584) Un caso judicialmente sustanciado al respecto es el resuelto en la Ejecutoria suprema de 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 [*Sumilla* N° 6, p. 594].

(585) Ejecutoria Suprema del 2/4/2002, 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 el vehículo a su nombre y luego inconscientemente 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

rios profesores ⁽⁵⁸⁶⁾; Jefe de almacén que recepciona bienes y no los entrega al ser destituido de su cargo ⁽⁵⁸⁷⁾; 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 ⁽⁵⁸⁸⁾; desvío de lo recaudado (por tributos) a cuentas particulares o endosamiento de cheques a otras cuentas; etc. ⁽⁵⁸⁹⁾.

Tanto la apropiación como la utilización admiten la forma omisiva. Ésta se manifiesta cuando el funcionario o servidor vinculado funcionalmente con los caudales o efectos permite con voluntad y conocimiento (es decir, con dolo) que un tercero sustraiga o utilice el

un perjuicio económico (en SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 266).

⁽⁵⁸⁶⁾ Ejecutoria Suprema del 21/1/92, Exp. N° 892-91 Lambayeque, GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Tomo II, Lima, Idemsa, 1996, p. 327.

⁽⁵⁸⁷⁾ Ejecutoria Suprema del 5/11/2002, 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, apropiándose los, para después de tres años, de ser requerido en proceso, devolverlo (en SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 251).

⁽⁵⁸⁸⁾ Ejecutoria Suprema del 18/7/2002, Exp. N° 2007-2001 Del Santa, SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 289.

⁽⁵⁸⁹⁾ En la Ejecutoria suprema de 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 [*Sumilla* N° 56, p. 605]. En la sentencia de 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.

bien. La utilización configurará obviamente un concurso de delitos entre peculado doloso y apropiación o hurto, siendo imputable estas últimas figuras delictivas a los particulares y a los sujetos públicos no vinculados funcionalmente con los caudales o efectos.

d) El destinatario: «para sí o para otro»⁽⁵⁹⁰⁾

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 que unos y no los demás sean los beneficiarios finales o de destino de los caudales o efectos no legitima efectuar tal razonamiento.

Apropiarse para otro no presupone que en el acto de traslado del bien, de un dominio 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 el perfeccionamiento del tipo en su fase de terminación o agotamiento.

La utilización 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, vale decir se haya apropiado del caudal o efecto, para tener luego la posibilidad de

⁽⁵⁹⁰⁾ 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.

disponer del bien, de forma tal que lo destine para un tercero, en diversidad de expresiones fácticas. Admitir una lectura distinta en el sentido que es el tercero (el otro, un sujeto indefinido, y por lo tanto indistintamente un *extraneus* o un *intraneus*), quien recibe final y materialmente el caudal o efecto apropiado por el autor, el sujeto que consuma el delito o que conjuntamente consuma ⁽⁵⁹¹⁾, 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 sólo 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 autoría restrictiva. En efecto, es impensable admitir que un *extraneus* pueda consumir 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. Razonamientos carentes de racionalidad jurídica, postulados únicamente con el deseo voluntarista 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.

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

(591) Tesis que plantea por ejemplo REAÑO PESCHIERA, José Leandro en su trabajo: «Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias», obra citada, 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 sólo a partir de ese momento puede afirmarse que el Estado ha sufrido una lesión patrimonial ...».

activo, para finalmente ser el beneficiario de los caudales o efectos, hipótesis por lo demás muy frecuente en el Perú de la década pasada; 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 el cual 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 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 acerca de la legitimidad de los caudales que recibe el tercero. Pensemos en los hijos, o a la inversa en los ascendientes, o en el cónyuge quiénes 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. De afirmarse el principio de confianza con su efecto destipificador, caso la mención normativa «para otro» sólo 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 y no es él el que 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 utiliza-

dos (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.

e) El objeto material del delito: los «caudales o efectos»

Nuestro Código penal, al igual que muchas otras legislaciones (Chile, Argentina) que derivan sus instituciones jurídicas penales de los modelos francés e italiano, ha usado la arcaica pero útil fórmula lingüística de los «caudales y efectos» contenida en los artículos 169 del Código penal francés de 1810 y 405 del código español de 1870. 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. El reciente código español de 1995 sigue refiriéndose a caudales y efectos.

Los caudales, en una conceptualización amplia, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura ⁽⁵⁹²⁾. En una acepción estricta, lo son sólo los bienes fisicalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero.

Caudal, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, es la hacienda o bienes de cualquier especie y, más comúnmente, el dinero. El término «caudal» en la doctrina española comprende a cualquier objeto, bien mueble, dinero y valores negociables que posean un valor económico aunque no actual (cheques, bonos, letras,

⁽⁵⁹²⁾ 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 sólo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y la Sunat" [*Sumilla N° 14*, p. 596].

pagarés, acciones) ⁽⁵⁹³⁾. Lo discutible aquí es si el concepto «caudal» es tomado en su acepción etimológica amplia, es decir, como hacienda o bienes en general, de forma tal que incluya también a los bienes inmuebles. Mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia españolas se han mostrado renuentes a asimilar tal posición extensiva de interpretación ⁽⁵⁹⁴⁾ que desnaturalizaría el contenido normativo del tipo penal de este país, que utiliza como verbo rector típico el término *sustraer* ⁽⁵⁹⁵⁾ 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. Caudal será así todo objeto con valor patrimonial valorable pecuniariamente en forma directa: dinero, bienes muebles e inmuebles.

Efectos es un vocablo de ascendencia francesa que designa a los objetos, documentos y símbolos con representación económica (estampillas, sellos, material simple de oficina, distintivos oficiales, símbolos de propiedad, consignaciones judiciales, giros postales, etc.). 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» ⁽⁵⁹⁶⁾.

El código peruano al hablar de caudales y efectos no ha agregado la adjetivación «*públicos*» como sí lo hace el código español. Ello permite con mayor fuerza argumentativa inferir que dichos bienes pueden ser públicos o de particulares, siendo lo trascendente que se hallen en

⁽⁵⁹³⁾ Véase 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.

⁽⁵⁹⁴⁾ ORTS BERENGUER, en COBO DEL ROSAL y otros, *Derecho penal especial*, cit., p. 487.

⁽⁵⁹⁵⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽⁵⁹⁶⁾ 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, grasas, etc., generalmente no inventariables.

poder de la administración estatal o que en su defecto ésta tenga y mantenga un legítimo derecho expectante sobre los mismos.

Con el empleo de los verbos rectores del art. 387 no resultan asimilables los derechos, 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.

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 de 26 de mayo de 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. En síntesis, el esfuerzo conceptual de la Corte Suprema ha consistido en indicar que el caudal posee por sí valor económico, mientras que el efecto representa un valor económico, ambos con capacidad de negociación en el tráfico jurídico. Se nota en tales definiciones el interés jurisprudencial por lograr distinciones taxativas entre lo que es caudal y efectos, de modo que los títulos de crédito pasan en tal idea a constituir «efectos». Esta inclusión puede fácilmente ser cuestionada, pero dado el hecho de que incluso en la doctrina española existe una marcada tendencia a eliminar el uso diferenciado de tales términos ⁽⁵⁹⁷⁾, resulta adecuado y racionalizador el esquema de inclusión clasificatorio propuesto por la Corte Suprema que abona por una noción estricta de «caudal» y amplia de «efectos».

(597) 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".

En resumen, aceptando vía de consenso una noción amplia de «caudal», y superando las definiciones españolas algo confusas sobre este tema, sólo será tal el dinero y los bienes materiales fisicalizados, aprensibles, o reconducibles, como también los inmuebles, mientras que constituirán «efectos» todos aquellos objetos, cosas o bienes 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 ⁽⁵⁹⁸⁾, de forma tal que exista un peculado por apropiación de bienes inmuebles, además un peculado por utilización de inmuebles⁽⁵⁹⁹⁾.

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 los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia pública ⁽⁶⁰⁰⁾. El dolo exigible para consumir el tipo es el dolo eventual al no requerir el tipo ningún propósito especial o la presencia de algún reforzante subjetivo, como el *a sabiendas*, el *ánimo de lucro* o la *finalidad de enriquecimiento*. Componentes los dos últimos que si bien no son requeribles para perfeccionar tipicidad sin embargo están presentes en la naturaleza del hecho delictivo.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito es de resultado en su forma activa y omisiva. El resultado que lesiona el bien jurídico implica, dada la pluriofensividad del delito, la acreditación de varios efectos lesivos, que van desde la producida al regular desenvolvimiento de la administración pública y la confianza depositada por el Estado en los sujetos públicos vinculados, hasta verificar la afectación al patrimonio público en tanto disminución, disponible, sobre todo (para esta última hipótesis de afectación)

⁽⁵⁹⁸⁾ Al respecto véase ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 298, quien acepta dicha posibilidad.

⁽⁵⁹⁹⁾ Tesis amplia de caudal que había asumido igualmente ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª ed., p. 348.

⁽⁶⁰⁰⁾ No se habla, necesariamente de *propiedad estatal*.

en el caso del peculado por apropiación. La consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando éste incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal, o en su segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto, en ambos casos el delito produce perjuicio patrimonial a la administración pública, el mismo que usualmente es acreditado vía administrativa. Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a tercero, la consumación no está definida por el momento en que éste recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y por lo mismo consumado el delito.

Es inherente al delito en su modalidad apropiatoria la existencia de un querer y poder actuar como propietario de un caudal o efecto que se sabe no le pertenece y más aún que es patrimonio público. La verificación de la apropiación supondrá constatar los actos de incorporación ilícita del patrimonio público al patrimonio personal del sujeto público los de disposición efectuados por el sujeto activo. Los requerimientos y los formalismos del caso también abonarán para demostrar la voluntad de apropiación del sujeto activo. La utilización es un dato objetivo que no debe presumirse sino demostrarse con actos dirigidos a tal efecto (devolución o restitución del bien).

El tipo no requiere que necesariamente se produzca, para consumir el delito, 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, 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 para los efectos de tipificar el delito resulta irrelevante.

Las formas de tentativa inacabada o frustrada, de tentativa acabada y desistimiento son perfectamente verificables, dado la fragmentación de actos ejecutivos para consumir el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afección al patrimonio del Estado a título de lesión o peligro de lesión.

IX. PENALIDAD

Las sanciones penales del peculado doloso básico son la pena privativa de libertad que oscila entre un mínimo de dos años y un máximo de ocho, más la pena de inhabilitación de uno a tres años que priva al agente de la función cargo o comisión y le incapacita para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, de conformidad al art. 36 (incisos 1 y 2) del Código penal.

X. ASPECTOS PUNTUALES DE ANÁLISIS

a) 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 incluiría también a los bienes inmuebles (edificios, fincas rústicas, agrícolas, ganaderas, etc.), por cuanto éstos, jurídico-penalmente hablando, no podrían ser susceptibles de apropiación, modalidad de apoderamiento propio de los bienes muebles. Razonamiento que se flexibiliza en extremo 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 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 concretizable. 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 el cautelar el patrimonio público en sentido lato, no existe razón exegética que impida la imputación de la 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 a bienes

muebles e inmuebles ⁽⁶⁰¹⁾. 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. ⁽⁶⁰²⁾

b) El valor o cuantía de lo apropiado

El código peruano no contempla el referente de la estimación en dinero de los bienes apropiados para efectos de atenuar o agravar la pena. El interés de la norma está enfocado más en función de la lesión al bien jurídico administración pública que al criterio patrimonial, que como valor integra dicho bien. Varias ejecutorias supremas al respecto confirman tal orientación ⁽⁶⁰³⁾. Cabe indicar que la tendencia en los códigos penales europeos es a patrimonializar el peculado, ya sea estableciendo montos que atenúan o agravan la ilicitud (por ejemplo, el Código penal español de 1995) o a trasladarlo a la esfera de los delitos comunes (por ejemplo, el Código penal alemán).

Es discutible que las apropiaciones de bienes públicos de valor patrimonial exiguo (grapas, hojas de papel, bolígrafos, medicinas de

⁽⁶⁰¹⁾ Véase PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 166, quien sostiene idea contraria.

⁽⁶⁰²⁾ 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.

⁽⁶⁰³⁾ Ejecutoria suprema de 30 de junio de 1992 (*Normas Legales*, enero, 1996, p. J-26) [*Sumilla* N° 35, p. 601]. 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 [*Sumilla* N° 38, p. 602]); 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 [*Sumilla* N° 40, p. 602]); 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 [*Sumilla* N° 26, p. 599]).

hospitales públicos, títulos valores con cantidades minúsculas, fracciones deleznales de impuestos, etc.) sean imputables a título de peculado, no en base a criterios lógicos, pues desde esta perspectiva son coherentemente abordables por dicho delito al no existir limitación normativa, sino en función a los principios que orientan el derecho penal peruano (mínima intervención, última 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 en base a la observancia de la vía administrativa disciplinaria como mecanismo compenedor ⁽⁶⁰⁴⁾. 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.

Por lo mismo que es discutible la relevancia penal de las apropiaciones exiguas, debe de reformularse político-criminalmente el tipo penal en función a las apropiaciones de ingentes cantidades de caudales públicos, ofreciendo tipos agravados o aplicando la técnica de circunstancias agravantes en función al monto de lo apoderado, de forma tal que se adecue la proporcionalidad de las penas a la cantidad del injusto material producido. En esta orientación tanto el Código Penal 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.

⁽⁶⁰⁴⁾ Sobre este tema véase en forma pormenorizada, CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, cit., pp. 255 y 256.

c) Pertenencia o propiedad de los caudales y efectos

El código peruano no exige como condición que los bienes objeto del comportamiento peculador sean exclusivamente del Estado. Puede tratarse de bienes (caudales: dinero, artefactos, mercancías, etc.) y efectos (distintivos, símbolos, objetos con representación formal económica, etc.) que sean de propiedad de particulares, pero que por determinadas vinculaciones jurídicas o de hecho (requisas, decomisos, incautaciones, embargos, depósitos, etc.), están en poder de la administración estatal en calidad de posesión, vía administración, custodia o percepción. Al respecto, no existe mayor problemática de cuestionamiento.

d) La importancia de la pericia técnica de valorización

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 valorativa. La Corte Suprema ha fundado dicha importancia en base a 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 ⁽⁶⁰⁵⁾. De las conclusiones en ella contenida y de la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustentan dependerá la existencia del aspecto material del delito.

⁽⁶⁰⁵⁾ 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" [*Sumilla* N° 12, p. 596].

Si la pericia técnica no arroja el 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 a criterios de responsabilidad objetiva, lo cual sería aberrante.

XI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN ⁽⁶⁰⁶⁾

El tema de la participación de sujetos especiales y particulares en el delito de peculado⁽⁶⁰⁷⁾ es una temática que presenta hipótesis muy interesantes:

- a) Los funcionarios y servidores que no están vinculados funcionalmente por razón del cargo con los caudales y efectos no son pasibles de cometer peculado a título de autoría ni coautoría; sus actos, si dominan y ejecutan el hecho, responden a título de apropiación ilícita y de hurto comunes, según las características del caso.
- 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 cauda-

⁽⁶⁰⁶⁾ 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, Ancash (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 [*Sumilla* N° 47, p. 603]). 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 [*Sumilla* N° 51, p. 604].

⁽⁶⁰⁷⁾ 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, septiembre, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, pp. 73 a 76.

les y efectos por razón del cargo, ejecutando materialmente ambos la conducta material típica, con base a la tesis de la unidad del título de imputación responden penalmente por el mismo delito, esto es, por peculado doloso, pero con títulos distintos de intervención: partícipes y coautores. La posibilidad de admitir un régimen separado de calificación legal, los primeros a título de delito común, los segundos de peculado doloso, es en la actualidad una propuesta minoritaria que no se concilia con el principio de accesoriedad de la complicidad.

- c) Los funcionarios y servidores públicos sin vinculación funcional que contribuyen con aportes secundarios, 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.
- d) Los particulares que instigan, colaboran significativamente en fase preparatoria, o colaboran accesoriamente con los funcionarios o servidores públicos no vinculados por razón del cargo, responden a título de partícipes (*determinadores*, para el caso de los que instigan, y *cómplices primarios y secundarios*, para los colaboradores, respectivamente) en delito común⁽⁶⁰⁸⁾.
- 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.
- f) No cabe admitir la tesis de autoría mediata por parte del funcionario o servidor no vinculado funcionalmente, ni por parte del *extraneus*, en tanto éstos utilicen como instrumento al funcionario o servidor público vinculado funcionalmente 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

⁽⁶⁰⁸⁾ Véase *supra*, p. 87 y ss.

hablar en propiedad de autor o coautores. Los funcionarios o servidores que utilizan a instrumentos o terceros que actúan sin conocimiento de la ilicitud del hecho, responden a título de autores mediatos del delito patrimonial común de apropiación o hurto, según sea el caso. Si los terceros poseen conocimiento de la ilicitud de los actos de los sujetos públicos, pero son obligados a colaborar, les beneficia las causas de justificación de la ilicitud del acto; si no existe coacción jerárquica, son imputables a título de complicidad en el delito patrimonial común.

- 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 el delito, pudiendo en cambio ser inductores, cómplices o receptadores ⁽⁶⁰⁹⁾.
- h) Los particulares o *extraneus* que se vean beneficiados por actos de disposición patrimonial efectuados por los «*otros*» al que alude la norma, se hallan lejanos al mensaje comunicativo de la norma de peculado.
- i) El «otro» para que pueda asumir el rol de cómplice (primario o secundario) deberá concurrir al ilícito de peculado con aportes previos a la consumación, no después de ella.

XII. CONCURSO DE DELITOS

Muy frecuentemente el peculado concurra con el delito de apropiación ilícita (art. 190) y hurto (art. 186). Igualmente se presenta concurso con el delito de exacciones ilegales (art. 383) cuando lo percibido para el Estado es apropiado por el sujeto público. También concurra con el delito de falsificación o adulteración de documentos (arts. 427-428).

XIII. AGRAVANTE

Una circunstancia especial de naturaleza teleológica o finalista atribuida a los caudales y efectos agrava la pena elevándola a un mínimo de 4 y un máximo de 10, si éstos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, lo cual supone determinar

⁽⁶⁰⁹⁾ Véase con mayor detalle *supra*, p. 494 y ss.

previamente el destino por vulnerabilidad de los destinatarios de los bienes (caudales) involucrados en la apropiación o utilización que realiza el sujeto público vinculado. Si los bienes, objeto material del delito, no corresponden a dichas especificaciones, internalizadas en el dolo del agente, no es posible aplicar la agravante, debiendo el supuesto quedar en tipo básico o simple ⁽⁶¹⁰⁾.

Fines asistenciales son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias o necesidades de la población (en áreas de servicios: educación, salud, ambiente, etc.), que por vías regulares no son cubiertas por el Estado, ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado o con las donaciones de organismos nacionales e internacionales. La expresión *programas de apoyo social* hace alusión a líneas o campañas de orientación estatal de carácter ya más permanente y con asignaciones presupuestarias para paliar los contrastes socio-económicos en las poblaciones necesitadas (asistencia alimentaria, de salud, etc.). Para ambas circunstancias de política social el Estado cuenta con entidades específicas orientadas a tales propósitos como el INFES (Instituto Nacional de Infraestructura y de Salud), ESSALUD, FONCODES (Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social), PRONAA (Programa Nacional de Apoyo Alimentario), Programa del Vaso de Leche, etc.

XIV. FASES O ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO

1. *Atipicidad*

- Por no ser el sujeto imputado funcionario o servidor público ⁽⁶¹¹⁾ ni la entidad afectada organismo público ⁽⁶¹²⁾.

⁽⁶¹⁰⁾ Véase al respecto la Ejecutoria suprema del 19/5/2004 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.

⁽⁶¹¹⁾ 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 [Sumilla N° 5, p. 594]; Ejecutoria suprema de 22 de noviembre de 1996, Exp. N° 2274-95, Piura [Sumilla N° 20, p. 598]; Ejecutoria suprema de 12 de diciembre de 1996, Exp. N° 710-95-B, Lima [Sumilla N° 19, p. 598]; Ejecutoria suprema de 19 de noviembre de 1996, Exp. N° 3440-95-B, Cajamarca.

⁽⁶¹²⁾ 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

- Por no haber tenido el sujeto imputado a su cargo la administración o custodia de los fondos públicos apropiados ⁽⁶¹³⁾, esto es, por no existir vinculación funcional.
- Por apropiaciones o utilidades culposas imputadas directamente al sujeto público ⁽⁶¹⁴⁾ u originadas en situaciones de anarquía y desórdenes contables-administrativos sin base dolosa.
- 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 ⁽⁶¹⁵⁾.

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 [Sumilla N° 5, p. 594]; 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.

⁽⁶¹³⁾ Ejecutoria Suprema del 16 de diciembre de 1991, Exp. 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. 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).

⁽⁶¹⁴⁾ 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 [Sumilla N° 30, p. 600].

⁽⁶¹⁵⁾ 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) [Sumilla N° 36, p. 601]).

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) ⁽⁶¹⁶⁾.

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.

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. Si el provecho es tanto para el Estado como para el sujeto público, obviamente que existirá delito de peculado. En la hipótesis estrictamente planteada por la pregunta y de acuerdo al criterio objetivista dominante en la jurisprudencia nacional 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 ⁽⁶¹⁷⁾. En la segunda hipótesis, la restitución del bien utilizado está comprendida

⁽⁶¹⁶⁾ Véase, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema de 28 de mayo de 1998, Exp. N° 6116-97, Ancash, 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, no habiéndose acreditado irregularidades en las cuentas ni apropiación de dinero público, conforme a lo establecido en la respectiva pericia contable [*Sumilla* N° 2, p. 593].

⁽⁶¹⁷⁾ 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 aje-

en la consideración global del delito, 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.

3. De existir error o confusión al momento de apropiarse los bienes públicos o particulares bajo poder del Estado, ¿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 sólo 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*.

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.

nos al servicio, aunque los mismos hayan sido devueltos" (*Normas Legales*, febrero, 1996, p. J-24 [Sumilla N° 29, p. 600]).

5. *¿El policía nacional o militar que custodia fondos públicos y se los apropia comete delito de peculado?*

Sí, están incluidos en los alcances del tipo penal; no lo están los vigilantes particulares que custodian vehículos o inmuebles que contienen valores o caudales.

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 art. 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 continuos los apoderamientos.

8. *¿Si el sujeto activo distrae o da un uso oficial distinto al establecido a los bienes y efectos, comete delito de peculado?*

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 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 de 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.

10. Si el funcionario o servidor provoca situaciones de descuido en concierto con tercero, para que ésta sustraiga efectos o caudales, ¿incurre en delito de peculado culposo?

No, el funcionario o servidor responderá por peculado doloso por apropiación a título omisivo.

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?

Le asisten en tales casos las 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 provoca 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 será cómplice primario del tercero que comete hurto o robo; en todo caso, su comportamiento sólo ameritará sanciones administrativas.

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 de 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 161º del Código Penal). En el caso 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 de-

clarados 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 éste pasó a poseer 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 realizada con base al caso expuesto se parte de la premisa 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 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 éste, **pues en el supuesto de que el funcionario o servidor genera 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 ⁽⁶¹⁸⁾.

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

⁽⁶¹⁸⁾ Con amplitud y rigurosidad 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.

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, en base a que exista un derecho expectante sobre él por parte de la administración pública ⁽⁶¹⁹⁾. 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 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.

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 de fondos o es ya apropiación ilícita?

Si el retiro se practica por funcionario vinculado por razón del cargo con conocimiento de la ilegalidad del comportamiento, en la idea

⁽⁶¹⁹⁾ Véase CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, cit., p. 261.

que el dinero va a ir a parar en definitiva a manos de un tercero, puede tratarse de actuación de sujetos públicos en el contexto de instigación por parte del tercero, como simplemente de autoría directa en peculado. Supuestos en los cuales efectivamente el funcionario vinculado que obra con conocimiento y voluntad cometió 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 agotar la conducta. El delito de peculado ya se ha consumado, hacer depender dicho momento al instante en el cual el tercero recibe el caudal, es rebasar los alcances normativos de la figura de 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?

El tema es polémico, la legislación penal argentina (artículo 261 del Código Penal) expresamente lo acepta; 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 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 ⁽⁶²⁰⁾.

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 sólo dos ejemplos son para ser gasta-

⁽⁶²⁰⁾ 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., pp. 144 y ss.

dos, 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 mas no delito de peculado. Igual situación acontece con los presupuestos otorgados 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 no hace distingos al respecto. La culpa por naturaleza es inconsciente. La posición de garante del sujeto público, quien debe de adoptar las medidas de cuidado necesarias y debidas no permite considerar la posibilidad de culpa consciente, situación que en todo caso ameritará dolo eventual. 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 culposos.

XVI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 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.*»

«C.P. de Argentina (1922), art. 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)

«C.P. de España (1973), art. 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)

«C.P. de España (1995), art. 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 revisitiera 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».*

4. Uruguay (1933)

«C.P. de Uruguay (1933), art. 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)

«C.P. de Francia (1810), art. 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. Italia (1889)

«C.P. de Italia (1889), art. 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».

7. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 133: 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 éste 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 e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)».

«C.P. de Colombia (2000). Art. 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 éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se la haya con-

fiado 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».

8. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 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 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».

«C.P. de Italia (1930), art. 314 [texto reformado por Ley 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 la finalidad de hacer uso momentáneo de la cosa, la cual es inmediatamente restituida después del uso».

9. Bolivia (1972)

«C.P. de Bolivia (1972), art. 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».

10. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 424: I. El funcionario que ilícitamente 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 2 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 el funcionario diere en préstamo, empeñare, o de cualquier forma gravare cualquiera de los objetos referidos en el número anterior, con conciencia de que perjudica o puede perjudicar al Estado o a su propietario, será penado con prisión de hasta 3 años y multa de hasta 50 días».

C.P de Portugal (1995), art. 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.

11. Brasil (1940)

«C.P. de Brasil (1940), art. 312: Si el funcionario público se apropiare de dinero, valor o de cualquier otro bien mueble, público o particular de los que se halla en posesión en razón de su cargo, o lo desvía en provecho propio o ajeno: Pena-Reclusión de 2 a 12 años y multa».

2

Peculado culposo

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Componentes típicos: a) *La sustracción*. b) *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. Costa Rica (1971). 8. Panamá (1982).

Art. 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. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley Nº 26198 de 13 de junio de 1993]*».

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, hubiese dado ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o de efectos*».

El modelo extranjero utilizado como fuente fue el Código penal español de 1870 (art. 406); guarda semejanza también con el esquema argentino, sobre todo en la precisión sobre el tercero.

II. LA FIGURA PENAL

La figura peruana del peculado culposo integra un tipo básico y una modalidad agravada anexada al texto por Ley N° 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; 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 relevancia penal y no constituye delito en la normatividad penal peruana, sin perjuicio que ello suponga relevancia administrativa.

El modelo peruano en comparación con el argentino, en una formulación más genérica y técnica 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. El Código Penal Español al igual que otras legislaciones penales no contemplan esta figura de peculado culposo.

El modelo colombiano de peculado culposo precisa el extravío, la pérdida o el daño 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

a) La sustracción

El verbo rector «sustraer» utilizado por nuestro tipo penal, al igual que en la legislación argentina y española, significa el 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 éste 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.

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.

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 ⁽⁶²¹⁾. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste 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 ⁽⁶²²⁾. Caben aquí las especificaciones de calidad especial, de posesión con el caudal o efecto, y de vinculación funcional

⁽⁶²¹⁾ 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).

⁽⁶²²⁾ 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 10/7/2002, Exp. N° 3278-2001 Apurímac; SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 364.

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), y que los mismos le estén confiados por razón del cargo 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 primer caso estaremos frente a un tipo doloso de peculado mientras que en el segundo se tratará de complicidad primaria en el delito de hurto del *extraneus*. 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 para que aprovechando de su preordenada culpa sustraigan el caudal o efecto. Debatible es la hipótesis que el funcionario o servidor vinculado sea autor mediato de peculado al utilizar a terceros *extraneus*.

El comportamiento de sujeto activo (funcionario o servidor) debe implicar una violación o inobservancia de los deberes de cuidado exigibles y posibles. Si, pese a que éste 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 ⁽⁶²³⁾. Las simples pérdidas, desórdenes ⁽⁶²⁴⁾ o extravíos no son suficientes para generar culpa a nivel de relevancia penal ⁽⁶²⁵⁾; lo mismo cabe indicar de las infracciones a los reglamentos

⁽⁶²³⁾ 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.

⁽⁶²⁴⁾ Ejecutoria suprema de 15 de abril de 1970 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 778 [Sumilla N° 53, p. 604]): “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”.

⁽⁶²⁵⁾ 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

que sean imputables al sujeto público y que no produzcan el resultado sustracción ⁽⁶²⁶⁾. 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 ⁽⁶²⁷⁾. Deberá tratarse por lo mismo de una culpa grave e inexcusable.

Las modalidades y formas de culpa más usuales, en una lectura tradicional son la negligencia o falta de cuidado, la imprudencia o temeridad (llamada también ligereza inexcusable) y la impericia o niveles de relativa inexperiencia en el desempeño de la función o cargo. En la actualidad, y más acorde con formulaciones de mayor rigurosidad, la dogmática penal se refiere a la culpa *consciente* e *inconsciente*, según haya tenido el sujeto 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 que confiaba que ello no se produciría; de no haber existido la capacidad de previsión, nos hallaremos ante la culpa inconsciente.

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 15/7/99, Exp. N°

justificados para generar delito (*Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1936, Vol. I, p. 376).

⁽⁶²⁶⁾ 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 Sub-Regional 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 [*Sumilla* N° 1, p. 593].

⁽⁶²⁷⁾ 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 éste sustraiga los caudales de los cuales no había rendido cuenta" [*Sumilla* N° 9, p. 595]. 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.

282-99)⁽⁶²⁸⁾. 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 23/10/97, Exp. N° 5526-96 Lima⁽⁶²⁹⁾).

V. EL SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Autor del delito de peculado culposo sólo puede ser el funcionario o servidor público. 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⁽⁶³⁰⁾. De tal forma que no puede tratarse de cualquier funcionario o servidor. Éstos cometerán faltas administrativas y de existir concierto con el tercero responderán por delito común contra el patrimonio a título doloso.

Entre el sujeto activo (el funcionario o servidor público) y el tercero no existe una relación subjetiva de continuidad de propósito; es más, no 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 sustracción del dinero o bienes por el tercero. En caso que la sustracción se produzca con base a 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 de delito culposo de peculado. Dicho personaje, que

(628) En Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 4, Lima, 2000, p. 465.

(629) Ver en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 674.

(630) El tema de la relación funcional. Véase *supra*, p. 484 y ss. ("La relación funcional: «por razón de su cargo»").

puede tratarse de un particular, de otro funcionario o de otro servidor, 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 dirigido contra él se sale del marco de los delitos de función 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 ⁽⁶³¹⁾ o estafa, según sea el caso, generándose así una concurrencia plurisubjetiva entre el sujeto especial y el sujeto común que actúan sin concierto de voluntades ⁽⁶³²⁾. 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 funcionario o servidor (vinculado funcionalmente y que es el que sustrae la cosa) con el sujeto activo del delito a quien está dirigido específicamente la obligación del deber de cuidado, definirá no ya una relevancia penal culposa sino un delito de peculado doloso, con división funcional de roles en un contexto de coautoría.

VII. EL ELEMENTO SUBJETIVO

El funcionario o servidor no debe de actuar dolosamente, es decir, no debe propiciar el descuido, ni entrar en concierto con el tercero para generar situaciones de supuesta culpa. Pues de ser ésta la figura de hecho, se le imputará al funcionario o servidor la comisión de peculado doloso, el mismo que prevé la posibilidad abierta de que la

⁽⁶³¹⁾ Al respecto ver la Ejecutoria de fecha 16/10/2002, Exp. N° 4168-2001, Idem 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.

⁽⁶³²⁾ Al respecto, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial* (ed. 1991), cit., Vol. II, p. 467.

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 y de delitos. 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 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, la falta de cuidado del sujeto público se torna irrelevante penalmente. 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 ⁽⁶³³⁾. Como señala E. ORTS, entre el abandono, la negligencia y la sustracción debe mediar una relación causal ⁽⁶³⁴⁾.

⁽⁶³³⁾ 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).

⁽⁶³⁴⁾ ORTS BERENGUER, E. et. al.: *Derecho penal especial*, cit., p. 491.

La figura del delito culposo por principio no admite tentativa jurídicamente relevante en el ámbito penal ⁽⁶³⁵⁾. 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 art. 387, sería enfocable 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 lo que permite la frustración del acto ilícito o tan sólo una tentativa inacabada (hipótesis de no consumación material de la sustracción).

IX. PENALIDAD

Hay penalidad alternativa. El juez tiene la potestad de sentenciar con pena privativa de libertad o con prestación de servicio comunitario, pero no con las dos penas conjuntamente. La penalidad del delito culposo agravado será de tres a cinco años, más la inhabilitación establecida en el art. 426. La penalidad del tercero (particular o sujeto público no vinculado funcionalmente) se reconduce según el tipo penal común de hurto.

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 bajo las circunstancias de culpa de éste, de ser sustraídos por tercero, aumentan la sanción penal para el funcionario o servidor público. Esta agravación de la pena en función al destino de los bienes o efectos, debe presuponer que dicho sujeto activo debió conocer la naturaleza especial de dichos bienes y concordantemente con ello redoblar los

⁽⁶³⁵⁾ Ver ROJAS VARGAS, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, cit., pp. 282 a 286, especialmente p. 286.

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, remitimos a lo ya dicho en los acápites respectivos del peculado doloso ⁽⁶³⁶⁾.

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Existe atipicidad:

- Por existencia de fuerza física irresistible.
- Cuando se trata de simples infracciones administrativas con ausencia de la sustracción por tercero ⁽⁶³⁷⁾.
- 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.

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 262: *Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por im-*

⁽⁶³⁶⁾ *Supra*, p. 502 y ss. ("La amplitud del concepto «caudal» y otros") y p. 508 ("Agravante").

⁽⁶³⁷⁾ Ejecutoria suprema de 12 de abril de 1989 (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 263 [Sumilla N° 42, p. 602]): "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".

prudencia 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)

«C.P. de España (1870), art. 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)

«C.P. de España (1973), art. 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 sustraídos, sin que pueda bajar de 100,000 pesetas. Si el funcionario culpable reintegrare antes del juicio dichos caudales o efectos, o con sus gestiones se lograre el reintegro, la pena será la de represión 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)

«C.P. de Bolivia (1972), art. 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)

«C.P. de Colombia (1980), art. 137: El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste 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».

«C.P. de Colombia (2000), art. 400: El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste 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 unos (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».

7. Costa Rica (1971)

«C.P. de Costa Rica (1971), art. 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».

8. Panamá (1982)

«C.P. de Panamá (1982), art. 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 sólo 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. V. Sujeto pasivo. VI. Comportamientos típicos: a) *Usar o permitir que otro use*. b) *Vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública o bajo su guarda*. c) *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 típica: *servicio personal por razón del cargo*. XII. Concurso de delitos. XIII. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causas de justificación*. XIV. Penalidad. XV. Legislación extranjera: 1. Colombia (1980). 2. Argentina (1922). 3. España (1973). 4. Portugal (1982).

Art. 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 mayor de cuatro años. 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».

I. ANTECEDENTES LEGALES

Sin antecedentes en la legislación penal peruana.

Constituye una creación normativa del legislador peruano, observándose en el art. 425 del Código portugués de 1932 un modelo de referencia aproximado ⁽⁶³⁸⁾.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

La figura peruana de peculado de uso ha priorizado un ámbito específico de peculado por utilización que da cuenta de una generalizada práctica de uso infuncional de determinados bienes públicos observable en los más diversos niveles de la administración pública, sin que exista una explicación coherente del porque haya tenido que privilegiarse esta modalidad de peculado por utilización de modo que le asista una penalidad menor.

El tipo penal de carácter específico ha restringido el objeto de acción del delito a los medios físicos de 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. Es oportuna la extensión normativa de responsabilidad penal a los contratistas y sus empleados, 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 que el bien es distraído de su destino o empleado en usos distintos al oficial.

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, es decir un adelantamiento de la barrera punitiva, se le atribuya en los mismos términos de injusto y pena al particular ⁽⁶³⁹⁾.

⁽⁶³⁸⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

⁽⁶³⁹⁾ Al respecto una severísima crítica en CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLES, «Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los códigos penales español y peruano», cit., p. 596.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La norma penal busca garantizar 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.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

El funcionario y servidor público en el ámbito de extensión del servicio, a título de autoría o coautoría.

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 sean de propiedad estatal. Se ubica aquí una extensión más, harto criticable por cierto, que da cuenta de la lectura penal del concepto de funcionario público que se agrega a lo establecido por el artículo 386 del Código Penal.

El tipo no exige necesariamente relación funcional estricta con los vehículos, máquinas e instrumentos del Estado, bastando en varios supuestos que se hallen destinados al servicio en el ámbito de competencia de los funcionarios o servidores. Pero tal indicación no descarta que en determinadas hipótesis sea necesaria la relación funcional, 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».

V. SUJETO PASIVO

El Estado.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El núcleo típico es *usar* o *permitir usar*.

Son elementos materiales constitutivos del tipo penal: **a)** usar o permitir el uso; **b)** bienes pertenecientes a la administración pública; y **c)** fines ajenos al servicio. Complementariamente, la calidad de contratista de obra pública.

a) 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 inadmisibles 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. En tal sentido el peculado de uso específico del art. 388 brinda un canal pertinente y comprensivo al respecto ⁽⁶⁴⁰⁾, no obstante los atendibles cuestionamientos.

Permitir que otro use, esto es 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. El término «otro» alude a cualquier persona, particular o funcionario-servidor público, persona natural o jurídica.

El uso es extensible normativamente al contratista ⁽⁶⁴¹⁾ que tiene vínculos contractuales con el Estado, pese a que no es funcionario, ni servidor. Lo mismo sucede con la hipótesis de permitir que otro use los bienes aludidos en el tipo penal ambas modalidades de peculado de uso resultan también imputables al contratista y sus empleados (personas que trabajan para él). La extensión a los empleados del contratis-

⁽⁶⁴⁰⁾ 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 art. 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. En el caso del Perú, es factible asimilar tal supuesto en el tipo penal de peculado de uso.

⁽⁶⁴¹⁾ *Contratista*: persona, generalmente una empresa privada, que ejecuta obras materiales para los órganos estatales en virtud a convenios o contratos.

ta deberá circunscribirse a quienes se hallan en la obra en relación o vínculo de trabajo ⁽⁶⁴²⁾. No obstante el tema es espinoso y sólo 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 como objetivo sino el uso. El delito tiene que ser necesariamente doloso. La ley no ha previsto penalmente la distracción o uso ajeno al servicio de naturaleza culposa.

b) Vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública o bajo su guarda

Que sean de propiedad del Estado (o de la administración pública, en un sentido más amplio), o de particulares bajo la custodia de la administración pública, son los dos requisitos que deben cumplir los bienes señalados para integrar la plenitud típica del objeto material de la figura penal en estudio. Se trata, como es fácil observar, de bienes de capital no fungibles y de relativa importancia.

Las vehículos son medios físicos de transporte de personas o cosas, mecánicos, a propulsión o eléctricos: locomotoras, camionetas, automóviles, aviones, helicópteros y otros de uso oficial, tractores, ganado de carga, carruajes, etc.

Las máquinas son aparatos o artificios mecánicos o electrónicos que permiten aprovechar concentrar y maximizar fuerza, rendimiento y tiempo. Así: sierras eléctricas, computadoras, fotocopadoras, imprentas, etc.

El término *cualquier otro instrumento* es de amplitud genérica, 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. Así: los teléfonos, computadoras, disquetes para computadoras, faxes, televisores, radios, etc.

⁽⁶⁴²⁾ Véase las interesantes formulaciones críticas que efectúa HUGO ÁLVAREZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, cit., pp. 118 a 120.

c) *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 que designa una unidad específica de acción pública que desarrolla sus funciones o actividades, así como al desarrollo de obras de interés estatal.

Los fines ajenos al servicio a los que destina el funcionario o servidor los bienes señalados pueden ser diversos: uso privado de familiares, amigos, empresas, de otras personas, etc., pero siempre con ajenidad al servicio. Dicho uso en fines ajenos al servicio presupone ya la presencia de beneficio 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.

VII. PECULADO DE USO Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD

El peculado de uso se basa en una práctica muy extendida en los ámbitos de la administración pública, que no por ello deja de ser arbitraria y anómala administrativamente, además de penalizada. Pero 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 entorpecimiento o daño de los fines de la administración pública); teniendo como base dicho principio general del derecho penal peruano, el Juez al momento de evaluar los componentes del tipo penal y decidir su fallo deberá merituar la trascendencia de la ofensividad para el bien jurídico tutelado, ante la deficiencia de nuestra legislación penal en establecer mecanismos de atenuación del injusto (uso momentáneo, por ejemplo). Es posible también, como plantea ANTOLISEI, que exista peculado todas las veces que ese uso impida u obstaculice gravemente alcanzar los objetivos propuestos por la administración pública ⁽⁶⁴³⁾.

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

El funcionario, servidor público, contratista y los empleados de éste, deben usar los bienes señalados en el tipo conociendo que son del

(643) ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 608.

Estado 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.

La existencia de error de tipo invencible hace atípica la figura.

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La naturaleza del comportamiento es activo en el usar y omisivo en el dejar o permitir que otro use. El delito es de simple actividad, es decir, el uso del bien consume el delito. No existe en el peculado de uso específico por parte del sujeto activo voluntad de apropiación, ni es necesario acreditar que éste actuó con ánimo de lucro, al no ser ello componente del tipo penal ni demostrar que efectiva y contablemente obtuvo beneficio económico o de otra naturaleza, bastando la utilización para fines no oficiales.

Cuando el uso de la máquina o el instrumento de trabajo corresponde a la conducta ejecutiva del tercero que se aprovecha así del bien, quien consume el delito es el funcionario o servidor público, radican-do 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 consume el delito. Representa ello una interpretación antojadiza e incorrecta.

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 consume 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.

Este delito, que es una variedad específica de peculado de uso, admite las diversas formas de tentativa y el desistimiento.

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 a finalidades privadas ⁽⁶⁴⁴⁾.

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. Tal ajenidad del servicio deja abierta tal interpretación.

XI. ÁMBITO DE LA EXCEPCIÓN TÍPICA: SERVICIO PERSONAL POR RAZÓN DEL CARGO

Los alcances de tipicidad del peculado de uso específico tiene una taxativa limitación cuando los vehículos motorizados, no las máquinas

⁽⁶⁴⁴⁾ MOLINA ARRUBLA: *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 93.

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 prohibición es expresa en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal. Si bien puede llamar la atención, la regulación punitiva de una norma que pudo tener cobijo de manera satisfactoria en una estipulación administrativa, la misma cumple una función comunicativa dirigida al Magistrado a fin de restringir en casos excepcionales la aplicación del peculado específico de uso. Tal excepción obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades del servicio imponen, en relación con un marco puntual de permisiones en beneficio del sujeto público. 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.

Resulta opinable analizar la restitución de tipicidad, es decir excluir la excepción, en situaciones de uso o disfrute de vehículos motorizados que desbordan los cometidos del uso personal por razón del cargo, por ejemplo para salir de paseo con la familia, prestarlo a un amigo, pariente o allegado; lo que ya es inaceptable es querer subsumir en dicha exclusión de tipicidad el uso personal o de terceros para comportamientos antiéticos, de apoyo político a candidaturas ⁽⁶⁴⁵⁾ o delictivos, en tales casos no rige la excepción.

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.

⁽⁶⁴⁵⁾ Así en tal sentido la Ejecutoria del 23/8/2002, 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 ejecutiva de control drogas (Idem SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 401).

XIII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

- Por error de tipo invencible sobre el carácter público de los bienes.

2. Causas de justificación

- *El consentimiento.* La autorización o consentimiento del funcionario jerárquico ⁽⁶⁴⁶⁾, para el uso de los bienes indicados en el tipo puede justificar la antijuricidad del delito, no obstante que mayoritariamente se considera a nivel doctrinario que la administración pública es un bien jurídico indisponible.⁽⁶⁴⁷⁾ Rige aquí lo dicho sobre el principio de lesividad.
- *El 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.

XIV. PENALIDAD

Pena privativa de libertad no mayor de 4 años más la inhabilitación accesoria de ley (art. 36 incisos 1 y 2).

XV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 134: *El servidor público que indebidamente usa o permite que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de*

⁽⁶⁴⁶⁾ 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.

⁽⁶⁴⁷⁾ 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 30/5/2003, Exp. N° 1285-2002 Lima, SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 406.

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».

«C.P. de Colombia (2000), art. 398: *El servidor público que indebidamente usa o permite que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste 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».*

2. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 261 [segundo párrafo]: *Será reprimido con la misma pena* ⁽⁶⁴⁸⁾ *el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública».*

3. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 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, sino 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».

«C.P. de España (1995), art. 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.*

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 d el artículo anterior».

⁽⁶⁴⁸⁾ El primer párrafo del art. 261 conmina con una pena de 2 a 10 años e inhabilitación absoluta perpetua.

4. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 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».

«C.P de Portugal (1995), art. 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».

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: a) *La administración de dinero o bienes: Relación funcional.* b) *Dar aplicación diferente a la destinada: Actos de malversación.* 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. *Argentina* (1922). 3. *España* (1995). 4. *Italia* (1930). 5. *Colombia* (1930). 6. *Chile* (1874).

Art. 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.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años [Texto según la modificación efectuada por el Artículo Único de la Ley N° 27151 de 7 de julio de 1999].»

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» ⁽⁶⁴⁹⁾.

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 315 del italiano ⁽⁶⁵⁰⁾.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Esta figura, de práctica muy frecuente en el ámbito de la administración pública, que implica también un abuso de poder, se compone de un tipo básico y de dos circunstancias agravantes en función al daño y al destino especial del dinero o bienes. Hay que observar que el tipo no emplea los términos «caudales» o «efectos», *que si lo siguen contemplando 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 ⁽⁶⁵¹⁾. Sobre la pertinencia de esta figura penal existen posiciones doctrinarias que abogan por su decriminalización y postulan su reubicación en la estricta área administrativa ⁽⁶⁵²⁾. En el contexto del derecho comparado algunas legislaciones penales exigen el dolo directo para perfeccionar típicamente la figura (art. 434 del código español de 1995), otras re-

⁽⁶⁴⁹⁾ El Código de 1863, por su parte, señalaba en su art. 194: *"El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos de la Nación, les da una aplicación oficial distinta de la señalada por las leyes, será condenado a suspensión de dos a seis meses; y además sufrirá una multa de diez a cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público"*.

⁽⁶⁵⁰⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

⁽⁶⁵¹⁾ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 232.

⁽⁶⁵²⁾ En cierta manera es lo que ha hecho el Código penal español de 1995 (art. 434) que exige ánimo de lucro para que el hecho adquiera relevancia típica penal (véase *infra*, p. 395). MOLINA ARRUBLA y GÓMEZ MÉNDEZ, en Colombia, y RODRÍGUEZ DEVESEA y otros en España, focalizan dicha tendencia.

quieren del daño o entorpecimiento del servicio como condición necesaria para la tipicidad del hecho, o de la arbitrariedad (caso del art. 236 del Código Penal de Chile), otras no regulan penalmente esta variedad de irregularidad administrativa. El reciente Código penal de Colombia 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 ha sido objeto de importantes modificaciones con la dación de la Ley N° 27151 de 7 de julio de 1999, que lo han dotado de mayores niveles de racionalidad, 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 han contribuido hacia tales propósitos. Pese a ello, subsiste la crítica, que apunta a su decriminalización por considerarla más objeto de la ilicitud administrativa ⁽⁶⁵³⁾.

En un buen sector del derecho penal comparado, la malversación de fondos se reconduce más por un ilícito administrativo que por ilícito penal, dado su escaso nivel de lesividad del bien jurídico protegido, y a que lo que se viola o infringe en tal supuesto son deberes administrativos, lo cual explica que varias legislaciones penales europeas en aplicación de los principios de mínima intervención y fragmentariedad no lo contemplen en su catálogo de comportamientos con relevancia penal (tendencia últimamente registrada por los Códigos Penales españoles y portugués de 1995 y francés de 1993).

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

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

⁽⁶⁵³⁾ 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.

en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos ⁽⁶⁵⁴⁾. En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio ⁽⁶⁵⁵⁾.

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 sólo 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 (art. 376). Si dispone de dichos fondos para sí mismo o para tercero cometerá peculado (387 ó 388, según el caso). Los custodios o 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 ⁽⁶⁵⁶⁾. Se requiere, como es fácil colegir, de relación funcional con el dinero o los bienes en función a la posesión en administración y además que ello implique la posibilidad de aplicación de los mismos a los fines oficiales. La relación funcional que exige el tipo de malversación es así más estricta que en el caso del peculado.

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.

⁽⁶⁵⁴⁾ Véase, al respecto, ORTIZ RODRÍGUEZ, Alfonso, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Medellín, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Medellín, 1985, p. 53.

⁽⁶⁵⁵⁾ Véase Ejecutoria suprema de 10 de noviembre de 1997, Exp. N° 3923-96, Ancash [*Sumilla* N° 8, p. 595].

⁽⁶⁵⁶⁾ 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 sólo quien ostenta la facultad de tenerlo para cumplir con él las órdenes que le puede dar el ordenador de tales bienes".

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El núcleo típico rector es «*dar una aplicación definitiva diferente*», conducta que puede, en términos generales, ser catalogada como una forma de arbitrariedad en la que incurre el funcionario o servidor público vinculado, dado que no debe haber una razón legal o autoritativa que explique formalmente dicha conducta. Dos son los componentes del tipo penal:

a) La administración de dinero o bienes: Relación funcional

Quien malversa fondos del Estado (dinero y bienes) sólo puede ser el funcionario o servidor vinculado funcionalmente con dichos fondos; dicha vinculación es de carácter legal, no exclusivamente en función al 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 sólo derivados por razón del cargo.

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 sólo 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 administración pública. Y es esta facultad lo 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.

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. Esta dicotomía explica en parte porque otras legislaciones dejan al ámbito administrativo la exclusividad de sustanciar dicha problemática.

La mención al dinero hace alusión a las monedas y billetes corrientes usados en operaciones y negocios comerciales. 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 formulas de malversación argentina y chilena.

b) Dar aplicación definitiva diferente a la destinada: Actos de malversación ⁽⁶⁵⁷⁾

La aplicación diferente, es decir, la utilización, empleo o inversión distinta, tiene que circunscribirse al ámbito de los diversos destinos oficiales o públicos. Porque si el funcionario destina el dinero o bienes a su uso, provecho personal o de terceros, el tipo penal no será malversación sino peculado ⁽⁶⁵⁸⁾. Ni el lucro ni el beneficio personal de terceros son componentes del tipo ⁽⁶⁵⁹⁾. La concurrencia de tales elementos adicionales del tipo tergiversarían la estructura de tipicidad de la figura de malversación de fondos generando confluencia con delitos de peculado o patrimoniales.

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 hace difícil objetivamente configurar malversación.

Dar *aplicación diferente* es, así, invertir mal o destinar indebidamente los fondos públicos que le han sido asignados y administra el sujeto activo. El ámbito de la aplicación diferente puede incluir tanto malversaciones producidas al interior de la repartición o unidad administrativa, como las producidas fuera de la repartición con la condi-

⁽⁶⁵⁷⁾ Ejecutoria Suprema de 26 de marzo de 1986 (*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, p. 144 [*Sumilla* N° 45, p. 603]: "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.

⁽⁶⁵⁸⁾ Ya el Código penal de 1924, en su artículo 348, hacía dicha precisión con la frase "les diere una aplicación distinta".

⁽⁶⁵⁹⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 178.

ción 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, conforme a lo establecido en las normas legales sobre la materia, que conceden facultades a los funcionarios de decisión a efectos de que reasignen o autoricen la reestructuración de determinadas partidas en casos excepcionales.

El supuesto de efectuar desembolsos mayores a los establecidos sin que se vea alterada la aplicación de los fondos por razón de la partida o el destino específico, así se afecte el servicio o la función carece de la suficiente lesividad penal a fin de reputarse un acto de relevancia penal por malversación de fondos, dado que no se adecua a las exigencias del tipo, pese a que pueda colocar en situación de peligro real al bien jurídico genérico protegido. La figura del despilfarro, que no oculte colusiones defraudatorias o peculado requiere una regulación expresa para ser típica; cuestión de ocurrencia en contextos de un funcionariado no profesionalizado como el peruano que en casos focalizados prioriza la ostentación y boato.

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 sólo en parte ⁽⁶⁶⁰⁾. 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 sigue constituyendo una irregularidad administrativa). En el delito de malversación de fondos no existe lesión real al patrimonio público, pues éste cumple de todas maneras sus finalidades sociales pero en forma no debida.

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 Su-

(660) PÉREZ, Luis Carlos, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1990, T. III, p. 200.

prema del 18/11/97, 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 éste para adelanto de remuneraciones (Ejecutoria Suprema del 16/8/96, Exp. N° 1364-96 Lima); haber los procesados retirado 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 18/4/2002, 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 26/3/86, Exp. N° 469-85 Huánuco), entre otros ⁽⁶⁶¹⁾.

La **definitividad de la aplicación diferente** del dinero o bienes públicos público, que marca ya la consumación del delito, hace alusión a la imposibilidad de regreso de los mismos a la partida o rubro de destino asignado. Están fuera de la adjetivación típico-temporal, por lo tanto, las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución luego de superado la causa o factor que lo 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 ésta 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 desvío o distracción de fondos de sus partidas oficiales.

La definitividad, si bien no tiene un parámetro en la doctrina ni 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 ⁽⁶⁶²⁾.

⁽⁶⁶¹⁾ Para mayor precisión véase Sumillas jurisprudenciales.

⁽⁶⁶²⁾ Así tómesese como referente lo establecido en la Ley 27879, cuyo artículo 36 de 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).

En la línea de pensamiento anterior, no se halla fuera de la previsión normativa el hecho 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 normatividades.

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 gasta más de lo asignado en adquisición de material de oficina, Alcalde que emplea el dinero destinado a la compra de maquinaria en el programa del vaso de leche, gastos no autorizados, 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 ⁽⁶⁶³⁾.

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 debe-

⁽⁶⁶³⁾ MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 131.

res, 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 art. 434 del código español actual (1995) resulta relevante la malversación si el agente actuó con dolo directo ⁽⁶⁶⁴⁾. 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 justificada por las circunstancias. En el caso de la figura peruana resulta suficiente el dolo eventual.

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 naturaleza doble: de acción omitiendo un deber de función. El delito se consuma instantáneamente al producirse o verificarse la aplicación o empleo definitivo de los bienes en destinos distintos a los previstos. No es suficiente la orden, el giro de cheques o la provisión de bienes, mientras éstos no se destinen, ejecuten o apliquen materialmente. Naturalmente, que es presupuesto del delito que los bienes o dinero hayan tenido un destino establecido previamente, 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 éstos son de incumbencia administrativa.

La **afectación al servicio o de la función encomendada** se constituye en una condición objetiva de punibilidad para hacer merecedora de sanción el injusto penal cometido por el sujeto público malversador. Obviamente que una interpretación gramatical y simplista del concepto *afección* puede llevar a excesos en la evaluación de dicha condición,

⁽⁶⁶⁴⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

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, aplicándose un derecho penal mínimo.

Asimismo, esta afectación del servicio o función deberá entenderse, no obstante el cambio del lenguaje que registra actualmente la norma penal en estudio, en el sentido dado por la anterior redacción establecida en el tipo penal, vale decir, de servicio dañado o entorpecido, lo cual deberá ser valorado judicialmente conforme los datos técnicos de acreditación que las instancias de control administrativo hagan llegar a las instancias judiciales. Resulta así, la afectación del servicio, un elemento objetivizador de la imputación de malversación a efectos de aplicar pena, que se demuestre la lesión causada al servicio público, lo que no implicará necesariamente la paralización o imposibilidad de que cumpla con sus fines. La asignación distinta del dinero o bienes tiene que ser de tal magnitud que comprometa seriamente la viabilidad del servicio, es decir, la función administrativa en el rubro destinado ⁽⁶⁶⁵⁾.

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 12/6/98, Exp. N° 1364-97 Lambayeque ⁽⁶⁶⁶⁾. No obstante, el tema podría exigirlo vía la correspondiente acotación normativa.

IX. PARTICIPACIÓN

Otros funcionarios o servidores pueden participar como cómplices del autor de malversación, o a nivel de instigación. Lo mismo pasa

⁽⁶⁶⁵⁾ 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).

⁽⁶⁶⁶⁾ 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 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. Los funcionarios subordinados en la escala jerárquica (piénsese en la relación Ministro de Economía, Vice Ministro, 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 reforma producida en 1999 mediante la Ley N° 27151 ha variado la existencia de las dos agravantes introducidas por la Ley N° 26198 de 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, donde figura como un componente que condiciona la represión del mismo, quedando vigente únicamente la agravante por el destino del dinero malversado (programas de apoyo social, programas de desarrollo o programas asistenciales). Esta circunstancia agrega un plus de mayor ilicitud al hecho, que se constituye en la razón para la agravación de la pena y que explica el aumento ostensible de la penalidad; sin embargo, creemos que es excesiva, pues si bien se lesiona la regularidad, fluidez y eficacia de las finalidades de la administración pública, llega incluso a superar en su extremo mínimo la penalidad establecida para el delito de peculado doloso.

XI. PENALIDAD

Pena privativa de libertad no menor de 1 año hasta 4 años de privación de libertad e inhabilitación de 1 a 3 años (art. 426 del Código penal) para la modalidad básica de malversación de fondos y de 3 hasta 8 años para la modalidad agravada.

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. 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 ⁽⁶⁶⁷⁾.

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 ⁽⁶⁶⁸⁾. Igualmente, el servidor público podrá invocar situaciones de obediencia jerárquica o autorización de la jerarquía pertinente.

⁽⁶⁶⁷⁾ Al respecto la Ejecutoria Suprema del 28/5/98, Exp. N° 6116-97 Ancash: 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 8/2/98, 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).

⁽⁶⁶⁸⁾ 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" [*Sumilla N° 10*, p. 595]. 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.

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.
- Depositar fondos públicos en cuentas privadas a la espera de ser utilizadas con beneficio para la administración pública.
- Invertir o aplicar fondos públicos en forma no prevista.
- Gastar más de lo previsto en un determinado destino.
- Traslado de fondos de una cuenta a otra diferente por destino.
- Disponer fondos de una empresa estatal para refaccionar Palacio de Gobierno.

XIV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 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. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 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*».

3. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 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*».

4. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 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*».

«C.P. de Italia (1930), art. 316-bis [texto de 1992, Ley 181 de 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)

«C.P. de Colombia (1930), art. 136: *El servidor público que dé a los bienes del Estado, de empresas o instituciones en que éste 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 éste, 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*

«C.P. de Colombia (2000), art. 136: *El servidor público que dé a los bienes del Estado, de empresas o instituciones en que éste 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 éste, 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».

6. Chile (1874)

«C.P de Chile (1874), art. 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».

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: a) «*Teniendo fondos expeditos*». b) «*Demorar [...] un pago ordinario o decretado por la autoridad competente*». c) «*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).

Art. 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 constituido por el art. 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 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 ⁽⁶⁶⁹⁾, y subsidiario ⁽⁶⁷⁰⁾ 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, derogado ya del Código de 1995, usualmente se lo consideraba la contraparte de la malversación. Así QUERALT, señalaba: 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 ⁽⁶⁷¹⁾.

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 ⁽⁶⁷²⁾. VILLADA, en la doctrina ar-

⁽⁶⁶⁹⁾ En el Código penal argentino el peculado y sus modalidades son formas de malversación.

⁽⁶⁷⁰⁾ 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).

⁽⁶⁷¹⁾ QUERALT, Joan J., *Derecho penal español*, Volumen II, Barcelona, Bosch, 1987, p. 469.

⁽⁶⁷²⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 305.

gentina, es del criterio 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 en 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 su depósito, administración o custodia, justamente para garantizar que ello no ocurra⁽⁶⁷³⁾. 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, y llegan 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⁽⁶⁷⁴⁾.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Autor sólo puede ser el funcionario o servidor bajo cuya competencia se halla el efectuar los pagos o dar la orden para los pagos. En la medida que la norma no exige expresamente vinculación funcional, es posible aceptar la hipótesis del funcionario encargado eventualmente, por otro funcionario competente de activar los pagos, conforme indica ABANTO VÁSQUEZ⁽⁶⁷⁵⁾. 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 éste no necesariamente compromete a la del superior jerárquico. De estar en concierto para la demora sin causa justificada, ambos serán coautores del delito.

⁽⁶⁷³⁾ VILLADA, Jorge Luis, *Delitos contra la administración pública*, obra citada, p. 448.

⁽⁶⁷⁴⁾ RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 396.

⁽⁶⁷⁵⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 340.

V. SUJETO PASIVO

La administración pública. La persona afectada directamente con la demora es el sujeto agraviado directamente, es decir, la víctima.

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Verbo rector: *demora*.

Dos son los componentes materiales del tipo penal además de un elemento objetivo de carácter normativo:

a) «Teniendo fondos expeditos»

El término «fondos» alude a dinero. Estar los *fondos expeditos* implica que dichos caudales se hallen en situación de disponibilidad inmediata para el pago en situación de suficiencia y, como dice CREUS, en tiempo debido ⁽⁶⁷⁶⁾. 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, faltara 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.

b) «Demorar [...] un pago ordinario o decretado por la autoridad competente»

«Pagos ordinarios» son aquellos que las reparticiones públicas efectúa de forma regular y periódicamente de acuerdo con sus presupuestos u otra fijación previa (sueldos, salarios), no así los pagos extraordinarios o especiales. 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, etc.) ⁽⁶⁷⁷⁾.

⁽⁶⁷⁶⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 306.

⁽⁶⁷⁷⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 306; FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 292.

Demorar dichos pagos es tanto no dar la orden de pago como el no efectuar el pago ordenado ⁽⁶⁷⁸⁾, cuando no obstante poder (porque se poseen los fondos) se debe pagar (porque es el tiempo oportuno) ⁽⁶⁷⁹⁾.

Lo que aquí se castiga, 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 ⁽⁶⁸⁰⁾. Presunción subjetiva que no es necesariamente valedera. 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.

c) «Injustificadamente»

El empleo de este elemento normativo implica que no deba existir ninguna razón legal ni natural (art. 20 del Código penal), existiendo fondos expeditos, que justifique la demora (orden de autoridad competente, disposición de la ley, hecho fortuito, razón técnica), 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, demora arbitrariamente (o no dispone) los pagos. Sus propósitos pueden ser múltiples pero todos ilegales. El tipo requiere de dolo directo.

El error de tipo invencible le quita tipicidad al hecho relevante.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Estamos ante un delito de omisión simple o de desobediencia, que se consuma al producirse el retraso o demora injustificada. El pago

⁽⁶⁷⁸⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 187.

⁽⁶⁷⁹⁾ Cita de NÚÑEZ efectuada por DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 305.

⁽⁶⁸⁰⁾ VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, cit., T. II, p. 676.

debe de 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 perfeccionó será el de rehusamiento (art. 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 sólo 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 sólo 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 (art. 426).

XII. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de peculado. Si la demora obedece a apropiaciones de dinero realizadas por el funcionario o servidor (art. 397).
- Con el delito de malversación. Si el funcionario ha dispuesto dichos fondos a otros gastos públicos (art. 389).

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 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)

«C.P. de España (1973), art. 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)

«C.P. de Guatemala (1973), art. 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)

«C.P. de Costa Rica (1971), art. 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: a) *La existencia del depósito, custodia o administración.* b) *Rehusar la entrega de dinero, cosas o efectos (objeto del delito).* c) *Requerimiento.* VII. Elemento subjetivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Participación. X. Causas de justificación. XI. Penalidad. XII. Concurso de delitos. XIII. Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. Chile (1874).

Art. 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 art. 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».

II. LA FIGURA PENAL

Como se indicaba en la figura de retención injustificada de pagos, estamos frente a una figura penal que junto a la anterior configu-

ran modelos autónomos de comportamiento ilícito. El delito de rehusamiento en relación a la demora injustificada, constituye 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 comisiva una modalidad de peculado, dado que posee mayores acercamientos con una forma de desobediencia a la autoridad. Como indica correctamente Alberto DONNA, citando a SOLER ⁽⁶⁸¹⁾, se trata con mayor precisión de una forma específica de desobediencia, sin que ésta le quite el carácter de malversación, ya que se entorpece el normal ejercicio de la administración pública.

En parte de la doctrina penal chilena se advierte una clara contradicción a la necesidad 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 para abarcar todos los casos posibles de la misma cuya aplicación desplaza necesariamente al artículo 237 ⁽⁶⁸²⁾.

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. Objeto específico y complementario es el evitar las distracciones arbitrarias del patrimonio público afirmando el principio de autoridad en la administración pública.

⁽⁶⁸¹⁾ DONNA, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 308.

⁽⁶⁸²⁾ POLITOF, Sergio; MATUS, Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno*, cit., p. 521.

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 sino de uno incorporado a la administración pública, quien tiene un marco de atribuciones regladas, no obstante esta precisión rige lo establecido en la norma general del artículo 425 que contempla a los administradores y depositarios judiciales de caudales embargados.

V. SUJETO PASIVO

El Estado. Agraviados son las personas afectadas con el comportamiento del sujeto público.

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Núcleo rector: *rehúsa entregar*.

Los elementos materiales que constituyen el tipo penal son los siguientes:

a) La existencia del depósito, custodia o administración ⁽⁶⁸³⁾

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, dado la evidente presencia de relación funcional entre éstos 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.

La *custodia* es la vigilancia y cuidado del dinero, cosas o efectos que vincula a la preservación de los mismos.

La *administración* es el gobierno y conducción de los bienes puestos en administración del funcionario o servidor. La administración

⁽⁶⁸³⁾ Véase lo desarrollado al respecto en capítulos anteriores, *supra*, p. 487 y ss.

que vincula al sujeto público con los bienes obliga a la asunción de responsabilidades administrativas, civiles y penales.

b) *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, negativa expresa, declarada o mediante evasivas o poniendo los bienes y efectos fuera del alcance de quienes deben recibirlo ⁽⁶⁸⁴⁾.

El *dinero* es el medio físico de cambio y representatividad económica, expresable en monedas, billetes.

Las *cosas* es 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 ⁽⁶⁸⁵⁾.

Los *efectos*, como ya hemos señalado, son los documentos con valor, títulos, símbolos y distintivos oficiales, etc.

Es acertada la Ejecutoria suprema del 13/1/2005, cuando considera que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un animo *rem sibi habendi*, esto es de actuar o proceder como propietario sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad ⁽⁶⁸⁶⁾. Precisión que justamente diferencia este delito

⁽⁶⁸⁴⁾ Ver CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 307.

⁽⁶⁸⁵⁾ PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 189.

⁽⁶⁸⁶⁾ Ejecutoria Suprema del 13/1/2005, Exp. N° 2212-04 Lambayeque, Jurisprudencia vinculante, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* del 28 de febrero de 2005.

del peculado por apropiación-utilización o de la malversación y también de las modalidades extensivas o impropias. Donde si hay materia de debate, sin que ello implique 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 a 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.

c) Requerimiento

El tipo penal de rehusamiento exige, a diferencia del tipo penal anterior, para que se configure 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).

El requerimiento tiene que efectuarlo la autoridad competente, es decir, quien por el cargo, función o jerarquía tiene atribuciones para ello. De no tener competencia quien realiza dicho requerimiento, faltará un elemento del tipo penal y, por lo mismo, no habrá delito. Se deberá requerir para la entrega de manera explícita al funcionario o servidor público obligado.

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 injustifica 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 ⁽⁶⁸⁷⁾.

⁽⁶⁸⁷⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 188.

La posibilidad de que exista error de tipo invencible se dificulta por la presencia del requerimiento que se le hace llegar al involucrado a efectos que cumpla con el mandato de la norma, ya que la existencia de dicho requerimiento hace suponer que el sujeto activo toma conocimiento, de no haberlo tenido, por orden de autoridad de la posición en la que se encuentra con relación a los elementos del tipo penal.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Al igual que con el delito anterior, se trata de un delito de omisión simple (desobediencia), no se requiere de perjuicio ni aprovechamiento. Si no existe requerimiento que ordene la entrega, no hay delito de rehusamiento. 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 causas de su estricta responsabilidad estaremos frente a una figura de peculado doloso o, en otro supuesto, si le es imposible entregar por causas naturales o de fuerza mayor que escapen a sus ámbitos de responsabilidad, nos hallaremos ante una hipótesis de ausencia de acción para definir el delito. La tentativa no resulta admisible jurídicamente.

El delito es permanente. Cesa cuando finiquita el rehusamiento y el sujeto activo hace entrega de lo ordenado.

IX. 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.

X. 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.

XI. PENALIDAD

Pena conjunta: privación de libertad de 2 días a 2 años e inhabilitación (art. 426).

XII. CONCURSO DE DELITOS

Cabe la posibilidad 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 caso, que 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 valor a fin de atenuar la pena a nivel de individualización judicial. Es aceptable que en el caso que el funcionario o servidor 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.

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

C.P. de Argentina (1922), art. 264 (segundo párrafo): [Está ya incluido en legislación extranjera del delito de demora injustificada de pagos].

2. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 398 (segundo párrafo): [Está ya incluido en legislación extranjera del delito de demora injustificada de pagos].

3. Chile (1874)

«C.P. de Chile (1874), art. 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: a) *Los autores y el objeto de la acción*. b) *Comentarios*. V. Bien jurídico protegido. VI. La equiparación legal. VII. Legislación comparada: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. España (1995). 4. Colombia (1980). 5. Chile (1874). 6. Bolivia (1972).

Art. 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 la 7a. Disposición Final de la Ley N° 28165 de 10 de enero de 2004].

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 al artículo 263 del Código penal argentino ⁽⁶⁸⁸⁾. Un posterior dispositivo de reforma del Código penal, la Ley N° 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.

II. SUJETO ACTIVO ⁽⁶⁸⁹⁾

Funcionarios públicos y particulares, estos últimos vinculados circunstancial y temporalmente con la administración pública a través de la administración o custodia de dinero o bienes con destino social ⁽⁶⁹⁰⁾, o dispuestos por la autoridad competente. Estos particulares pueden cumplir los roles descritos en el tipo a título propio 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.

La hipótesis, fuera del caso de los ejecutores coactivos, de que sean también autores los funcionarios o servidores públicos ⁽⁶⁹¹⁾, aplicable a algunos supuestos, está condicionada a que entre ellos y el objeto material del delito no exista la vinculación por razón del cargo en el sentido establecido por el artículo 387 del Código Penal, es más, ello es una condición que deberá existir en todos los supuestos.

Se apreciará que el sujeto activo no es mayoritariamente el especialmente vinculado por razón del cargo con el objeto material del de-

⁽⁶⁸⁸⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

⁽⁶⁸⁹⁾ La lectura de este capítulo debe de 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. 140 y ss.

⁽⁶⁹⁰⁾ 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 [*Sumilla* N° 13, p. 596].

⁽⁶⁹¹⁾ Ver ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 350.

lito, es decir, se trata de aquél que no posee un marco de deberes reglados en ley 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 un gran sector de casos se tratará de un sujeto desvinculado de la administración pública, que sólo entra en contacto con ella por el singular vínculo que le ata con el 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 a reparación civil.

IV. ANÁLISIS GLOBAL Y COMENTARIOS

El artículo 392º del Código Penal peruano tipifica lo que en la doctrina se conoce como malversación y peculado impropios, constituyendo un caso típico de norma penal extensiva y complementaria que considerando a un número determinado de funcionarios, servidores públicos y 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 la tipicidad a la descripción de los comportamientos y la penalidad de los delitos de peculado doloso y culposo (art. 387) y peculado de uso (art. 388). 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. El tratar de buscar equiparamientos de tipicidad con la figura 389 es discutible. Esta línea de interpretación no excluye 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 392º que tan sólo se limita a ampliar el círculo de autores de los men-

cionados 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 los objetos materiales del delito –bienes de particulares que poseen interés social, que han sido igualmente equiparados con base a valoraciones de contenido público– 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. Queda claro que, estrictamente, los comportamientos típicos son los contenidos en los artículos 387 y 388, 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 ⁽⁶⁹²⁾, 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 sin embargo también prevé la posibilidad de que dichos sujetos sean ya funcionarios y servidores públicos y que los patrimonios involucrados tengan calidad pública, 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 de diseñar tipos penales nada recomendable 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

(692) Véase ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 2ª ed., p. 398, quien considera imprecisa mi tesis de ampliación del concepto de funcionario público, o por lo menos de que ello constituye una imprecisión.

dicha tipología) ⁽⁶⁹³⁾. 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 a la autoría y no así en razón del patrimonio particular ⁽⁶⁹⁴⁾. Existen igualmente diseños que equiparan tanto la noción pública de funcionario como la calidad pública de los bienes a sujetos particulares y bienes particulares. En otros casos se mezclan bienes públicos con privados como objeto de tutela penal mediante esta figura extensiva.

Resulta una consecuencia advertible de tan singular tipo penal, que busca cerrar la cadena de conminación-represión en el contexto del peculado y la malversación, la dificultad evidente para precisar el bien jurídico específico, así como para aplicar con coherencia los principios desvanecedores de los concursos de normas invocables que la existencia del peculado extensivo origina.

a) Los autores y el objeto de la acción

1. Los Administradores o custodios de dineros de las entidades de beneficencia y similares ⁽⁶⁹⁵⁾

La frase «*entidades de beneficencia*» hace alusión a organizaciones particulares no estatales que prestan servicios de asistencia a la colec-

⁽⁶⁹³⁾ A propósito de un trabajo dedicado especialmente a analizar las figuras penales de malversación peruana y española, los profesores españoles 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).

⁽⁶⁹⁴⁾ Véase *infra* Legislación extranjera, los códigos penales de Chile, Argentina, España y Bolivia.

⁽⁶⁹⁵⁾ 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 Sub-Región de Salud de Ayacucho.

tividad. 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 resulta, a mi entender, errada, dado que ello ya está cubierto por los tipos de peculado y malversación. Así también lo entiende DONNA al analizar la legislación penal argentina referente a la malversación equiparada: se trata de bienes que pertenecen a establecimientos, de beneficencia de carácter privado, ya que como hemos visto, de ser público no haría falta esta equiparación ⁽⁶⁹⁶⁾.

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 normatividad 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 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»

⁽⁶⁹⁶⁾ DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni editores, 2000, p. 295.

2. Los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente ⁽⁶⁹⁷⁾

Dichas personas, ⁽⁶⁹⁸⁾ son particulares designados o nombrados con las formalidades del caso, ya que se trata de mandato u órdenes de autoridad ⁽⁶⁹⁹⁾, no de actos contractuales, los que confían en dichos sujetos particulares la administración o el depósito de los bienes o dinero. La legalidad del embargo en tanto acto jurídico precedente es un aspecto que deberá tomarse en cuenta a efectos de análisis del tipo penal en estudio.

La excepción esta dada por los ejecutores coactivos. Resulta no comprensible esta incorporación efectuada por Ley 28165 del 10 de enero del 2004, pues dichos sujetos son funcionarios públicos formalmente y por competencia material. En este último punto las atribuciones de los ejecutores coactivos (municipales o de la SUNAT) no consisten en destinar los bienes ejecutados a usos o aplicaciones, por lo que resulta forzado la remisión o equiparación con la estructura de tipicidad (conducta típica) del delito de malversación de fondos.

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. La posibilidad que se trate de sujetos activos funcionarios o servidores públicos se halla sujeto a la condición señalada en líneas anteriores ⁽⁷⁰⁰⁾. 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 ⁽⁷⁰¹⁾, lo cual sin embargo no debe

⁽⁶⁹⁷⁾ Con relación al ejecutor coactivo, incorporado en el tipo penal por la Ley 28165, véase p. 245 y ss.

Revisese la Ejecutoria Suprema del 28 de enero del 2000 (Primera Sala Transitoria), Exp. 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.

⁽⁶⁹⁸⁾ Véase en sumillas jurisprudenciales varios casos en los que el depositario es sujeto activo de delito de peculado extensivo.

⁽⁶⁹⁹⁾ Sobre el ámbito de extensión del concepto "autoridad", la Ejecutoria suprema de 24 de mayo de 1993 lo restringe al de la autoridad judicial [*Sumilla N° 31*, p. 600].

⁽⁷⁰⁰⁾ Véase *supra*, p. 580 ("Sujeto activo").

⁽⁷⁰¹⁾ Véase, por ejemplo, CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 305.

tomarse en sentido textual, 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 ⁽⁷⁰²⁾. 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 y su no disposición, de lo que puede colegirse la necesidad de rodear a las designaciones de ciertos formalismos, que de no existir en tanto desconocimiento de obligaciones pueden abonar la presencia de error de prohibición ⁽⁷⁰³⁾.

La naturaleza de estos dineros o bienes puede ser pública o de particulares, esto es, los bienes y dinero pueden pertenecer al Estado o ser propiedad de particulares, pero deben hallarse en poder de este último.

Genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal el hecho que la mención al depositario se halle también registrada en el artículo 190 del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, al mismo tiempo que en el artículo 425 del Código Penal, donde se describe quienes 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: «(...) los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares (...)»

ARTÍCULO 425: «Se consideran funcionarios o servidores públicos:

(...)

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

(...)»

⁽⁷⁰²⁾ Véase ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 350.

⁽⁷⁰³⁾ Al respecto véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1997, T. III, p. 4113.

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, siendo el origen de la relación, con el bien del cual se apropia, producto de una decisión del juez que le designa custodio, 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 éste debe su vinculación con los bienes a un espectro más amplio de fuentes, no sólo a la designación judicial, pues la norma 392 ha utilizado la frase «por orden de autoridad competente», lo que ya está ofreciendo pautas al intérprete. De plantearse al debate la posibilidad de un aparente concurso de normas, bajo el supuesto que el sujeto activo 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 caudales embargados o depositados con los fines de la administración pública.

En cuanto a lo regulado descriptivamente por el artículo 425 del Código Penal, ello no hace más que reproducir 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 jurídica penal, si es que se tiene en claro que lo normado en el artículo 190 respecto al depositario está circuscrito al origen judicial de su razón de existencia, 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 ⁽⁷⁰⁴⁾.

⁽⁷⁰⁴⁾ Igualmente Revítese el estudio comparado que efectúan a la normatividad en análisis los profesores españoles 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.

3. 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 ⁽⁷⁰⁵⁾

El tipo penal agrega aquí una norma complementaria de cierto contenido subsidiario que incluye a un amplio elenco de sujetos particulares calificados o no ⁽⁷⁰⁶⁾ 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 (de destino de los bienes) no existirá la posibilidad de imputar dicha circunstancia. Por ejemplo, las instituciones privadas de caridad que regularmente recepcionan donaciones para desastres, los organismos no gubernamentales (ONGS), los núcleos ejecutores de FONCODES ⁽⁷⁰⁷⁾, del PRONAA, INFES, los Comités del Vaso de Leche, etc. Esta circunstancia está así claramente demarcada y caracterizada por el destino humanitario y/o social en el que se van a aplicar los bienes, de por sí genérico y que se concretará en cada caso ⁽⁷⁰⁸⁾.

La expresión «todas las personas» alude a aquéllas 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 formali-

(705) Sobre lo que se entiende por fines asistenciales o programas de apoyo social véase *supra*, p. 508.

(706) El término "calificado" es empleado en el sentido de sujetos profesionalizados o que usualmente desarrollan labores de depositarios o administradores.

(707) Véase Ejecutoria Suprema del 20 de mayo de 1998 (Sala Penal C), Exp. 4937-97, Huánuco, en la cual la Corte Suprema confirmó la absolución del inspector de obras del núcleo ejecutor FONCODES-HUANUCO 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).

(708) 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.

zados de voluntad jerárquica para actuar a nombre de las personas jurídicas. Rige en este caso para ellos lo estipulado en el artículo 27º del Código Penal.

b) Comentarios

¿La extensión normativa que hace el artículo 392, alcanza también a las atenuantes, 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 ésta alcanza al íntegro de los componentes y circunstancias de los tipos penales. Así, a dichos sujetos activos les es aplicable la penalidad atenuada del delito de peculado culposo (art. 387, tercer párrafo); la eximente del uso de vehículo motorizado en razón del cargo (art. 388, tercer párrafo); así como las agravantes del daño o entorpecimiento del servicio y por el destino de los fondos, contemplados en el art. 389 (tercer párrafo); o las agravantes del peculado doloso y culposo (art. 387, segundo y tercer párrafos). 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 garante ⁽⁷⁰⁹⁾, 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, pero destinados a fines de utilidad social), es el cautelar bienes de utilidad o uso común que llegan a adquirir interés público, coincidentes equiparables o supletorios a los fines de la administración pública, evitando posibles impunidades de aquellos sujetos vinculados a la administración pública por especiales roles no estatales. Se cierra de esta manera el ámbito de intervención de la esfera penal en relación al patrimonio público y privado social.

⁽⁷⁰⁹⁾ Afirma Francisco MUÑOZ CONDE que sólo metafóricamente pueden considerarse tales personas funcionarios o servidores públicos (*Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 876).

Considero errónea la tesis de ABANTO VÁSQUEZ ⁽⁷¹⁰⁾ 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 ésta 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 ⁽⁷¹¹⁾, lo cual desnaturalizaría conceptualmente el tipo penal de peculado.

El bien jurídico en este peculiar e híbrido tipo penal estaría así dado por el interés jurídico penal de asegurar conminatoriamente la correcta gestión-administración 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. 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 no tiene calidad pública tales sujetos ⁽⁷¹²⁾. La necesidad de darle a la intervención penal

⁽⁷¹⁰⁾ Véase ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ª ed., p. 348.

⁽⁷¹¹⁾ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código Penal*, cit., T. III, p. 4112.

⁽⁷¹²⁾ Así, GÓMEZ PAVÓN y MOLINA ARRUELA en Colombia. Véase de este último, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 165.

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 base ficticia.

VII. LEGISLACIÓN COMPARADA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 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)

«C.P. de España (1973), art. 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)

«C.P. de España (1995), art. 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)

«C.P. de Colombia (1980), art. 138 [texto reformado por Ley 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 éste.*
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)

C.P de Chile (1874), art. 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)

«C.P de Bolivia (1972), art. 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. 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 absolversele, en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales» (Ejecutoria Suprema de 03 de julio de 1998, Exp. N° 5812-97, Apurímac).

2. 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 de 28 de mayo de 1998, Exp. N° 6116-97, Ancash).

3. 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 de 17 de marzo de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2899-97, Exp. N° 718-97, Callao).

4. 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 de 08 de enero de 1998, Exp. N° 1034, Apurímac).

5. 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 art. 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 de 10 de diciembre de 1997, Exp. N° 797-97, Cusco).

6. 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 doñoso, más aún si actuó sin conocimiento de su cuerpo de regidores» (Ejecutoria Suprema de 12 de noviembre de 1997, Exp. N° 4402-96, Arequipa).

7. 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 de 12 de noviembre de 1997, Exp. N° 350-96, Apurímac).

8. 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 de 10 de noviembre de 1997, Exp. N° 3923-96, Ancash).

9. 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 de 10 de noviembre de 1997, Exp. N° 3623-96, Arequipa).

10. 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 de 31 de octubre de 1997, Exp. N° 2147-96, Lambayeque).

11. 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 art. 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 de 07 de octubre de 1997, Exp. N° 4554-96, Arequipa).

12. 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 de 07 de octubre de 1997, Exp. N° 591-96-Consulta La Libertad N° 951-96, La Libertad).

13. 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 de 26 de setiembre de 1997, Exp. N° 1404-96, Ayacucho).

14. 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 sólo 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).

15. 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, emi-

tiendo en tal sentido un doble pronunciamiento por un mismo hecho; que tal irregularidad origina la nulidad de la sentencia materia de grado» (Ejecutoria Suprema de 22 de agosto de 1997, Exp. N° 1723-97, Cono Norte-Lima).

16. 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 de 17 de julio de 1997, Exp. N° 3753-96, Huaura).

17. 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 de 03 de abril de 1997, Exp. N° 4777-95, Sala C, Puno).

18. 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 de 02 de abril de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 392-97, Exp. N° 4296-95, Sala C, Amazonas).

19. 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 art. 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 art. 5 del Código de Procedimientos Penales, declarándose de oficio la excepción de naturaleza de acción» (Ejecutoria Suprema de 12 de diciembre de 1996, Exp. N° 710-95-B, Lima).

20. PECULADO: ABSOLUCIÓN POR IMPRECISIONES DE LAS IMPUTACIONES DEL FISCAL

«Que 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 éste; por lo que declararon no haber nulidad en la sentencia recurrida que absuelve al acusado» (Ejecutoria Suprema de 22 de noviembre de 1996, Exp. N° 2274-95-B, Piura).

21. 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 de 19 de noviembre de 1996, Exp. N° 3440-95-B, Cajamarca).

22. PECULADO: PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD BENIGNA

«Si bien los hechos ilícitos ocurrieron en 1984 y 1985, encontrándose tipificados en el art. 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 art. 387 del Código penal vigente de 1991 por serles más favorables» (Ejecutoria Suprema de 29 de octubre de 1996, Exp. N° 2373-95-B, Huaura).

23. 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 penitenciaría, 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 resolutive de la sentencia» (Ejecutoria Suprema de 29 de octubre de 1996, Exp. N° 2723-95-B, Huaura).

24. 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 de 04 de octubre de 1996, Exp. N° 3299-94-B, Lima).

25. 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 (art. 389)» (Ejecutoria Suprema de 16 de agosto de 1996, Exp. N° 1364-96-B).

26. 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 de 15 de marzo de 1994 [*Normas Legales*, setiembre, 1996, p. J-15]).

27. PECULADO: AGRAVIADOS

«En ningún caso puede considerarse a los particulares como sujeto pasivo del delito de peculado, pues este ilícito sólo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de éste, en consecuencia, no debe tenerse como agraviados del delito en comentario a los titulares de los cheques que fueron sustraídos y cobrados por personas distintas» (Ejecutoria Suprema de 15 de marzo de 1994 [*Normas Legales*, setiembre, 1996, p. J-16]).

28. 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 éste 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 de 15 de marzo de 1994, Exp. N° 1885-92-B).

29. PECULADO POR UTILIZACIÓN: CONCEPTO

«Se configura el delito de peculado cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio, aunque éstos hayan sido devueltos» (Ejecutoria Suprema de 15 de noviembre de 1993 [*Normas Legales*, febrero, 1996, p. J-24]).

30. 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 de 10 de setiembre de 1993, Exp. N° 1560-93, lca).

31. PECULADO: SUJETO ACTIVO (ART. 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 de 24 de mayo de 1993 [ROJAS PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, p. 242]).

32. 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 de 08 de marzo de 1993 [*Normas Legales*, marzo, 1996, p. J-31]).

33. 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 Justi-

cia» (Ejecutoria Suprema de 05 de marzo de 1993 [ROJAS PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, p. 241]).

34. PECULADO: LIBERTAD INCONDICIONAL

«La libertad incondicional procede cuando de lo actuado en el proceso se demuestra plenamente la inculpabilidad del encausado, por lo que se desnaturaliza el instituto de la libertad incondicional, si se otorga sin respetar lo previsto en la ley que la regula» (Ejecutoria Suprema de 24 de febrero de 1993, Exp. N° 1870-91, Cusco).

35. 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 de 30 de junio de 1992 [*Normas Legales*, enero, 1996, p. J-26]).

36. 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 de 10 de marzo de 1992 [*Normas Legales*, enero, 1995, p. J-30]).

37. 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 aquél no tiene la condición de funcionario público, ni que la agravada 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 de 19 de setiembre de 1991 [*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, p. 193]).

38. 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 de 03 de julio de 1991, Exp. N° 1141-90, Loreto [*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, p. 247]).

39. 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 de 27 de diciembre de 1990 [*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 195]).

40. 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 de 21 de diciembre de 1990 [*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 141]).

41. 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 de 29 de mayo de 1990 [*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 165]).

42. ELEMENTOS DE PRUEBA

«Si en autos no existen elementos de prueba que acrediten la comisión de los delitos instruidos, menos la responsabilidad de los inculcados, 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 de 12 de abril de 1989 [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 256]).

43. 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 de 1 de febrero de 1989 [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 263]).

44. 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 de 25 de agosto de 1986 [*Jurisprudencia Penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1987, p. 170]).

45. PECULADO Y MALVERSACIÓN: REQUISITOS

- «1. Para que se configure el tipo penal de peculado es necesario probar que los servidores públicos se apropian en beneficio personal de fondos públicos.
2. 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 de 26 de marzo de 1986 [*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, p. 144]).

46. 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 éstos, los cuales por su naturaleza y configuración no requieren que en vía diferente sean resueltas» (Ejecutoria Suprema de 7 de marzo de 1986 [*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, p. 198]).

47. PECULADO: COMPLICIDAD

«Los empleados de un grifo de gasolina de propiedad particular no pueden ser cómplices del delito de peculado. Sólo un funcionario o servidor público puede ser partícipe de dicho delito» (Ejecutoria Suprema de 17 de diciembre de 1985 [*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 326]).

48. MALVERSACIÓN, ATIPICIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE OFICIO

- «1. Está excluido del delito contra los haberes de función y los deberes profesionales, quien no desempeñó oficialmente cargo alguno en una repartición pública.

2. 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 de 30 de julio de 1985 [*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 162]).

49. 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 de 3 de setiembre de 1984 [*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1984, p. 832]).

50. 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 de 23 de abril de 1984 [*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1984, p. 88]).

51. 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 de 8 de julio de 1980 [Jurisprudencia Penal, Editora Normas Legales, Trujillo, 1997, p. 170]).

52. 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 de 25 de mayo de 1971 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 778; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 414]).

53. 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 de 15 de abril de 1970 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 778; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 414]).

54. PECULADO Y APROPIACIÓN ILÍCITA

«No procede el juicio oral contra el ex-alcalde y los ex-síndicos 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 ex-alcalde fue pagado con sus respectivos intereses» (Ejecutoria Suprema de 18 de abril de 1956; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 413]).

55. 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. Sólo como resultado de la investigación judicial se determinará la responsabilidad o irresponsabilidad del inculcado» (Ejecutoria Suprema de 6 de junio de 1953 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1953, Lima, p. 1113; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 412]).

56. PECULADO: ACTOS TÍPICOS

«Comete delito de peculado el sub-director 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 de 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]).

57. 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 inculcados acreditar su irresponsabilidad» (Ejecutoria Suprema de 12 de diciembre de 1949 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, Lima, p. 335; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 412]).

58. PECULADO: FUNDADA LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

«Abierta instrucción contra un ex-Alcalde, 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 sólo estaba expedita la acción penal contra el ex-alcalde después de esclarecerse la responsabilidad de los síndicos» (Ejecutoria Suprema de 4 de noviembre de 1948 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1949, Lima, p. 398; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 411]).

59. 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 de 4 de noviembre de 1948 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1949, Lima, p. 398; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 398]).

60. 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 de 15 de abril de 1941 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1953, Lima, p. 1113; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 412]).

61. 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 de 29 de octubre de 1926 [*Revista del Foro*, 1929, Lima, p. 61; ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 411]).

62. 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 de 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).

63. 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 de 26 de junio de 2003, Exp. N° 2337-2001, Lima. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Idemsa, 2005, p. 321).

64. 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 sólo 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 de 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).

65. 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 éste no cumpla su finalidad propia y legal» (Ejecutoria Suprema de 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).

66. PECULADO: PATRIMONIO PÚBLICO

«En lo que concierne al delito del 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 Ancash. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, Editora Normas Legales, 2000, Año II, N° 4, p. 435).

67. 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 de 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).

68. 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 de 4 de julio

de 2002, R. N. Nº 1402-2001 Tumbes. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*, Lima, Jurista editores, 2004, p. 392).

69. 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 de 21 de enero de 1992, Exp. Nº 892-91 Lambayeque. GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia penal de la corte suprema*, Tomo II, Lima, Idemsa, 1996, p. 327).

70. 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, apropiándose los, para después de tres años, de ser requerido en proceso, devolverlos» (Ejecutoria Suprema del 05 de noviembre del 2002, Exp. Nº 126-2002 CUSCO. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos Contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 251).

71. 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 del 2003, R.N. Nº 4253-2003 Ancash. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos Contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 264).

72. 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 eco-

nómico» (Ejecutoria Suprema del 02 de marzo del 2002, Exp. N° 4532-2001 Huánuco. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos Contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 266).

73. 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).

74. 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» (Ejecutorias Suprema del 20 de noviembre de 2000, Exp. N° 1916-2000 Lima. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal 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).

75. 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 quien deben entregarse los materiales de una obra» (Ejecutoria Suprema de 08 de julio de 2003, Exp. N° 2124-2002 Ancash. *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, año 9, N° 64, enero 2004, p. 148).

76. PECULADO: MEDIOS PROBATORIOS

«Se ha acreditado fehacientemente la responsabilidad penal del encausado, quien no obstante aducir ser inocente de los hechos imputados, recono-

ce 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 la 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 de 19 julio del 2003, Exp. N° 3275-2001, Junín. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal Comentada*, Lima, Idemsa, 2005, p. 323).

77. 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 interviniente 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 sólo 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 del 2003, Exp. N° 3203-2002 Lima. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública*, *Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 231).

78. 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 de 08 de abril del 2003, Exp. N° 3795-2001 Arequipa. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública*, *Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 212).

79. 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 recepción por los encausados» (Ejecutoria Suprema de 06 de noviembre del 2002, Exp. N° 374-2000 Junín. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública*, *Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 284).

80. 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 de 18 de junio del 2001, R.N. Nº 2104-2001 Cajamarca. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 359).

81. 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 por que no se repartieron oportunamente, constituyendo una conducta con mayor reproche penal por que 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 de 14 de junio de 1999, Exp. Nº 389-97, *Jurisprudencia Penal*, Lima, Editora, Normas Legales, 2003, p. 379).

82. PECULADO CULPOSO

«Resulta imputable por delito de peculado culposo, el inculpadado 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 éste se habría apropiado; de lo que resulta que no se habría meritulado la prueba actuada ni compulsado debidamente los hechos imputados en la sentencia, siendo procedente declararla nula en su extremo absolutorio» (Ejecutoria Suprema de 15 de julio del 1999 (Sala C), Exp. Nº 281-99 Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 4, Lima, 2000, p. 465).

83. 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 de 10 de julio del 2002, Exp. N° 3278-2001 Apurímac. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 364).

84. 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 de 16 de octubre del 2002, Exp. N° 4168-2001 La Libertad. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 375).

85. 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 de 23 de agosto del 2002, Exp. N° 2565-2001 CUZCO. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 399).

86. PECULADO DE USO

«Se le inculpa 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 de 22 de enero del 2003, Exp. N° 3201-2001 Lima. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 401).

87. 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 de 23 de enero del 2003, Exp. N° 3630-2001 Ucayali. Salazar Sánchez, Nelson, *Delitos Contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 208).

88. MALVERSACIÓN DE FONDOS: ACTOS TÍPICOS

«Los actos imputados a los acusados, consistentes en haber destinado los recursos del sobre canon 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 fondo así como la responsabilidad penal de los procesados» (Ejecutoria Suprema del 18 de noviembre del 1997, Exp. N° 2846-96 Ucayali. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal*, Lima, Gaceta jurídica, 1999, p. 682).

89. 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 del 1996, Exp. N° 1364-96-B, Lima. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal*, Lima, Gaceta jurídica, 1999, p. 684).

90. MALVERSACION 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 05 de noviembre del 1998, Exp. N° 6151-97 Piura. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal Comentada*, Lima, Gaceta jurídica, 1999, p. 463).

91. MALVERSACIÓN DE FONDOS

«El procesado durante su gestión como gerente de la Corporación Departamental de Desarrollo de Ancash, 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 funcionamiento, 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 de 04 de diciembre del 2002, R.N. Nº 430-2002 Ancash. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 445).

92. 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 de 08 de agosto del 2002, Exp. Nº 4050-2001 Cono Norte de Lima. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 452).

93. 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 de 26 de julio del 2003, Exp. Nº 3253-2001 Ancash Huaraz. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 413).

94. MALVERSACIÓN DE FONDOS: AUTORIZACIÓN PARA LA VENTA DE BIENES

«Si la venta de bienes de una institución estatal son autorizados 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 de 28 de mayo del 1998, R.N. Nº 6116-97 Ancash. CHOCANO RODRIGUEZ, Reiner, VALLADOLID ZETA, Víctor; Lima *Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2002, p. 262).

95. 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 de 13 de julio del 1999, Exp. N° 1524-98 Arequipa. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, Editora, Normas Legales, 2000, Año II, N° 3, p. 396).

96. PECULADO Y MALVERSACIÓN DE FONDOS: PRECISIONES

«Los delitos de peculado y malversación atribuidos al procesado se materializa por la utilización del dinero y bienes pertenecientes del Estado o sectores del Estrado 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 sólo 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 de 26 de octubre del 1999, Exp. N° 3203-98 Ancash, *Normas Legales*, Trujillo, Editora Normas Legales, Tomo 287, abril 2000, p. A-68).

97. REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES

«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 de 10 de marzo del 2003, R.N.- N° 4176-2001 Ica. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 473).

98. REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES

«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 sólo como depositario judicial» (Ejecutoria Suprema de 25 de febrero del 2003, Exp. N° 3939-2001 Ica. Salazar Sánchez, Nelson, *Delitos Contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 483).

99. PECULADO EXTENSIVO O IMPROPIO

«El delito de peculado previsto por el artículo 392º del Código Penal, como una extensión de los tipos contenidos en los artículos 387º y 389º 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 de 28 de enero del 2000, Exp. N° 1364-99 Arequipa. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, Editora, Normas Legales, 1999, Año II, N° 4, p. 391).

100. PECULADO EXTENSIVO: PRECISIONES

«La conducta desplégada 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 funcionario 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 de 21 de enero del 2003, Exp. N° 3253-2002 Huancavelica. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 490).

101. 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 de 16 de julio del 2003, R.N.-N° 2272-2002 Junín. *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, Año 10, N° 72, setiembre 2004, p. 153).

102. 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 de 12 de diciembre del 2000, Exp. N° 3245-2000 Lima. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal 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 del 2002, Exp. N° 373-2000, p. 747).

103. 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 de 29 de octubre del 2002, R.N. N° 4734-2001 Pasco. Salazar Sánchez, Nelson, *Delitos Contra la Administración Pública, Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 493.

TÍTULO CUARTO

LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. La corrupción. III. Corrupción, cohecho y soborno. IV. La corrupción privada y el soborno transnacional. V. La corrupción pública delictiva en el contexto legal internacional. VI. Modalidades de corrupción delictiva: a) *Cohecho propio*. b) *Cohecho impropio*. c) *Cohecho pasivo*. d) *Corrupción activa*. e) *Cohecho antecedente y cohecho subsecuente*. f) *Observaciones pertinentes*. VII. Los medios corruptores: a) *El donativo*. b) *La promesa*. c) *Las ventajitas*. d) *Casos particulares: los cohechos disfrazados, las coimas y los favores*. VIII. El bien jurídico protegido. IX. La plurisubjetividad de los delitos de cohecho. X. Los modelos español e italiano de cohecho. XI. La sistemática peruana de los delitos de cohecho: a) *Tipos penales de corrupción pasiva*. b) *Tipos penales de corrupción activa*. c) *Tipos especiales de corrupción*. XII. Aspectos de técnica legislativa empleada: a) *Los verbos rectores utilizados*. b) *Las fórmulas corruptoras*. c) *Naturaleza y complejidad de los tipos penales*. d) *Tipos de resultado y de actividad-peligro*. e) *Elementos subjetivos*. f) *Funcionarios y particulares*. g) *Sistema de penas*. XIII. Figuras penales (o delitos de cohecho) no contempladas en el Código penal de 1991. XIV. La reforma de 2004 a los delitos de corrupción: antecedentes y características de las Ley N° 28355.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La corrupción –por lo menos la de contenido económico, mayormente estudiada– es un fenómeno social que acompaña a la humanidad dividida en clases sociales, donde los recursos y las oportunidades se hallan distribuidos en relaciones de asimetría y contraste. Está presente en los niveles altos de poder económico, político y social, como

también en las prácticas horizontales, cotidianas, del interactuar humano en una proporción nada despreciable. Tiene mayor incidencia en sociedades no democratizadas donde la fuerza de los valores y deberes se caracteriza por su déficit o en aquellas donde constituye un valor de intercambio para el cálculo de intereses. Justamente es en estas últimas sociedades de naturaleza capitalista avanzada o incipiente donde la corrupción ha alcanzado referentes de alarma que motivan interrogantes sobre la racionalidad de la misma: ¿Es el humano antropológicamente corrupto? ¿Es su naturaleza o parte de ella, como sostendrán Sócrates y Platón, «proclive al vicio» ⁽⁷¹³⁾ o en términos más actuales al soborno ya sea en su modalidad activa o pasiva? ¿O se trata de un fenómeno cultural enraizado en lo social? ¿Qué factores explican el hecho que individuos que tienen cubiertas todas sus expectativas de status y bonanza económica practiquen y/o continúen desarrollando comportamientos delictivos de enriquecimiento? ¿Propician los gobernantes y el alto funcionariado el efecto del contagio jerárquico ⁽⁷¹⁴⁾ de la corrupción? ¿Se puede seguir jurídico-normativamente considerando la corrupción un hecho aislado de la corrupción privada? O, acaso, ¿es ya un estilo y un método de conductas que definen el comportamiento de la mayoría de los gobiernos, de los políticos, mandatarios y hombres de poder, así como también del hombre común? ¿Cuál es el rol que cumple en este contexto el derecho penal, cuál su eficacia y limitaciones? ¿Cuál es la corrupción que la norma penal castiga? ¿Cuánto de honestidad hay realmente en las publicitadas campañas anti-corrupción globalizadas e internas, o son acaso éstas eufemísticos pretextos para tirar las piedras antes de ser aplastados?

El fenómeno de la corrupción se ha convertido en un problema mundial de implicancias múltiples tanto para la economía de las naciones ⁽⁷¹⁵⁾, las reglas de la convivencia social, los estilos de conducción

⁽⁷¹³⁾ PLATÓN, *La República*, Lima, Peisa, 1976, Libro Primero.

⁽⁷¹⁴⁾ Jean PINATEL sostiene la tesis de que la criminalidad de los políticos, gobernantes y de los sectores de poder originan, por procesos de contagio jerárquico, comportamientos corruptos en los estratos sociales inferiores. Conclusión que le permite hacer suyas las frases de TARDE acerca de que los vicios y crímenes de hoy localizados en las capas del pueblo vienen de arriba (*La sociedad criminógena*, Madrid, Aguilar, 1979, p. 24).

⁽⁷¹⁵⁾ Para un estudio acerca de las implicancias de la corrupción en la economía de los países, véase MURIEL PATIÑO, María, «Aproximación macroeconómica al fenómeno

política y prácticas funcionales, como para la moral de los pueblos ⁽⁷¹⁶⁾. Tal súbita irrupción a los escenarios del protagonismo mundial ha coincidido, o más bien ha sido posibilitado, por los efectos de las globalizaciones de la economía, las comunicaciones y la mundialización de la cultura, que incluso ha permitido cohesionar los rasgos comunes de tal fenómeno en lo que se ha dado en denominar la cultura de la corrupción, anticultura extendida por los confines del planeta con prescindencia del régimen político o la formación económica social que se trate. Esta constatación no puede llevarnos a concluir que la corrupción tal y como ahora la percibimos sea un problema de reciente data, lo que ocurre es que las condiciones actuales del escenario político e informativo se han convertido en los desencadenantes idóneos para destapar realidades negativas que antaño permanecían soterradas o eran de conocimiento de reducidos grupos de personas. De la sensación sobre la existencia de la corrupción se ha pasado abruptamente en estas dos últimas décadas a la evidencia descarada de la corrupción de los gobernantes, de los altos círculos del funcionariado público (civil y militar), del empresariado y en general a la confirmación que la inescrupulosidad y la codicia sin límites son los mecanismos más adecuados para el acceso al poder, el dinero y el éxito. La cultura de la corrupción como valor antiético eficaz, fundado en razones de coste económico, es hoy un valor dominante y sujeto a cuestionamiento y lucha por el lado de los sectores sanos de la sociedad y la política.

Pero lo que sí constituye una verdad incontrastable es el hecho que la corrupción significativa que asola los países corroyendo costumbres y estilos de interacción humana, sin ser algo nuevo, es sin embargo distinta a la que hasta entonces se conocía. Tres notas saltantes definen esta distintividad de la corrupción en la era de la postmo-

no de la corrupción», en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y CONTRERAS ALFARO, Luis, *Prevención y represión de la corrupción en el estado de derecho*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pp. 18 a 39.

⁽⁷¹⁶⁾ Al respecto una serie de artículos que reflexionan sobre las relaciones entre corrupción y moral, véase en CORTINA, Adela; PECES BARBAS, Gregorio; ZARZALEJOS, José Antonio y VELASCO, Demetrio, *Corrupción y ética*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996. Igualmente de CORTINA, Adela, *Ética de la sociedad civil. Un antídoto contra la corrupción*; y de LÓPEZ CALERA, Nicolás, «Corrupción, ética y democracia», en ARROYO, Luis; AUGER, Clemente; GARZÓN, Ernesto y otros, *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp. 253 a 270, y 117 a 134, respectivamente.

dermidad y las globalizaciones: a) su naturaleza institucional; b) su incorporación o conexión con el crimen organizado; y c) su decantamiento de las formas tradicionales de corrupción, como suerte de corolario de las precedentes características.

En efecto, asistimos como observadores privilegiados a observar el desarrollo de una corrupción que ha tomado a los centros de decisión político-militar y económico en tanto posiciones desde las cuales desarrollar los planes delincuenciales, implementando toda una estrategia de copamiento y utilización de las estructuras del Estado para enriquecerse y delinquir. Posicionamiento de puestos públicos, cargos institucionales y tendido de redes entre las instituciones para configurar –a nivel del Estado, la conducción política del país, la actividad empresarial pública, las contrataciones en general y los procesos electorales– bastiones de control al servicio de la actividad delictiva de amplios sectores del alto funcionariado a todo nivel y de quienes medran en su entorno. Proceso de significativización, absolutización y sofisticación de la corrupción inscrito en el marco globalizador de la criminalidad organizada, en tanto el país se halla inmerso en las transacciones económicas con transnacionales y en la estrategia de las decisiones mundiales de los centros de poder económico, y por lo mismo con las conductas desvaloradas de tales dimensiones del acontecer internacional.

Por cierto la corrupción institucionalizada y asociada con el crimen organizado no es la clásica relación judicial de cohechos bilaterales o concusiones aisladas, ni las tradicionales corruptelas de los burócratas, o las coimas solicitadas por policías y secretarios de juzgado; tampoco las apropiaciones de caudales por algún funcionario de provincias o de algún otro del gobierno central caído en desgracia. No, tales formas de corrupción –que sin embargo no han perdido vigencia en la estadística judicial pero sí significatividad– son aquellas para las que se crearon las diversas figuras de los códigos penales en el siglo XIX y que no pueden dar cuenta de la apabullante descarada y significativa corrupción actual, que ha sofisticado sus métodos, creado formas distintas de cohecho, que se ha asociado al crimen internacional y que ha tendido redes a través de asociaciones ilícitas –algunas de ellas de contenido mafioso– hasta entonces no vistas en los predios de la administración pública para medrar de las posiciones de ventaja que otorga el poder o su cercanía a él.

La corrupción, en tanto fenómeno complejo puede ser estudiada con base a tres matrices, en tanto dato socioeconómico como referente anti-ético que invade y afecta las costumbres de las interacciones humanas, sociales, económicas y políticas, y estrictamente como una conducta penalmente típica. Reconociendo que un estudio estrictamente penal no ayuda a tener una visión rigurosa y real del contenido y formas sociológicas de tal fenómeno, por las limitaciones propias de nuestra arcaica legislación penal en dicha materia y por su naturaleza misma, el objeto del presente comentario-análisis de los tipos penales de corrupción que registra el Código Penal peruano sólo se restringirá a dicha tercera lectura, dejando en manos del acucioso lector seguir la pista a través del trabajo de especialistas que han publicado trabajos de excepcionalidad calidad ⁽⁷¹⁷⁾.

II. LA CORRUPCIÓN ⁽⁷¹⁸⁾

El término «corrupción» tiene una vasta diversidad de aplicaciones que rebasan el marco jurídico. Así, significa: a) alterar y trastocar la forma de alguna cosa; b) echar a perder, dañar, pudrir, descomponer; c) oler mal; d) incomodar, fastidiar, irritar (uso lingüístico figurado); e) vicio o abuso introducido en las cosas no materiales; f) soborno, cohecho; g) delito de perversión sexual. Para el derecho penal interesan las dos últimas acepciones; para los efectos de nuestro estudio sólo la penúltima: el soborno o cohecho. La corrupción pública puede ser definida, siguiendo a Alfonso SABÁN GODOY como la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando éste difiere del general, al que toda actuación pública se debe por mandato constitucional o legal ⁽⁷¹⁹⁾. No todo acto de corrupción pública se halla punitivamente tipificado; en el Código penal peruano se ha enfatizado la de connotación patrimo-

⁽⁷¹⁷⁾ Véase ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 2001; CALSAMIGLIA, Albert, *Cuestiones de lealtad, límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2000, EIGEN, Peter, *Las redes de la corrupción: la sociedad civil contra los abusos del poder*, Bogotá, Editorial Planeta Colombiana, 2003.

⁽⁷¹⁸⁾ Del latín “*corruptio*” o “*corruptionis*” que significa alteración, seducción o corrupción.

⁽⁷¹⁹⁾ SABÁN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991, p. 16.

nial y se la ha revestido de requisitos normativos para ser relevante o merecedora de imputación. Pero sí se puede decir que toda corrupción pública implica necesariamente un rompimiento con el ordenamiento jurídico y con los valores que la sustentan.

III. CORRUPCIÓN, COHECHO Y SOBORNO

Las tres palabras se utilizan indistintamente en el ambiente jurídico y social en general para referirse al quiebre de la imparcialidad con manifiesta venalidad del funcionario y/o servidor público en el desempeño de sus atribuciones o uso del cargo. Lo que implica necesariamente la entrada en juego de intereses particulares que resultan privilegiados por encima de los fines institucionales y de justicia, así como la ruptura de los roles especiales del sujeto público, quien cede al influjo del dinero o la ventaja indebida e ilícita. Pero igualmente se comprende con dichos términos la deshonestidad de los particulares que someten a precio los actos y prestaciones de la cuestión pública a través de la puesta en práctica de los medios o instrumentos corruptores.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996) nos habla de los siguientes actos de corrupción (art. VI):

"a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario y otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización, por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y,

e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma, en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo" (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Compendio Normativo del Sistema Nacional de Control*, Lima, Contraloría General de la República, Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 546).

La *corrupción* puede abarcar, no obstante el sentido estricto anotado en el párrafo anterior, todas las dimensiones del quehacer humano: el tráfico comercial, las relaciones de pareja, ámbito intelectual, religioso, relaciones laborales, familiares, ámbito científico, los campos jurisdiccional y forense, gestión pública, etc. Sólo cuando se presenta en las esferas de competencia –en sentido amplio– de los funcionarios y servidores públicos se denomina *cohecho*. Es así el cohecho una especie concreta de corrupción focalizada en atención a los comportamientos de los sujetos públicos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado del correcto funcionamiento de la administración pública y de la imparcialidad como condición fundamental de sus actos. El término *soborno*, en cambio, alude a una acción también concreta de contenido ilícito imputada a terceros, consistente en tratar de quebrar o quebrar la resistencia del sujeto público o de un particular equiparado, mediante el uso de medios corruptores con el objeto de obtener ilícitos o indebidas prestaciones inherentes a los actos de función o servicio público. Tradicionalmente se ha hablado del delito de soborno para referirse con él al cohecho activo. En sentido restringido soborno se utiliza para referirse al medio corruptor puesto en acción (donativo, entrega, ventaja, promesa, presente, dádiva, etc.).

Como se observa, los tres vocablos –los mismos que son sinónimos– tienen matices semánticos diferenciados. En el desarrollo de este título utilizaremos con fines didácticos las palabras *corrupción* y *cohecho* con igual significado.

Ahondando un poco en el significado de los verbos cabe anotar lo siguiente:

Cohechar es un verbo transitivo (es decir, de acción), al igual que el verbo *corromper*, cuyo significado etimológico es doble: 1) sobornar a un funcionario público; 2) alzar el barbecho, o dar a la tierra la última vuelta antes de sembrarla. El sustantivo *cohecho* tiene en materia penal un significado preciso: la conducta o comportamiento de corrupción imputable a los sujetos públicos así como el comportamiento de terceros que corrompen a dichos sujetos. El cohecho es así un término que abarca dos centros generadores de corrupción: los funcionarios o servidores públicos, y los terceros o particulares.

Al igual que con el verbo *corromper*, *sobornar* es un verbo transitivo que connota el acto de corromper a alguien mediante empleo de dona-

tivo o dádiva para conseguir algo de él. Sobornar tiene una mayor denotación que cohechar, pues éste se restringe al ámbito de lo público, mientras que sobornar puede estar referido a dicho ámbito como al de las interacciones privadas. Sin embargo, sobornar tiene una menor riqueza conceptual, pues en propiedad sólo se circunscribe a las dádivas o donativos.

IV. LA CORRUPCIÓN PRIVADA Y EL SOBORNO TRANSNACIONAL

La corrupción privada, la desarrollada en las relaciones entre personas naturales o entre éstas y las jurídicas no relacionadas directamente con la cosa pública, por lo general no alcanza los matices de alarma social que provoca la producida en las esferas de la administración pública, sin que ello implique negar su alta incidencia y alcances. No existe en el país trabajos de campo de envergadura que muestren la extensión de estas prácticas anómalas en la gran variedad de planos de interacción: económica, comercial, financiera, empresarial en general, barrial, laboral, interpersonal, etc., que configuran el vasto espectro de la corrupción privada. La corrupción privada elemental o se soluciona en el ámbito civil o se traduce en delitos comunes, o por lo general permanece impune como un anti-valor tolerable.

La corrupción privada que afecta las relaciones en el entramado empresarial, mercantil y laboral, significativa por su propia naturaleza e implicancias, ha comenzado a ser vista desde otra perspectiva en estos últimos tiempos, vale decir como necesitada de ingerencia punitiva. Los diferentes cónclaves internacionales habían comenzado a tomar cuenta que no es posible efectuar cortes taxativos entre corrupción pública y privada para normativizar una y dejar sin intervención la segunda, bajo el argumento que ella se solucionaba sola o no era corrosiva del entramado ético social, dado que tienen múltiples vasos comunicantes y por igual poseen efectos corrosivos y deslegitimadores de las bases de convivencia social. Si bien ya con bastante anterioridad se han dado casos de sanción judicial a prácticas de corrupción en el sector privado ⁽⁷²⁰⁾, es la «Acción Común del 22 de diciembre de 1998»

⁽⁷²⁰⁾ Los casos de la jurisprudencia americana que desde 1942 sanciona el soborno comercial relacionado con la obtención de fórmulas de procedimientos industriales secretos y la ley alemana contra la competencia desleal (UWG) de 1908 cuyo artículo 12 regula y castiga el cohecho pasivo y activo en la economía privada alemana (citados

adoptada por el Consejo de la Unión Europea sobre la corrupción en el sector privado la que erige el paradigma del cohecho pasivo y activo en dicho sector y asegura que cada Estado miembro lo tipifique como infracción penal ⁽⁷²¹⁾.

No obstante, las fronteras se tornan, en la actualidad, frágiles y comunicables. La intervención estatal en la gestión y conducción-regulación de la economía, incluso en las sociedades liberales, ha tornado insostenible las antiguas divisiones entre lo privado y lo público. Las globalizaciones en todo orden han interdependizado en gran me-

por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, p. 416); véase también para el caso de Alemania el informe de WASSMER, Martín Paul, «Sistemas penales comparados. Tratamiento jurídico penal de la corrupción política y administrativa», en *Revista Penal*, N° 3, enero 1999, Barcelona, Editorial Praxis, pp. 123 a 127.

⁽⁷²¹⁾ Art. 2. Corrupción pasiva en el sector privado.

1. A efectos de la presente Acción Común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus funciones.

2. Con la salvedad contemplada en el apartado 2 del artículo 4, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que la conducta a que se refiere el apartado 1 se tipifique como infracción penal. Dichas medidas se aplicarán, como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato.

Art. 3. Corrupción Activa en el sector privado.

1. A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

2. Con la salvedad contemplada en el apartado 2 del artículo 4, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que la conducta a que se refiere el apartado 1 se tipifique como infracción penal. Dichas medidas se aplicarán, como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato.

dida la toma de decisiones y por lo mismo han creado un ambiente de mutuas responsabilidades para el sujeto público y los particulares. La irrupción de las grandes corporaciones económicas de naturaleza transnacional (industriales, financieras, bancarias, militares y de servicio) que dominan y controlan los mercados e interactúan estrechamente con los gobiernos y las clases políticas, muchas veces condicionándolos o comprándoselos, ha posibilitado, sociológicamente hablando, que nos podamos referir al *soborno transnacional*. Se entiende éste como las diversas prácticas de entregas u ofrecimientos de dinero, objetos de valor económico, favores u otro beneficio de índole diversa ⁽⁷²²⁾ a los funcionarios y empleados públicos de un país extranjero sea en el lugar donde residen los agentes cohechadores o fuera de él para asegurar operaciones económicas y movimiento de capitales de gran envergadura. Las características de este soborno se diferencia del tradicional entre otros aspectos por las implicancias político-sociales del mismo que provocan el subsiguiente desmoronamiento de los valores ético-políticos, por la fuente de producción activa del soborno que considera tales prácticas un mecanismo ajustado al movimiento internacional del capital, estableciendo incluso asignaciones propias para tales fines en el presupuesto de las grandes empresas transnacionales, y finalmente por el grado de presión y chantaje que sobre la clase política de los países supone el poderío de dichos conglomerados sin nacionalidad ni moral que no sea otra que el lucro y el poder. Naturalmente que el soborno, en esta perspectiva, más que un caso de tipicidad penal es un fenómeno social negativo de dimensiones mundiales. Es en la actualidad ya numerosa la legislación internacional, tanto de la Unión Europea como de las Naciones Unidas, pasando por la Organización de Estados Americanos que regula el soborno transnacional. Situación distinta es la que ofrecen las legislaciones penales nacionales en relación al compromiso asumido de incorporar en la estructura normativa de sus Códigos dicha figura, no obstante se trata de un problema de tiempo. En el Perú aún no se ha legislado expresamente sobre este tipo de corrupción.

Dando cumplimiento a los acuerdos adoptados por la OCDE en la «Convención sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en

(722) Véase al respecto el art. VII de la Convención Interamericana contra la Corrupción (*Compendio Normativo del Sistema Nacional de Control*, cit., p. 546).

las transacciones comerciales internacionales», España es uno de los países occidentales cuyo Código penal a la fecha ha cumplido con regular la figura del soborno transnacional. Así, mediante la Ley Orgánica 3/2000 del 11 de enero que modificó la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre ha ingresado en el Código Penal el artículo 445 bis, el mismo que señala que «*Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieran o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos*». Chile igualmente ha incorporado, mediante Ley Nº 19829 del 8 de octubre de 2002, en su código penal la figura del soborno transnacional (artículos 250 bis A y 250 bis B).

V. LA CORRUPCIÓN PÚBLICA DELICTIVA EN EL CONTEXTO LEGAL INTERNACIONAL

No existe en el mundo legislación que deje de castigar a los agentes públicos que utilizan el poder que da el cargo para abusar de él, defraudar al Estado o enriquecerse. El tema de la corrupción es motivo de interés y preocupación mundial. Congresos, conferencias, campañas anti-corrupción y denuncias han colocado la problemática en una cuestión de primer orden ⁽⁷²³⁾.

En Roma, el soborno de los funcionarios alcanzó altos niveles de ocurrencia durante la República y sobre todo en la etapa imperial. En la República romana el delito adquirió el nombre de *crimen repetundarum*. En la Ley de las XII Tablas se estableció: «Pena de muerte contra el Juez o árbitro nombrado por el magistrado, que haya recibido dinero por pronunciar su sentencia» ⁽⁷²⁴⁾. Posteriores regulacio-

⁽⁷²³⁾ Claro, aunque sea sutilmente irónico, que no pocas veces quienes organizan y están detrás de tan inusitado interés anti-corrupción con su aparatoso despliegue publicitario sean los propios e intocables agentes del delito (¡paradojas del poder!), de aquel gigantesco monstruo o *Leviathan* del que hablara metafóricamente Thomas HOBBS en 1651.

⁽⁷²⁴⁾ Tabla IX (*de jure publico*). Véase ORTOLÁN, Mario, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Madrid, Leocadio López Editor, 1872, p. 112.

nes, la *Lege Calpurnia*, *Acilia* y la *Lege Iuliae de Pecunis Repetundis* reprimieron tanto la recepción de donativos y regalos como las exacciones y concusiones por parte de los magistrados y jueces, aunque con menor rigor represivo y generalmente con penas de multa.

En el contexto normativo penal internacional actual el tratamiento dado el tema de la autoría por delito de cohecho pasivo, sobre todo en Europa ⁽⁷²⁵⁾, incluye tanto a funcionarios como a empleados públicos. Suecia, Austria y Alemania lideran la tendencia que *amplía la autoría a funcionarios y empleados del sector privado*. Esta ampliación del círculo de autores por delito de cohecho tan sólo es superada por los denominados países del socialismo real (República Popular China y Corea del Norte) ⁽⁷²⁶⁾ que no hacen mayores diferenciaciones entre funcionario, empleado público y particular, dada la naturaleza de sus economías y sociedades. En países de tradición jurídica más conservadora que la sueca y alemana, como España, Italia y Portugal, la ampliación de la autoría por cohecho es más restringida trabajándose con equiparaciones normativas a ciertos sujetos particulares vinculados por nexos contingentes y temporales con la administración pública.

En cuanto al bien jurídico se dan cuatro orientaciones bien definidas: **a)** países que no lo toman en cuenta (Inglaterra, EE.UU., Gales); **b)** países que consideran que el bien jurídico tutelado es «el interés del empleador (público o privado) en el cumplimiento leal del trabajo por parte del empleado o funcionario» ⁽⁷²⁷⁾; **c)** países para quienes el objeto de la tutela es la protección del Estado socialista; y **d)** países que participen de la concepción que es la administración pública el bien jurídico protegido, ya como tutela al principio de imparcialidad o como deber de lealtad institucional y a la Constitución.

⁽⁷²⁵⁾ Seguimos en este punto los informes internacionales sistematizados y reunidos en el libro de Michael ÜBERHOFEN, *La corrupción en el derecho comparado*, Buenos Aires, Ciedla, 1997.

⁽⁷²⁶⁾ En el caso de China, su apertura restringida, controlada por el Partido Comunista, hacia algunos sectores de economía privada ha producido reajustes legales en cuanto al sistema diferenciado de sujetos públicos y privados. Véase ÜBERHOFEN, *La corrupción en el derecho comparado*, cit., p. 31.

⁽⁷²⁷⁾ ÜBERHOFEN, *La corrupción en el derecho comparado*, cit., p. 36.

Las sanciones del delito de cohecho ofrecen un marcado contraste entre las legislaciones del socialismo real, que como en el caso de China Popular reprimen el delito hasta con pena de muerte y otras legislaciones que emplean un sistema conjunto de privación de la libertad y multas elevadas, o aquellas otras que sólo fijan privaciones de libertad e inhabilitaciones. En los países que reprimen el cohecho privado se observa una menor penalidad que la impuesta para el cohecho público. Las sanciones penales a las personas jurídicas por actos de corrupción están contempladas en las legislaciones penales de Francia, Holanda, EE.UU., Inglaterra y China Popular.

VI. MODALIDADES DE CORRUPCIÓN DELICTIVA

Los actos de corrupción de funcionarios y servidores públicos han sido clasificados doctrinariamente en algunas tipologías que resultan de gran interés para los efectos de ordenamiento, sistematización y calificación legal de los supuestos de hecho imputable a dichos agentes. El término corrupción o cohecho tiene, como ya dijimos, para efectos de nuestra temática, identidad de significados. Las tres modalidades básicas que a continuación serán comentadas tienen como referentes: a) la naturaleza contraria o conforme a derecho de los actos del funcionario o servidor (cohecho propio e impropio); b) la condición y conducta del autor, así como la dirección de la acción (cohecho pasivo y activo); y c) el momento en que se produce el pacto y/o la recepción, solicitudes u ofrecimientos (cohecho antecedente y subsecuente).

a) Cohecho pasivo

La corrupción es pasiva en tanto el funcionario o servidor se limita a aceptar, recibir o solicitar el medio corruptor (donativo-ventaja o promesa) para:

- hacer u omitir un acto de función o servicio violando sus deberes (cohecho propio);
- hacer un acto de función, de servicio o sin faltar a sus obligaciones (cohecho impropio); como igualmente cuando condiciona sus actos con base a dichos medios.

Este cohecho puede producirse simplemente, en último caso, por admitir donativos u obsequios en consideración a su cargo sin vincula-

ción con el ejercicio de sus atribuciones. Esta hipótesis de cohecho pasivo es discutible y no se halla normativizada por nuestro Código penal a título de delito de corrupción, constituyendo sí infracción administrativa.

La corrupción es igualmente pasiva, aun cuando aquí haya compromiso activo del funcionario o servidor, cuando éstos solicitan o piden, para actuar u omitir, la entrega o promesa de los medios corruptores. Obviamente que en los casos que se llegue al acuerdo o pacto se estará produciendo un mayor grado de ilicitud que sin embargo, no ha merecido por parte del legislador penal un tratamiento punitivo especial. La reciente reforma de los delitos de corrupción (Ley 28533) ha supuesto autonomizar esta modalidad de cohecho pasivo, la misma que en la ley tiene un mayor injusto y se hace merecedora de pena más elevada que la modalidad «acepta-recibe».

Ofrece a primera vista, dificultades de asimilación cognitiva, la existencia de un cohecho condicionante que pueda ser pasivo, tal como ha sido regulado en el tercer párrafo del artículo 393 del Código. Sin embargo, y esto es válido para todas las modalidades de cohecho pasivo, lo pasivo no está referenciado en actitudes de inactividad, mínima actividad o complacencia del funcionario o servidor, sino en una valoración normativa hecha por la ley, en tanto el centro de atención de la norma penal ha sido colocado en la conducta que asume el funcionario o servidor público, y no en la intensidad de la misma, lo que permite comprender que tan pasivo es el aceptar como el solicitar o condicionar. No es relevante para definir lo pasivo del cohecho el papel que cumple o cumplirá el *extraneus* (en sentido estricto y amplio) ⁽⁷²⁸⁾, asunto que es de interés para configurar conceptual y jurídicamente el cohecho activo.

El cohecho pasivo es de *naturaleza genérica o específica* según que el sujeto activo del delito no esté taxativamente precisado, pudiendo tratarse de cualquier funcionario o servidor (arts. 393-394), o, en cambio, se haya nominado con nombre propio al sujeto público (art. 395), tal es el caso del cohecho pasivo específico. Como se aprecia, en el art. 395 del Código penal peruano se está ante un delito de cohecho pasivo específico, ya que se ha indicado al Magistrado, árbitro del Tribunal Administrativo, etc., como sujetos activos exclusivos.

⁽⁷²⁸⁾ Sobre esto remitimos *supra*, p. 194.

A su vez la corrupción o cohecho pasivo puede ser: a) *cohecho pasivo propio*, según que lo recibido pasivamente o lo solicitado con compromiso volitivo del funcionario o servidor sea para incumplir sus obligaciones, ya en sus variantes activas u omisivas; y b) *cohecho pasivo impropio*, cuando en cambio los actos ejecutados por el funcionario o servidor cumplen con la ley, reglamento u obligaciones pero bajo presión o influencia de los mecanismos corruptores.

b) Cohecho propio

Se tiene corrupción o cohecho propio cuando el comportamiento del funcionario o servidor vinculado a **donativo** o ventaja entregada o prometida implica la realización de actos contrarios a los deberes funcionales, los mismos que pueden consistir en hacer algo en contra de lo ordenado en leyes y reglamentos como en omitir lo que está obligado a hacer, en ambos casos, por razón de su función, cargo o servicio. Como es fácil colegir, aquí la antijuricidad del hecho es integral, tanto formal como material. Existe una violación flagrante de sus deberes y obligaciones por parte del sujeto activo del delito, lo que explica su mayor rango punitivo en relación al cohecho impropio.

c) Cohecho impropio

A diferencia del cohecho propio, aquí el comportamiento del funcionario o servidor público se limita a cumplir sus obligaciones, es decir, a actuar de conformidad con el derecho, pues los actos que realiza no están prohibidos. No se produce en esta variedad de cohecho, violación o trasgresión a sus funciones o atribuciones, lo que existe es quebrantamiento de imperativos éticos de naturaleza administrativa, cuya fuerza y relevancia han sido valorados en sede penal. La ilicitud, lo reprochable penalmente radica en el hecho de haber aceptado, recibido o solicitado donativo, ventajas beneficio, o promesas futuras de donativos, beneficios o ventajas para practicar actos propios de la función o el servicio. La antijuricidad es plenamente material. El dolo es fundamental en esta variedad de delito. Se trata, como se colegirá, de actos de incompatibilidades reñidas con la ética, el prestigio y la gratitud de la función y el servicio público.

d) Cohecho activo

En esta variedad de cohecho denominada también «soborno» la atención de la norma penal se dirige principalmente al *extraneus*, al

sujeto indeterminado ⁽⁷²⁹⁾ que a través de una serie de conductas trata de corromper o compromete venalmente al funcionario o servidor público para que haga u omita algo faltando o en contra de sus deberes (*corrupción activa con destino propio*) o en cumplimiento de las mismas (*corrupción activa con destino impropio*). Siendo lo mismo para efectos de la consumación del delito que sólo se intente o que realmente se corrompa, pues en los dos casos el delito imputable al *extraneus* se habrá consumado. Definen así a la corrupción activa tanto la calidad del sujeto activo como la direccionalidad y contenido comisivo de sus actos. La norma penal no se circunscribe a una noción estrictamente semántica de la frase, pues de ser así es tan activa etimológicamente la corrupción del *extraneus* como la del funcionario que solicita.

En el cohecho pasivo la imputación penal va dirigida al sujeto especial que es parte de la administración pública, en el cohecho activo la imputación penal recae en una tercera persona de naturaleza indefinida, pudiendo ser ésta un particular u otro funcionario o servidor público desvinculado del acto o prestación que se requiere.

El Código penal peruano vigente ofrece dos variantes de corrupción activa: 1) *corrupción activa genérica o indeterminada* (art. 397), en donde el sujeto activo que trata o corrompe dirige los medios corruptores (donativos, ventajas, beneficios o promesas) a un funcionario o servidor público; 2) *corrupción activa específica* (arts. 398, 398-A, 398-B), en donde, en cambio, los medios o instrumentos corruptores son orientados hacia funcionarios o servidores públicos determinados: el juez, el árbitro, fiscal, etc.

e) Cohecho antecedente y cohecho subsecuente

Clasificación que se explica según se produzca la entrega o recepción del medio corruptor antes de (y para) la realización de actos comisivos u omisivos por parte del funcionario o servidor (cohecho antecedente), o según la entrega o recepción se efectivicen una vez ejecutado el acto u omisión atribuible al sujeto público a título de cohecho pasivo propio o impropio, es decir, por actos ya cumplidos o ejecutados. El cohecho antecedente es por lo general la regla en el cohecho pasivo.

⁽⁷²⁹⁾ *Infra*, p. 739 y ss.

El cohecho consecuente tiene que estar vinculado a actos realizados previamente y durante el ejercicio de las atribuciones del sujeto público. No cabe hablar del mismo por entregas realizadas con posterioridad y al margen de tal vinculación. No se trata de que el donativo o la ventaja se deriven de un acuerdo previo, pues en tal hipótesis estaríamos en la fase de agotamiento del cohecho antecedente (en cualquiera de las modalidades estudiadas). En el cohecho consecuente el medio corruptor se activa después de los actos del funcionario o servidor que resultan provechosos para el tercero que da el donativo o ventaja, pudiendo ser tanto pasivo propio (recibiendo el funcionario o servidor público donativo, ventaja o beneficio al haber quebrantado sus obligaciones) o pasivo impropio (al recibir donativo, ventaja o beneficio por haber cumplido con sus obligaciones). Es obvio que esta última fórmula de cohecho subsecuente es realmente polémica. La variedad de cohecho subsecuente está legislada expresamente por la norma penal peruana en los dos primeros supuestos o variantes típicas del artículo 393 del Código penal, así como en el artículo 394.

f) Observaciones pertinentes

Se ha cuestionado las clasificaciones del cohecho en base a los parámetros activo-pasivo, por estar centrados sólo en consideración exclusiva al autor más no a la naturaleza y calidad de la acción. La crítica va también al parámetro propio e impropio, por cuanto por definición lo que es impropio de delito no debería tener un marco penal de estimación; no obstante esto y dentro del mismo esquema se ha planteado un reajuste formal en el diseño propio-impropio y su sustitución ⁽⁷³⁰⁾ por la tipología de cohecho básico (impropio) y agravado (propio) que superaría las fragilidades semánticas de la anterior clasificación. Esto grafica así la inexistencia de consenso en la ciencia penal en temática de *nomen iuris* clasificatorios.

VII. LOS MEDIOS CORRUPTORES

La Sección IV del Código penal que contiene las figuras de corrupción de funcionarios y servidores públicos utiliza de forma recu-

⁽⁷³⁰⁾ Véase al respecto MORALES PRATS / MORALES GARCÍA, en QUINTERO OLIVARES *et al.*, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, cit., p. 1194.

rente tres términos de rancio abolengo decimonónico, que vienen a constituirse en los medios o instrumentos de corrupción: el donativo, la promesa y cualquier otra ventaja, a los que se suman las dádivas y los presentes ⁽⁷³¹⁾. La dádiva que era utilizada, en la redacción anterior (antes de las reformas de la Ley N° 28355) para el cohecho activo genérico y en la cláusula complementaria referida al enriquecimiento ilícito, ahora sólo permanece para este último delito. Se ha incorporado además el «beneficio», con lo cual el legislador considera que ha cerrado la gama de posibilidades modales de corrupción, por lo menos en cuanto medios corruptores. Si es que no existen estos medios corruptores, alternativamente cualquiera de ellos, sencillamente el hecho deja de ser típico, no hay delito de cohecho ⁽⁷³²⁾.

Otras legislaciones penales, como la española, hacen uso de los siguientes términos: dádivas, presentes, ofrecimientos, promesas, regalos. La legislación penal alemana por su parte utilizaba originariamente las palabras: donativos, otras ventajas, otros beneficios, ofertas, promesas; en la actualidad, ha sintetizado todos estos términos a través de la palabra ventaja sin complementarla con ninguna adjetivación (indebida, cualquier otra, etc.). La legislación penal francesa anota los siguientes vocablos: ofrecimiento, promesas, dinero, dádiva, donativo, presentes. El Código penal italiano, prefiere hablar directamente de dinero, utilidad, retribución y rematar con el término promesa, y no hacer referencias a conceptos necesitados de interpretación; El Código penal portugués alude a la ventaja patrimonial o no patrimonial o su promesa. En el Código penal argentino las alusiones comprenden el dinero, cualquier otra dádiva y promesa. México a través de su Código penal emplea dinero, cualquier otra dádiva y promesa, utilizando también el término prestación. Bolivia, por su lado, dádivas, cualquier otra ventaja, ofrecimientos y promesas. Colombia, dinero, otra utilidad, promesa remuneratoria. Chile, enfatiza la frase beneficio económico, y usa minoritariamente el vocablo derechos. Brasil emplea ventaja indebida o promesa de tal ventaja. Puerto Rico: dinero, cualquier beneficio,

⁽⁷³¹⁾ La dádiva y los presentes serán estudiados con algún mayor detenimiento en el análisis que se hace a los artículos 399 (corrupción activa genérica) y 401 (enriquecimiento ilícito).

⁽⁷³²⁾ Una pormenorizada exposición sobre la dádiva, el presente, el ofrecimiento y la ventaja véase en OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 305 y ss.

proposición en tal sentido. Honduras: dádiva, presente, ofrecimiento, promesa. El Salvador: dádiva, cualquier otra ventaja indebida, promesa de retribución de la misma naturaleza. República Dominicana: dádiva, promesa. Uruguay: retribución no debida, aceptare la promesa de ella, dinero u otro provecho o acepta su promesa.

Las legislaciones histórica, francesa (Código derogado de 1810, hacía uso de los siguientes términos: ofrecimientos, promesas, donativos, presentes) e italiana de 1889 contemplaba al dinero, retribución no debida, promesa, otro beneficio. El Código penal español refundido de 1973 (derogado) hacía mención a la dádiva, regalo, presente, ofrecimiento, promesa; código que seguía el hilo conductor de los antiguos códigos de 1850, 1870 y 1928. De los códigos peruanos derogados, el de 1863 no aludió a forma alguna de medio corruptor, el de 1924, en cambio si hizo referencia expresa a donativo, promesa cualquier ventaja, ventaja indebida, regalos, dádiva.

El donativo, la promesa, ventaja o beneficios utilizados por nuestra legislación penal (incluido la dádiva y el presente) adquieren naturaleza de medios corruptores en la medida que estén vinculados a actos que quiebren o intenten quebrar la corrección, profesionalismo e integridad de los funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones. El uso de estos medios resulta predicable tanto a los particulares como también a los agentes públicos.

Es obvio que el Código penal peruano, con la reforma de 2004 hizo un apreciable esfuerzo para uniformizar la terminología de uso en materia de medios corruptores en los delitos de cohecho, eliminando indeterminaciones nada técnicas, tales como la expresada con la palabra «otra» referidas a la ventaja, erradicando la dádiva, pero descuidó evaluar la permanencia, tal y como estaba regulada, de la dádiva y el presente que aún forman parte del artículo 401 del Código Penal en directa alusión al delito de enriquecimiento ilícito. La inclusión del «beneficio», en cuanto cuarto medio corruptor, sin que se expongan las razones de tal incorporación legal, presenta un nuevo reto para la labor de la interpretación jurídico penal al que hay que dotar de razonabilidad de uso. Queda sin embargo latente el trabajo de evaluar las cuatro palabras decididas legislativamente a fin de procurar reducirlas a las mínimas indispensables, si bien no como el modelo logrado por el Código penal alemán pero sí mediante un esquema que permita obtener consensos conceptuales.

a) El donativo

El donativo penalmente relevante de los delitos de corrupción es aquel bien mueble o inmueble dado o prometido a cambio de los actos u omisiones del funcionario o servidor público, no siendo debido legalmente.

Etimológicamente donativo, dádiva y presente son sinónimos, expresan una misma idea: la de obsequio o regalo. Jurídico-penalmente son concebidos como medios para alcanzar algo ilícito. Es justamente este sentido teleológico o finalista el que permite diferenciar el simple donativo de uno penalmente relevante y posibilita hacer algunas sutiles precisiones semánticas para justificar el insatisfactoriamente incorrecto uso diferenciado que realiza el Código penal peruano.

Antes de abocarnos al estudio de su naturaleza, calidad y características, es oportuno indicar que las expresiones reproducidas por nuestro código proceden de los antiguos códigos españoles y francés del siglo XIX y son prototipos de una época que trataba de condensar en el ámbito de extensión semántica de las palabras la totalidad posible de actos relevantes.

El donativo debe poseer una *naturaleza material, corpórea y ser traducible económicamente*: bienes muebles, inmuebles, dinero (de uso nacional o extranjero con valor de cambio en el país o fuera de él), obras de arte, licores finos, automóviles, etc. La acepción jurídico-penal de donativo no tiene sinonimia con la donación entendida civilmente, pues posee un espectro más amplio de usos y cometidos.

La *calidad del donativo* penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para mover o motivar la voluntad y los actos del funcionario o servidor hacia una conducta deseada y que resulta provechosa para el que otorga o promete. De modo tal que obsequios o regalos que no cumplan esta condición *sine qua non* son componentes materiales atípicos de cohecho.

Son características del donativo corruptor: **a)** su corporeidad; **b)** idoneidad y estimación económica ⁽⁷³³⁾; **c)** su capacidad de ser transferi-

⁽⁷³³⁾ Ejecutoria del 11 de marzo de 1998 (Primera Sala Transitoria), Exp. 5798-97, La Libertad: "Si bien existen indicios razonables sobre la comisión del delito de corrupción activa, toda vez que el encausado reconoce haber efectuado la entrega del billete, sin embargo dada la ineficacia del medio corruptor empleado (billete nomina-

ble; d) su ilegitimidad, pues se está con ello retribuyendo o comprando la conducta del sujeto público; e) el poseer sentido finalístico o teleológico, es decir, apuntar hacia una dirección determinada; f) tener suficiencia motivadora. Resulta contraproducente al espíritu del derecho penal, que por naturaleza es subsidiario y accesorio, ver cohecho en el obsequio de caramelos, chocolates, flores, retratos, lapiceros, etc., esto es, en objetos de ínfimo valor;⁽⁷³⁴⁾ o igualmente considerar que los actos de cortesía propios de los convencionalismos sociales impliquen uso de medios corruptores: agasajos, celebración de cumpleaños, regalos navideños, obviamente siempre que no rebasen criterios promedio de sentido común y no habitualidad, ni que despierten sospechas de intencionalidad⁽⁷³⁵⁾, que de producirse nos permitirían hablar de la presencia de cohechos disfrazados de aparente inocuidad típica. Asimismo, están lejos de ser donativo penalmente relevante los aportes para actos de caridad o colectivos por motivos fundados de salud del funcionario y/o servidor.

La «coima»⁽⁷³⁶⁾ es el nivel mínimo del donativo y cubre igualmente los casos de cohecho pasivo propio o impropio e incluso el cohecho activo. Es discutible que los favores sexuales estén dentro del campo

do en intis retirado de la circulación), la conducta del procesado deviene en atípica y no punible por la imposibilidad de consumación”.

⁽⁷³⁴⁾ Ver opinión en contra de 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, p. 319, para quienes si bien aceptan la atipicidad de los actos socialmente adecuados, son del criterio que no deben tomarse en cuenta las consideraciones que giran en torno a la idea de la insignificancia de los beneficios económicos solicitados o aceptados por los empleado públicos, no sólo porque en situaciones de apremio económico un funcionario puede acceder a los requerimientos de un particular aun frente a ofrecimientos de bajísima cuantía sino también porque así lo reclama una adecuada protección del bien jurídico.

⁽⁷³⁵⁾ Al respecto véase BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 114; MORALES PRATS / MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, cit., p. 1199; RODRÍGUEZ DEVEZA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 1172. Sobre todo revítese el valioso trabajo de VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, Madrid, Edersa, 1996, p. 128 y ss.

⁽⁷³⁶⁾ Véase la Ejecutoria Suprema del 2 de noviembre de 1998, Sala Penal C, Exp. N° 1086-98, Lima, Policía de Tránsito que acepta dos nuevos soles para no colocar papeleta a infractor (en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal Comentada*, I, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 474).

del donativo ⁽⁷³⁷⁾. Donativos que no vayan en provecho del sujeto público, sino de la institución (caso del policía que solicita o acepta gasolina para el patrullero o del empleado que acepta material de oficina) han sido considerados en la jurisprudencia española carentes de contenido penal de cohecho ⁽⁷³⁸⁾, al no existir el elemento subjetivo del delito, que de producirse nos permitirá hablar de la presencia de un cohecho disfrazado de aparente inocuidad típica.

b) La promesa

Este mecanismo corruptor viene a ser el ofrecimiento hecho al funcionario o servidor de efectuar la entrega del donativo o la concesión de ventaja o beneficio en un futuro convenido ⁽⁷³⁹⁾. Pero no cualquier promesa puede asumir tipicidad penal por cohecho, la misma debe reunir caracteres de seriedad y posibilidad, vale decir de idoneidad, sin que se requiera concurso de formalidades al estilo de las promesas regladas en la ley civil. Ofrecimientos imposibles de cumplir (inexigibles), de contenido fantástico (no objetivas o reales) o inexistentes no reúnen condiciones de idoneidad y suficiencia, los que nos conducirán a situaciones de delito imposible de corrupción o delitos putativos. Lo mismo puede decirse de las promesas vagas e imprecisas. Por el requisito de idoneidad también se descartan las promesas simuladas y las carentes de fuerza motivadora para llevar a la contraprestación funcional. Asunto este último a ser evaluado caso por caso. La promesa idónea en su contenido (de donativo, ventaja o beneficio), seriedad (credibilidad o verosimilitud) y posibilidad (objetivi-

⁽⁷³⁷⁾ Véase *infra*, p. 644.

⁽⁷³⁸⁾ MORALES PRATS cita el caso de un funcionario municipal que solicitó dinero, el mismo que fue empleado íntegramente para "sufragar los gastos derivados de la creación de una banda municipal de música y en la reparación de parte de un colegio público, finalidades que se hallaban acordes con la actividad desempeñada por el funcionario y que en ningún caso cuestionan el principio de imparcialidad y objetividad" (MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1200).

⁽⁷³⁹⁾ La promesa y el ofrecimiento deben estar circunscritos a la entrega del donativo o la ventaja; ampliar la tipicidad a otros medios sería hacer analogía "*in malam partem*". Ver sobre esto RODRÍGUEZ DEvesa / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1175.

dad y capacidad de ser realizable) estará sujeta a evaluación o valoración judicial *ex ante* y con análisis de las circunstancias concretas en juego presentes en la acción.

La promesa y la aceptación del donativo implican un pacto tácito o explícito de complacencia recíproca de naturaleza dolosa. Si se presenta, por parte del sujeto público, coacción (para la entrega o promesa) se configurará la modalidad de cohecho mediante condicionamiento; si hay intimidación o violencia para obtener la promesa, el supuesto de hecho concursará con el delito de concusión. El cumplimiento o no de lo pactado es irrelevante pues el delito se consuma a nivel típico con la simple promesa (delito de simple actividad y peligro).

El contenido de la promesa puede ser muy variado de naturaleza patrimonial o de sentido amplio: la entrega futura de una oferta remunerativa, bien mueble o inmueble, ventajas (utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, etc.). La modalidad de la promesa puede ser directa o indirecta, explícita o implícita, utilizando familiares o allegados del agente público. El momento de efectivización de la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso cuando ya ha perdido el sujeto activo la calidad de funcionario o servidor público, siempre que dicha promesa se halle vinculada con el ejercicio funcional del agente. Lo fundamental es el vínculo de ilicitud que une a los actos del funcionario con la promesa efectuada. La promesa tiene que ser hecha —para ser típica— al sujeto público o a un tercero vinculado con él y que actúa como cómplice para la realización del hecho.

Es discutible que la promesa solo se halle referenciada en el donativo, de modo que promesas de ventajas o de beneficios no sean comprendidas por la norma penal, constituyendo ello expresiones de atipicidad. Sin embargo hay que admitir que la marcada imperfección que se observa en el manejo técnico legislativo de los mecanismos corruptores posibilita esta exploración interpretativa. Siendo de urgencia una reforma al respecto.

c) Las ventajas

El código, después de la reforma producida por la Ley 28355 ha eliminado la predicciones «otra» y «de cualquier clase», que acompañaban al término ventaja, ha mantenido en cambio el pronombre indefinido «cualquier» referido a la ventaja».

La ventaja juega, en el manejo técnico legal del legislador penal peruano, un papel subsidiario, es decir, complementario, pues cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo. Los tipos penales de cohecho abren así un amplio espectro de mecanismos corruptores idóneos y suficientes que contemplan, por ejemplo: empleos, colocación en áreas de trabajo específicas y buscadas, ascensos, premios, cátedras universitarias, promociones, viajes, becas, descuentos no usuales, servicios varios dados gratuitamente, participación en utilidades, etc. Las ventajas que redundan en favor de terceras personas vinculadas con el funcionario o servidor tienen que ser objeto de análisis y evaluación judicial para dilucidar su nexo con los actos practicados por los sujetos públicos, con base a referentes objetivos.

La ventaja otorga un privilegio no merecido (o no lo suficientemente) al sujeto público. Su naturaleza, dada la denotación amplia que le confiere el Código penal en el marco de los delitos de corrupción, puede ser, por lo tanto, patrimonial o no patrimonial, material o subjetiva (honorarios, investiduras, etc.). Las precisiones gramaticales «*Cualquiera otra*» (se mantiene en la actual y reformada redacción) o «*de cualquier clase*» (eliminada) cumplían la función, por demás innecesaria de poner en evidencia que para la norma penal no interesa cuál sea la ventaja, con tal que sea idónea para propiciar las prestaciones de ilícita reciprocidad o las tentativas de prestación vinculados a actos de función o servicio. La ventaja simple requiere necesariamente –cuando no sea evidente– ser traducida en términos patrimoniales, esto es no obstante no tener directamente naturaleza patrimonial debe ser susceptible de equiparación en tal sentido. Ello posibilita racionalizar el uso extremo de la ventaja señalada por la norma con la frase «cualquier ventaja», la que hará alusión además a ventajas no materiales o subjetivas. No se trata de que «cualquier ventaja» excluya a las patrimoniales o para patrimoniales sino que la locución ha sido utilizada por el legislado con sentido inclusivo y abierto.

La frase «cualquier otra ventaja», puede ser entendida tanto cualitativamente como cuantitativamente. En el primer ámbito para graficar la diferencia de especie, en el segundo para connotar la entidad o mensurabilidad de la ventaja. Ventaja entendida cualitativamente hace mención a la diversidad de expresiones o manifestaciones de dicho medio corruptor. Ventaja, en su lectura cuantitativa alude a la ventaja significativa como a la de mínima trascendencia. Esta segunda lec-

tura en su aplicación ortodoxa puede llevar a excesos en la injerencia punitiva cuando se la asume en su extremo mínimo.

Cabe advertir, en un ámbito posible de interpretación, que el legislador emplea la locución «cualquier ventaja» en los tipos de cohecho pasivo, es decir con relación a la actividad del funcionario o servidor público, mientras que en los tipos de cohecho activo genérico y específico (cometidos por particulares ajenos institucionalmente a la administración pública), con lo cual puede inferirse que para el primer caso el medio corruptor empleado adquiere una amplia significación, mientras que en el segundo caso la ventaja debería ser restringida a su acepción o significación (traducibilidad) patrimonial. La tercera modalidad de cohecho pasivo (art. 393) alude sólo a la expresión «ventaja».

d) El beneficio

Lo que haya que entender por beneficio, existiendo ya los términos «ventaja» (más aun «cualquier ventaja») y «donativo», resulta un asunto que tiene que ver con los alcances de la interpretación subsidiaria de los medios de corrupción. Como se ha indicado, existen legislaciones penales que se bastan con el uso de la palabra ventaja (el caso del Código penal alemán) o cualquier beneficio (Código penal de Puerto Rico), con los que se cubre todo el espectro posible de medios corruptores. La noción de «beneficio» incorporada por el legislador penal resulta innecesaria y complica la interpretación a efectos de dotarla de contenido. En el caso de la legislación penal chilena –que a partir de la modificación efectuada por Ley Nº 19645 y que expresamente alude a dicho término (suprimiendo los concepto dádiva y promesa) al que circunscribe a la esfera económica– éste se entiende como sinónimo de dinero o ventaja con valor pecuniario ⁽⁷⁴⁰⁾.

Por beneficio habría que comprender al provecho o la utilidad personal obtenida de modo ilícito por el agente, cuando ello no pueda ser subsumido en los alcances significativos del donativo o la ventaja. Cuestión que, como es fácil apreciar, se muestra algo complicada, ya que podría dar cabida a satisfacciones personales del sujeto público

(740) Al respecto véase RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública, el derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, cit., p. 316.

que van más allá de las patrimoniales, tales como por ejemplo artísticas, políticas, ideológicas, religiosas, etc., con lo cual se podría abrir indefinida y peligrosamente el tipo para comprender como medio corruptor toda clase de motivaciones, con lo que provocaría se pierdan los límites de la necesidad de la intervención penal utilizándose el derecho penal como un instrumento de *máxima ratio* y de persecución. Cabe también la posibilidad de incorporar aquí los «favores sexuales», que vienen siendo subsumidos en las ventajas así como toda utilidad entendida como un resultado actual no futuro, siempre y cuando no sean absorbidas por la ventaja. Por las complicaciones que reporta a la interpretación de los tipos de cohecho hay que considerar superfluo y por lo mismo innecesario el empleo del término «beneficio», en tanto medio corruptor considerado junto a los otros ya regulados por la ley penal.

e) Casos particulares: los cohechos disfrazados, las coimas y los favores

La frase «cohecho disfrazado» es utilizada en el argot jurídico-penal para mencionar con ella a aparentes actos de cortesía y de convencionalismos sociales que esconden la naturaleza corrupta del donativo o ventaja otorgada en circunstancias supuestamente desvinculadas de relevancia típica. Casos como los obsequios inopinados de cajas de licores finos, joyas, descuentos inusuales y significativos en la venta de mercancías, donaciones de enciclopedias costosas, obras de arte, aporte de materiales diversos de uso profesional (computadoras, impresoras, etc.), aprovechando las circunstancias de onomásticos de los funcionarios y servidores públicos, así como en navidad, año nuevo, fiestas patrias, día de la madre, reconocimientos de honores, ascensos, etc. Situación que puede hacerse extensiva a familiares y allegados directos o a terceros con beneficio para el sujeto público. En tales casos, lo evidente de la desproporción entre el acontecimiento y el obsequio o donativo será la pauta objetiva para develar el disfrazamiento, al igual que el compromiso observable en los actos de función o servicio que impliquen violación al principio de integridad, probidad e imparcialidad funcional por parte de los sujetos públicos. En suma, no porque alguien dé, envíe o entregue un donativo de valor al funcionario o a sus familiares, ello ya de por sí está generando delito de cohecho, si es que no existe concomitante o subsecuentemente los actos de trasgresión imputables al sujeto activo de delito o de cum-

plimiento debido sospechosamente tendencioso. Los medios corruptores tienen que hallarse en disposición causal, es decir, vinculados a actos previos o posteriores de ilicitud penal de cohecho.

Las *coimas*, llamadas por Francesco CARRARA «dádivas *ad accelerandum*» ⁽⁷⁴¹⁾, son los donativos nimios o en pequeña cantidad y/o valor, dados a (o exigidos por) funcionarios o servidores públicos para acelerar trámites, procesos, obviar entrapamientos burocráticos o motivar en general la voluntad del sujeto público. Las coimas constituyen niveles mínimos de cohecho que igualmente resultan punibles utilizando el marco flexible de los *quantum* de pena conminada. Las coimas generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo y público de las funciones y servicios.

Lo que trae consigo evidentes problemas de encuadramiento típico es si ingresan en la conceptualización de donativos o ventajas las usuales prácticas de *favores o de facilidades mutuas* que se producen en las interrelaciones del funcionariado y servidores públicos o entre éstos y los particulares. En este punto se tiene que insistir sobre la naturaleza subsidiaria del derecho penal y sobre la necesidad –en un exagerado celo maximalista– de no extremar los fines protectores de la norma punitiva, de modo tal que se vea cohecho en comportamientos que resultan socialmente soportables por el sistema social-jurídico (o que pueden calificarse en base a figuras extrapenales). Los favores desprovistos de compromiso en el ejercicio funcional que no involucran la formación de decisiones o la probidad del sujeto público son prácticas de uso común que pueden ser probablemente mal vistas o indeseables pero resultan ajustadas, adecuadas o tolerables en un sistema social interrelacionado y complejo. Los favores, en general, desvinculados de contenido económico y sin vinculación causal con los actos previos, concomitantes o subsiguientes del funcionario o servidor, carecen de relevancia penal por cohecho, lo mismo cabe decir de los donativos y ventajas en cuanto concierne a la ausencia de vinculación causal, integrando todos ellos actos de adecuación social o de neutralidad frente al derecho penal, que deberán evaluarse de forma concreta caso por caso.

El tema específico de los *favores sexuales* practicados, propuestos o solicitados por el funcionario o servidor para acceder a determi-

⁽⁷⁴¹⁾ CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, cit., Vol. V, T. 7, § 2550.

nados actos o contraprestaciones ilícitas o debidas se presenta en nuestra legislación penal como un caso de ventajas obtenidas ilícitamente, dada su equiparación en un contexto de consideración pecuniaria y por lo mismo constituye componente típico de cohecho. La situación se torna complicada para legislaciones penales como la española y chilena que no hacen empleo de las ventajas en general como medio corruptor normativizado. En efecto, el Código penal español sólo emplea los términos dádivas, ofrecimientos, presentes, regalos, verificándose ahí un evidente caso que dificulta la subsunción del hecho en la norma típica ⁽⁷⁴²⁾. Por su parte el Código chileno restringe el cohecho a los beneficios patrimoniales, con lo cual el favor sexual para obtener un acto de contraprestación de servicio o función no podrá ser concebido en el marco de los delitos de cohecho. En el caso que los favores sexuales sean ofrecidos o propuestos por el particular es de considerar, desde la perspectiva político-penal, como un exceso tipificarlos como medio corruptor, dada la diversidad de situaciones y circunstancias que pueden explicar una actitud de tal naturaleza ⁽⁷⁴³⁾.

VIII. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el contexto doctrinario italiano, español y latinoamericano, tres son las teorías que resumen el objeto de la tutela penal, la *ratio legis* de la intervención penal ⁽⁷⁴⁴⁾:

⁽⁷⁴²⁾ Véase *infra*, pp. 731-732. Legislación Extranjera. Un caso ilustrativo véase en la Ejecutoria suprema de 5 de marzo de 1997, Exp. N° 2673-95, Callao, que de conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema falló absolviendo al funcionario por no existir prueba objetiva que demostrare las prácticas sexuales con una detenida en la carceleja judicial, y no bastar el simple dicho de la agraviada [Sumilla N° 12, p. 882].

⁽⁷⁴³⁾ MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, cit., p. 1198. Más adelante sostiene: "En nuestra opinión, la posibilidad de incluir tales favores en el ámbito del delito de cohecho va a depender de la finalidad que con su prestación se persiga y del sujeto del que parta la iniciativa. Así, si es el funcionario el que requiere los favores sexuales de un particular que se encuentra bajo su guarda o tiene asuntos pendientes de resolución que puedan afectarle, vendrían en aplicación los citados preceptos. No así, si la iniciativa la tomó el particular, ofreciendo relaciones sexuales con la intención de obtener una resolución del funcionario que le beneficie" (*ibidem*, p. 1199).

⁽⁷⁴⁴⁾ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 142; DELPINO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 76 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte*

- a) Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores (normal desarrollo de la administración pública que se lesiona con el quebrantamiento o infracción de los deberes funcionales del sujeto público).
- b) Proteger el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos, lo que se expresa en la necesidad de asegurar un marco ideal caracterizado por la ausencia de interferencias en la adopción de las decisiones públicas ⁽⁷⁴⁵⁾.
- c) Proteger a los actos de oficiales, de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares y/o agentes públicos. La venalidad del funcionario y la inescrupulosidad del *extraneus* forman parte de esta perspectiva de lectura del bien jurídico.

Es indudable que las tres concepciones tienen elementos de pertinencia y corrección al momento de precisar la especificidad del interés tutelado por la norma penal. Pero resulta más comprensiva y plausible la segunda orientación que ve en la imparcialidad del sujeto público el interés o valor esencial a tutelar normativamente. Imparcialidad que es, en términos generales, condición esencial de la actividad del funcionario y servidor público, y que supone neutralidad y objetividad en el tratamiento de los asuntos sometidos a su conocimiento o en los que intervengan en despliegue de sus roles especiales. Cubriendo tanto al cohecho pasivo como al activo, pues en ambos supuestos delictivos, con su gama de variantes, está en juego el ejercicio de actos funcionales libre de presiones o elementos anómalos que interfieran su normal desenvolvimiento. Discutible es que el principio de imparcialidad de cuenta del delito de tráfico de influencias, al igual que en el

especial, cit., p. 1169; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, cit., p. 1190; VALEJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, cit., p. 274 y ss.; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 280; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 157; BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 99; PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 197.

⁽⁷⁴⁵⁾ Una detallada exposición del principio de imparcialidad, véase en RODRÍGUEZ PUERTA, M^a José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 78 y ss.

caso del enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 401 del Código. Lo que exige que en cada caso se tenga que precisar el objeto jurídico de tutela. Con relación al delito de interés ilegal en negociaciones públicas, es argumentable que se busque, aunque en lejanía, proteger la imparcialidad en los actos de gestión administrativa.

Imparcialidad que ha sido vista por TAGLARINI como el deber de la administración pública de obrar en una posición de sustancial desapego respecto de los intereses privados, de clase o grupos y distribuir con equidad beneficios y perjuicios que se derivan de la acción administrativa⁽⁷⁴⁶⁾. Y que en una formulación global tiene capacidad de rendimiento para abarcar tanto la corrupción pública como la privada, en esta última hipótesis en el caso que se configuren normativamente los supuestos legales de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Con ello no se quiere indicar que resulten excluidos los otros enfoques, máxime si en determinadas situaciones el principio de imparcialidad exigible puede tornarse contradictorio con la naturaleza de los actos de determinados funcionarios de cargo político, por ejemplo. Por lo mismo, también de modo derivado se está protegiendo la probidad funcional en el ejercicio de los cargos y empleos públicos y garantizando jurídico penalmente que éstos en cuanto al ámbito de sus atribuciones ejercidas no sean objeto de prestaciones y contraprestaciones ilícitas.

Precisar el objeto jurídico de tutela (bien jurídico específico) ha significado todo un despliegue de argumentaciones de mayor y mejor validez explicativo-comprensiva, y decantamiento de posiciones etizantes, moralistas, en otros casos autoritarias, que no han demostrado poseer la suficiente idoneidad para dar cuenta del bien jurídico específico⁽⁷⁴⁷⁾.

IX. LA PLURISUBJETIVIDAD DE LOS DELITOS DE COHECHO

En doctrina penal un delito es plurisubjetivo cuando existe concurrencia necesaria de sujetos activos para la perfección del hecho típico

⁽⁷⁴⁶⁾ Citado por VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 216.

⁽⁷⁴⁷⁾ Para un estudio acerca de la evolución conceptual y jurisprudencial del bien jurídico en el delito de cohecho ver VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, cit., p. 201 y ss.

co y cuando además dichos sujetos responden a título de autores bajo la descripción y sanciones de la misma figura penal. Se produce entonces una bilateralidad como presupuesto pluripersonal mínimo, lo cual no impide que sean más de dos los sujetos activos. En el caso del cohecho pasivo, la teoría tradicional sustentada por Francesco CARRARA, CARMIGNANI, FEUERBACH, PESSINA y otros, sostuvo la tesis de la bilateralidad; entendiendo el cohecho como un pacto o acuerdo *-pactum sceleris-* ilícito de mutuas prestaciones. Consecuencia de esta concepción es el tratamiento penal de los concurrentes (quien solicita y/o recibe y quien da) bajo los alcances del mismo tipo penal. Así, responden por cohecho pasivo, propio o impropio, el que da y el que solicita o recibe. Hay pues un tratamiento unitario de los aportes de cada concurrente.

En la actualidad la teoría de la bilateralidad, en cuanto criterio dominante, se halla superada ⁽⁷⁴⁸⁾, pues si bien se admite que el cohecho es en varios de sus supuestos un delito de concurrencia necesaria —pues no existe el delito de autocorrupción— donde resulta correcto hablar de prestaciones recíprocas e incluso de pactos o acuerdos; en cambio los códigos modernos (entre ellos el peruano) establecen en tipos penales separados las responsabilidades y penalidades de los concurrentes al cohecho ⁽⁷⁴⁹⁾; es más, el cohecho cuyo verbo rector es *solicitar*, se perfecciona típicamente sin necesidad de concurrencia efectiva. Técnicamente la orientación actual posibilita un mejor tratamiento jurídico-penal de los aportes al delito de los sujetos, así como una mayor racionalidad en la aplicación de los objetivos político-criminales de la política penal.

Concluyendo:

- Los delitos de cohecho son de concurrencia pero no todos son plurisubjetivos.
- No todo cohecho supone pacto o concierto previo.

⁽⁷⁴⁸⁾ RODRÍGUEZ DEvesa-SERRANO GÓMEZ, afirman rotundamente que se halla desechada por los códigos modernos (*Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1170).

⁽⁷⁴⁹⁾ VALEJE ALVAREZ resume esta tendencia contemporánea afirmando que para la doctrina española el cohecho no requiere dualidad de sujetos activos, ni concurrencia de voluntad de los mismos, ni simultaneidad de acciones diversas a una acción común (*El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, cit., p. 41).

- El cohecho pasivo propio e impropio tiene la titularidad del sujeto activo en los funcionarios y servidores públicos no en los particulares.
- El cohecho activo, en cambio, hace depender la titularidad del sujeto activo en un tercero indeterminado (pudiendo tratarse de particulares o también de sujetos públicos).

X. LOS MODELOS ESPAÑOL E ITALIANO DE COHECHO

El código español vigente contempla interesantes figuras de cohecho, así como determinados componentes que no han sido considerados expresamente por nuestra sistemática penal. En lo atinente a lo segundo: el provecho propio o de terceros, la persona interpuesta, la pena doblada o triplicada de lo percibido como multa. Prevé igualmente la excepción de penalidad al particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud del sujeto público si denuncia el hecho a la autoridad (art. 427).

Las figuras penales novedosas que trae consigo el código español de 1995 son la tipificación del cohecho subsecuente (art. 425), el cohecho activo de funcionario público, aunque ambos castigados con penas moderadas y la tipificación del soborno transaccional (art. 445 bis). El art. 424 ha legislado con carácter atenuado el cohecho por afinidad, que se presenta cuando la corrupción ha sido hecha por familiares o allegados afectivos al reo.

A su vez el Código penal italiano contempla 9 figuras de corrupción ⁽⁷⁵⁰⁾: 1) corrupción pasiva impropia antecedente; 2) corrupción pasiva impropia subsecuente; 3) corrupción pasiva propia antecedente; 4) corrupción pasiva propia subsecuente; 5) corrupción activa propia antecedente; 6) corrupción activa subsecuente; 7) instigación a la corrupción pasiva impropia antecedente; 8) instigación a la corrupción pasiva propia antecedente; 9) instigación a la corrupción activa impropia antecedente; 10) instigación a la corrupción activa propia.

Las reformas producidas a partir de 1990 en el Código penal italiano han derogado la figura de la corrupción por aprovechamiento del error ajeno.

⁽⁷⁵⁰⁾ Se sigue aquí a PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., pp. 149-150.

XI. LA SISTEMÁTICA PERUANA DE LOS DELITOS DE COHECHO ⁽⁷⁵¹⁾

La sección IV del Código penal peruano vigente, en 14 artículos que contienen tipos básicos, agravados, complementarios y añadiduras especiales, ofrece las siguientes figuras penales después de la reforma practicada mediante Ley N° 28355:

a) Tipos penales de corrupción pasiva

Art. 393: Cohecho pasivo propio en sus modalidades comisiva y omisiva en tres variantes definidas por los verbos rectores acepta-recibe, solicita y condiciona.

Art. 394: Cohecho pasivo impropio (comisiva), en dos variantes: acepta-recibe y solicita.

Art. 395: Cohecho pasivo específico (de Juez, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo, o análogo), en sus dos variantes: acepta-recibe y solicita.

Art. 396: Cohecho pasivo específico de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o análogo.

b) Tipos penales de corrupción activa

Art. 397: Cohecho activo genérico en sus modalidades comisiva y omisiva, propia e impropia (atenuada).

Art. 398: Cohecho activo específico sobre juez, fiscal, perito, árbitro miembro de tribunal administrativo o análogo. Cohecho cometido por Abogado de manera individual o cuando forma parte de estudio de abogados.

c) Tipos especiales de corrupción

Art. 399: Negociación incompatible.

Art. 400: Tráfico de influencias en sus variantes simple y agravada.

Art. 401: Enriquecimiento ilícito en sus variantes simple y agravada.

⁽⁷⁵¹⁾ Se debe señalar, para evitar confusiones ulteriores como ya se ha dicho, que los términos corrupción y cohecho tienen la misma significación.

Art. 401-A: Enriquecimiento ilícito (norma complementaria).

Art. 401-B: Enriquecimiento ilícito (disposiciones complementarias sobre el destino de los bienes decomisados e incautados).

Cabe señalar que la redacción original del código de 1991 tan sólo ofreció nueve artículos, a los que se anexaron en 1992 y 1996 otras modalidades delictivas y añadiduras complementarias. El sentido de las reformas incorporadas, en especial la de 2004, ha apuntado principalmente a ampliar relativamente las criminalizaciones, estableciendo agravantes, así como a aumentar los *quantums* de pena.

Han sido suprimidos del Código penal los artículos 398-A: Corrupción activa específica imputada a Abogado; 398-B: Descripciones complementarias a la pena de inhabilitación recaídas sobre el Abogado.

Ha sido reubicado en el marco de los delitos de abuso de autoridad el contenido del art. 394-A: Corrupción pasiva con finalidad política y/o electoral.

XII. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA EMPLEADA

Producto de sucesivas modificaciones, la redacción y sistemática legislativa de la sección «Corrupción de funcionarios» ofrece en conjunto una inadecuada y deficiente técnica de construcción legislativa.

La Sección IV del código tiene 8 tipos básicos y/o autónomos (arts. 393, 394, 394-A, 395, 397, 398, 399, 400 y 401); 3 tipos derivados (arts. 396, 398 segundo párrafo y 398-A) y 4 disposiciones complementarias y añadiduras (arts. 395 segundo párrafo, 398, 401-A, 401-B).

a) Los verbos rectores utilizados son los siguientes:

- acepta, recibe, solicita (arts. 393, 394, 395).
- condiciona (art. 393).
- ofrece, da, promete (arts. 397 y 398)
- corrompe (art. 398, tercer párrafo)
- se interesa (art. 399).
- recibe, hace dar o prometer (art. 400).
- incrementa y no pueda justificar (art. 401).

- Se han suprimido los verbos «hacer» del art. 398 y del derogado artículo 398 -A, «trata» del art. 399 (ahora 397) y «se enriquece» del art. 401.

b) Las fórmulas corruptoras son las siguientes:

- Donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio (arts. 393, 394, 395, 397, segundo párrafo del art. 398, 400).
- Donativo, promesa o cualquier ventaja (segundo párrafo del artículo 394).
- Donativo, ventaja o beneficio (segundo párrafo del art. 397, 398).
- Donativos, dádivas o presentes (art. 401-A).

Si bien se ha suprimido *ventajas de cualquier clase* así como el uso indistinto del singular y el plural, sigue siendo sintomático el rango de desorden y de innecesaria duplicación de términos y frases de igual significado (*donativo, dádiva, presente; cualquier otra ventaja*). El legislador al emplear las palabras «cualquier ventaja», en dos ocasiones ha prescindido del pronombre indefinido cualquier (arts. 397, segundo párrafo y 398). Con el uso del término beneficio, en una sola ocasión ha indicado que sea indebido (art. 394), no mencionándose dicho término en la tercera modalidad de cohecho pasivo propio (art. 393).

c) Naturaleza y complejidad de los tipos penales

Las figuras de los arts. 393 y 397 son las únicas que expresamente contienen comportamientos activos y omisivos. El resto han sido redactados mediante fórmulas activas.

Son figuras penales complejas las que corresponden a los arts. 393, 394, 397, 398, 399 y 400. Aquí destacan por su especial complejidad los arts. 393 y 397. Sólo existe un tipo penal simple: el art. 401.

d) Tipos de resultado y de actividad-peligro ⁽⁷⁵²⁾

Se ha combinado, lo cual es incorrecto técnicamente, modalida-

⁽⁷⁵²⁾ Véase *supra*, p. 80 y ss. (“Naturaleza de los tipos penales”).

des de resultado y de simple actividad al interior de un mismo tipo penal; por ejemplo, el art. 393: funcionario que solicita y funcionario que recibe. Característica observada en los tipos penales de corrupción pasiva propia e impropia.

El tipo penal de corrupción activa genérica (art. 397) ha sido diseñado como tipo de resultado («*el que da*») y como tipo de simple actividad («*el que ofrece o promete*»). En el tipo de corrupción activa específica (art. 398) se aprecia igualmente la existencia esta doble técnica de redacción legislativa.

Los tipos penales especiales de corrupción (interés ilegal y tráfico de influencias) son tipos de simple actividad. El tipo penal de enriquecimiento ilícito es de resultado.

Los tipos de simple actividad son igualmente de peligro para la administración pública.

e) Elementos subjetivos

Todas las figuras penales de corrupción de funcionarios son dolosas. La ley penal no ha previsto la punición de comportamientos culposos. Y ello se explica por las dificultades evidentes que ofrece la presencia de culpa en actos de corrupción de sujetos especiales que reúnen caracteres de posición de garante ⁽⁷⁵³⁾.

El tipo delictivo del art. 395, además de poseer contenido finalístico, se halla reforzado por un especial componente subjetivo que se agrega al dolo del agente y que aumenta ostensiblemente el injusto penal: «*a sabiendas*». Asimismo, el tipo penal del art. 398 contiene un elemento finalístico que condiciona la tipicidad de la figura: «*con el objeto de influir*».

f) Funcionarios y particulares

La Sección IV del Código penal está básicamente elaborada para sancionar penalmente los comportamientos delictivos de los funcio-

⁽⁷⁵³⁾ Véase *supra*, p. 165 y ss., la conceptualización referida a la posición de garante.

narios y servidores públicos. Pero igualmente se sanciona a los particulares que actúan corrompiendo a dichos sujetos especiales, dentro de los cuales se ha enfatizado el papel corruptor del abogado.

El código también ha incluido como sujetos susceptibles de la acción corruptora, en el contexto del delito de cohecho activo específico (art. 398) al testigo, perito, traductor e intérprete, lo que plantea la interrogante de si aquí también el legislador está equiparando la calidad de funcionario o servidor público a dichos sujetos particulares, lo que obviamente no registrará problemas en el caso de los peritos, traductores e intérpretes oficiales. Por lo demás estos sujetos pueden ser pasibles de sanción penal en función a tipicidades que se encuentran en otros rubros de protección penal ⁽⁷⁵⁴⁾. Se entiende que si bien se trata de sujetos particulares (pues los peritos, traductores e intérpretes oficiales son servidores públicos o funcionarios según el caso), los mismos se hallan colaborando con la justicia, es decir participando accesoriamente en la formación de la función pública, razón por la cual resultan subsumibles en el concepto penal extensivo de sujetos públicos (funcionarios o servidores).

g) Sistema de penas

Los montos de las penas han sido aumentados en comparación a los dos códigos penales anteriores, los mismos que oscilan de cuatro a dieciocho años. El sistema de penas empleado es el de *pena conjunta*, que incluye pena privativa de libertad más pena de inhabilitación de 1 a 3 años, de conformidad con el art. 426 del código y que comprende: 1) privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado aunque provenga de elección popular; 2) incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo, o comisión de carácter público. La pena privativa de libertad es principal, la pena de inhabilitación es accesoria.

Se ha eliminado del Código Penal los efectos canceladores de la inhabilitación a los sujetos especiales incurso en la figura del artículo 395 (juez, árbitro, fiscal, etc.). Efectos que se extendían, con mayor rigor incluso, al abogado incurso en la figura del segundo párrafo del artículo 398-A, hoy derogado.

⁽⁷⁵⁴⁾ Por ejemplo, en base al art. 409, si dichos sujetos incurrir en falsedad.

En resumen:

- Son tipos de lesión o resultado (arts. 393, 394, 395, 398, 400, 401).
- Son tipos de simple actividad (arts. 399).
- Son tipos que combinan en su redacción modalidades de resultado y de simple actividad (arts. 393, 394, 395, 397, 398).
- Son tipos de naturaleza activa (arts. 393, 394, 395, 398, 400).
- Son tipos de naturaleza mixta, es decir, poseen modalidades de acción y omisión (arts. 393, 397).
- Son tipos de dolo directo (arts. 393, 394, ambos en la modalidad «solicita»), 395, 398, 397).
- Son tipos que poseen elementos normativos (arts. 393, 394, 397).
- Son tipos de consumación instantánea (arts. 393, 394, 395, 397, 398, 399, 400).

XIII. FIGURAS PENALES (O DELITOS DE COHECHO) NO CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

1. El cohecho activo de funcionario público.
2. El cohecho activo subsecuente.
3. La inducción al cohecho.
4. La corrupción o cohecho de doble calificación por el agente (funcionario o servidor que corrompe a funcionario o servidor y funcionario o servidor que corrompe a particulares).
5. Cohecho agravado de magistrado cuando se condena injustamente.
6. Cohecho mediante o para la comisión de otro delito.
7. Formas culposas de corrupción.
8. Cohecho por recepción de donativo al margen de vinculación por el acto (cohecho aparente).
9. Cohecho extorsionante (actualmente contemplado en el artículo 393 en la variante de cohecho pasivo propio que lleva la palabra «condiciona» como verbo rector).

10. Soborno transnacional
11. Políticas de exención de pena para el que denuncia al funcionario que ha incurrido en cohecho (arrepentimiento activo).
12. Formulas atenuadas de cohecho por afinidad o parentesco.
13. Cohecho o corrupción privada.

XIV. LA REFORMA DEL 2004 A LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN: ANTECEDENTES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LEY Nº 28355

En el mes de octubre de 2004, la Ley Nº 28355 promulgada por el Poder Ejecutivo modificó en modo significativo las diversas figuras penales de cohecho y aumentó drásticamente la pena privativa de libertad para el delito de asociación ilícita agravada, además de efectuar reformas parciales a la ley penal especial de lavado de activos, Ley Nº 27765, incorporando una circunstancia de agravación severamente castigada (pena privativa de libertad no menor de 25 años cuando los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas o terrorismo) y cancelando los beneficios penitenciarios de redención de penas por trabajo y educación, semilibertad y libertad condicional.

En el Perú uno de los flancos de alta vulnerabilidad registrada por la política penal estatal ha estado representado casi siempre por el de los delitos de infracción del deber cometidos por funcionarios contra la administración pública, tanto por la extraña minimalidad –en la inmensa mayoría de tipos penales– de las criminalizaciones y los marcos serenos y a veces nimios de pena privativa de libertad y de inhabilitación establecidos para este ámbito de criminalidad, que contrastan con los señalados para los delitos comunes, como por la estabilidad impermeable a las reformas que han mostrado dichas figuras a lo largo de la historia del derecho penal peruano republicano, que abarca ya más de 140 años, si es que lo retrotraemos a la existencia del Código Penal de 1863. La dirección del *ius punendi* nacional ha mostrado siempre una sensible predilección, en sus diseños y sobrepenalizaciones, por la delincuencia común, en abierto contraste con el desinterés para mejorar cualitativa y cuantitativamente la redacción de los tipos penales funcionales en la orientación de optimizar el ámbito de tutela penal del bien jurídico protegido. Redacción que ha brindado no pocas lagunas de criminalización y trato minimizador en términos punitivos, sal-

vo contadas excepciones. Vulnerabilidad que ha originado una notoria deslegitimización social de un derecho penal que trata de modo distinto a la delincuencia: con mano dura a los autores y cómplices inmersos en los delitos de dominio o por organización (delitos comunes), con lenidad y benignidad en términos de penalidad a la ilicitud funcional (delitos de infracción de deber) asociada con la delincuencia del poder.

Y cuando se hace alusión a la delincuencia del poder es para referirnos en especial a aquel amplio sector de criminalidad que tiene que ver con las cuotas de poder mal administradas en manos de funcionarios públicos (que defraudan expectativas jurídico sociales, en el lenguaje ya ahora tradicional del moderno derecho penal) o con aquellas delictivamente orientadas a delinquir desde las posiciones que brindan tales situaciones de privilegio (personas que han llegado o tomado posiciones de poder para decididamente delinquir, sin que sea necesariamente valedero en este contexto poder hacer alusión a defraudaciones de expectativas, con base a una perspectiva global). Poder tiene un político asentado en estratos del gobierno central como un Juez que administra justicia. El primero maneja dinero, presupuesto y dispone asignaciones, mientras que el segundo decide cursos de vida y está autorizado legalmente a lesionar bienes jurídicos fundamentales de las personas. Tanto poder tiene un Congresista que en lo formal legisla o fiscaliza como un Alcalde que materialmente maneja fondos y decide contrataciones. La delincuencia del poder hace referencia a aquel amplio rango de delitos que pueden ser cometidos por todos aquellos funcionarios públicos que ocupan posiciones privilegiadas en la estructura multifuncional del Estado y de las administraciones públicas. Esta delincuencia, a diferencia de otras manifestaciones de la criminalidad del poder, es la que ha sido tocada con las reformas traídas consigo con la Ley N° 28355 publicada el 6 de octubre de 2004.

Las modificaciones introducidas al Código Penal y a la ley de lavados de activos mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 28355 tomaron como base la iniciativa denominada «Proyecto de ley anticorrupción y contra el crimen organizado» promovida y presentada ante el Congreso, a fines del año 2002, por la Fiscal de la Nación Dra. Nelly Calderón ⁽⁷⁵⁵⁾, junto al cual también se analizaron y debatie-

(755) Entraron a discusión los proyectos para reformar el Código penal de los congresistas Roger Santa María (artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393 y 394), Eduardo

ron, en total diez, proyectos de ley elaborados por diversos Congresistas sobre delitos de corrupción (algunos específicos sobre tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito) ⁽⁷⁵⁶⁾.

La iniciativa del Ministerio Público, de carácter programático, a diferencia de los parciales proyectos de los parlamentarios, comprendía modificaciones en el Código Penal tanto a los artículos 393º al 401º, disposiciones concernientes a consecuencias jurídico económicas (artículos 102º al 104º), la reforma de los siete artículos de la Ley N° 27765 así como de los artículos 72º, 95º y 98º del Código de Procedimientos Penales, además de recomendaciones sobre reajustes normativos a los demás artículos referidos a los delitos cometidos por funcionarios públicos.

La entidad persecutora del delito hizo llegar un programa global de reforma de los delitos de corrupción de funcionarios partiendo de la perspectiva de análisis del crimen organizado y adecuándolo a las exigencias de la política criminal contemporánea en la lucha contra la corrupción. Programa que abarcaba niveles de mayor criminalización, penalización, eliminación de las inhabilitaciones absolutas a los abogados, consecuencias accesorias, normativa procesal, técnica y redacción legislativa, y que estuvo orientado a «mejorar el tratamiento político penal de la lucha contra la criminalidad organizada. Criminalidad organizada que convertida en un fenómeno social anómalo inherente al proceso de globalización y modernización de la sociedad, y manifestándose a través de delitos de alta lesividad social, busca obtener metas económicas, políticas o de cualquier índole, para lo cual se infiltra en las entidades públicas y privadas, tratando de controlar segmentos de poder a los que desnaturaliza, poniéndolos a su servicio, generando así un entorno social propio que consolida sus estructuras

Salhuana (artículo 400), Tito Chocano (artículos 401, 401-A), José Risco (artículo 396), Antero Flores (artículo 400), Ernesto Aranda (artículo 399), Luis Gonzáles (artículo 400), Susana Higushi (artículos 396 y 398), Máximo Mena (artículo 399) y Enma Vargas Benavides (artículo 400).

⁽⁷⁵⁶⁾ La Comisión Especial designada mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación y que se encargó de la propuesta y redacción del Proyecto, estuvo conformada por: Héctor Lama Martínez, Pablo Sánchez Velarde, Tomás Gálvez Villegas, Aldo Cairo Pastor (Fiscales); Carlos Velásquez Salazar (PNP), Dennis Chávez Paz, José Luis Castillo Alva, Alexei Sáenz Torres, Luis Renteros Pineda y Fidel Rojas Vargas.

y las reproduce. La corrupción como fenómeno social, se fortalece de este modo en el proceso de globalización y modernización de la sociedad, y cuyo reciclaje contracultural constante se ve estimulado por las fisuras que muestran las estrategias y normas con las que se las trata de combatir» ⁽⁷⁵⁷⁾.

Resulta destacable, para hacer un seguimiento histórico a la *ratio legis* de la Ley N° 28355, en primer lugar, enfatizar las orientaciones que primaron por entonces (año 2002) en los redactores de la propuesta del Ministerio Público, acerca de la corrupción –en tanto expresión de criminalidad organizada– como un fenómeno externo que «se infiltra» en las organizaciones para hacer uso de los segmentos de poder así adquiridos. Esta perspectiva de externalidad de la corrupción, que parte de la idea que la administración pública es una institución de funciones y personas, en promedio o por origen, correctas (tanto por la selección de las mismas como por los valores positivos dominantes a su interior) no siempre es una tesis acertada para entornos no fortalecidos en las nociones de función pública y servicio a la colectividad, en los que se acentúan más, primando, las deprivaciones éticas personal-funcionales, las carencias de formación y la instintiva y sórdida percepción –en amplios sectores del colectivo social– del cargo público como opción apetecida para satisfacer o solucionar expectativas personales y medrar a futuro a partir de él. De ahí entonces que la base de funcionarios y servidores que se incorporan al servicio público tenga en su raíz un vicio de partida incorregible una vez ya en el ejercicio funcional. El favor generalizado de la recomendación no racionalizada y de la colocación a cualquier costo, como mecanismo aceptado y tolerado de acceso a la administración pública, nos pronostica ya marcos potenciales de corrupción. Vicio de partida que no sólo tiene en los aspirantes a funcionarios (o en los funcionarios que aspiran ascender) su cuota de causalidad, sino que se complejiza cuando se observa –y ello puede ser objetivable– que los centros de nombramiento-designación de funcionarios y servidores son los que en una gran cantidad de casos, con su falta de transparencia, diseño y administración inadecuada o tendenciosa de las reglas de acceso, generan usualmente el

⁽⁷⁵⁷⁾ Ministerio Público. Proyecto de Ley Anticorrupción y contra el crimen organizado: Exposición de Motivos.

marco propicio en el cual se desarrolla pródigamente la recomendación no razonable y la colocación a cualquier costo, obviando la mejor idoneidad y la integridad ética. Los ejemplos del procedimiento, reglas y modo de elección (en última instancia, discrecional) de Jueces y Fiscales titulares y provisionales en el Perú –a título de ejemplo de lo que sucede con el funcionariado en general– confirman dicha lamentable y peligrosa deficiencia, a la que se agrega un tercer factor de naturaleza política recaído en el reparto de cuotas de poder a solicitud de Congresistas, Ministros, y altos funcionarios, que se activará en el momento y lugar adecuados conforme o cercanos a los intereses de estos últimos. La externalidad deviene así en argumento débil para explicar la corrupción, la misma que tiene una compleja trama de factores internos y externos que actúan e interactúan teniendo como eje la existencia de personas vulnerables y sujetos tolerantes con dichas vulnerabilidades, que en casos determinados toman dicha vulnerabilidad como requisito *ad hoc* para los nombramientos.

Un segundo criterio rector dominante en el enfoque dado –por los miembros de la comisión redactora del Proyecto, y que refleja igualmente la percepción de numerosos sectores dialogantes y discursivos en el tema de la corrupción, reside en la creencia que la deficiencia –debilidad, lenidad, redacción inadecuada– que exhiben las normas jurídicas propicia la reproducción, en términos de fortalecimiento, de la corrupción (el «reciclaje»). De modo que normas legales más adecuadas a la materia de regulación, que comprendan mejor los supuestos de hecho, que no dejen «fisuras» y prevengan o repriman con mayor rigor (con «la máxima severidad» como acostumbran decir nuestros políticos criollos) los comportamientos descritos en tanto penalmente relevantes traerían consigo una perspectiva de mayor eficacia penal, a lo que habría que complementar una modernización y mayor acierto de la normativa procesal. Tales creencias tienen, obviamente su buena dosis de argumentación plausible que abona la tesis de la mejora legislativa de las leyes y Códigos y de la mayor utilidad de los mismos, en un acercamiento progresivo a los mínimos de una justicia oficial deseable, es decir, que mientras mejor sea la técnica legislativa empleada y mayor el rigor de la descripción de los supuestos prohibidos de conformidad a los principios tutelares del derecho penal, la aplicación judicial se verá más segura y predecible y por tanto se limitará la ya mucha veces referida y siempre presente arbitrarie-

dad fiscal-judicial, lo que redundará en la obtención de los fines implícitos en el ámbito de tutela penal. Teóricamente ello es correcto, esto es, en los círculos de la argumentación racional las razones son impecables, lo que sin embargo no concuerda necesaria y obligatoriamente con la práctica forense fiscal y judicial, menos aún con la penitenciaria que es la depositaria de todas las creencias y deficiencias de la cosa penal, son los resultados que se llegan a obtener con buenas leyes en manos de fiscales y jueces inidóneos (por formación o actitud) o corruptos. Lo que se quiere dar a entender con estas disquisiciones es que la norma correcta, o por lo menos su búsqueda si es que ella tiene encuentro final, no aseguran o colman las expectativas que se puedan derivar a partir de dicho logro o intento. Fisuras se presentarán de todas maneras. Así como es una utopía considerar que se puede acceder, mediante una decidida y eficaz lucha, a una situación de corrupción cero tan igual se presenta la posibilidad de cerrar la salida –técnico legislativamente hablando– a la siempre dinámica, polifacética y huidiza –en términos procesales de prueba– corrupción.

Otro criterio central presente en las consideraciones jurídico-dogmáticas de los miembros de la Comisión del MP, se capitalizó en la idea que los tipos penales de cohecho, recogidos en el marco de los artículos 393º al 401º del Código Penal, habían sido concebidos y diseñados legislativamente con el Código de 1924, de lo que se dedujo la conclusión que los mismos no estuvieron preparados para dar cuenta de la criminalidad funcional asociada al crimen organizado. Situación que se observaría con patente impotencia al descalabro del régimen del Presidente Alberto Fujimori, que hizo saltar una gran e importante cantidad de casos de corrupción organizada, esto es, hasta entonces no vistos en el país, o por lo menos no tan evidentes, caracterizada, entre varias notas saltantes por el hecho que desde el poder político fue organizado un entramado de funcionarios que usaron de las instituciones, y de las atribuciones que dan los cargos, para negociar contrataciones, repartirse los centros del poder y los puestos públicos, vender y comprar la justicia oficial, controlar y envilecer las fuerzas armadas y la policía nacional, corromper a otros niveles de funcionarios, coaccionar crematísticamente el ejercicio de las funciones públicas, etc. Fenómenos delincuenciales para cuya prevención-sanción fueron declaradamente deficientes las prosaicas fórmulas legislativas del cohecho pasivo-activo, peculado, tráfico de influencias, conservando si en cam-

bio la figura de enriquecimiento ilícito (modalidad delictiva creada en el año de 1988) su capacidad comprensiva, hartamente discutida, dada la genérica y abierta redacción que aún sigue manteniendo, no obstante las acotaciones de pretendida precisión efectuadas ulteriormente.

Sometido al debate de las Comisiones y Subcomisiones del Congreso la propuesta del Ministerio Público, junto a la cual confluían parciales iniciativas de Congresistas, la Ley N° 28355 terminaría por asumir parcialmente las propuestas de sobrecriminalización del enriquecimiento ilícito y del tráfico de influencias, que habían previsto para el caso del primer delito cuatro circunstancias agravantes sancionadas con penas que iban de los 10 hasta los 20 años de privación de la libertad (que el funcionario ocupe cargos de confianza o cargos en la alta dirección de las distintas reparticiones públicas, que el funcionario se halle sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, que el monto del enriquecimiento supere las cincuenta unidades impositivas tributarias y cuando el agente se vale de persona interpuesta), y para el caso del segundo delito una submodalidad agravada de tráfico de influencias cuando el funcionario o servidor público se aprovecha de su cargo o empleo para ofrecer interceder (que en la ley fue considerada una circunstancia agravante) y una segunda variedad atenuada que tomaba como agente del delito al sujeto indeterminado que ofrece o entrega donativo a un funcionario o servidor público para que haga valer sus influencias, propuesta esta última que fue desechada. No fueron aceptadas la mayoría de modificaciones a la Ley de Lavado de Activos ni se asumieron las reformas a los artículos 102º, 103º y 104º del Código referentes al comiso de los efectos o instrumentos del delito y de las ganancias de las personas jurídicas. No se dio igualmente respuesta a las recomendaciones acerca de reformular las figuras de peculado y demás delitos funcionales conexos al de corrupción.

En cambio se aceptó la reformulación técnico legislativa del cohecho pasivo propio (artículo 393 del Código penal), en función a los verbos rectores aceptar-solicitar y condicionar, y las dos modalidades del cohecho pasivo impropio: aceptar y solicitar. Igualmente se aceptó el esquema rector binario para el delito de cohecho pasivo específico del artículo 395º. Ilustrativa de la mayor precisión en el tipo penal es la redacción propuesta por el Ministerio Público, y que se aprecia en el artículo 396º que contempla el cohecho pasivo específico de los funcionarios y servidores jurisdiccionales no Magistrados:

secretario judicial, relator, especialista auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo.

En la redacción del cohecho activo genérico, ahora regulado en el artículo 397º se suprimió, conforme a la propuesta del Ministerio Público, la frase «el que trata de», adoptándose en su integridad la fórmula sugerida. La nueva redacción del artículo 398º que regula el cohecho activo específico, expresa también la aceptación –con algunas variaciones de contenido– de la fórmula propuesta por dicho organismo público autónomo, consistente en separar los supuestos del cohecho activo específico en tres niveles, los primeros dos caracterizados por la calidad del destinatario del medio corruptor: Magistrados, peritos, árbitros, miembro de tribunal administrativo o análogo; personal jurisdiccional, testigo, traductor o interprete o análogo; y el último nivel diferenciado por aludir al Abogado en forma individual o como integrante de estudios de abogados como autores calificado del cohecho activo. Sin embargo no merecieron aceptación legislativa las referencias al funcionario o servidor público en tanto sujetos activos, en el último nivel de cohecho activo específico agravado propuesto.

El tipo penal 399º que ahora recoge el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, incorporó igualmente la frase propuesta «en provecho propio o de tercero», no aceptándose en cambio la supresión de la calificación «indebidamente» que se sugirió en el Proyecto.

En lo concerniente al diseño legal del delito de Tráfico de Influencias, la Ley N° 28355, marcando la diferencia con los casos anteriores, no recogió el grueso del diseño trabajado por la Comisión Especial del Ministerio Público, consistente en eliminar las referencias a las «influencias simuladas» y provocar las sustituciones de las frases «con el ofrecimiento de» («por ofrece interceder») y de la complicada fórmula del «hace dar o prometer» (por «a cambio de»). Si bien se adoptó la sobrecriminalización del delito, en tanto agravante, cuando el agente es funcionario o servidor público, donde si se presentó evidente resistencia al interior de las comisiones legislativas del Congreso fue en criminalizar, atenuadamente la intervención del «interesado» que ofrece mecanismo corruptor (donativo-promesa-ventaja) a un funcionario o servidor para que cualquiera de estos haga valer sus influencias ante otro funcionario o servidor con el objeto de obtener resoluciones o de-

cisiones en provecho propio o de terceros, con lo cual se desechó un esquema que trató de proyectar en la comunidad un mecanismo preventivo que hubiera permitido completar el círculo normativo contra la corrupción, en una suerte de diseño activo del tráfico de influencias.

La fórmula adoptada por el Estado en cuanto se refiere al enriquecimiento ilícito, a través de la Ley Nº 28355 toma en parte algunas sugerencias del Proyecto del MP, pero desecha un aspecto atractivo-político criminalmente (hablando de las propuestas) que hubiera permitido sentar bases para reformas ulteriores de los delitos funcionales de enriquecimiento (peculado, cohecho, concusión). La idea trabajada al interior de la Comisión Especial del MP fue eliminar la restricción de tipicidad que mantenía el tipo 401º que se observaba en la frase «por razón del cargo», que si bien actuaba como filtro de tipicidad complicaba, por razones diversas la labor de interpretación; idea aceptada en la ley, pero no así la sugerencia normativa de evitar menciones a asuntos contables o de no justificación que finalmente ganaron consenso en los parlamentarios, quienes terminaron aprobando una redacción complicada y susceptible de evasión por parte de los agentes del delito. La Ley Nº 28355 incorporó en cambio dos de las agravantes propuestas y que ahora constituyen el segundo párrafo del artículo 401º, referidas a la mayor gravedad del injusto cuando los agentes son funcionarios públicos que «hayan ocupado» cargos de alta dirección en la administración pública o en empresas públicas, o cuando el agente «esté sometido» a las prerrogativas del antejuicio y la acusación constitucional». No se aceptó, en cambio, la circunstancia de agravación de pena cuando el agente se vale de persona interpuesta. En suma de las cuatro agravantes propuestas para el delito de enriquecimiento ilícito sólo se aceptaron dos.

Lo original de la propuesta del Ministerio Público, «lo atractivo» que no fue asumido en el Congreso, señalaba una tercera agravante para el delito cuando el monto del enriquecimiento superaba las cincuenta unidades impositivas tributarias. De haberse aceptado legislativamente esta agravante ello hubiera permitido efectuar un giro radical en la concepción político penal de los delitos funcionales, de modo de superar el exclusivo factor formal de la «infracción del deber» que, absolutiza hoy, en el país la concepción de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Esta variación en la concepción y el diseño normativo habría permitido ex-

tender la fórmula al ámbito de los demás delitos que implican enriquecimiento, y ofrecer con ello mayores elementos de objetividad y proporcionalidad para construir circunstancias agravantes en tales figuras delictivas.

Por considerarlo un error en la concepción y sistematización vigente en el Código se propuso igualmente reubicar el denominado delito de condicionamiento con fines políticos y electorales que figuraba en el artículo 394-A, admitiéndose la recomendación para figurar como una modalidad de abuso de autoridad, ahora en el artículo 376-A.

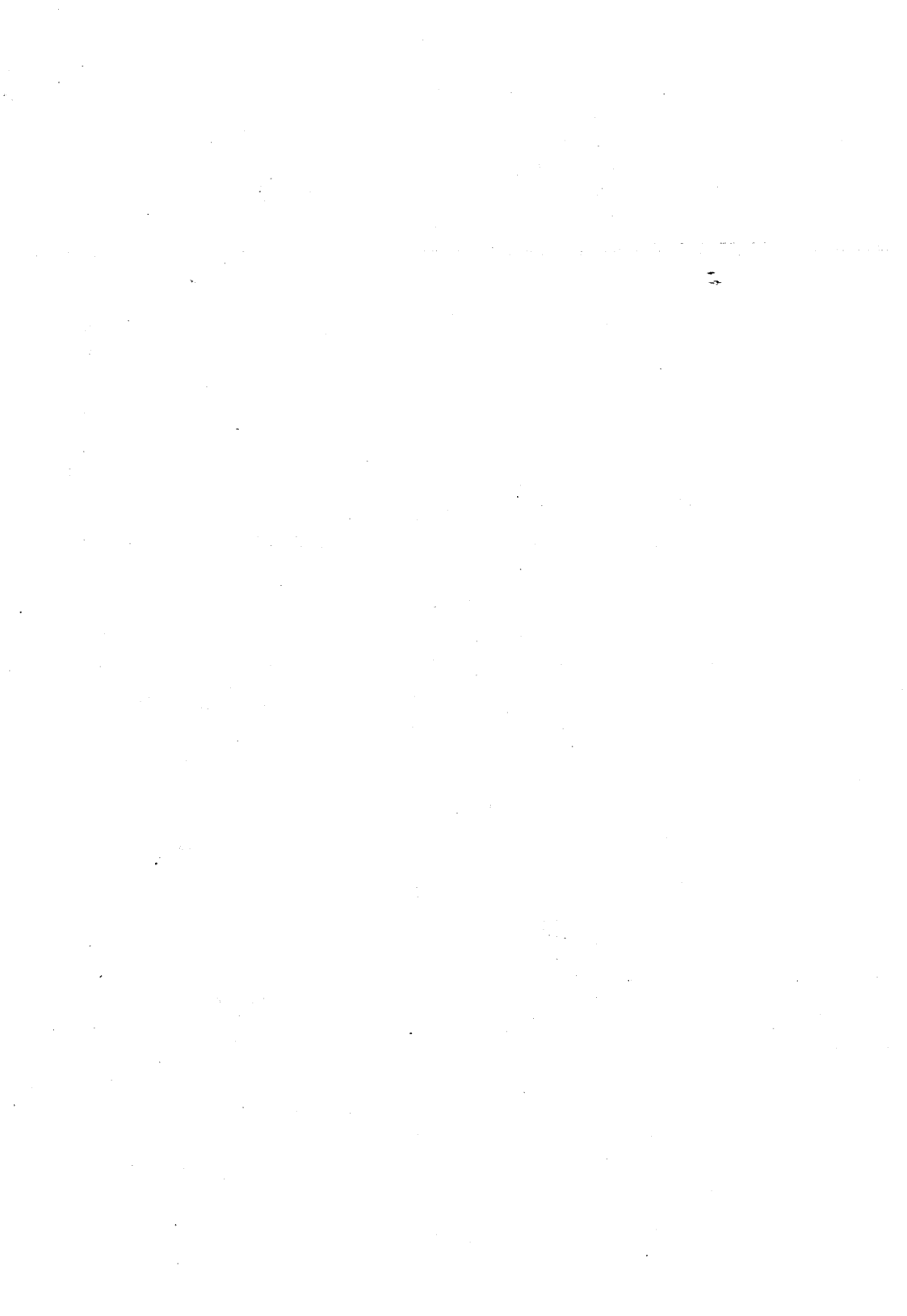
La criminalización de los delitos de corrupción que en la actualidad exhibe la Ley N° 28355 ofrece tipos básicos y agravados en los delitos de cohecho pasivo propio (art. 393), cohecho pasivo impropio (art. 394), cohecho pasivo específico (art. 395) y enriquecimiento ilícito (401); tipos básicos y atenuados en los delitos de cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo específico (art. 398) y tráfico de influencias (art. 400), se han eliminado las irracionales inhabilitaciones a los abogados que incurren en delito de cohecho activo, que estuvieron contempladas en el artículo 398-B. La redacción de los tipos penales de corrupción ha sido en muchos casos mejorada, en otros se ha complicado innecesariamente el tipo penal (caso del enriquecimiento ilícito).

En el ámbito de la penalización, los marcos de pena privativa de libertad de todas las figuras de corrupción han sido ajustadas a criterios de mayor conminación y severidad preventiva. Los extremos mínimos exhiben ahora cuatro años de pena privativa de libertad, con excepción de la reservada para la modalidad atenuada del cohecho activo genérico fijada en tres. A efectos de conminar con una mayor penalidad se ha adoptando una doble técnica de redacción legislativa, consistente tanto en aumentar, en las modalidades agravadas creadas el mínimo señalado para el tipo básico, como en incrementar en términos absolutos la pena del tipo básico.

Si bien son numerosos los méritos exhibidos en la nueva regulación penal de los delitos de corrupción de funcionarios que exhibe la Ley N° 28355 (incorporados al Código Penal), no se ha podido sin embargo superar la doble y contradictoria regulación de las inhabilitaciones, ya que ello habría supuesto una reforma total de los delitos contra la administración pública, tanto a nivel de tipo especial como en la regla general del artículo 426°. La fórmula de enriquecimiento ilícito

sigue siendo el «talón de Aquiles» de los tipos penales funcionales, con mayor razón al haberse adoptado la fórmula argentina de la no justificación del incremento patrimonial, del sujeto público que se enriquece, como elemento del tipo, y al haberse continuado regulando en dicha norma penal aspectos referidos a cuestiones procesales. Igual objeción merece seguir manteniendo la referencia a las influencias simuladas en el tipo penal de tráfico de influencias. Pese al tiempo transcurrido no se ha cumplido con la recomendación efectuada por la Convención Interamericana de lucha contra la corrupción, de tipificar la figura de soborno transnacional, tampoco se ha sometido a debate el tema del funcionario anticipado que dicha convención propugna. Campo propicio a las reformas que se legitima más aún con la serie de propuestas contenidas en el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

Mas allá de las objeciones que pueda levantar, frente al predominio de sus méritos, la Ley N° 28355 se ha constituido en todo un hito en el tratamiento político criminal de los delitos funcionales, hallándose ahora abierta al debate público y susceptible a los cuestionamientos que «necesariamente» deberán plantearse y también a las propuestas de mejora. Ley que a no dudarlo ha tenido el gran mérito de romper el silencio y la pasividad frente a una realidad criminal que había sido evadida o deficientemente tratada a través de proyectos de ley fragmentarios, y en no pocos casos anodinos, cuando no ausentes de requisitos técnicos y de construcción adecuados. La propuesta del Ministerio Público de modificación de los tipos penales de corrupción, asumida en su gran mayoría de sugerencias, ha marcado un paradigma y toda una línea de reforma de la legislación penal, con la indudable valía que en este caso ha sido para hacer frente a una de las manifestaciones más extendidas y peligrosas de la delincuencia del poder.



CAPÍTULO I DELITOS DE CORRUPCIÓN PASIVA

SUMARIO: I. Bien jurídico protegido. II. Los verbos rectores: *accepte* - *reciba* - *solicita* - *condiciona*. a) *Acepta* (*accepte*). b) *Reciba*. c) *Solicita*. d) *Condiciona*.

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El interés jurídico penalmente relevante, en términos generales, reside en proteger el normal funcionamiento, y la imparcialidad, en términos específicos, de la administración pública, buscando asegurar un desempeño ajustado a derecho y a los deberes de función de sus agentes. La directriz básica de política penal implícita en la norma busca evitar que los actos de función o servicio sean objeto de prestaciones ilícitas, fundamentalmente de contenido patrimonial ⁽⁷⁵⁸⁾.

II. LOS VERBOS RECTORES: *ACEPTE* - *RECIBA* - *SOLICITA* - *CONDICIONA*

a) *Acepta* (*accepte*): La primera acción típica que contiene los tipos de cohecho es la de *acceptar*, constituyendo ello una manifestación ex-

⁽⁷⁵⁸⁾ En tal orientación la Ejecutoria suprema de 2 de julio de 1998, Exp. N° 521-98 (Sala Penal C): "la conducta dolosa del encausado al solicitar prebenda económica con el fin de parcializar su decisión jurisdiccional ha vulnerado los principios de una correcta administración de justicia y los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe que todo magistrado debe observar".

presa de voluntad de admisión del funcionario o servidor con relación a los mecanismos corruptores que pone en juego el tercero a fin de obtener prestaciones ilícitas de función o de servicio público. Acepta quien admite verbalmente –o no verbalmente pero de forma tal que sea inequívoca su voluntad en tal dirección– o demuestra complacencia ante las ofertas de entrega de bienes con valor patrimonial (dinero, bienes mueble, inmuebles, títulos valores, etc.), de ventajas patrimoniales o no patrimoniales presentes o futuras, o frente a la promesa (por definición a tiempo futuro) de dar donativo o hacer prestaciones o conceder beneficio. En todos los casos sin que el sujeto público lo haya solicitado. Esta última nota característica delimita el verbo rector «acepta», pues si la aceptación es producto de una negociación ilícita que tiene su punto de partida en solicitudes o peticiones efectuadas previamente –en relación de inmediatez o mediatez– por el funcionario o servidor no estaremos en el ámbito de significancia de este verbo rector, ya que dicha hipótesis de aceptar luego de haber solicitado, implicará ya el agotamiento de la otra modalidad de cohecho referida a la solicitud de medio corruptor practicada por el sujeto público.

Con el diseño actual de los verbos rectores, acepte-reciba-solicita-condiciona, que hace explícita la diferenciación entre las conductas acepta y recibe, se permite, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma de 2004 (que sólo empleaba la fórmula acepta-recibe), darle sentido a la interpretación del contenido y alcances del verbo rector «acepta «que figura en las fórmulas de cohecho pasivo delimitándole conceptualmente de la recepción de bienes y posibilitando configurar a través de él una modalidad de cohecho pasivo que se diferencia en su grado de desarrollo e intensidad de los demás verbos rectores de las otras variedades de cohecho pasivo.

La aceptación supone la concreción del *pactum sceleris*, vale decir ante la propuesta formulada por el *extraneus* de entrega o promesa de medio corruptor, el sujeto público perfecciona la convergencia ilícita poniendo de manifiesto su voluntad criminal al dar su complacencia o conformidad. La aceptación está relacionada con propuestas dolosas e ilegales lanzadas por terceros, frente a las cuales el funcionario en cumplimiento de sus deberes de función y con base a la posición de garante del bien jurídico debe rechazar y denunciar.

Con la aceptación del medio corruptor, en tanto comportamiento doloso, no es dable plantear formalidad alguna de las previstas en las leyes extrapenales. El aceptar es así un acto de simple actividad, en el que no se requiere que el agente infractor obtenga físicamente el donativo o goce de la ventaja o beneficio. Basta el direccionamiento de su voluntad en dicha orientación. Sin embargo, el comportamiento aceptar tendrá que estar vinculado a donativo, ventaja, beneficio o promesa para que adquiera interés penal, con lo que sin embargo el legislador ha tratado de cerrar el máximo ámbito posible de medios corruptores que puedan ponerse en juego en el cohecho.

b) *Reciba*: En cambio, con el verbo rector «recibir» ingresamos a un comportamiento doloso de resultado, caracterizado por implicar necesariamente una transferencia, una entrega y recepción, un dar y recibir; en suma un tomar, el funcionario o servidor público, lo que le dan o envían. Con esta forma de comportamiento se perfecciona el nexo entre el funcionario o servidor que observa una actitud pasiva y aquel alguien que le transfiere, da o entrega que observa una disposición activa, dinámica; se objetiviza también aquí el concurso de voluntades entre ambos, el pacto tácito o expreso. La promesa de dar o entregar es forzado ingresarla en los alcances del «recibir» imputable al sujeto público, pues está ya absorbida en el contenido significativo del verbo rector «acepta». Si es que el agente público ha solicitado previamente, esto es, ha entrado en acuerdos ilícitos siendo la entrega del donativo ventaja o promesa una consecuencia, la recepción material constituirá simplemente un agotamiento del delito, no pudiendo configurarse esta modalidad de cohecho por recepción. Se entiende entonces que existen dos clases de recepción de medio corruptor: una de ellas de contenido jurídico penal que consuma el delito y otra de naturaleza fáctica que no viene a ser sino una progresión póstuma del cohecho ya consumado con la solicitud.

El factor temporal también juega un papel de importancia para diferenciar la aceptación de la recepción. Así, «mientras en la recepción el funcionario recibe algo de carácter material, en la aceptación el funcionario recibe una declaración de voluntad del particular en la que se compromete a darle algo en el futuro ⁽⁷⁵⁹⁾.

⁽⁷⁵⁹⁾ OLAZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 257.

c) *Solicita*: Es el acto de pedir, pretender, requerir una entrega, ventaja o beneficio, o promesa de entrega ilícita, de ventaja que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de su oficio. Solicitar es un verbo de acción, de actividad, que involucra dos sujetos, uno que pide y otro a quien se dirige el pedido y que debe tener conocimiento de la petición. Sin embargo, no es necesario que esa relación se perfeccione, basta que el sujeto especial solicite, no siendo necesario que el receptor del pedido acceda o dé; vale decir, la inexistencia del pacto no hace atípica la figura por cohecho. La solicitud debe ser expresa y practicada directa o indirectamente, en este segundo caso cuando se hace llegar el pedido ilícito mediante terceras personas que actúan a nombre del funcionario o servidor público. Submodalidad quizás la más frecuente y que se adecua mejor a la tesis del no dominio de hecho por parte del funcionario o servidor en esta clase de delitos. Las solicitudes implícitas (lo que se da a entender, el sobreentendido, lo que debe deducirse de otras frases), esto es las sutiles manifestaciones de voluntad no expresamente declaradas por el sujeto público o por quien actúa a su nombre y puestas de manifiesto con lenguaje no verbal (gestos, asentimientos de cabeza, de los dedos de la mano, estiramientos de la mano, etc.) o verbal pero encubiertas con eufemismos o cifradamente deberán de ser analizadas caso a caso para verificar su idoneidad y fuerza corruptora. Solicitar, señala MORILLAS CUEVA, supone una declaración unilateral de voluntad dirigida a otra persona por la que, en este caso el funcionario o autoridad pide recibir una dádiva o presente a cambio para realizar a cambio un acto en ejercicio de su cargo⁽⁷⁶⁰⁾.

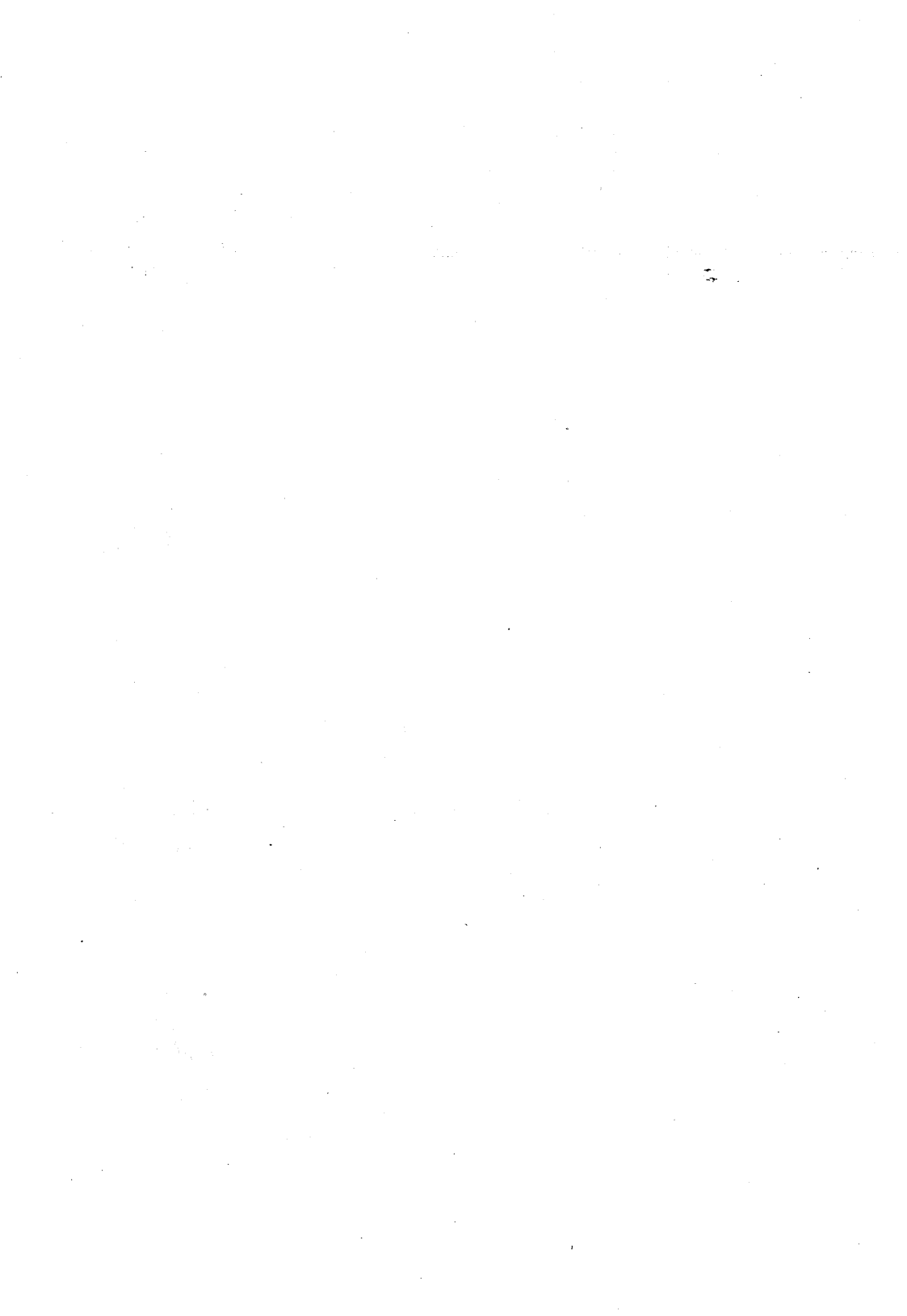
d) *Condiciona*: Cuando la solicitud se convierte en requerimiento imperioso, en intimidación, rebasamos la modalidad de cohecho mediante solicitud para ingresar al terreno del condicionamiento o forzamiento indebido de la voluntad del agraviado, que la norma penal regula en la tercera modalidad de cohecho pasivo del artículo 393 del Código Penal. Cuando el sujeto público no sólo condiciona sino que hace uso de violencia o intimidación entremos a un caso de concurso con el delito de concusión o extorsión.

⁽⁷⁶⁰⁾ MORILLAS CUEVAS, LORENZO, «Cohecho», en CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel; GONZALES RÚS, Juan y otros, *Compendio de derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 810.

La simple sugerencia y/o la insinuación no adquieren la idoneidad requerida de la solicitud. Naturalmente que se trata de actos reprobables pero que aún no han ingresado en la ejecución delictiva. Igualmente que en los supuestos anteriores el solicitar para ser típico tendrá que estar vinculado con los medios corruptores donativo, ventaja, beneficio o promesa (de donativo o ventaja); si la solicitud que practica el funcionario o servidor se salen de este marco delimitador no podrá hablarse de conducta típica.

Estas tres acciones aceptar, recibir y solicitar además de estar vinculadas a los medios corruptores donativo, promesa, ventaja o beneficio deberán igualmente hallarse orientadas en vinculación de finalidad con la prestación de actos funcionales o de servicio por parte de los sujetos públicos, que supongan en un caso incumplimiento, por acción u omisión, de obligaciones legales (cohecho propio) y en otro violación de deberes ético-administrativos, pese a que no se incumpla con las obligaciones de ley (cohecho impropio). Ambas orientaciones –hacia el medio corruptor como a las prestaciones funcionales– de la conducta típica son necesarias para afirmar tipicidad por delito de cohecho.

La importancia de distinguir entre estas modalidades de cohecho radica en el momento en que se produce la consumación del delito, evitándonos así complicaciones en la interpretación o desnaturalizaciones en la decisión judicial. Así, por ejemplo ya no podrá entenderse que solicitar significa sólo una tentativa de recibir, ni que el recibir sea la consumación del aceptar o solicitar; tales interpretaciones se resienten con la estructura de los momentos consumativos poseídos por los tipos de cohecho en el Código penal peruano y con criterios mínimos de interpretación racional de los tipos penales.



1

Cohecho pasivo propio ⁽⁷⁶¹⁾

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Sujetos activo y pasivo. IV. Comportamientos típicos: a) *Primera modalidad delictiva de cohecho pasivo propio: aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar un acto en violación de sus obligaciones.* b) *Segunda modalidad de cohecho pasivo propio: solicitar directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier ventaja o provecho para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas.* c) *Tercera modalidad delictiva: condicionar la conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja.* V. Elemento subjetivo. VI. Consumación y tentativa. VII. Participación. VIII. Concurso de delitos. IX. Penalidad.

Art. 393: «El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal.

⁽⁷⁶¹⁾ El estudio del cohecho pasivo propio se completa con las causales negativas del delito y con la legislación extranjera. Véase mas adelante *infra*, p. 726 y ss. Las sumillas de jurisprudencia, véase en la p. 879 y ss.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal». [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley 28355 de 06 octubre de 2004]

Tipo penal sustituido

Art. 393: «El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años».

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente legal nacional directa es el artículo 349 del Código penal de 1924 reformado por Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981: *«El funcionario o servidor público que solicitare o aceptare un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja para hacer u omitir algo en violación de sus obligaciones, o el que aceptare el donativo, la promesa o ventaja a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con prisión no mayor de dos años, multa de la renta de treinta a sesenta días e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 por no menos de tres años».*

El Código penal de 1863 ofrece una redacción diferente en su art. 175: *«Cuando medie cohecho o soborno en los delitos que los empleados públicos cometan en el ejercicio de sus funciones, se les aplicará la pena correspondiente a estos delitos, aumentada en un grado; y además una multa del duplo del valor recibido o del tanto del prometido o aceptado».*

Las influencias de la legislación extranjera provienen del Código penal francés (arts. 177 y 178), del Proyecto de Código penal federal suizo de 1918 (art. 279), del Código penal alemán de 1871 (art. 332) y del Código penal uruguayo de 1889 (art. 173). Nuestro código de 1924 se apartó de los modelos italianos que hablan de retribución, así como del español.

II. LA FIGURA PENAL

El legislador peruano ha construido, con mayor énfasis luego de la reforma practicada por la Ley N° 28355, una figura penal de corrup-

ción pasiva propia de contenido mixto (verbos pasivos: *accepte* y *reciba* y verbos activos: *solicita*, y *condiciona*) y de cuádruple comportamiento delictivo ahora regulada en tres párrafos autónomos. Se ha diferenciado de tal modo nuestra legislación penal de la tradición francesa que impuso el tipo penal pasivo puro y de comportamiento simple.

El Código penal peruano presenta una fórmula de cohecho pasivo propio en su art. 393 y otra de cohecho pasivo impropio en el 394. Esta técnica de redacción es inadecuada pues se coloca primero la forma agravada de cohecho pasivo y luego, hasta cierto punto, el tipo básico. Se ha preferido así seguir el modelo del proyecto suizo de Código penal de 1918 y no el alemán de 1871 que ofrecía una mejor sistematización que la francesa incluso.

III. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo cualquier funcionario o servidor público que actúe poseyendo competencia genérica en razón del cargo o función. Incluso los jueces, fiscales, árbitros o miembros del tribunal administrativo, cuando el supuesto de hecho imputado excede los marcos de tipicidad del artículo 395. Como se observará, aquí la vinculación funcional posee una naturaleza flexible y amplia, a diferencia del peculado –por sólo tomar un ejemplo– donde es estricta y rigurosamente formal.

No puede ser sujeto activo el particular, pues se trata de un tipo especial propio de infracción de deberes funcionales imputable sólo al funcionario o servidor.

El autor de cohecho pasivo propio puede ser único o a título colegiado (caso de coautoría), si todos los que resultan imputados infringen los mismos deberes de función ⁽⁷⁶²⁾ y en ellos concurren los componentes de la coautoría.

El sujeto pasivo es el Estado. Diversas ejecutorias supremas han precisado que tratándose de delitos de cohecho el agraviado resulta el

⁽⁷⁶²⁾ En el artículo de SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, «El delito de cohecho pasivo propio en el Código penal peruano», en *Actualidad Jurídica*, N° 147, febrero, Lima, 2006, p. 18. Dicho autor es de la opinión que por tratarse de un delito de infracción de deber y debido a la posición de garante directo que tiene el *intraneus* para con el bien jurídico se excluye la coautoría.

Estado y no las personas que entregan los donativos o que son objeto de la solicitud que efectúa el funcionario o servidor público ⁽⁷⁶³⁾.

IV. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los verbos rectores son: *acepte, reciba, solicita y condiciona*, empleados alternativamente esto es como modalidades autónomas de cohecho. Cualquiera de estas acciones perfecciona el delito de cohecho al ser conductas alternativas, vale decir la norma no requiere que se den todas o varias de ellas juntas para configurar tipicidad.

Elementos finalísticos: para realizar u omitir.

Los comportamientos típicos previstos en el artículo 393 integran tres supuestos de hecho de ilicitud penal: **a)** aceptar, recibir o solicitar donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones; **b)** solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja para omitir un acto en violación de sus obligaciones; **c)** aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja a consecuencia de haber faltado a sus deberes. Cada supuesto a su vez comprende diversas modalidades específicas de comisión delictiva.

Todas estas hipótesis deberán estar vinculadas a actos, en general, inherentes a la función o servicio del sujeto activo, pues de tratarse de prestaciones que no ingresan al ámbito de competencia del funcionario o servidor el supuesto de hecho imputado dejará de ser delito de cohecho pasivo propio para configurar otros ilícitos penales tales como tráfico de influencias, estafa o participación en cohecho ⁽⁷⁶⁴⁾. Finalmente, la mayoría de las indicadas hipótesis pueden implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el sujeto activo se beneficia con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa que logra del concurrente en el delito (particular u otro sujeto público), mientras que este último obtiene provecho (en sentido amplio y en acto seguido a la prestación, con la prestación, o en un futuro) del acto funcional o de servicio realizado u omitido por el funcionario o servidor. Pero esta bilateralidad es imperfecta pues puede no presentarse en la modali-

⁽⁷⁶³⁾ Ejecutoria Suprema de 24/5/85, Exp. N° 2441-85 Arequipa, *Jurisprudencia penal*, Trujillo, Editora Normas Legales, 1987, p. 173.

⁽⁷⁶⁴⁾ Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 864.

dad típica que concentra la relevancia penal en el acto de solicitar, que como ya indicáramos no presupone necesariamente el pacto o concierto ni la concurrencia de personas (plurisubjetividad), por lo mismo, en este caso no existirán contraprestaciones mutuas.

a) Primera modalidad delictiva de cohecho pasivo propio: aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones

Los comportamientos pasivos alternativos de aceptar o recibir el donativo, promesa, ventaja o beneficio por parte del funcionario o servidor público son las premisas (primer momento del comportamiento típico), que valoradas por el legislador con el mismo disvalor de injusto deben ocurrir previamente para que, y como efecto de las mismas (con un matiz ampliado en el caso del recibir), se plantee la posibilidad que se produzca la realización de un acto oficial que constituya violación de obligaciones. Como indica correctamente BERNAL PINZÓN debe existir una vinculación entre la aceptación del medio corruptor y el acto que se espera realice el funcionario ⁽⁷⁶⁵⁾. La frase «para realizar» alude a dicho nexo de reciprocidad entre el medio corruptor y la realización del acto ilegal y pone de manifiesto el carácter finalista de los actos. De no producirse esta vinculación necesaria no estaremos ante conducta típica penalmente relevante del delito de cohecho, así en supuestos en los que el sujeto público acepte dinero o los tome sin que tenga conocimiento de cual es la motivación o direccionamiento de dicho ofrecimiento o entrega, pues en el supuesto indicado faltará el conocimiento recíproco (por el que ofrece o entrega como por el sujeto público que acepta o recibe) de la finalidad buscada o pretendida con la puesta en juego de dicho mecanismo, más allá de que el caso constituya un ilícito administrativo, o pueda adquirir tipicidad de un delito patrimonial.

Realizar un acto en violación de sus obligaciones, en tanto un segundo momento de probable realización, implica por parte del sujeto activo del delito (funcionario o servidor) la infracción o quebrantamiento de los mandatos que nacen del cargo, puesto, función, oficio o empleo (no restrictivamente o solamente los derivados del cargo), lo que significa, además de la vulneración del principio de imparciali-

⁽⁷⁶⁵⁾ BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 128.

dad, obviamente una deslealtad para con la administración pública. Deslealtad, entendida no en sentido estrictamente ético o reduccionistamente con relación a las instituciones u órganos públicos (concepto subjetivo de administración), sino para con el contenido funcional y la razón misma de existencia de la administración pública, esto es, sus destinatarios: los habitantes del país.

La palabra «obligaciones» está tomada en su sentido normativo, vale decir, en consideración a la serie de imperativos reglados que nacen de la función, cargo, empleo o delegación desempeñados, mas no así con base a consideraciones morales o exclusivamente sociales, menos a expectativas de deberes. Manuel ABASTOS maneja en este punto una posición estricta flexible, cuando señala que «los actos ejecutados u omitidos por el funcionario deben ser actos propios de su cargo o constituir violación de las obligaciones anexas al mismo» ⁽⁷⁶⁶⁾. El ámbito de competencia del cargo, empleo, etc., es decir, las funciones, roles y cometidos inherentes, delimita así el contenido de la ilicitud por cohecho del acto imputable al funcionario o servidor público. Otorgarle al término «obligaciones» una interpretación etimológica extensiva ampliaría inadecuadamente e incorrectamente el campo de la ilicitud, al no existir un referente normativo ni objetivo. En el caso en análisis ese referente lo fija la misma norma penal a través del elemento normativo «sus obligaciones». El espectro posible de conductas específicas es muy amplio y está en función a los actos de competencia de cada sujeto público, incluyéndose aquí incluso la revelación de secretos o la divulgación de informaciones. El Código penal peruano no hace referencia a que se trate necesariamente de la comisión de actos constitutivos de delito como requiere en una de sus fórmulas el Código penal español.

Aceptar y recibir son verbos que denotan actitud expectante, pasiva, dado que aquí el funcionario o servidor público no ha tomado la iniciativa (OLAIZOLA NOGALES) ⁽⁷⁶⁷⁾. El origen de la acción ha sido promovida por un tercero, lo que explica que en la formula actual del delito

⁽⁷⁶⁶⁾ ABASTOS, Manuel G., *Derecho penal [apuntes de clases]*, cit., p. 244. Al respecto, véase Ejecutoria suprema de 29 de septiembre de 1998, Exp. N° 2862-98, Lima (Sala C), que contiene el caso de un Juez de Paz Letrado y un Secretario Judicial que habían recibido dinero en efectivo del litigante para favorecerlo en un juicio de desahucio en su contra.

⁽⁷⁶⁷⁾ OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 254.

merezcan menor penalidad que los comportamientos que se agrupan en torno a los verbos solicitar y condicionar. En el campo de la aceptación, conforme precisa VALEIJE ÁLVAREZ, el funcionario recibe del particular una declaración de voluntad mediante la cual éste se compromete a dar, hacer o decir algo a favor del funcionario. El funcionario no sólo recibe el compromiso de obtener una ganancia en el futuro a cambio de la ejecución del acto contrario al cargo, sino que también puede obtener en el acto una retribución de carácter inmaterial, esto es, prestaciones que no son susceptibles de transferencia material ⁽⁷⁶⁸⁾.

La recepción puede producirse ya mediante un acto de admisión material y expresa del donativo o a través de los denominados por la doctrina española, «actos concluyentes», según los cuales el no devolver los bienes del tercero que el funcionario o servidor tenía en su poder, en ambos casos con acuerdo entre ambos sujetos, también supone recepción penalmente relevante.

Recibir donativo, es así sinónimo de admitir, asumir e incorporar voluntariamente, el medio corruptor, en el patrimonio propio, lo cual supone un desplazamiento del patrimonio o ventaja del que da al que recibe, mediante un acto de disposición por parte del que da ⁽⁷⁶⁹⁾. Sin embargo el tipo no requiere poder de disposición del funcionario o servidor, basta con que lo haya recibido. Es también coherente referirse a recibir ventajas o beneficios. En cuanto a la promesa ella está en relación y se llena de contenido con el donativo y supone la conformidad que da el sujeto activo a la misma ⁽⁷⁷⁰⁾.

Tanto aceptar como recibir son comportamientos que han sido configurados por el legislador como acciones de realización directa, es decir deberán ser ejecutados y realizados –por lo mismo imputados– por el sujeto obligado (vinculado con el bien jurídico), no siendo suficiente que terceros actúen a su nombre dominando el hecho. Vale decir son acciones de competencia del propio funcionario o servidor. Esto se colige de la manera como la norma penal ha complementado el ver-

⁽⁷⁶⁸⁾ VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, cit., p. 121.

⁽⁷⁶⁹⁾ Al respecto VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, cit., p. 108.

⁽⁷⁷⁰⁾ Para mayores precisiones sobre los conceptos donativo, promesa, ventaja y provecho véase *supra*, p. 635 y ss.

bo rector «solicita», donde las circunstancias modales de realización «directa o indirectamente» no incluidas hubieran abierto el tipo a hipótesis más amplias que las que permiten las modalidades acepta o recibe. Esto obviamente trae implicancias en relación al papel que cumplen los *extraneus* en el delito de cohecho mediante aceptación o recepción y en gran modo limita la tesis tradicional de infracción de deber que prescinde del dominio del hecho del funcionario o servidor público para dar por consumado el ilícito penal de cohecho ⁽⁷⁷¹⁾. Parece que no se meditó suficientemente las consecuencias de interpretación que iba a traer esta forma de redacción circunscrita en exclusividad al cohecho pasivo mediante solicitud, a diferencia por ejemplo de lo que sucede en el Código penal español donde los artículos 419 y 420 que referidos al cohecho pasivo extienden la forma directa e indirecta a todas las variantes de comportamiento (*solicitare o recipere por sí o por persona interpuesta dádiva o presente o acceptare ofrecimiento o promesa*).

Luego de que el sujeto activo acepta o recibe en contraprestación ilícita puede o no realizar el acto que va en contra de la función, el mismo que puede operarse inmediatamente, en el momento adecuado y oportuno o en un futuro. Se trata pues de un aceptar o recibir para actuar inmediata o posteriormente. El tipo penal no requiere necesariamente como elemento típico que exista un provecho para el sujeto que otorga o promete otorgar. El fin perseguido por dicho sujeto se torna irrelevante; puede tratarse efectivamente de buscar un beneficio-provecho personal o de terceros, como también el de perjudicar la imagen de la administración pública, demostrar el grado de venalidad del funcionario o servidor, afectar a terceras personas, simple afán de fruición, inducir a la comisión de un delito o incluso buscar por medios ilícitos algo justo.

El tema del provecho de terceras personas (medio corruptor que ingresa directamente al patrimonio de familiares, amigos allegados, personas enfermas, otro sujeto público; o en una segunda variante que es el sujeto público quien entrega o cede luego de haberlo recibido), conocido en la doctrina como el cohecho transversal, esto es de aquellas personas distintas al funcionario o servidor público que se benefician con el donativo o la ventaja, es un marco de hipótesis no contemplado expre-

⁽⁷⁷¹⁾ Al respecto véase *supra*, p. 190 y ss.

samente por la norma penal peruana, a diferencia de lo que pasa en otras figuras penales, por ejemplo en el peculado (apropiación de caudales o efectos para sí o para otro), y de la forma como se regula en otras legislaciones (así el caso del código español, cuyo artículo 419 que ha empleado la formulación amplia «en provecho propio o de tercero, con lo cual ha convertido en superfluo el debate al respecto). Me parece en cierto modo aceptable la posición que asume ABANTO siguiendo a la doctrina española ⁽⁷⁷²⁾, en el sentido de exigir en tal supuesto que ambos resulten beneficiados, tanto el tercero como el sujeto público indirectamente ⁽⁷⁷³⁾, o en interpretaciones matizadas que aluden al hecho de que el sujeto funcionario o servidor tenga la posibilidad de disponer sobre la ventaja, esto es ejerza dominio sobre ella, o en cambio que haya que considerar como típicas ventajas y donativos altruistas que no van a beneficiar al obligado con la administración pública.

Pero en realidad el problema no es tanto de si hubo un provecho compartido o si sólo fue para el tercero lo que trajo consigo la acción típica del agente sino el enfatizar el quiebre de la imparcialidad, el mismo que se produce por igual así la conducta beneficie directamente al sujeto público o a terceros, si esa fue –en este segundo caso– la regla del juego impuesta por el funcionario o servidor. En efecto, si el delito de aceptar se consume con la simple actividad descrita en el significado del verbo rector, si solicitar es igualmente un tipo formal, es irrelevante –con tal que ello se produzca– que el funcionario acepte o reciba para él o para tercero; relativizándose un poco esta interpretación para el caso del recibir. La situación podría complicarse en cambio si el provecho del tercero tenga su origen en situaciones de coaccionamiento o utilización del funcionario quien solicita o acepta a su favor el donativo o ventaja.

Un matiz especial del cohecho transversal es el que se refiere a los funcionarios públicos que orientan el donativo o la ventaja recibidos a favor de organizaciones. Así, para el partido político en el que milita, para el club, la comisaría, la entidad religiosa o la asociación filantrópica, el hospital de su localidad. Aquí las motivaciones pueden

⁽⁷⁷²⁾ Ver una exposición detallada del tema con los pareceres de la doctrina alemana y española, en OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 346 y ss.

⁽⁷⁷³⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., cit., p. 444.

ser incluso reputadas de «altruistas». En todos estos casos, como resulta obvio se ha comprometido dolosamente la función o el servicio público, afectando la imparcialidad de las prestaciones oficiales, al someter a precio el ejercicio del acto funcional o de servicio, al margen de que con ello no haya mejorado su situación económica o patrimonial el funcionario o servidor público –lo cual es irrelevante–, e incluso haya mejorado en parte la de algún sector de la administración. En todos los casos al vulnerarse o ponerse en peligro el bien jurídico habrá que considerar configurado el cohecho, salvo que se pueda admitir errores de tipo invencible-vencible, o en su defecto de prohibición invencible en determinados casos. No resulta correcto, a mi entender admitir la concurrencia de una causa de justificación.

Violación de las obligaciones del sujeto especial significa entonces la trasgresión, el quebrantamiento de imperativos de naturaleza constitucional (para los casos del alto funcionario), de marcos pautados de comportamiento funcional (en sentido amplio) que se encuentran en leyes, normas administrativas y reglamentos que regulan y establecen los actos de competencia, así como de los procedimientos de actuación funcional del sujeto activo especial, en sentido amplio interno y externo (la violación de obligaciones de relevancia penal puede producirse tanto al interior de las instituciones de la administración pública comprometiendo al personal, como en conexión con particulares, que define un contexto de externalidad a la administración). Esta violación puede, como no también, efectivizarse en su sentido de resultado material sin que por esto deje de producirse el ilícito penal ⁽⁷⁷⁴⁾.

La especial configuración de la frase «*para realizar u omitir*» que contiene la norma peruana de cohecho pasivo no condiciona la consumación del delito a que necesaria y efectivamente el funcionario o servidor público además de haber violado sus deberes generales de garante al aceptar, recibir y también solicitar donativo o promesa, tenga necesariamente que cumplir con la contraprestación de violar sus obligaciones; como tampoco –a *contrario sensu*– la reduce a la sola aceptación-recepción del mecanismo corruptor, si es que ella no está asociada, con probables o reales actos que van a comprometer o vincular a la

⁽⁷⁷⁴⁾ Véase OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, cit., p. 270 y ss.

función o servicio, es decir, a la administración pública en tanto bien jurídico. El uso de la preposición «para» cumple así una doble función, consistente en mostrar al intérprete que el momento de la consumación no se halla, en una perspectiva reduccionista, en la sola conducta de aceptación-recepción, pero tampoco, en una óptica extensiva-objetivista, en la necesidad de la efectivización de la contraprestación, sino en la existencia de la vinculación de destino que correlacione el mecanismo corruptor con la probabilística contraprestación a desarrollar por el sujeto público. Por lo tanto ni la sola aceptación-recepción, ni la sola presencia del mecanismo corruptor, son suficientes para consumir el delito; como tampoco éste se produce sólo si acontece la contraprestación. Tal vinculación de destino, que tiene que demostrar necesariamente el Fiscal y verificar el Juez constituye, una restricción a favor del imputado y una condición de tipicidad objetivo-teleológica que poseen los tipos de cohecho pasivo y activo en la legislación penal peruana ⁽⁷⁷⁵⁾.

Es fútil establecer relaciones de proporcionalidad entre lo aceptado o recibido (válido también para lo recibido) y la realización del acto funcional, como señala CREUS, lo que interesa es que el donativo o ventaja «constituya el precio» de la actividad o inactividad del funcionario o servidor ⁽⁷⁷⁶⁾, no en su cuantía económica, sino en sus implicancias de venalidad y corrupción. Sin embargo, no debe pasar por alto el Juez la idoneidad del mecanismo corruptor, para no caer en extremos maximalistas de reprimir como actos de corrupción la aceptación-recepción de dádivas intrascendentes (por ejemplo, la entrega de un cigarrillo o una manzana) ⁽⁷⁷⁷⁾.

⁽⁷⁷⁵⁾ Al respecto, con una lectura del cohecho pasivo propio como un delito de tendencia interna trascendente, tomando el elemento finalístico “para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones”, véase REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos”, en *Ius et Veritas*, Año XII, N° 23, Lima, 2001, p. 288.

⁽⁷⁷⁶⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 281.

⁽⁷⁷⁷⁾ Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (“El delito de cohecho”, en ASÚA BATARRITA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 163), en la misma idea sobre este punto, en tanto la norma penal no señala cuantía alguna de la dádiva, indica que habrá que exigir que la misma tenga al menos una cierta capacidad objetiva de corromper, atendiendo a las circunstancias del caso, excluyendo del delito los supuestos de dádivas claramente insignificantes.

Asimismo, no importa para los fines de la sanción penal, si el sujeto activo especial cumplió o no la realización del acto quebrantador, por razones propias a él o por circunstancias externas, basta que haya aceptado o recibido el medio corruptor; el núcleo del injusto penal, el centro de gravitación del cohecho pasivo propio radica no tanto en la contraprestación ilícita del sujeto público como sí en el quiebre de su integridad, en la trasgresión a los dictados de la función o servicio.

a.1) Variante del primer supuesto delictivo: aceptar o recibir donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligaciones

La finalidad buscada a través del donativo, promesa de donativo o cualquier ventaja es, a diferencia del supuesto anterior, la no realización de los actos funcionales, el rehusamiento, el retardo, o la realización de actos distintos a los debidos. Como ya se ha indicado en líneas anteriores, la omisión penalmente relevante no sólo se reduce a la inacción o inactividad, es también omisión el hacer algo opuesto o distinto a lo debido, lo cual tiene los mismos efectos que la omisión simple consistente en no hacer.

La omisión del acto tiene que estar circunscrita al ámbito de competencia del funcionario o servidor, es decir, tratarse de actos que él esté obligado a realizar o cumplir ⁽⁷⁷⁸⁾. En consecuencia si omite actos que no se hallan en el campo de su competencia, el hecho será atípico de cohecho pasivo propio por omisión.

a.2) Segunda variante del primer supuesto delictivo: aceptar o recibir donativo promesa o cualquier ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a ellas (obligaciones)

El funcionario o servidor público ha practicado (realizado u omitido), ya antes de recibir el medio corruptor, determinados actos de su función o cargo, que han implicado el faltamiento a sus deberes. Estamos así frente al *cohecho pasivo propio subsecuente*, pues los donativos, promesas o

⁽⁷⁷⁸⁾ Así en la Ejecutoria suprema de 1 de octubre de 1997, Exp. N° 5730-96, Callao, el caso de los policías que aceptaron la entrega de una videograbadora para no llevar a la delegación a los procesados que previamente habían fracturado la puerta metálica de un local comercial del cual sustrajeron 3 videograbadoras.

ventajas se materializan y llegan al funcionario o servidor público como una lógica e ilícita consecuencia de sus actos desarrollados con antelación ⁽⁷⁷⁹⁾. No hay aquí solicitud hecha por dicho sujeto especial.

En este supuesto delictivo el legislador peruano de 1991 empleó el término «*deberes*» y no «*obligaciones*» al que hacía referencia el código de 1924. En la presentación actual del tipo penal de cohecho pasivo después de la reforma de 2004, se emplea la frase «a consecuencia de haber faltado a ellas», con lo que se está haciendo referencia a las obligaciones del funcionario o servidor. Ello hace ya innecesarias las interrogantes formuladas en la edición anterior de este libro que tenían por finalidad dotarle de sentido interpretativo al uso de la palabra «*deberes*» en el marco adecuado de una semántica y teleología jurídico-penal. No obstante ello dejo los siguientes párrafos tal y como fueron redactados a fin de que el lector aprecie las argumentaciones dadas respecto a una deficiencia de la norma anterior.

- a) «*Haber faltado a sus deberes*» supone obviamente un comportamiento previo, pero ¿tiene el mismo significado que violar sus obligaciones?
- b) más precisamente ¿tienen equiparidad de significados los términos «obligaciones» y «deberes» usados por nuestro legislador penal?
- c) ¿Hay que acudir a un sentido interpretativo amplio para definir el contenido y los alcances de la palabra «deberes» o necesariamente hay que restringirlo a los que surgen del cargo, función o empleo? ¿Pero en esta segunda hipótesis acaso no se torna innecesario el uso de un término vago e impreciso como «deberes», habiendo bastado entonces la palabra «obligaciones»?
- d) ¿Existe algún modelo extranjero que emplee idéntica duplicidad de sinónimos relativos?

En *primer lugar* debe quedar claro que la fórmula de cohecho pasivo propio del código de 1991 ha generado, con el uso inapropiado del término «*deberes*», innecesarias dificultades de interpretación. En *segundo lugar*, no existe en el contexto de las legislaciones penales comparadas un ejemplo similar de uso cruzado de las palabras obligaciones-deberes; siendo otro de los desatinos a los que nos tienen acostumbrados los que redactan las normas penales en el país. En

⁽⁷⁷⁹⁾ Al respecto la Ejecutoria Suprema del 21 de enero del 2000 (Primera Sala Transitoria), Exp. 4523-99, Lima, en la cual la imputación por cohecho fue descrita como la recepción de dinero hecha por el secretario de juzgado como pago por actos realizados (véase *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 4, julio, Lima, 2000, p. 437).

tercer lugar, el art. 349 del código de 1924 que es la fuente directa del art. 393 vigente se refería a un único término (obligaciones) y donde para evitar la repetición pleonástica acudió a la frase «a consecuencia de haber faltado a ellas»; lo que resulta perfectamente aceptable, pues no altera el sentido del tipo penal. En *cuarto lugar*, no es objeto del cohecho pasivo reprimir «deberes», desligados de su contexto normativo-funcional, referidos a ámbitos de referencia administrativa, pues correríamos el riesgo de tener un tipo penal abierto y poroso sin límites de taxatividad. El deber es un vocablo genérico y de textura moral-social, a diferencia de «obligaciones» que presupone un marco pautado de roles a cumplir. En *quinto lugar*, la aplicación de interpretación extensiva que amerita la palabra «deberes» para delimitar el contenido y alcances del «faltamiento» colisiona con el principio de taxatividad y sentido finalístico de la norma penal. Por lo mismo y no obstante la decisión técnico legislativa desacertada del legislador peruano, «haber faltado a sus deberes» tiene equiparidad de significado con «haber faltado a sus obligaciones», pues en definitiva el cohecho es un comportamiento típicamente relevante que se autoreferencia en el cargo, función o empleo, y por lo mismo en deberes que nacen de tales fuentes y no en deberes desligados de tal contexto jurídico-normativo, menos aún en deberes de exclusiva raigambre ética. La diferencia etimológica entre violar obligaciones y faltar a sus deberes se torna así deleznable. El uso de la palabra *faltamiento* es inadecuado en el marco punitivo del art. 393, más aún si como observamos en los subsiguientes artículos del código referidos al cohecho sólo se empleará el término obligaciones. Como precisa PAGLIARO, este faltamiento puede ser genérico (de fidelidad, obediencia, secreto, imparcialidad, vigilancia, etc.), o específico (relacionado al tratamiento de un específico asunto) ⁽⁷⁸⁰⁾. Pueden faltar a sus deberes todas las clases y niveles de funcionarios y servidores públicos. El ámbito o irradiación del deber incluye tanto a lo reglado como a lo discrecional.

No todos los códigos penales contemplan esta modalidad de cohecho que no requiere de concierto previo expreso, es decir, el sujeto activo especial pudo haber actuado sin dolo en sus actos de quebrantamiento o sin esperar o tener expectativas futuras de retribución o ventajas, pero el hecho de aceptar o recibir el donativo o ventaja tiñe de relevancia penal su comportamiento.

En este supuesto de cohecho subsecuente el servidor o funcionario puede incluso haber cesado en el cargo o funciones, pero deberá mantenerse –para ser imputable el hecho– el vínculo de causalidad de lo recibido con el acto violatorio practicado durante la vigencia del cargo público, requiriéndose en este caso concierto o acuerdo previo.

⁽⁷⁸⁰⁾ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PE, cit., p. 194.

b) Segunda modalidad de cohecho pasivo propio: solicitar directa o indirectamente, donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o provecho para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas.

El legislador ha independizado en un subtipo aparte la acción de solicitar que en la redacción original iba junto a la «recibir». El fundamento de esta decisión radica en la idea que tiene mayor desvalor de acción un comportamiento que involucra activamente la voluntad delictiva del sujeto público que la simple conducta pasiva de aceptar o recibir. Resulta en esta perspectiva más dañino para las valoraciones sociales y más lesivo al bien jurídico protegido el hecho que un funcionario se atreva a requerir donativo, ventaja o beneficio, tome la iniciativa, al implicar ello un compromiso mayor en el quebrantamiento de los roles especiales del agente, lo que amerita el trato punitivo superior en relación a las simples conductas pasivas señaladas. Este sustento puede ser objeto de cuestionamiento si se pone la atención en el dato que la solicitud es una conducta de anticipación de las barreras punitivas a diferencia del recibir donde ya se concreta un resultado material de lesividad, lo que implicaría un tratamiento punitivo distinto al ya regulado con la reforma de 2004.

Merece poner atención en la circunstancia que la solicitud de donativo u otro medio corruptor que le dirige el sujeto público a un tercero, no debe suponer una coacción o forzamiento de la voluntad de éste, pues con ello se desnaturaliza los alcances del tipo penal, configurando más bien ello una concusión ⁽⁷⁸¹⁾ o de acuerdo a las características concretas que rodean al caso extorsión. La solicitud, para ser típica de cohecho pasivo debe dejar intacta la opción de negarse que tiene el destinatario ante el requerimiento formulado. Basta entonces que la petición llegue a su conocimiento en términos de que es la propuesta dolosa que el sujeto público le dirige como regla de juego o línea de comportamiento frente a un asunto de naturaleza administrativa que es de su conocimiento. Es notoria la venalidad de agente que

⁽⁷⁸¹⁾ Así, la Ejecutoria suprema de fecha 24/10/97, Exp. N° 660-97 Lambayeque. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 476: El hecho de haber los efectivos policiales intimidado al agraviado y a sus familiares, solicitándole dinero a cambio de archivar la denuncia por delitos de receptación, acredita la materialización de los delitos de concusión y corrupción de funcionarios.

transgrediendo sus deberes funcionales, somete a precio el principio de imparcialidad. La conducta u opción que adopte el destinatario que toma conocimiento de la propuesta es indiferente para articular tipicidad objetiva. Se ha discutido en la doctrina española el tema de si el destinatario debe haber captado (internalizado) la relación entre la solicitud y el acto oficial o basta la simple solicitud. Dos posiciones, las que describe OLAIZOLA NOGALES en su monografía dedicada al estudio del cohecho, al respecto capitalizan el debate: a) no resulta exigible dicho entendimiento por el particular al que le llega la solicitud, basta que ésta sea reconocible objetivamente (posición mayoritaria), b) es necesario que el destinatario comprenda, internalice la petición que le formula el agente (posición minoritaria) ⁽⁷⁸²⁾, puesto que sólo en ese momento es cuando se lesiona la confianza del destinatario y comienza el peligro para el bien jurídico protegido.

Asimismo, es de importancia por sus implicancias para la racionalización de la interpretación detenernos en el rol del hombre de destino, aquel a quien le ha sido dirigida la solicitud de donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio. Las opciones de interpretación trabajan con varias variables: a) No toma conocimiento de la solicitud, por razones diversas, ello tendrá como consecuencia que no se pueda articular la acción con la orientación final de la conducta, haciendo insuficiente la tipicidad del cohecho, otros en una posición extrema querrán ver aquí una tentativa; b) Toma conocimiento asumiendo una actitud de negativa a los requerimiento del sujeto público, el delito se habrá consumado pese a que no se entabló el acuerdo; el rol del *extraneus* es de conformidad a derecho c) Por temor se aviene a entregar o prometer el medio corrupto; el delito ya se ha consumado con la solicitud, no queda duda que criminalizar este comportamiento del *extraneus* sería un despropósito, pues resulta una víctima de las pretensiones ilícitas del sujeto público infractor; d) Acepta la solicitud y se aviene a entregar u ofrecer mecanismo corruptor, el delito ya se ha consumado con antelación con la solicitud eficaz. Toca aquí establecer si adquiere relevancia penal el comportamiento asumido por el particular o *extraneus*, son dos las posiciones principales al respecto: debe quedar impune, puede ser comprendido como cómplice del deli-

⁽⁷⁸²⁾ Al respecto OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 232.

to⁽⁷⁸³⁾. La primera posición parte del argumento que si ya se consumó el delito no podría reprimirse al particular que acepta, promete o entrega el medio corruptor, su comportamiento debe ser impune. La segunda posición recoge el criterio de las contribuciones de ambos sujetos (el público y el particular) a la lesión del bien jurídico. La dificultad en este punto es el título de imputación valedero, ya que no se trata de que el particular haya cometido un cohecho activo, pues la acción típica es de dominio o control social del funcionario o servidor, tampoco podría ser considerado coautor dada las imposibilidades de infringir deberes de función o servicio, igualmente se advierte problemas si la imputación es a título de complicidad pues habría decidido la consumación y ello no es propiamente característica de la participación.

c) Tercera modalidad delictiva: condicionar la conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja

Esta modalidad de cohecho fue incorporada expresamente por la Ley 28355, teniendo como base la serie de comportamientos practicados por determinados funcionarios, básicamente del medio judicial, cuyo comportamiento rebasaba los alcances significativos o literales posibles de la solicitud y que no eran adecuadamente subsumidos por la concusión en concurso con el cohecho. Comportamiento que consistía en entronizar en la representación mental del litigante o persona que tenía un caso en la administración pública, la idea que la solución o avance del proceso estaba supeditado a la entrega del donativo o ventaja o a su promesa de entrega (donativo) o concesión (ventaja). No era ya la simple solicitud o exigencia de medio corruptor sino que el dolo del agente público hacía uso de un reforzante subjetivo que comunicado al interesado condicionaba el acto funcional o de servicio. Asunto de por si excepcionalmente desvalorado e insoportable en el marco del ejercicio de la función pública, dado la serie de deberes y obligaciones que posee el sujeto público para con la administración pública como en relación a los usuarios del servicio o función.

Condicionar, en tanto forma de coacción, es hacer depender ca-
prichosa y patrimonialmente de la voluntad del funcionario o servidor

⁽⁷⁸³⁾ Véase esta posición entre otros en RODRÍGUEZ PUERTA, José, *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi Editorial, p. 175.

público el desenlace del acto funcional o de servicio al cual está obligado por razón de su cargo o empleo el sujeto público. Lo cual adquiere ribetes de una tergiversación y desnaturalización inadmisibles de la orientación neutral, objetiva e imparcial de la administración pública y de las atribuciones del cargo. Esto explica el nivel de mayor injusto del hecho y el grado más severo de la pena conminada.

Mediante el condicionamiento se presenta una situación objetiva y subjetiva de subordinación de los intereses públicos a los objetivos ilícitos personales del sujeto público. Las condiciones que fija o establece el agente para cumplir con sus funciones constriñen la voluntad del afectado colocándolo en una situación disminuida y de opresión que el derecho penal no puede tolerar. No se trata de una violencia física, pero sí es un constreñimiento explícito de la voluntad del afectado.

La norma ha restringido los medios corruptores al donativo y la ventaja, circunscribiendo formalmente las acciones comisivas a la de condicionamiento, lo cual no significa que las acciones de entrega-recepción del donativo o de aceptación de la ventaja sean superfluas, ya que este condicionamiento tiene necesariamente que ser reconducido por alguno de dichos comportamientos a fin de poder concretarse. Sin embargo la concreción del donativo o la promesa no consuman el tipo penal, pues éste se perfecciona con el simple acto de condicionar o hacer depender la función o el acto de servicio de la entrega o promesa de donativo o ventaja para el funcionario o servidor.

Deberá entenderse que no se trata de que el agente viole las obligaciones regladas de su cargo, sino que las somete en forma abierta y desembozada a precio, de modo que si el afectado cumple con la condición puesta el funcionario o servidor ejercerá recién sus deberes funcionales o de servicio. Se aprecia de este modo que el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones nacidas del cargo o en general del ámbito de competencia reglado ha sido sometido a condición suspensiva dolosa por el agente. Con lo cual no estamos en propiedad en el ámbito de un cohecho pasivo propio o propio sino en un evidente abuso de autoridad con finalidad patrimonial.

V. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo penal de cohecho pasivo propio en todas sus modalidades de comportamiento ilícito es necesariamente doloso. El dolo supone

que el funcionario o servidor interviene actuando u omitiendo un acto oficial en violación de las obligaciones del cargo o función, bajo los efectos corruptores del donativo, promesa o ventaja, con voluntad y conciencia. Es suficiente el dolo eventual en las conductas estrictamente pasivas (modalidades de recibir o aceptar); requiere dolo directo en las modalidades solicitar y condicionar.

El dolo supone que el funcionario o servidor público conozca los elementos del tipo en juego, esto es que está aceptando o recibiendo de un tercero un medio corruptor que se orienta a lograr de él prestaciones de función o servicio, de modo que el dolo cubre tanto el comportamiento del sujeto público como la procedencia del medio corruptor, no así la voluntad de cumplir con la contraprestación. La ignorancia acerca de los motivos que explican la presencia del donativo o la promesa, o la ligereza en aceptar donativos sobre los cuales se desconoce su finalidad corruptora abonará hipótesis de atipicidad subjetiva, pues en dicho supuesto calificarlo de cohecho pasivo supondría abrir desmesuradamente la tipicidad, pasando por alto que el caso puede mejor sustanciarse en vía administrativa que la penal, por naturaleza fragmentaria. Caben asimismo otras situaciones de error de tipo ⁽⁷⁸⁴⁾.

Las modalidades de cohecho caracterizadas por la solicitud y el condicionamiento son de dolo directo, pues las características propias de la acción y los reforzantes de la voluntad delictiva no posibilitan que se puedan configurar con dolo eventual.

VI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma en forma distinta dependiendo de la específica modalidad de cohecho pasivo de que se trate.

En el primer supuesto de hecho delictivo: aceptar donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio para realizar u acto u omisión en violación de obligaciones, la consumación se produce con la complacencia que pone de manifiesto el sujeto público, es así un tipo penal de simple actividad y de peligro para el bien jurídico. La aceptación de la promesa, el simple pacto o concurso de voluntades (el *pactum sceleris*) perfecciona la figura penal. Con la modalidad de cohecho antecedente

⁽⁷⁸⁴⁾ Al respecto véase VALEJJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, cit., p. 111.

no existen problemas de interpretación, donde si se aprecia una dificultad es en el cohecho pasivo consecuente o subsecuente, pues el legislador ha seguido empleando el verbo «aceptar» para configurar el verbo rector, con lo cual habría que interpretar que aceptar es admitir el ofrecimiento, lo cual constituye un despropósito ya que estamos ante una variante en la cual el sujeto público ya ha violado sus obligaciones, supuesto en el cual la aceptación no es el verbo rector adecuado para dar cuenta de dicha acción sino el «recibir», salvo que para esta sola hipótesis haya que darle significado de recepción a la aceptación. Es forzado admitir la hipótesis del cohecho pasivo subsecuente mediante aceptación de promesa.

En el supuesto que tiene a la recepción (recibe) como acción configuradora de la conducta típica, a diferencia de lo que acontece con la aceptación se está frente a un delito de resultado, pues se hace necesario aquí la entrega y toma del donativo o del aprovechamiento, por parte del agente de la concesión de la ventaja. En las dos modalidades aludidas acepta y recibe se ha afectado la imparcialidad de la administración pública.

La modalidad de cohecho pasivo que se concreta mediante el verbo rector solicitar donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio para realizar un acto u omisión en violación de obligaciones, o a consecuencia de haber faltado a ellas, es de simple actividad, importando por lo mismo una puesta en peligro para el bien jurídico. El delito se consuma con la ejecución del acto de solicitar no importando la complacencia (concurso de voluntades) o negativa del destinatario de la solicitud, bastando que ésta llegue a su destino. Se trata así de una variante de cohecho pasivo propio que pone en peligro el bien jurídico imparcialidad en el desarrollo de las funciones y servicios públicos.

En todos estos casos deberá de verificarse necesariamente el componente final o teleológico de destino contenido en el tipo penal.

El cohecho pasivo mediante condicionamiento es igualmente un delito de simple actividad.

Como es notorio observar estamos ante una figura penal de gran complejidad por la diversidad de modalidades delictivas contenidas en su redacción típica que combinan comportamientos pasivos activos y omisivos, de actividad-peligro y de resultado, así como modalidades de concurrencia perfecta e imperfecta.

La variedad de formas de tentativa, por lo menos la inacabada, es posible en los supuestos que requieren un resultado, siendo verificable sin mayores problemas el desistimiento voluntario. Es difícil jurídicamente que se presente la tentativa en los cohechos pasivos propios de simple actividad (se agotan en el acto ejecutivo de aceptar y en el de solicitar); teóricamente cabe admitirla si el acto resulta fragmentable en tiempo y espacio (tratativas, aprestamientos) pero su relevancia a nivel de injusto penal será mínima o, como dice MORALES PRATS, «no alcanza el mínimo de ofensividad para el bien jurídico que reclama la tentativa» ⁽⁷⁸⁵⁾. Posición que igualmente suscribe OLAIZOLA NOGALES, quien luego de considerar a los actos de tentativa de cohecho como comportamientos que mantienen lejanía con relación al bien jurídico protegido, concluye que dichos actos no tienen el suficiente desvalor para ser castigados en virtud del principio de fragmentariedad del Derecho Penal, ni suponen un ataque al bien jurídico lo suficientemente grave para ser considerados penalmente relevantes ⁽⁷⁸⁶⁾. Los actos preparatorios de cohecho pasivo son irrelevantes penalmente, pues no ingresan a la esfera de la ejecución, además de presentar evidentes equivocidades.

Cabe indicar finalmente que no cualquier medio corruptor es típico para consumar el delito, deberá tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora. En efecto, quedan descartadas las cosas insignificantes y los presentes afectivos (retratos, flores, prendas de escaso valor, etc.), así como los donativos sin relación de causalidad con los actos de función o servicio, esto es, actos de prodigalidad de los oferentes que no mueven ni motivan la voluntad decisional del funcionario público o se hallan al margen del interactuar jurídico-penal. No habrá delito si no hay mecanismo corruptor, los actos funcionales que incumplen obligaciones, activa u omisivamente, con base a motivaciones distintas tales como ruegos o súplicas, por odio o simpatías ⁽⁷⁸⁷⁾, amor o compasión, venganzas o adherencias políticas, religiosa o filosóficas son inidóneas para definir mecanismo corruptor; por lo mismo delito de cohecho.

⁽⁷⁸⁵⁾ MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, cit., p. 1204.

⁽⁷⁸⁶⁾ OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, cit., p. 406.

⁽⁷⁸⁷⁾ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal parte especial I*, Barcelona, Bosch, 1936, p. 362.

El supuesto de hecho que contiene la figura de cambio de partido o agrupación política por parte de los congresistas en ejercicio, denominado **transfuguismo político**, no constituye en sí un acto relevante que pueda admitir tipicidad, mucho menos consumación del delito de cohecho pasivo propio o impropio, al tratarse de decisiones radicadas netamente en criterios ideológicos o incluso en un marco de conveniencias personales soportables para el sistema. Posición que encuentra sustento normativo en la medida que no existe ley de partidos políticos que lo defina ni como infracción administrativa ni norma penal que enfatice la naturaleza ilícita del hecho, esto es no existe prohibición legal de optar por otra opción política, en tal sentido la recepción de donativo o ventaja en tal supuesto es atípica, pues el medio corruptor no está en vinculación con el elemento teleológico para incumplir o cumplir obligaciones. Por cierto que quedan latentes aspectos éticos y públicos que pueden merecer repulsa social en tanto el cambio de bandera política no se sustente en razones ideológicas o de convicción sino en aspectos económicos o en la compra de afinidades de grupo político. En ambos casos no se vulnera todavía el bien jurídico-penal administración pública, que sí pasará a ser cuestionado cuando exista relación de inmediatez entre el acto de compra de afinidad política con el desarrollo de actos de función que impliquen violación de funciones propias del congresista. El transfuguismo político, pese a la fuerte carga de desaprobación ética y social que se le ha otorgado, es una práctica cotidiana y frecuente en el orden congresal y partidario, que debe sustanciarse en vía administrativa-disciplinaria a nivel del Reglamento del Congreso, en deficiencia de norma especial. Pretender elevarlo a delito puede traer más inconvenientes que ventajas para el libre desenvolvimiento del acontecer político. Otra es la situación cuando se observen actos de corrupción durante el desarrollo del cambio de partido o grupo político, que comprometan los deberes reglados del congresista y resulten subsumibles en las tipicidades de las diversas figuras de cohecho. Hipótesis esta última que adquirirá relevancia penal por la figura específica que se trate, mas no por el acto de cambio de filiación político-partidaria. Es obvio que en muchos casos el contenido del acto corrupto se contextualizará en dicho cambio, pero ello aun no es suficiente para ver en esto un acto de interés penal ⁽⁷⁸⁸⁾.

⁽⁷⁸⁸⁾ Para un pormenorizado análisis del "transfuguismo político" véase DELGADO-GUEMBES, César, "Transfuguismo y crisis post-electoral en el proceso de reinstitucionalización democrática", en *Derecho-PUC*, N° 53, Lima, 2001, pp. 89-132.

VII. PARTICIPACIÓN

Cabe la participación de particulares o de sujetos públicos que aportan actos de intermediación (complicidad) o de instigación a la comisión del delito, en este último caso cuando terceras personas (los inductores o determinadores) forman la voluntad de cohechar en el sujeto público. El papel del tercero cooperador, es decir, del intermediario que facilita la comisión del ilícito penal y que aporta actos de cooperación por delegación o por cuenta propia, ya seleccionando a la víctima (hipótesis de solicitar), llevando la propuesta al destinatario, recogiendo la dádiva o recibiendo la promesa para el sujeto público, beneficiándose personalmente o no, es de gran importancia en este tipo de delitos en los que generalmente no figura personalmente el funcionario o servidor en los arreglos o conciertos y que puede configurar contextos de actividad criminal organizada. No obstante, se hace necesario establecer –de no existir medios probatorios tradicionales a través de indicios suficientes– la vinculación de relevancia penal entre el sujeto *intraneus* y los partícipes, de modo que supere el espacio de duda razonable que usualmente se presentan en dichos casos. Obviamente que, de acuerdo a la construcción normativa peruana de cohecho pasivo, no será cooperador quien concurre al delito en calidad de contraprestador, vale decir la persona distinta al sujeto público que solicita o acepta.

La complejidad que ofrece los variados supuestos de cohecho que plantea la norma penal admite también hipótesis de utilización (autoría mediata), por parte de los sujetos públicos, de instrumentos que contribuyen materialmente a ejecutar el delito, actuando en un contexto de acción desprovisto de dolo (personal administrativo, asistentes, practicantes que son manipulados para recepcionar las dádivas o como mensajeros para hacer llegar lenguajes explícitos o cifrados de entendimiento para el destinatario, etc.).

El destinatario de la solicitud hecha por el agente público no puede ser reputado ni autor ni cómplice por cohecho pasivo propio, así convenga con la petición. Aquel que proporciona u otorga el donativo o la ventaja tiene inclusión típica en el art. 399 (cohecho activo). En todo caso deberá analizarse con diligencia los motivos que tuvo el concurrente para dar u ofrecer, para descartar la relevancia penal de sus actos (temor reverencial, creencia infundada de la licitud del acto, estado de necesidad, etc.) o para afirmarla.

Los funcionarios y servidores que carecen de competencia para practicar u omitir los actos requeridos por el concurrente, pueden concurrir como cómplices de cohecho del funcionario competente. Los terceros beneficiados con conocimiento de la ilicitud de los donativos pueden responder igualmente a título de complicidad, según que hayan o no producido aportes al proceso ejecutivo del delito o, de ser el caso de inductores.

VIII. CONCURSO DE DELITOS

Suelen presentarse situaciones de concurso aparente con los delitos de concusión (art. 382), concurso real con estafa (art. 196) y tráfico de influencias (art. 400); puede asimismo producirse un concurso real entre cohecho pasivo propio y cohecho pasivo impropio a resultas de la naturaleza de los actos practicados por el sujeto público. El prevaricato también es un delito que puede entrar en concurso.

IX. PENALIDAD

Penas privativas de libertad diferenciadas según la variante del cohecho pasivo propio:

- A. De 5 a 8 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al art. 36 (incisos 1 y 2) del Código penal: cohecho pasivo propio mediante aceptar y recibir.
- B. De 6 a 8 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al art. 36 (incisos 1 y 2) del Código penal: cohecho pasivo propio mediante solicitud.
- C. De 8 a 10 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al art. 36 (incisos 1 y 2) del Código penal: cohecho mediante condicionamiento.

2

Cohecho pasivo impropio⁽⁷⁸⁹⁾

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal y las modificaciones de la Ley N° 28355. III. Sujetos activo y pasivo. IV. Comportamientos típicos: a) *Los medios corruptores*. b) *Para practicar un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación*. c) *O como consecuencia del ya realizado: El cohecho pasivo impropio subsecuente*. V. Elemento subjetivo. VI. Consumación y tentativa. VII. La impropiedad del cohecho pasivo. VIII. Penalidad.

Art. 394: «El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal». [Texto modificado por el Art. 1 de la Ley 28355 de 06 de octubre de 2004]

Tipo penal sustituido

Art. 394: «El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto

⁽⁷⁸⁹⁾ El estudio del cohecho pasivo impropio se completa con las causales negativas del delito y la legislación extranjera, véase más adelante *infra*, p. 94 y ss. Las sumillas de jurisprudencia véase p. 879 y ss.

propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal».

«El funcionario o servidor público que solicita directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal».

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente legal directa es el artículo 350 del Código penal de 1924: *«El funcionario o empleado público que aceptara un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar o no practicar un acto propio de su cargo, sin que con ello falte a su obligación, será reprimido con prisión no mayor de tres meses o multa de la renta de tres a treinta días, en todo caso inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por no más de 1 año».*

La legislación extranjera que ha influenciado en la redacción de la figura penal está constituida por los arts. 177 del Código penal francés de 1810, 331 del código alemán (1871), 171 del código italiano (1889), 398 del código español (1870) y 174 del código uruguayo de 1889.

II. LA FIGURA PENAL Y LAS MODIFICACIONES DE LA LEY Nº 28355

Las similitudes y diferencias con el cohecho pasivo propio y con el diseño original de cohecho pasivo impropio de 1991, son las siguientes:

- A. Se desdobra el tipo penal en dos modalidades de cohecho pasivo impropio: a) mediante aceptación o recepción, y b) mediante solitud directa o indirecta, la que es objeto de mayor pena; con lo que se aprecia la igual técnica de redacción en relación al artículo 393 y una gran diferencia con el diseño original de 1991.
- B. Se emplean los mismos medios corruptores (donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio).
- C. A los medios corruptores «cualquier otra ventaja o beneficio» se le complementa con el adjetivo «indebido». En la fórmula original del Código dicha complementación acompañaba al medio corruptor «cualquier ventaja».

- D. En la modalidad agravada «solicita» al medio corruptor «venta-ja» se le anexa el adjetivo «indebido», mientras que omite la norma referirse al beneficio. No existe explicación legal del por qué de estas variaciones.
- E. Se incorpora el cohecho pasivo subsecuente («o como consecuencia del ya realizado») que no registraba el diseño original de 1991.
- F. Se amplía el acto propio del cargo para incluir el acto de empleo.
- G. En la modalidad «solicita» se utiliza al igual que en el cohecho pasivo propio la expresión «directa o indirectamente», con lo cual expresamente se trata de cubrir todas las posibilidades de comisión.
- H. No se regula el cohecho mediante condicionamiento.
- I. La pena privativa de libertad ha sido incrementada ostensiblemente.
- J. La pena de inhabilitación ha sido regulada expresamente en el tipo penal con remisión al artículo 36º del Código penal.

La actual y reformada redacción del cohecho pasivo impropio tiene una marcada diferencia no sólo con la fórmula original de 1991 sino igualmente con el diseño de 1924, ya que en el anterior y abrogado código penal, dicho cohecho solo poseía una modalidad comisiva dada por el verbo rector «aceptar», mientras que en contraste con el modelo actual ofrecía tanto una modalidad comisiva como omisiva «para practicar o no practicar un acto de su cargo». Existiendo por lo demás una muy notable diferencia en cuanto a la pena, ya que se castigaba el delito con prisión no mayor de tres meses o multa de la renta de tres a treinta días e inhabilitación.

El esquema nacional vigente es distinto al español actual y al argentino ⁽⁷⁹⁰⁾. El artículo 426 del Código penal español regula en su expresión simple el cohecho pasivo impropio, al que castiga con pena de multa de tres a seis meses, del siguiente modo: «La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses». Una fórmula sencilla y simple que se complementa con el tipo penal 425 que contempla una modalidad más compleja caracterizada por con-

(790) Véase *infra*, Legislación extranjera.

figurarse con la acción de «solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo o como recompensa de lo ya realizado» y que recibe una sanción distinta: multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión del cargo o empleo o cargo público. Resulta evidente la copia hecha del modelo español en cuanto a la regulación del cohecho subsecuente, que como se advertirá páginas adelante trae más problemas que bondades a la interpretación en sede de cohecho pasivo impropio.

La técnica legislativa empleada por el legislador peruano, a la usanza francesa, ha colocado un tipo penal considerado básico, en la doctrina y legislación extranjera, a continuación del tipo calificado de cohecho pasivo (artículo 393º), lo cual es técnicamente incorrecto y deberá merecer un debido reordenamiento.

La figura del cohecho pasivo impropio es generalmente el caso típico de los regalos, obsequios o ventajas de pequeña estimación patrimonial.

III. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Autor de este delito sólo puede ser el funcionario o servidor público que ejercite actos propios de su competencia por el cargo, función o empleo. De modo, que si el funcionario actúa como particular o no se halla el medio corruptor vinculado con los actos de función que le son inherentes (afirmación válida tanto para el cohecho antecedente y subsecuente), al igual que en el caso del cohecho pasivo propio, habrá insuficiencia de tipicidad objetivo-normativa por cohecho pasivo.

Sujeto pasivo es el Estado.

IV. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Verbos rectores: acepta, recibe (alternativamente) y solicita, configurando cada verbo rector comportamientos diferentes que dan vida a modalidades distintas de cohecho pasivo impropio, siendo considerada la variante que se articula a través de la acción de solicitar una modalidad agravada en relación a las variantes acepta y recibe, las cuales han merecido para el legislador idéntico nivel de injusto y la misma penalidad ⁽⁷⁹¹⁾.

Elemento finalista: para practicar.

⁽⁷⁹¹⁾ Véase *supra*, p. 669 y ss.

Medios corruptores: donativo, promesa, cualquier ventaja (ventaja indebida), beneficio indebido.

El contenido típico del cohecho pasivo impropio radica en el comportamiento del funcionario o servidor consistente en aceptar o recibir donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio indebido o en solicitar donativo, promesa, cualquier ventaja indebida a cambio de practicar un acto propio del cargo sin faltar a su obligación (cohecho impropio antecedente). Como ya se ha indicado anteriormente ⁽⁷⁹²⁾ la impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta ninguna norma legal ni reglamentaria que sea inherente a sus funciones o atribuciones del empleo; y en dicho contexto, sin razón que justifique legalmente su actitud acepta, recibe o solicita donativo, promesa o ventaja para cumplir con dichas funciones o servicios. Allí reside justamente el núcleo del injusto penal, propio del cohecho antecedente no en el acto por practicar, que igualmente puede o no ejercitar dicho sujeto público. A diferencia, el núcleo de injusto en el cohecho subsecuente radicará en el hecho de recibir donativo o ventaja después de haber cumplido ya con sus actos de función o empleo.

a) Los medios corruptores

El código peruano, en su artículo 394, además del donativo y promesa, habla de «cualquier otra ventaja», y de beneficio indebido a diferencia del texto del artículo 393 que no anexa el adjetivo «indebido». De aquí surge un problema doble de interpretación suscitado por la deficiente técnica de redacción del texto: ¿Se justifica la predicción «indebido» en el texto normativo? ¿Lo indebido solamente hace referencia al beneficio o es extensivo también a la ventaja, donativo y a la promesa? Este primer sentido de la segunda pregunta constituye la respuesta más acertada dado que el adjetivo se halla en singular y en masculino, lo que da cuenta sólo del beneficio. De responder en el segundo sentido entonces se afirmarí la tesis de que existen donativos, promesas o ventajas debidas o legítimas que pueda solicitar o aceptar el funcionario o servidor para ejecutar o realizar un acto propio de su cargo. La dificultad para asimilar esto radica en el inadecuado empleo de los términos donativo, ventaja o pro-

⁽⁷⁹²⁾ Véase *supra*, p. 635.

mesa, de por sí desvalorados, que no concuerdan con los derechos o remuneraciones de determinados funcionarios y servidores por sus igualmente determinados y focalizados actos inherentes al cargo o servicio (por ejemplo, el caso de los Juzgados de paz no letrados,⁽⁷⁹³⁾ notarios, registradores públicos, traductores oficiales, etc.)⁽⁷⁹⁴⁾. Lo debido en este caso se sustenta en una norma jurídica, acto administrativo o costumbre legitimadora⁽⁷⁹⁵⁾. Fuera de los casos específicos en que sean debidos los «donativos o ventajas» (obviamente un lenguaje nada grato ni técnico) resultaría contraproducente para con el mensaje comunicativo-preventivo de la norma penal extender más allá de la naturaleza de las cosas la validez de tal complementación. No es nada difícil entender que el legislador al copiar del modelo italiano las frases «beneficio indebido» y «ventaja indebida» ha complicado innecesariamente la lectura del tipo penal de cohecho pasivo impropio al posibilitar interpretaciones flexibilizadoras en relación a vocablos que poseen evidentes mensajes criminógenos (al constituir éstos, en toda la gama de ilícitos de corrupción, medios corruptores). En este punto como salidas correctoras queda: a) la supresión de dicha adjetivación; b) la creación de un subtipo penal en la que resulte invocable; o c) la utiliza-

⁽⁷⁹³⁾ Al respecto la Ejecutoria Suprema del 11/3/2003, Exp. N° 308-2002 Cañete, que declaró atípica la conducta de exigir retribución por determinados actos funcionales realizados: «La justicia es gratuita a tenor de lo previsto en el inciso 16 del artículo 139 de la Constitución Política, empero existen actividades de la justicia de paz no letrada que al no ser remunerada con fondos del Estado, están facultados para percibir compensaciones económicas con la escala de derechos que se consignan en la Ley Orgánica del Poder Judicial; que el acusado, si bien está acreditado cobró, cuando ejercía el cargo de Juez de Paz no letrado, también lo es que como funcionario no remunerado por el Estado por el cargo que ejercía esta justificado, máxime si el monto cobrado parece razonable y proporcional al servicio prestado, por lo que no se dan los presupuestos del delito de cohecho pasivo impropio.

⁽⁷⁹⁴⁾ CAMAÑO ROSA, "Delitos contra la administración pública en el Código penal uruguayo", cit., p. 61: "Puede ser legítima la retribución de un servicio extraordinario, siempre que el funcionario no esté obligado a cumplirlo y no perturbe las funciones normales. Y también cuando el funcionario está autorizado para recibir un premio, siendo ilícito todo lo que perciba de más".

⁽⁷⁹⁵⁾ Al respecto, ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 623. Revítese, asimismo, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, art. 136, que prohíbe a los funcionarios y servidores públicos la percepción o exigencia de dádivas, obsequios, agasajos, etc., por la prestación de servicios oficiales propios de la función asignada.

ción de términos más adecuados y menos desvalorados jurídicopenalmente. La primera alternativa resulta la más coherente, y es la que siguen la mayoría de códigos penales que poseen la figura penal de cohecho pasivo impropio.

b) Para practicar un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación

Se trata de actos comisivos o de acción, la norma penal no contempla la modalidad omisiva, pues ella ya está incorporada en la tipicidad del cohecho pasivo por omisión (artículo 393⁹), al ser una conducta violatoria de obligaciones.

El comportamiento finalístico consistente en la posibilidad vinculante de practicar un acto propio del cargo ⁽⁷⁹⁶⁾ o empleo, esto es que corresponda al normal y regular ejercicio de funciones o servicios del funcionario o servidor público, es derivado de otro comportamiento previo y de mayor relevancia penal: solicitar o aceptar donativo, promesa o ventaja.

Acto propio del cargo es el que por ley, reglamento o delegación legal y superior le compete al agente en el desarrollo de su rol funcional dentro del marco general de la administración pública ⁽⁷⁹⁷⁾. El acto propio del cargo puede ser único o múltiple, estar expresamente reglado o hallarse sujeto a la actividad discrecional del sujeto público.

Sin faltar a su obligación alude a la posibilidad negada que los actos propios del cargo practicados o por practicar por el sujeto activo del delito puedan generar una infracción o menoscabo a sus roles especiales, circunstancia bajo la cual se configuraría cohecho pasivo propio. La frase «*sin faltar a su obligación*» se constituye así en el límite del cohecho pasivo impropio y define el marco reglado de deberes o roles

⁽⁷⁹⁶⁾ MANZINI (*Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 239) hace la acotación, que deben excluirse los actos que consisten en el ejercicio de un derecho (por ejemplo, la dimisión) del funcionario o servidor, ya que éstos no son actos de oficio. Véase también OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, cit., p. 270 y ss.

⁽⁷⁹⁷⁾ Véase en la Ejecutoria Superior de fecha 11 de junio de 1998 (Sala de Apelaciones con Reos Libres de Lima) un caso de cohecho pasivo impropio consistente en haberle dado dinero el particular a la secretaria de un Juzgado para efectos de practicar una inspección ocular. Proceso que finalmente quedó sólo a las puertas del Poder Judicial por haberse confirmado la Resolución que declara no ha lugar a la instrucción, al no haber podido la denunciante individualizar al destinatario de la dádiva.

que deberá observar siempre el sujeto público en el ejercicio de sus atribuciones. Nótese que aquí el legislador peruano no ha sustituido la palabra obligaciones por deberes, habiendo reproducido sin mayores alteraciones que las ya indicadas la fórmula del código de 1924 (art. 350).

Al igual que con el tipo anterior no se requiere que el sujeto activo cumpla con ejecutar el acto de función, pero sí necesariamente que exista vinculación causal imputable entre los actos funcionales o de servicio y el mecanismo corruptor, lo cual descarta por atípicas las actividades no funcionales o privadas realizadas o por realizar por parte del sujeto público.

c) O como consecuencia del ya realizado: El cohecho pasivo impropio subsecuente

La incorporación en la redacción del artículo 394, que contempla la figura del cohecho pasivo impropio, de la modalidad subsecuente de dicho delito, en sus dos manifestaciones legales (acepta-recibe y solicita) a usanza de lo que acontece en el Código Penal italiano (art. 318) chileno (art. 248) y español (art. 425), busca cerrar los círculos de la corrupción, castigando conductas que no suponen pacto previo ni promesa cumplida.

Asunto que si bien demarca una línea fuerte de combate a la corrupción, sin embargo tiene algunos inconvenientes al momento de interpretar y vincular los medios corruptores con las conductas típicas aceptar-recibir-solicitar y en un segundo plano al situar el dolo en la estructura de dicho cohecho antecedente.

Pertenece a la lógica interna del cohecho pasivo impropio antecedente que el funcionario o servidor reciba donativo o ventaja en un contexto de acción que corresponde al tercero que otorga por actos de conformidad a derecho realizados en cumplimiento de funciones o servicios por el sujeto público, sin que pueda vincularse dicho acto a promesa previa. Para ello deberá dicho sujeto hallarse en actividad o no haber cesado o perdido el vínculo administrativo o laboral con la administración pública, pues de concurrir estas hipótesis, no podrá configurarse cohecho dada la desvinculación motivadora del medio corruptor con su comportamiento funcional o de empleo. Resultaría excesiva la interpretación de aplicarse esta clase de cohecho para la promesa, esto es que el funcionario o servidor acepte ofrecimiento de futura entrega de donativo o ventajas por haber cumplido con sus obli-

gaciones, no se ha vulnerado el principio de imparcialidad en tal caso y se corre el peligro de confundir el ámbito de la relevancia administrativa con la penal; igual razonamiento sería válido para la conducta típica solicitar promesa, supuesto en el cual el funcionario o servidor no da ninguna contraprestación ni ha actuado precedentemente en su desempeño funcional violando sus obligaciones.

El acto de recibir donativo, ventaja o beneficio, que sería lo realmente atractivo y razonable de esta fórmula ampliadora de tipicidad por cohecho pasivo impropio subsecuente, en una expresión inaceptable de retribución ilegal por el desempeño funcional, supone aplicar un derecho penal racional alejado de maximalismos o injerencias excesivas. Se trata de dejar espacio al derecho administrativo sancionador frente a conductas mínimamente lesivas al bien jurídico específico protegido.

Otro de los inconvenientes radica en la exigencia de dolo en el cohecho subsecuente, el mismo que abarcaría el acto de (aceptar), recibir (solicitar) cuando ello no es debido ni legal; es decir, el dolo no comprende la conducta anterior (no lo podría hacer, dada la licitud de dicha conducta), pero sí debe dar cuenta en su contenido que la retribución que se está otorgando al sujeto público es por sus actos de función o servicio ya cumplidos. El funcionario o servidor debe conocer el contexto en el que se producen tales donativos o ventajas. Es inadmisibles admitir que el dolo de quien recibe medio corruptor, bajo los alcances del cohecho impropio subsecuente, implique consciencia y voluntad asociada a la compra de actos funcionales. El medio corruptor pierde una de sus características principales: su fuerza motivadora de la voluntad del funcionario o servidor público.

V. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso, resultando exigible el dolo directo en la modalidad «solicitar». La tipicidad subjetiva es determinante en esta figura delictiva, ya que el acto o actos a que se ve comprometido realizar el sujeto activo poseen naturaleza lícita.

VI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito admite consumación a través de tres supuestos. En el comportamiento pasivo de aceptar el medio corruptor, la consumación es formal con la simple complacencia. En el comportamiento de

recibir, el tipo penal es de resultado por lo mismo su consumación supondrá la entrega o concesión efectiva del medio corruptor. En el cohecho pasivo impropio mediante solicitud, la consumación al igual que el aceptar es formal, es decir se produce con el acto simple de la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa, ventaja o el beneficio indebido.

El cohecho pasivo impropio subsecuente se consumará, conforme establece la norma, cuando el sujeto público reciba el donativo, la ventaja o beneficio. Es muy complicado asumir la hipótesis que pueda consumarse con la promesa. En esta variante de cohecho en realidad se podría estar castigando actos desvinculados de finalidad previa, en razón al «resultado» consistente en haber cumplido con su deber el funcionario o servidor público, como cuando un usuario ingresa al local judicial y le deja una coima al Juez por haber resuelto con celeridad, con lo que podríamos ingresar a un peligroso ámbito de responsabilidad objetiva, en el cual la acción practicada por el sujeto público estuvo desprovista de la motivación del medio corruptor, siendo por lo mismo de conformidad a derecho, no quebrantándose deberes de función o servicio, mucho menos lesionándose o poniéndose en peligro el bien jurídico imparcialidad de la administración pública. Por consiguiente se hace necesario advertir que la consumación del cohecho pasivo impropio subsecuente no supone una convergencia previa con base a promesa que se activa con el cumplimiento del acto funcional o de servicio. Sin embargo cabe aceptar la sospecha de tales promesas o pactos no comprobados.

Por lo general este tipo de delito es el que más se identifica con la actuación de las coimas, presentes, atenciones dirigidas al funcionario o servidor público, en tanto mecanismo corruptor que busca motivar «positivamente» su conducta funcional. De no existir esta vinculación motivadora del mecanismo corruptor, en el cohecho pasivo impropio antecedente, nos saldremos del ámbito del cohecho, para generar supuesto de atipicidad penal, reconducible por vía administrativa o incorporables al terreno de los actos soportables socialmente. Actos adecuados socialmente, que como señala MUÑOZ CONDE, son de alta incidencia en comunidades pequeñas que tienen como usos sociales ofrecer al funcionario algún tipo de regalo en correspondencia a pequeños favores ⁽⁷⁹⁸⁾ o con la finalidad de obtenerlos.

⁽⁷⁹⁸⁾ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 13ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2001, p. 959.

La tentativa es admisible según los actos del sujeto activo sean fragmentables en las modalidades comisivas, siendo más viable en las hipótesis de resultado. Sin embargo, en invocación del principio de fragmentariedad y de la mínima lesividad al bien jurídico protegido, cabe aquí lo señalado con relación al cohecho pasivo propio.

VII. LA IMPROPIEDAD DEL COHECHO PASIVO

El *nomen iuris* utilizado hace alusión a un ilícito penal que en relación a todo delito de corrupción de funcionarios y servidores públicos no goza en propiedad de las características formales de la violación de los deberes funcionales ni de la normatividad sustantiva, aun cuando sí constituya infracción administrativa. Aquí el sujeto activo hace lo debido, ejerce su función o servicio conforme al rol asumido previamente. El acto que practica no está prohibido por el derecho, es más, está conforme a él. Tal es la característica *sui generis* del cohecho pasivo impropio.

Pero, sin embargo, los actos de la administración pública, a través de los cuales el Estado en sentido amplio llega a la sociedad civil para lograr sus cometidos, resultan puestos en tela de juicio, se genera un clima de desorden y de corruptelas horizontales que trastocan, desprestigian y pervierten la función pública, o como señala CARRARA: «cuando el acto es en sí justo, y debía realizarse de modo determinado, siempre se ofende a la justicia en la forma, porque entonces el ejercicio del poder público se hace venal»⁽⁷⁹⁹⁾. Las coimas, propinas, regalos, ventajas o donativos aceptados o solicitados para que el funcionario o servidor haga lo que está obligado y gratuitamente, cuando no sean excepcionalmente tasadas, constituyen una evidente preocupación de la política penal. De ahí entonces la explicación de su injerencia ante una realidad que no debió producirse ni debe reiterarse. Son así las deficiencias y los desajustes del sistema de la administración pública los que propician este ámbito de comportamientos. También abonan estas prácticas la falta de diligencia de los funcionarios y servidores que dejan para el final del plazo el momento del cumplimiento de sus deberes de función y servicio, lo que genera una natural propensión a asegurar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los usuarios. Una cultura igualmente fundada en el favor y no en el servicio

⁽⁷⁹⁹⁾ CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, cit., Vol. V, T. 7, § 2550.

puntual y eficaz hace del ciudadano un sujeto proclive a incidir, promoviendo o aceptando éstas prácticas anómalas ⁽⁸⁰⁰⁾.

Sobre el por qué del estilo corrosivo y desestabilizador de los indebidos donativos y ventajas solicitadas o aceptadas es una problemática cuya dilucidación rebasa el terreno del derecho penal. En países como el nuestro, donde dominan las trabas y prácticas burocráticas, las negligencias, desidias, el paternalismo y otros males propios de sociedades democrática y culturalmente atrasadas, el cohecho pasivo impropio, el *pactum sceleris*, seguirá siendo un mal de muchos que cuenta incluso con la complacencia estatal. En suma, se trataría de una práctica ilícita tradicional que –según opinión común– aligera las pesadas e insufribles barreras puestas desde las esferas de poder. Esto último nos obliga a preguntar sobre si tal comportamiento de ilicitud penal cuenta acaso con un factor de legitimación contracultural a su favor.

VIII. PENALIDAD

De 4 a 6 años de pena privativa de libertad e inhabilitación (incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código penal).

Cohecho pasivo impropio simple antecedente y subsecuente.

De 5 a 8 años de pena privativa de libertad e inhabilitación: (art. 36, incisos 1 y 2 del Código penal).

Cohecho pasivo impropio agravado antecedente y subsecuente.

La sanción es relativamente menor que la reservada para el cohecho pasivo propio incluso en su modalidad agravada, pero sumamente mayor a la establecida en el Código de 1924, representando el tipo penal de infracción de deber que mas incremento de pena ha registrado a lo largo de la historia legislativa del cohecho en el Perú y uno de los más altamente sancionados en el espectro de códigos penales occidentales.

⁽⁸⁰⁰⁾ Véase también lo dicho en relación a las coimas y los cohechos disfrazados, *supra*, p. 644.

Cohecho pasivo específico propio de Magistrado, Árbitro, Fiscal, miembro de Tribunal Administrativo, perito o análogo

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal y las modificaciones de la Ley N° 28355. III. Alta penalización y magistratura. IV. Bien jurídico específico tutelado. V. Sujeto activo. VI. Sujeto pasivo. VII. Comportamientos típicos. VIII. Elemento subjetivo. IX. Consumación del delito y tentativa. X. Penalidad.

Art. 395: «El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.» [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley N° 28355 de 06 de octubre de 2004].

Tipo penal sustituido

Art. 395: «El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja a sabiendas que es hecha con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La inhabilitación que como accesoria a la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito, será puesta en conocimiento del Colegio respectivo en donde se encuentra inscrito el agente, para que dentro de cinco (5) días proceda a suspender la colegiación respectiva, bajo responsabilidad.» [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley N° 26643 de 26 de junio de 1996].

I. ANTECEDENTES LEGALES

El art. 351 reformado del Código penal de 1924 es la fuente directa del actual tipo penal contenido en el artículo 395 del código en vigencia ⁽⁸⁰¹⁾. Igualmente encontramos un lejano antecedente en el segundo párrafo del art. 175 del Código penal de 1863. Las fuentes de derecho comparado recaen en las legislaciones penales francesa de 1810 (art. 177, tercer párrafo y 181), alemana de 1871 (artículo 334) y en el proyecto de Código penal suizo de 1918 (art. 259).

⁽⁸⁰¹⁾ Art. 351, modificado por Decreto Legislativo N° 121 de 12 de junio de 1981:

“El juez o miembro del tribunal administrativo o árbitro que solicitare o aceptare un donativo, préstamo, viaje o una promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas de que se le hacen con el fin de influir en la resolución o el fallo de un asunto que le esté sometido, será reprimido con prisión no mayor de doce años, multa de la renta de sesenta a ciento veinte días de inhabilitación absoluta no mayor de veinte años.

Si el juez admitiera para sí o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad el donativo, préstamo, viaje, la promesa o la ventaja para producir sentencia en sentido determinado en un asunto criminal, será reprimido con penitenciaría no mayor de veinte años, multa de la renta correspondiente a ciento ochenta días e inhabilitación absoluta perpetua.

El testigo, perito, traductor o intérprete que solicitare o aceptare para sí o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, un donativo, préstamo, viaje o una promesa o cualquier otra ventaja para, en un procedimiento o de justicia, hacer una deposición, emitir un dictamen, realizar una traducción o una interpretación falsos, será reprimido con prisión no mayor de ocho años, multa de la renta de sesenta a ciento veinte días e inhabilitación, conforme a los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 27, por no más de diez años”.

II. LA FIGURA PENAL Y LAS MODIFICACIONES DE LA LEY Nº 28355

Estamos frente a un tipo penal de cohecho pasivo propio de carácter específico, de rancio abolengo decimonónico, anacrónico y casuístico. El código de 1924, en su redacción original, lo contempló únicamente para la figura del juez, pero considerando además una circunstancia agravante de penalidad, cuando la conducta ilícita se orientara a dictar sentencia intencionada en materia criminal. El aludido artículo 395 fue reformado anteriormente por Ley Nº 26643 de 26 de junio de 1996, antes de que se produjeran las modificaciones introducidas por Ley 28355.

El código peruano, a diferencia, por ejemplo, del italiano de 1930 o del español de 1995, no ha contemplado el caso de la corrupción del Juez que origina o deriva en condenas injustas, lo que aumenta severamente, en dicha legislación penal, las penas al magistrado. Las características de la reforma producida por la Ley Nº 28355 de 2004, que han variado la presentación de la figura penal son las siguientes:

- A. Se ha separado en dos modalidades las conductas típicas de cohecho pasivo específico. La primera de ellas caracterizada por la presencia ordenadora de los verbos rectores «acepta o recibe», ambos con el mismo nivel de injusto y penalidad; la segunda, por el verbo rector «solicita», continuando así un esquema de coherencia con el del cohecho pasivo propio genérico del artículo 393;
- B. Se ha otorgado un mayor nivel de injusto a la acción de solicitar, modalidad de delito que por consiguiente es conminada con mayor pena;
- C. Si bien se ha mantenido idéntica la nómina de funcionarios específicos que son considerados autores de delito, se ha precisado que los análogos son en referencia a los consignados puntualmente en la norma: «otros análogos a los anteriores»;
- D. En ambas variantes de cohecho pasivo específico, el simple y el agravado se ha incluido la frase «bajo cualquier modalidad», que precede a los verbos rectores acepta-recibe y solicita, con lo que se ha tratado de cubrir toda la gama de casos prácticos que la realidad pueda ofrecer;
- E. Se ha agregado a los medios corruptores el «provecho» sin agregarle ninguna adjetivación;
- F. Se ha desdoblado, en la primera modalidad delictiva, la frase «con el fin de influir en la decisión» que figuraba en la redacción origi-

nal en dos orientaciones teleológicas de la acción típica: «con el fin de influir o decidir». En cambio en la modalidad agravada sigue igual la frase «con el fin de influir en la decisión»;

- G. Además se ha ampliado el vínculo funcional graficado por el «asunto sometido a su conocimiento» al anexar «o su competencia». Ampliación que sólo se registra en la modalidad simple no así en la agravada;
- H. La pena privativa de libertad sólo ha sido aumentada en la variante agravada. En ambos casos se ha anexado expresamente la pena de inhabilitación.

III. ALTA PENALIZACIÓN Y MAGISTRATURA

La corrupción del juez siempre ha sido un tema en grado sumo delicado, por cuanto es este especial funcionario quien encarna y representa la justicia oficial de un país. Se considera, pese a no estar ello normativizado, que un juez es un personaje excelso, siempre por encima de las pequeñeces mundanas, que reúne las mejores y óptimas calidades profesionales, de probidad, formación jurídica, inteligencia, sabiduría y sensibilidad social. Por ello es que repugna a la conciencia del colectivo social la existencia de jueces (también Fiscales) cohechadores, de aquellos sujetos que miran la judicatura como un botín o una tienda donde desarrollar sus cualidades de mercaderes. No resulta disculpante ni justificador las bajas remuneraciones ni la fuerza de las costumbres anómicas de las sociedades atrasadas, ni el estilo corrupto de actuación pública que imprimen los gobernantes y políticos; la figura del juez siempre ha de estar incólume, pues es él la garantía de racionalidad y humanidad ante la ilegalidad, el abuso del poder y la injusticia.

La elevada pena privativa de libertad que establece el Código penal peruano, la misma que va de un mínimo de 6 (u 8) a un máximo de 15 años, tiene un trasunto histórico que se remonta al derecho romano republicano donde se castigó con pena de muerte al juez y al árbitro que cohechaba para efectos de emitir sentencia ⁽⁸⁰²⁾. El adveni-

⁽⁸⁰²⁾ Véase *supra*, p. 359. Cfr. CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, cit., Vol. V, T. 7, § 2543; y CARMIGNANI, Giovanni, *Elementos de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1979, pp. 338 y 339.

miento del Imperio morigeraría tal severa sanción, ensayándose fórmulas de composición que iban desde la multa hasta la destitución, distinguiéndose las sanciones en función a si el juez era del ámbito criminal o civil; el primero era acreedor al destierro y a la confiscación de bienes, mientras que al segundo le eran aplicable penas pecuniarias por el doble o triple de lo recibido ilícitamente (*crimen repetundarum*). El Código penal francés de 1810 continuaría la línea de acentuada moderación para con los magistrados, árbitros y peritos (arts. 181 y 177: multa, destitución y en caso del Juez reclusión), a diferencia del código alemán de 1871 (art. 334: reclusión de 1 a 15 años).

IV. BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO TUTELADO

Preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo, así como los criterios de objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público.

V. SUJETO ACTIVO

Con rango de exclusividad sólo el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los señalados anteriormente. Esta extensión de analogía trae obviamente sus complicaciones.

En el caso del *magistrado*, la redacción original del artículo 395 aludía sólo al Juez; una ulterior reforma del código⁽⁸⁰³⁾ sustituyó el término por el de magistrado, ampliándose de esta forma el círculo de autores de delito.

El vocablo «*magistrado*» tiene dos acepciones. Una en *sentido amplio* para comprender con él a todo funcionario público que posea autoridad, ya sea judicial, administrativa o política (ingresan en esta definición lata, jueces, prefectos, ministros, fiscales, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, etc.). En *sentido estricto*, magistrado es el funcionario público encargado por ley de administrar justicia. Ingresan en esta noción estricta sólo los jueces en sus diversos niveles y grados, jueces de paz, de primera instancia, vocales superiores, su-

⁽⁸⁰³⁾ Por Ley N° 26643 (art. 1) de 26 de junio de 1996.

premos; titulares y suplentes, interinos o provisionales; los jueces del tribunal constitucional y los del fuero privativo militar.

La norma penal utiliza aquí un concepto estricto de magistrado, razón por la cual especifica a continuación el otro orden de magistrados (en sentido amplio) a quienes considera sujetos pasibles de sanción: los fiscales y los análogos.

Por su parte, el *fiscal* es el funcionario que integra y representa al Ministerio Público —organismo autónomo por ley—, que tiene como misión la defensa de la legalidad y la representación de la sociedad en juicio entre otras atribuciones establecidas en su ley orgánica y de funciones. El término fiscal es conglobante, es decir, comprende a todos los niveles y jerarquías (incluso los fiscales de la justicia militar).

Miembro del tribunal administrativo hace referencia explícita a los integrantes de los tribunales administrativos que sustancian y resuelven actos de relevancia extra-penal, los cuales se han incrementado en la medida de la mayor estructuración y ordenamiento de las funciones administrativas. Se trata de entidades de administración de justicia civil no jurisdiccional, cuyas decisiones pueden ser impugnadas en la vía judicial (o jurisdiccional). Así, por ejemplo, los tribunales administrativos del INDECOPI, de Aduanas, el Tribunal de Licitaciones, el Tribunal Fiscal, etc.

Cabe señalar que la norma penal emplea el término «*miembro*», para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios.

Sobre *el perito* ⁽⁸⁰⁴⁾ ya nos hemos referido en capítulos anteriores. Aquí lo que interesa destacar es que se trata de peritos oficiales, cuyos aportes han sido considerados valiosos por la norma penal a fin de asegurar la vigencia del principio de imparcialidad, no obstante que ellos no decidan directamente el caso sometido al conocimiento y competencia del magistrado o los demás sujetos que el tipo contempla. Los autores de delito de cohecho pasivo propio específico no son los peritos particulares equiparados. ⁽⁸⁰⁵⁾

⁽⁸⁰⁴⁾ Véase *supra*, p. 443.

⁽⁸⁰⁵⁾ Sólo en el caso de entender que la norma haría referencia a los peritos particulares sería válida la objeción que efectúa CASTILLO ALVA («El delito de corrupción de

Los *árbitros* ⁽⁸⁰⁶⁾, al igual que los peritos, son designados o nombrados oficialmente. No ingresan aquí los árbitros de consenso, es decir, los designados por las partes.

Veamos ahora a qué se refiere la norma cuando menciona a *cualquier otro análogo*. La apertura de la norma está hecha para incluir a otros, tales como los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura. Están asimilados en este nivel aquellos que administran justicia en virtud al art. 149 de la Constitución, es decir, las autoridades de las comunidades campesinas y nativas; es debatible que también sean pasibles de imputación penales los jefes de rondas campesinas y tribunales populares *de facto*.

La posibilidad que también constituyan sujeto activo los magistrados o fiscales que resuelven casos disciplinarios de control interno, o con relación a estos últimos cuando tramitan y procesan, en vía previa –vale decir fuera de la esfera jurisdiccional o propiamente de función fiscal– denuncias por comisión de delitos funcionales, es una hipótesis que pese a ser subsumible en la cláusula de apertura «o cualquier otro análogo», debe sin embargo ser evaluada serenamente.

VI. SUJETO PASIVO

El Estado.

VII. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los *verbos rectores* son: *accepte o reciba y solicite*.

Los *medios corruptores*: donativo, promesa, cualquier otra ventaja, beneficio.

El comportamiento relevante penalmente del sujeto (o sujetos) activo puede manifestarse en base a diferentes modalidades típicas:

magistrados, fiscales, miembros del tribunal administrativo, árbitros y peritos», en *Actualidad Jurídica*, T. 89, Lima, 2001, p. 27), quien considera censurable la extensión del tipo a los peritos (su crítica también comprendía a los árbitros, conforme al modelo anterior del tipo penal 395), con base a una serie de razones tanto de orden político criminal como dogmáticos.

⁽⁸⁰⁶⁾ Véase *supra*, p. 444.

- a) de forma alternativa: aceptar donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, o recibir donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio.
- b) en otra modalidad de mayor injusto penal: solicitar donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio.

El sujeto activo del delito que acepta, recibe o solicita debe tener plena conciencia que la complacencia del que accede a la solicitud o entrega donativo, promesa o ventaja está dirigida a influir (ejercer presión o fuerza moral) o decidir un asunto sometido a conocimiento o competencia de dicho sujeto (o sujetos).

El contexto del asunto sometido a decisión de los autores observa una extensa amplitud (juicios civiles, penales, administrativos, laborales, etc.). El tipo penal se refiere a la decisión de un asunto que deba de ser tomado por el autor del delito. «*Un asunto*» alude tanto a la serie de actos que conforman el procedimiento, que pueden incluir resoluciones menores, como decisiones sustantivas: comparecencias, medidas de embargo, mandatos de detención, concesión de libertades provisionales apelaciones, inhabilitación, laudos arbitrales, dictámenes periciales, archivamientos de procesos, dictámenes fiscales, decisiones administrativas, resoluciones del tribunal constitucional, etc. La reforma practicada al tipo plantea ahora dos posibilidades de dominio del sujeto público: el asunto sometido a su conocimiento y el sometido a su competencia. Es válida en cierto modo la distinción por cuanto con la primera frase se utilizaba una terminología no muy clara, de alcances imprecisos. «Asunto sometido a su competencia», vale decir al ámbito de sus atribuciones es la mejor manera de establecer la vinculación funcional que debe estar presente en todo delito de cohecho. A mi entender con esta predicación era suficiente el tipo penal. Usar ambas frases puede traer problemas a la labor de interpretación, pues se acude a un concepto general y luego a uno específico en el contexto de la misma redacción, lo cual no es propiamente técnico, pese a que sea una opción utilizada con frecuencia por el legislador. Esta apertura de la tipicidad es objetable.

Se trata de un cohecho pasivo antecedente, donde está implícito – aun cuando el tipo penal no lo pone de manifiesto– el favorecimiento o daño de una de las partes en un proceso judicial o administrativo o en los resultados de un dictamen; así como la infuncional conducta del sujeto activo que, estando al tanto de las intenciones, solicita o acepta, corrompiéndose y lesionando los intereses de la administración públi-

ca al vulnerar el principio de imparcialidad y objetividad de todo proceso sometido a decisión. Con base a criterios de coherencia lógica y principio de lesividad, puestos de manifiesto en la alta y gravísima penalidad (15 años en su extremo máximo e inhabilitación especial y degradante), la frase «*hecha con el fin de influir o decidir*» debe interpretarse en tanto influencia negativa, esto es, referirse necesariamente a decisiones contra el derecho de una de las partes y con beneficio de la otra. Es decir, el núcleo del injusto penal deberá circunscribirse a un cohecho propio; es muy discutible, por las razones expuestas, pese a que resulta literalmente posible, abarcar con la tipicidad del artículo 395 los comportamientos con base en cohecho impropio.

La norma penal contempla ahora dos hipótesis que condicionan la tipicidad objetiva-subjetiva de la acción, a diferencia de la formula original que solo preveía la influencia (con el fin de influir). En efecto, se ha incrementado la intensidad de la ilicitud a través de la frase (con el fin de decidir), que en una segunda opción debe jalonar la actitud dolosa del agente que entrega o concede el medio corruptor y ser conocido por el sujeto público que acepta, recibe o solicita. Sin embargo ello no ha merecido mayor atención punitiva por parte del legislador, dado que representa la orientación de la conducta típica no la conducta típica en si misma. Es obvio que no puede considerarse por igual el contenido significativo de la frase con el fin de influir que con el fin de decidir.

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

El dolo requerido para perfeccionar la figura penal es el dolo directo.

El tipo penal contiene un elemento subjetivo distinto del dolo, expresado con el término «*a sabiendas*». Ello supone que el sujeto activo actúa convencido de la injusticia de sus actos y con conocimiento pleno de las pretensiones implícitas en los medios corruptores, y pese a ello, solicita o recibe. Esto es obviamente un caso de doble venalidad del sujeto activo, pues lesiona el deber de probidad funcional y puede no acceder a la pretensión al momento de resolver.

IX. CONSUMACIÓN DEL DELITO Y TENTATIVA

El delito se consuma diferenciadamente según la naturaleza de la acción. Con la simple actividad en las modalidades acepta y solicita. Con un

resultado material en la modalidad recibe el medio corruptor. Estamos ante un tipo penal que contiene comportamientos de simple actividad y de resultado. No se requiere que se produzca la decisión buscada por el que accede a la solicitud o da el medio corruptor para que se consuma el delito.

En la modalidad agravada por la existencia de la solicitud que dirige cualquiera de los sujetos público especificados en la norma penal, si bien se han incorporado también las modificaciones practicadas en el tipo básico, en forma no explicable sin embargo se ha omitido ampliar la razón de la competencia que vincula al sujeto público con la tipicidad del delito y que se aprecia en la modalidad simple.

Resultan admisibles las formas de tentativa de existir fragmentación en los actos ejecutivos.

X. PENALIDAD

La pena es conjunta entre una privativa de la libertad, limitativa de derechos (inhabilitación), y multa. Caracterizada por su elevado quantum conminatorio, que solo es menor a la del enriquecimiento ilícito agravado.

De 6 a 15 años de pena privativa de la libertad, inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código penal y 180 a 365 días multa.

De 8 a 15 años de pena privativa de la libertad, inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código penal y 365 a 700 días multa.

Ha sido correctamente eliminada la inhabilitación especial y en calidad de accesoria que establecía la fórmula sustituida del artículo 395^a y que comprendía –además de la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia– el poner en conocimiento del Colegio Profesional correspondiente donde se encuentre inscrito el sentenciado para que se proceda a la suspensión de la colegiación respectiva. Ahora dicha inhabilitación sólo comprende la:

1. Privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

4

Corrupción de secretario judicial o auxiliar de justicia

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Sujetos activo y pasivo: a) *Secretario judicial*. b) *Relator*. c) *El especialista*. d) *Auxiliar jurisdiccional*. e) *Cualquier otro análogo*. IV. Comportamiento típico. V. Penalidad. VI. Elemento subjetivo. VII. Consumación y tentativa. VIII. Fases negativas de delito en los delitos de cohecho pasivo (propio, impropio, específico): 1. *Atipicidad*. 2. *Causas de justificación de la antijuricidad*. 3. *Causas de exculpación*. IX. Legislación comparada. Cohecho pasivo propio e impropio: 1. *Francia (1810)*. 2. *Alemania (1871)*. 3. *Proyecto de Código penal suizo (1918)*. 4. *Italia (1930)*. 5. *Argentina (1922)*. 6. *Colombia (1980)*. 7. *España (1995)*. 8. *Chile (1874)*. 9. *México (1922)*. 10. *Bolivia (1972)*.

Art. 396: «*Si en el caso del artículo 395º, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal.*» [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley N° 28355 de 06 de octubre de 2004].

Tipo penal sustituido

Art. 396: «*Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial o auxiliar de justicia o desempeña algún cargo similar, la pena será privativa de libertad no mayor de cuatro años.*».

I. ANTECEDENTES LEGALES

No existen antecedentes en la legislación penal nacional anterior.

En la legislación extranjera el Código penal alemán de 1871, en su artículo 334 castigaba con pena de reclusión a todo juez, árbitro, jurado o escribano que hubiere exigido o aceptado donativos u otros beneficios por dirigir o decidir en favor o en perjuicio de uno de los interesados un asunto cuya instrucción o resolución le esté confiada. En la actual y reformada versión de los tipos de cohecho del Código penal alemán, ha sido eliminada la alusión al escribano o a algún funcionario o servidor auxiliar de la administración de justicia, manteniéndose en cambio la designación del Juez y Árbitro como sujetos activos del cohecho pasivo específico.

II. LA FIGURA PENAL

Estamos frente a una extensión de tipicidad del artículo 395 dirigida al secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo. Demás está enfatizar lo imperfecto de la técnica legislativa empleada en el texto en estudio. En efecto, los componentes típicos del artículo 395 no pueden ser en conjunto aplicados al ámbito de competencia de un auxiliar de justicia o de quien desempeñe un cargo similar, pues en estos sujetos no se concentra la potestad de decidir un asunto de índole judicial, litigioso, administrativo o técnico especializado. Igualmente la equiparación de autoría de funcionarios o servidores públicos hecha a quien desempeñe cargo análogo o similar a la de los auxiliares jurisdiccionales resulta discutible.

La figura penal, reformada por la Ley N° 28355, en su nivel de tipicidad se refiere a asuntos de estricta competencia de secretarios, relatores, especialistas, auxiliares y afines.

III. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Son sujetos activos por extensión normativa, exclusivamente el secretario judicial, el relator, especialista y auxiliar de justicia o quien desempeñe cargo análogo. La norma ya no utiliza el término «similar» ha preferido referirse a cualquier otro «análogo» a los anteriores. Se coloca así la norma penal en una posición de apertura respecto a las posibles incorporaciones de sujetos que cumplan similares funciones o servicios a los expresamente nominados en el tipo penal y que formen parte de la estructura de la administración de justicia a nivel de los auxiliares jurisdiccionales; así como, cumple también una labor de previsión acerca de los posibles cambios de nombre que la ley administrativa pueda producir con relación a dichos sujetos.

Se nota así que el ámbito de relevancia está circunscrito a la esfera jurisdiccional en sentido estricto, no pudiendo por lo mismo considerarse a terceros que colaboran con dicha administración pero que no forman parte de sector de sujetos públicos que en la Ley Orgánica del Poder Judicial se denomina Auxiliares jurisdiccionales.

a) Secretario judicial

Se trata de aquel funcionario público incluido en la carrera auxiliar jurisdiccional⁽⁸⁰⁷⁾ (secretarios de juzgados de paz letrados, juzgados especializados, de Corte Superior y Suprema) que localizados en diversas áreas funcionales (mesa de partes, de actas, etc.) colabora con el magistrado en la labor de administración de justicia, poseyendo capacidad de decisión en ámbitos administrativos (otorgar copias certificadas, refrendar resoluciones, autorizar actas, emitir razones e informes, colocar las tablas de causas, llevar el despacho, vigilar el cumplimiento de las notificaciones, etc.). Naturalmente, que no ingresan aquí como sujetos activos los secretarios ni los auxiliares de los órganos de control interno ni de las Comisiones Ejecutivas o Gobiernos Transitorios, pues dichas personas no forman parte de la actividad funcional en sentido amplio de la administración de justicia.

En la práctica jurídica, quien conduce los procesos y orienta el criterio judicial resulta en no pocos casos el secretario. De ahí también una de las razones para su expresa inclusión en el tipo complementario en estudio.

b) Relator

Estamos con el relator ante un funcionario público, al igual que el secretario judicial, de gran importancia en el trabajo de la administración de justicia, cuya designación legal, marco de competencia, funciones y deberes se halla reglado en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al igual y con el mismo rango que los secretarios judiciales, los relatores se ubican tanto a nivel de salas superiores como en salas supremas, trabajando directamente con los vocales, no existiendo relatores a nivel de juzgados. Se trata de un nivel de funcionarios expresamente regulado en la ley y cuyo marco de funciones se centra fundamentalmente en hacerse cargo del despacho judicial, de la preparación de las

⁽⁸⁰⁷⁾ Véase la Ley Orgánica de Poder Judicial, arts. 249 y ss.

audiencias, y de ejercer una labor de cuidado y vigilancia del trámite interno de las causas.

c) El especialista

En los juzgados civiles es el sujeto público que reemplaza al secretario o escribano judicial, poseyendo sus mismas funciones.

d) Auxiliar jurisdiccional

Es toda aquella persona profesional del derecho o no, nombrada por el consejo ejecutivo distrital respectivo mediante concurso (en la práctica, por propuesta directa del juez) y que colabora dentro y fuera del juzgado o salas con los secretarios y jueces, básicamente emitiendo razones e informes y asistiendo en diligencias y actuaciones. Así, los técnicos de juzgado y de sala. Su naturaleza jurídica laboral es la de servidores o empleados públicos.

e) Cualquier otro análogo

Lo análogo está en relación a los cargos de secretario judicial, relator, especialista o auxiliar jurisdiccional. Se ubican aquí los asistentes del Juez o Vocal, o los asistentes (sean jurisdiccionales o administrativos) que temporalmente ocupen funciones de secretario o relator. Se aprecia aquí, obviamente, una dificultad para la interpretación en el contenido de la cláusula de extensión analógica, lo cual era en cierto modo explicable en la redacción anterior del tipo que sólo aludía al secretario o auxiliar de justicia. Puede considerarse asimismo que con dicha cláusula la norma penal quiere prever probables nuevos sujetos que cumplan funciones similares, conforme a la gama de consecuencias que traen consigo las reformas judiciales a que nos tienen acostumbrados las constantes y siempre fallidas reformas del Poder Judicial. No podrán ser sujetos análogos quienes no cumplan las funciones de los consignados expresamente en el tipo penal 396, por ejemplo, secigristas, asistentes sociales, adscritos policiales, etc.

En la práctica judicial, más allá de las atribuciones que fija la Ley Orgánica del Poder Judicial y las circulares respectivas, secretarios, relatores y auxiliares tienen un poder real —no declarado expresamente— sobre el curso y naturaleza de las decisiones; son ellos quienes —en

su mayoría— estudian los casos, proyectan y redactan materialmente las sentencias y demás resoluciones. Práctica administrativa dominante que puede explicarse con base a dos interpretaciones: la lenidad y facilismo de un grueso sector de magistrados o las exigencias de un método y estilo de organización en la conducción interna de las causas.

Sujeto pasivo es la administración pública (administración de justicia).

IV. COMPORTAMIENTO TÍPICO

La concurrencia de funciones de los secretarios judiciales, relatores y especialistas —en el caso de los vocales supremos de los asistentes— con la de los magistrados jurisdiccionales, la cercanía y contacto directo entre ambos grupos de sujetos públicos hace de los primeros sujetos agentes vulnerables y pasibles de incurrir en cohecho pasivo, de conformidad al efecto remisivo establecido en el artículo 396. La conducta o comportamiento reprimible penalmente, en estricta remisión al art. 395, es el hecho de que los secretarios, relatores, especialistas, auxiliares, o análogos a sabiendas soliciten y/o acepten donativos o ventajas con la finalidad de influir o decidir en las decisiones de los asuntos sometidos a su conocimiento o competencia. No se trata de que los secretarios judiciales influyan a su vez en los jueces, para lograr resoluciones tendenciosas, hipótesis en la cual responderían por actos decisionales de competencia de éstos últimos a título de complicidad, instigación o, de acuerdo a las circunstancias, a título de tráfico de influencia. No es acertado entender que el tipo penal este abarcando hipótesis en las cuales los auxiliares jurisdiccionales (en sentido amplio) decidan por los magistrados.

Es difícil hacer idéntica equiparación de tipicidad en el caso de los auxiliares de justicia en sentido estricto, pues carecen de la facultad de decidir asuntos justiciables. Para hacer subsumible la equiparación se estará a los actos de estricta competencia de estos sujetos activos de delito ⁽⁸⁰⁸⁾.

⁽⁸⁰⁸⁾ Véase Sentencia de la Sala Penal de Loreto del 13 de julio de 1999, Exp. N° 97-197-191601-JP-01, en la cual un auxiliar de justicia que trabajaba en un Juzgado de Trabajo (Técnico Judicial) solicitó sumas de dinero a trabajadores litigantes que trataban de cobrar sus beneficios sociales (en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia* 4, Lima, marzo del 2000, p. 420).

V. PENALIDAD

Pena conjunta: privativa de libertad de 5 a 8 años.

Inhabilitación (art. 36 incisos 1 y 2).

La penalidad privativa de libertad disminuida con relación a las establecidas en el artículo 395 se explica por la naturaleza menor del injusto penal, según la valoración político-penal efectuada por el legislador nacional, cuando el hecho es cometido por un colaborador jurisdiccional del juez. El menor poder de decisión de secretarios y auxiliares no lesiona el bien jurídico protegido en la magnitud que sí hacen los actos de los funcionarios contemplados en el art. 395.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

Ambos, secretarios y auxiliares deberán obrar con dolo directo, es decir, a sabiendas de las pretensiones de quien accede a la solicitud o da el donativo.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Es aplicable aquí lo dicho para con la figura penal del art. 395.

VIII. FASES NEGATIVAS DE DELITO EN LOS DELITOS DE COHECHO PASIVO (PROPIO, IMPROPIO, ESPECÍFICO)

1. *Atipicidad*

Por tratarse de delitos que focalizan el injusto penal en relación a los actos de competencia del cargo, se presenta atipicidad a título de autoría cuando el sujeto público ejecuta actos que están fuera de su competencia o de sus atribuciones, lo que configurará situaciones de complicidad o tipicidad de otros delitos.

- Si el sujeto activo no es funcionario o servidor público.
- Si el medio corruptor (elemento constituyente de la tipicidad) no está vinculado con los actos de función o servicio (aceptación de regalos como particular).
- Por error de tipo en las figuras en las que no se exige el elemento «a sabiendas».

- Por inidoneidad del medio corruptor (donativo nimio, de valor afectivo, prácticas de cortesía social, convencionalismos inocuos).

2. Causas de justificación de la antijuricidad

Dado el papel de garante que cumple el funcionario o servidor público y las características propias de los delitos de cohecho pasivo, el carácter eximente de la ilicitud de las causas de justificación se torna deleznable, pudiendo apreciarse como causal de atenuación de la imputabilidad penal el estado de necesidad justificante.

El consentimiento del concurrente no es causal de justificación ni de atenuación.

3. Causas de exculpación

Actúa excluyendo de culpabilidad el error de prohibición cuando es de naturaleza y fuerza insuperable. Por ejemplo, en el caso del funcionario o servidor que considera firmemente que la solicitud de pago que le hace al concurrente está conforme a derecho, cuando ya ha sido eliminada.

IX. LEGISLACIÓN COMPARADA. COHECHO PASIVO PROPIO E IMPROPIO

1. Francia (1810)

«C.P. de Francia (1810), art. 177 (texto derogado en 1993), Cohecho impropio por comisión (acción): *Todo funcionario público del orden administrativo o judicial, todo agente o comisionado de una administración pública que hubiere aceptado ofrecimientos o promesas o recibido donativos o presentes para hacer un acto propio de su función o empleo aunque fuere justo, pero no sujeto a derecho, será castigado con la degradación cívica y condenado a una multa doble del valor de las promesas aceptadas o de las cosas recibidas*».

«C.P. de Francia (1810), art. 177 (segundo párrafo, texto derogado en 1993), Cohecho pasivo impropio por omisión: *La presente disposición se aplicará a todo funcionario, agente o comisionado de la calidad arriba expresada que por medio de ofrecimientos o promesas aceptadas, dones o presentes recibidos, no ejecutare un acto comprendido en el orden de sus deberes*».

«C.P. de Francia (1810), art. 177 (tercer párrafo, texto derogado en 1993), Cohecho pasivo propio de árbitro o perito: *Con la misma pena*

será castigado todo árbitro o perito nombrado, ya por el tribunal, ya por las partes que hubiere aceptado ofrecimientos o promesas o recibido dones o presentes para tomar un acuerdo o dar una opinión favorable a una de las partes».

«C.P. de Francia (1810), art. 178, Cohecho pasivo propio agravado: En el caso en que la corrupción tuviere por objeto un hecho criminal que lleve consigo una pena mayor que la de la degradación cívica, esta pena mayor se aplicará también a los culpables».

2. Alemania (1871)

«C.P. de Alemania (1871), art. 331 (texto vigente con reformas), Cohecho pasivo impropio: I. Un funcionario o alguien especialmente obligado al servicio público que exija, permita que se le prometa o acepte una ventaja como contraprestación por haber realizado una actuación profesional, o que realizará en el futuro, será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.

II. Un juez o árbitro que exija, permite que se le prometa o acepte una ventaja como contraprestación por haber realizado una actuación judicial, o por realizarla en el futuro, será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con multa. La tentativa será punible.

III. El hecho no será punible de acuerdo al apartado I, cuando el autor se deje prometer o acepte una ventaja no exigida por él, y la autoridad competente, en el marco de sus competencias, haya permitido previamente la aceptación, o el autor presente una denuncia cuando se produzca y la autoridad permita la aceptación».

3. Proyecto de Código penal suizo (1918)

«Proyecto de Código penal suizo (1918), art. 279, Cohecho pasivo propio: Las autoridades, funcionarios y personas llamadas a administrar justicia, así como los árbitros, peritos, traductores o intérpretes, delegados por la autoridad, que para realizar algún acto que implique violación de los deberes de su cargo, solicitaren, aceptaren o se hicieren prometer alguna dádiva u otra ventaja a la que tengan derecho, serán castigados con reclusión hasta 3 años o con prisión.

La pena será de reclusión hasta cinco años o de prisión por un mes cuando menos, si por efecto de la corrupción el delincuente hubiere cometido la violación de los deberes de su cargo».

«Proyecto de Código penal suizo (1918), art. 280, Cohecho pasivo impropio: *Las autoridades, funcionarios y personas llamadas a administrar justicia, así como los árbitros, peritos, traductores o intérpretes, delegados por la autoridad, que, para realizar un acto no contrario a sus deberes y que caiga dentro de sus funciones, solicitaren previamente, aceptaren o se hicieren prometer una dádiva u otra ventaja a la que no tengan derecho, serán castigados con prisión hasta 6 meses o multa.*

La dádiva o ventaja recibida o su valor quedarán a beneficio del Estado».

4. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 318, Corrupción pasiva impropia: *El oficial público, que para cumplir un acto de su oficio recibe, por sí o por un tercero, dinero, otra utilidad o una remuneración que no le es debida o que acepta la promesa, será castigado con la pena de 6 meses a 3 años.*

Si el oficial público recibe la retribución por un acto de su oficio ya realizado, la pena será de reclusión hasta de 1 año (modalidad atenuada de corrupción pasiva impropia-subsecuente)».

«C.P. de Italia (1930), art. 319, Corrupción pasiva propia (antecedente y subsecuente): *El oficial público, que para omitir o retardar o por haber omitido o retardado un acto de su oficio o bien por cumplir o por haber cumplido un acto contrario a los deberes del oficio, recibe por sí o por un tercero, dinero u otra utilidad o acepta la promesa, será castigado con reclusión de 2 a 5 años».*

«C.P. de Italia (1930), art. 319 ter, Corrupción en actos judiciales (Cohecho pasivo propio específico): *Si los hechos indicados en los artículos 318 y 319 son cometidos para favorecer o dañar a una parte en un proceso civil, penal o administrativo, se aplica la pena de reclusión de 3 a 8 años.*

Si del hecho deriva injusta condena de alguien a reclusión no superior a 5 años, la pena es de reclusión de 4 a 12 años. Si deriva injusta condena superior a cinco años o a condena perpetua, la pena será de reclusión de 6 a 20 años».

5. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 256, Cohecho pasivo propio: *Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años o reclusión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta por 3 a 10 años el funcionario público que por sí o por persona*

interpuesta recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, o para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario público, a fin de que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones».

«C.P. de Argentina (1922), art. 257, Cohecho pasivo propio agravado: *Será reprimido con prisión de 4 a 12 años e inhabilitación absoluta y perpetua el juez que aceptare promesa o dádiva para dictar o demorar u omitir dictar una resolución o fallo, en asunto sometido a su competencia».*

«C.P. de Argentina (1922), art. 259, Cohecho pasivo impropio: *Será reprimido con prisión de 1 a 2 años e inhabilitación absoluta de 1 a 6 años el funcionario que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo.*

El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año (cohecho activo impropio)».

6. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 141, Cohecho propio: *El servidor público que reciba para sí o para otro dinero u otra utilidad, o acepte promesa remunerativa, directa o indirecta, para retardar u omitir un acto propio del cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, 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».*

«C.P. de Colombia (1980), art. 142, Cohecho pasivo impropio: *El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa 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.*

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en un asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años, multa de treinta (30) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término».

El Código penal de Colombia del 2000 mantiene igual redacción de cohecho pasivo propio e impropio que el del año 1980. La diferencia estriba en la pena privativa de libertad que ha sido aumentada a 5-8 años de pena privativa de libertad y de 4 a 7 respectivamente.

7. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 419, Cohecho pasivo propio: *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa*».

«C.P. de España (1995), art. 420, Cohecho pasivo propio atenuado: *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años; y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa de tanto al triplo del valor de la dádiva*».

«C.P. de España (1995), art. 421, Cohecho pasivo propio por omisión: *Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años*».

«C.P. de España (1995), art. 422, Cohecho pasivo propio extensivo: *Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*».

«C.P. de España (1995), art. 425, Cohecho pasivo impropio antecedente y consecuente: *La autoridad o funcionario público que solicitare*

dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años».

«C.P. de España (1995), art. 426, Cohecho pasivo impropio atenuado: *La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses».*

8. Chile (1874)

«C.P de Chile (1874), art. 248: *El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o para un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados».*

«C. P.de Chile (1974), art. 248 bis. *El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.*

Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente».

9. México (1922)

«C.P de México (1922), art. 272: *Al servidor público que por si o por interpósita persona, solicite o reciba indebidamente para sí o para otro dinero o cualquier dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo relacionado con sus funciones, se le impondrán las siguientes sanciones:*

I. Cuando la cantidad o el valor de la dádiva o promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de uno a cuatro años de prisión y de treinta a trescientos días multa.

II. Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, promesa o prestación exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a nueve años de prisión y de trescientos a ochocientos días multa».

10. Bolivia (1972)

«C.P. de Bolivia (1972), art. 145: El funcionario público o autoridad que para hacer o dejar de hacer un acto relativo a sus funciones o contrario a los deberes de su cargo, recibiere directamente o por interpuesta persona, para sí o un tercero, dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare ofrecimientos o promesas, será sancionado con presidio de dos a seis años y multa de treinta a cien días».

CAPÍTULO II

DELITOS DE CORRUPCIÓN ACTIVA

1

Corrupción activa genérica (propia e impropia)

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal y las reformas por Ley N° 28355. III. Bien jurídico específico protegido. IV. La naturaleza activa del delito. V. ¿Es el cohecho activo el reverso del cohecho pasivo? VI. Sujeto activo y pasivo. VII. Comportamientos típicos: a) *Primera modalidad delictiva: Corrupción activa propia*. b) *Segunda modalidad delictiva: Corrupción activa impropia*. VIII. Elemento subjetivo. IX. Consumación y tentativa. X. Penalidad. XI. Fases negativas del delito: 1) *Atipicidad*. 2) *Causas de justificación y exculpación*. XII. Legislación comparada: 1) Francia (1810). 2) Alemania (1871). 3) Italia (1889). 4) Italia (1930). 5) España (1973). 6) España (1995). 7) Argentina (1922). 8) Colombia (1980). 9) Portugal (1982). 10) Brasil (1940). 11. Chile (1874).

ART. 397: «El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años»

El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, promesa, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propio del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años».

[Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley N° 28355 de 06 de octubre de 2004].

Tipo penal sustituido

Art. 399: «El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo

en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años».

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente legal nacional directa lo constituye el art. 353 del Código penal de 1924 (reformado por Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981) ⁽⁸⁰⁹⁾. La actual redacción del cohecho activo genérico observa influencias del Código Penal italiano de 1930.

II. LA FIGURA PENAL Y LAS MODIFICACIONES PRODUCIDAS POR LEY N° 28355

Este tipo penal llamado tradicionalmente soborno o compra de los actos de función, ha sido radicalmente modificado por la Ley 28355, la misma que ha superado varias de las deficiencias de redacción que ofrecía la fórmula normativa anterior:

- A. Se ha variado la conducta típica, pues los verbos rectores son ahora «ofrece», «da» o «promete», a diferencia del «trata de corromper» que registraba la anterior redacción;
- B. Se ha ampliado el marco de las acciones típicas al agregar la frase «bajo cualquier modalidad»;
- C. Ha sido variada igualmente la presentación de los medios corruptores, los mismos que ahora son el donativo (antes eran las dádivas), promesa, ventaja (antes eran ventajas de cualquier clase) o beneficio (la fórmula anterior no registraba el beneficio);

⁽⁸⁰⁹⁾ Art. 353 del Código penal de 1924: "El que tratare de corromper a un funcionario con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita un acto relativo a sus funciones, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de treinta a sesenta días.

Si el corruptor fuere funcionario público, será reprimido, además con inhabilitación conforme a los incisos 1, 3 y 4 del artículo 27 por no menos de seis años".

- D. Se ha sustituido la frase «para que haga u omita» por «para que realice u omita».
- E. La pena privativa de libertad ha sido incrementada.

Esta figura de cohecho activo, llamada también delito de soborno en otras legislaciones, se presenta en nuestro Código penal como un tipo complejo que reproduce en parte las descripciones típicas del cohecho pasivo propio e impropio (arts. 393 y 394). Con la peculiaridad de que el cohecho activo impropio ejercido sobre funcionario o servidor público comprende tanto la modalidad comisiva como la omisiva. El código no ha regulado penalmente el cohecho activo subsecuente.

Estamos así frente a un delito de corrupción de carácter genérico, ya que el sujeto activo de delito es indeterminado al igual que los destinatarios de la acción sobornante. El legislador de 2004 ha superado la imperfección técnica del de 1924 y 1991 consistente en normativizar la relevancia penal de las acciones típicas en función al intento, sin mencionar la consumación del mismo a nivel de resultado: «*intente corromper o corrompa*».

III. BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO PROTEGIDO

Además del bien jurídico genérico que es común al objeto de tutela en el cohecho pasivo (es decir, el correcto funcionamiento, y la imparcialidad en la administración pública), el objeto específico de la tutela penal en el cohecho activo genérico radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas preservándola, preventiva y conminatoriamente, de los actos de corrupción de sujetos diversos inescrupulosos o, en otros términos, garantizar a través de la conminación penal el respeto que se debe al desarrollo funcional de la administración pública⁽⁸¹⁰⁾. Se trata, como afirma MANZINI⁽⁸¹¹⁾, de la conveniencia de intimidar y castigar a los sobornadores, si se quiere evitar que los funcionarios y los agentes moralmente más débiles cedan a los halagos de aquéllos.

(810) Véase ORTOS: en COBO DEL ROSAL y otros, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 477.

(811) MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 281.

IV. LA NATURALEZA ACTIVA DEL DELITO

El cohecho es activo no tanto en relación al contenido de la acción, pues el funcionario o servidor que solicita está desarrollando también un comportamiento activo y, sin embargo, es imputado penalmente (en doctrina y legislación) a título de corrupción pasiva, sino en función al punto de origen donde se inicia la propuesta corruptora, es decir, del sujeto indeterminado. No es ya el funcionario o servidor, quien solicita o acepta, el punto de gravedad del injusto, la atención político-penal ha sido trasladada al agente que da, promete u ofrece medio corruptor al sujeto público. Allí se fundamenta la naturaleza activa del delito. Como es notorio existe un forzamiento lingüístico en el significante del adjetivo «activo», pero el consenso ha sido dado en tal dirección.

Los actos de soborno o corrupción resultan entonces de contenido esencial y exclusivamente activos. Los actos ejecutivos del sujeto indeterminado no pueden ser reputados omisivos, pues el hecho sería irrelevante penalmente para él.

V. ¿ES EL COHECHO ACTIVO EL REVERSO DEL COHECHO PASIVO?

Sin el deseo de ahondar el tema al respecto, entre cohecho pasivo y activo existen nexos vinculantes indudables (identidad de medios corruptores, naturaleza vinculante formal y fáctica similar), que ahora con las nuevas modalidades de comisión ofrece, da y promete que han entrelazado más sus estructuras de tipicidad entre ambas clases de cohecho, acercan con mayor razón la relación estrecha entre estas modalidades delictivas básicas del cohecho, pero también siguen existiendo, como es natural, diferencias visibles al análisis comparativo: redacciones típicas con matices diferenciados, penalidades distintas, menor complejidad en el cohecho activo que sólo admite cohecho antecedente, fórmula activa y omisiva en el cohecho activo impropio.

La tesis de la bilateralidad entre cohecho pasivo y activo gana así mayor fuerza, a diferencia de la fórmula anterior que sólo se reducía a la hipótesis del que acepta, imputable al funcionario o servidor (art. 393) vinculada con la del que trata de corromper (art. 399) en su fase de terminación, lo cual como se verá luego, no necesariamente era reflejo de bilateralidad o plurisubjetividad. En suma, la respuesta es ahora mayor, existen vínculos innegables, pese a ser delitos con un marco de tipicidad propia.

VI. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, incluso otro funcionario y servidor público. Lo es también, un militar o policía. Los particulares pueden ser personas naturales o jurídicas. En este último caso a través de sus representantes legales o personas directamente imputadas, dado que nuestro Código penal no contempla la responsabilidad penal a título de autoría de las personas jurídicas y colectivos sociales.

El sujeto pasivo es el Estado.

VII. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

La corrupción activa genérica es una figura de cohecho antecedente de naturaleza compleja, pues prevé modalidades delictivas de naturaleza activa y omisiva, propia e impropia, además del empleo de un triple mecanismo corruptor alternativo.

El tipo penal del art. 397 comprende las siguientes modalidades: a) cohecho activo propio en sus dos variantes: activa y omisiva; b) cohecho activo impropio, en sus dos variantes: activa y omisiva. Registrándose así una gran diferencia con el cohecho pasivo impropio que sólo contempla la variante activa.

Los verbos rectores que definen las acciones típicas son: ofrecer, dar o prometer, en la fórmula derogada el núcleo rector era «*tratar de corromper para*». Cualquiera de los verbos rectores define el delito al tratarse de acciones alternativas, esto es no se requiere que todos concurren en el comportamiento del agente.

Los medios corruptores son el donativo, la promesa, ventaja o el beneficio, con la fórmula anterior eran las *dádivas*, *promesas* o *ventajas*.

a) Primera modalidad delictiva: Corrupción activa propia

Esta modalidad está contenida en el primer párrafo del artículo 397.

Las acciones típicas y que configuran las modalidades de cohecho activo son ofrecer, dar o prometer a funcionario o servidor público con donativos, promesas ventajas o beneficio ⁽⁸¹²⁾, para que haga u omi-

(812) Véase el significado de tales expresiones *supra*, p. 635 y ss.

ta algo en violación de sus obligaciones ⁽⁸¹³⁾. Como es fácil apreciar se trata de un cohecho activo propio genérico, donde al igual que en el cohecho pasivo, encontramos una relación funcional entre el medio corruptor y la futura y probable acción u omisión violatoria de obligaciones, que es la que otorga sentido jurídico al acto de corrupción, más allá del dato material de los medios corruptores y que va a constituir el componente que permitirá descartar por irrelevantes penalmente una serie de hipótesis de hecho ⁽⁸¹⁴⁾.

«Ofrece» un medio corruptor (donativo, ventaja o beneficio) define una acción de propuesta u ofertamiento unilateral que partiendo de un sujeto indeterminado va dirigida al funcionario o servidor público quien, poseyendo competencia (vinculación funcional), se compromete a su vez a realizar u omitir actos públicos de función o servicio que supongan quebrantamiento de sus obligaciones. La acción del sujeto activo se vincula así con la conducta del funcionario o servidor; que en un ámbito de perfecta bilateralidad acepta el medio corruptor en el contexto de la finalidad planteada por el agente. La consumación de esta modalidad de cohecho activo plantea de tal modo la existencia de la bilateralidad del delito. No obstante dicha bilateralidad no aparecerá si el sujeto público rechaza y desestima el ofrecimiento, lo cual no implica que nos situemos en un ámbito de tentativa para el agente, por cuanto en esta modalidad de cohecho activo el tipo es de simple actividad, no requiriendo para ser perfeccionada que se presente la aceptación de la contraparte del sujeto indeterminado, es decir la negativa del sujeto público, no impide que el delito se halle ya consumado. En el acto de ofrecer se pone de manifiesto un compromiso de dación o entrega o de prestación, que asume el sujeto indeterminado, sin que ello suponga que efectivamente se entrega o concede medio corruptor al sujeto público o a un tercero según la indicación de dicho sujeto, o que éste se vea forzado a cumplir o incumplir sus actos funcionales o de servicio. Claro, que el ofrecimiento hecho directa o indirectamente

⁽⁸¹³⁾ Debe de anotarse que aquí el legislador penal no ha incurrido en el desatino del artículo 393, de sustituir el término: obligaciones por deberes.

⁽⁸¹⁴⁾ Véase en tal sentido el ejemplo propuesto por ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 418: administrado que ofrece una ayuda indispensable al funcionario para que éste pueda cumplir con su función.

por el particular a terceros no alcanzará todavía la tipicidad del cohecho activo el cual exige que la acción penalmente relevante se produzca entre sujeto indeterminado y funcionario o servidor público.

A fin de no desbordar la aplicación de un derecho penal que puede convertirse en subjetivamente persecutorio, es bueno recordar las características de suficiencia e idoneidad que deben reunir los medios corruptores involucrados en la conducta típica ofrecer-aceptar ⁽⁸¹⁵⁾.

En la relación que se establece entre el sujeto que ofrece y el funcionario o servidor que acepta, que compromete seriamente la imparcialidad de los actos funcionales, VALEIJE ALVAREZ considera que se trata de prestaciones de carácter inmaterial, a diferencia de la relación dolosa establecida entre quien da y recibe de contenido material ⁽⁸¹⁶⁾.

«Da» un medio corruptor (donativo, ventaja o beneficio) en cambio, y con referencia a la anterior variante, supone un acto de entrega material, por parte del sujeto activo, y otra de recepción, por el sujeto público, que nos muestra un delito de resultado, en el que no basta el ofrecimiento, es más no es el ofrecimiento elemento típico de esta modalidad, vista *ex post* podría considerarse que entregas fallidas hagan radicar en el ofrecimiento o los intentos de entrega fases de tentativa. En forma similar y con mayor fuerza aún aquí se aprecia el carácter bilateral del cohecho activo-pasivo, dado que ello es condición del tipo para configurar la consumación.

Es bueno tomar en cuenta que pese a tratarse de acciones alternativas en determinados casos pueden concurrir tanto una acción de entrega como una de ofrecimiento, como cuando el donativo que el agente «da» es parte de lo que debe todavía completar más adelante; o bien se entrega un donativo en dinero, bienes muebles o inmuebles y se pacta en dicho acto (de entrega) o con antelación una ventaja futura consistente, por ejemplo en ascensos laborales.

«Promete» (donativo, ventaja beneficio), a diferencia de las acciones anteriores es un comportamiento dirigido a futuro en cuanto a la concreción del donativo o ventaja. Supone el pacto o acuerdo estable-

⁽⁸¹⁵⁾ Véase *supra*, p. 670.

⁽⁸¹⁶⁾ VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, cit., p. 121.

cido entre los sujetos concurrentes en la acción típica (sujeto indeterminado y sujeto público) de entrega o concesión futura del donativo o ventaja respectivamente y de la recepción, es decir del negociamiento que hacen los agentes del acto de función o empleo, al igual que en las anteriores modalidades. La promesa puede jugar aquí el papel de una suerte de condicionamiento colocado a la entrega del donativo o la concesión de la ventaja –beneficio, esto es, previa realización u omisión del acto funcional o de empleo que suponga o bien violación de las obligaciones del sujeto público o su cumplimiento, como también la expresión que por circunstancias diversas el agente no puede cumplir con su prestación en el momento. Por la promesa acuerdan ambos sujetos, el particular o sujeto indeterminado cumplir a futuro con sus ofrecimientos, mientras que el funcionario o servidor se asegura para después el donativo, ventaja o beneficio. Que a futuro incumpla el que prometió es un curso causal hipotético que la norma no reputa causal de atipicidad, ni constituye circunstancia a valorar para mejorar la situación de los sujetos concurrentes.

Las tres acciones desvaloradas penalmente en el contexto del cohecho activo, ofrecer, dar o prometer, son de fronteras abiertas, al emplear la norma penal la frase complementaria «bajo cualquier modalidad», es decir directa o indirectamente (por acto propio o a través de terceros), explícita o implícitamente; en este último caso bajo estándares de suficiente inequívocidad y direccionamiento de la conducta típica, de modo escrito u oralmente.

Comentarios a la formula de redacción típica anterior. No obstante haber sido ya superada la histórica frase «tratar de corromper» que rigió el modelo de cohecho activo desde el Código de 1924, se deja intacto el comentario a dicha redacción.

Tratar de corromper es una frase abierta de comportamientos ilícitos imputables al particular o sujeto público que mediante el empleo de los medios corruptores pretende determinar o inducir en el funcionario (o servidor) la realización u omisión de actos que trasgreden el marco reglado de sus deberes u obligaciones ⁽⁸¹⁷⁾. El tipo penal exige proceder a la verificación del contexto

⁽⁸¹⁷⁾ Me parece forzada la figura planteada por ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 418, cuando señala que la respuesta a una insinuación hecha por el funcionario configura ya cohecho acti-

normado que delimita los deberes del sujeto público para completar la tipicidad del hecho. En deficiencia de pautas regladas se atenderá a la naturaleza discrecional de los actos que se reconduzcan en sujeción a los fines de la administración pública, las leyes y al ordenamiento jurídico nacional.

El núcleo rector es «tratar de corromper para que haga u omita». Se ha empleado así una disposición o tendencia de contenido finalista que trabaja hacia futuro. Ante esta fórmula parcial de redacción elegida por el Código penal peruano cabe plantearse el interrogante, sobre la tipicidad del hecho cuando el sujeto activo ya efectivamente corrompió al funcionario o servidor. Se presenta, obviamente, un problema de interpretación que habría sido felizmente superado si el legislador hubiera hecho uso en forma alternativa de los verbos «trata» y «corrompe», los mismos que completan el *iter criminis* del delito. No obstante la problemática está ya planteada innecesariamente, y ante la cual sólo queda entender que estamos ante un tipo penal de tentativa elevada a calidad de delito consumado en fase de ejecución (delitos de emprendimiento o de consumación anticipada)⁽⁸¹⁸⁾. En función a tal orientación político-criminal es ya irrelevante que se produzca o no la corrupción efectiva, pues la misma no agrega nada esencial al injusto penal del cohecho activo: el delito se consumó ya en el acto mismo de intentar corromper.

Ahora bien, la corrupción lograda actuando con los medios corruptores sobre el sujeto público ha de suponer que éste, bajo la motivación del medio corruptor, accede a la pretensión del sujeto activo del delito haciendo u omitiendo actos que trasgreden sus obligaciones. En tal hipótesis de terminación o agotamiento del cohecho activo cabe preguntarse si ¿acaso no estamos en la tipicidad de una de las modalidades del cohecho pasivo propio, específicamente en aquella en la que el funcionario o servidor recibe o acepta donativo, promesa o ventaja? El tema tiene ahora más fácil respuesta, no obstante la dificultad que representa la pena más elevada del artículo 393 para un supuesto de hecho derivado contenido en el cohecho activo genérico del 397. Sobre este punto el código español de 1995⁽⁸¹⁹⁾, a través del art. 423 es explí-

vo. Tal supuesto necesita ser pormenorizado y matizado para que adquiriera razonabilidad y admita relevancia penal por cohecho activo para el particular o en general para el sujeto indeterminado.

(818) Ver ROJAS VARGAS, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, cit., p. 285.

(819) Véase *infra*, p. 545. El Código penal argentino (art. 258) remite al tipo de cohecho pasivo (art. 256) para completar la figura de cohecho activo en lo atinente a los *quantums* de pena.

cito y señala que las penas aplicables al cohecho activo son las señaladas en las figuras de cohecho pasivo (arts. 419, 420, 421). Como se observa, la salida planteada por el legislador español se basa en un sistema de reenvíos que no es asumido por nuestra legislación penal⁽⁸²⁰⁾. A modo de conclusión cabe plantear, como respuesta al interrogante, que el delito sigue siendo de cohecho en fase de terminación, donde la pena es la misma para el sujeto activo, pese a haber traspasado el sujeto la fase ejecutiva que por sí sola ya consumó el ilícito penal, mientras que los actos de aceptación del medio corruptor por parte del sujeto público se reconducen por las figuras del cohecho pasivo.

La utilización en la fórmula derogada del pronombre indeterminado «*algo*» en lugar del sustantivo «*acto*», que abonaba más la tesis de la autonomía delictiva del cohecho activo, planteaba la apertura típica a un contexto más amplio de posibilidades de violación de obligaciones. Hay que considerar acertado el reemplazo del término «*algo*» por la palabra más precisa y jurídica «*acto*».

Decíamos que el acto de *realizar* u *omitir* empleado en el tipo penal posee una orientación a futuro, es decir, ulteriormente realizable u omitible, que no requiere que el funcionario o servidor efectivice en el momento la pretensión ilícita del corruptor, ni mucho menos que lo haya practicado con antelación, pues esta última hipótesis se sale de la figura penal en análisis para configurar cohecho pasivo propio subsecuente (art. 393 tercer supuesto).

La modalidad *omisiva* del cohecho activo propio, vista en los actos del funcionario o servidor público, puede corresponder, por ejemplo, a un no ordenar el lanzamiento de ley, hacerse de la «*vista gorda*», archivar el expediente, no acudir a una diligencia, no otorgar una licencia de construcción, no reponer a un trabajador estando obligado a ello, dejar pasar los plazos y términos de ley, etc. Tanto en la modalidad de cohecho activo propio comisivo y en la de cohecho activo propio omisivo contemplados en el art. 397 queda claro que deberá tratarse de actos de competencia inherentes a la función, cargo o servicio del funcionario o servidor.

(820) Véase *infra* Legislación extranjera.

El sujeto activo del delito puede hacer uso de diversidad de formas para lograr su propósito, actuando personalmente, usando a terceras personas, en un solo acto o en varios intentos, por escrito o verbalmente; o, como señala PORTOCARRERO, explícita o tácitamente⁽⁸²¹⁾. En este segundo caso, por ejemplo, cuando va únicamente el regalo quedando implícita la intención, que es internalizada por el sujeto público.

b) Segunda modalidad delictiva: Corrupción activa impropia

La fórmula de cohecho activo impropio sigue en lo general los derroteros típicos de lo señalado para el cohecho pasivo impropio, con la lógica diferencia de que aquí el origen de la propuesta corruptora proviene de un sujeto indeterminado. Lo impropio radica entonces en el hecho de que el sujeto activo del delito corrompe (trata de corromper en el caso del ofrecimiento no aceptado) al funcionario o servidor para que éste haga u omita un acto inherente a sus funciones o al ámbito del empleo sin faltar a sus obligaciones, es decir, para que actúe de conformidad a derecho (por cierto con limitaciones si enfocamos el tema desde la perspectiva del derecho administrativo). Ni se viola formalmente la legalidad sustantiva ni se trata en propiedad de corrupción en sentido estricto. El núcleo del injusto penal, el centro de gravitación de la ilicitud se focaliza en el hecho del irrespeto del sujeto indeterminado a los agentes personalizados de la administración pública, quienes gozan de facultades y competencia para actuar u omitir en el contexto de las expectativas del sujeto activo. En el lenguaje popular se trata de engrasar la máquina burocrática para obtener fines no ilícitos.

Particularmente es de considerar excesiva la penalidad fijada en la norma para el cohecho activo impropio, dado el mínimo nivel de ilicitud del comportamiento imputable (considerado político-criminalmente consumidor de delito). Diversas son las razones que pueden motivar al sujeto activo a orientarse por la corrupción activa impropia⁽⁸²²⁾, las

⁽⁸²¹⁾ Véase PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 224.

⁽⁸²²⁾ Al respecto MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1217.

que puede acentuarse según sea el tipo de sociedad y el grado de seriedad y garantías que brindan los órganos y los agentes de la administración pública: el temor a que el funcionario actúe injustamente, la costumbre muy usual en provincias de demostrar reverencias mediante donativos pequeños y presentes a los representantes del Estado, pero sobre todo la seguridad que le otorga al sujeto activo (y en gran modo le tranquiliza) el saber que producto del empleo de los medios «corruptores» el funcionario o el servidor público va a prestar atención y cuidado al caso, sacándolo del anonimato y la rutina. Entonces, existiendo un sistema de graves anomalías en el funcionamiento de la administración pública nacional, con funcionarios y servidores no siempre premunidos del espíritu de servicio, profesionalismo y diligencia en la tramitación y decisiones, no parece acertado ni proporcional exhibir un marco de fuerte penalidad.

Finalmente debe observarse que la norma penal hace referencia al vinculante legal con las palabras «actos propios del cargo o empleo» y ya no a «*acto propio de sus funciones*», que registraba la fórmula anterior, uniformizando así dichos vinculantes usados en las dos hipótesis del cohecho pasivo impropio ⁽⁸²³⁾.

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo penal es doloso. El sujeto activo debe obrar con voluntad propia y conociendo que está intentando corromper al funcionario o servidor público. En los comportamientos «da» y «promete» es elemento necesario del tipo el acuerdo de voluntades. La acción «ofrece», admite tanto el acuerdo como no. Carecen de relevancia los motivos extrapenales que haya tenido el sujeto activo para corromper o tratar de corromper. El dolo es directo.

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La consumación será diferente según sea la acción de ofrecer o dar. La primera, al tratarse de un delito de simple actividad, se realizará típicamente con el ofrecimiento o propuesta actual del sujeto indeterminado al funcionario o servidor público, no siendo requisito del

⁽⁸²³⁾ Ver *supra*, p. 484 y ss. e *infra*, p. 864 y ss.

tipo que éste acepte o no, pues el núcleo del delito se halla en el comportamiento del agente, cuya acción desvalorada es suficiente para la consumación. De aceptar el sujeto público se presentará un concurso ideal con el cohecho pasivo propio genérico del artículo 393, si se trata de un Juez o fiscal existirá cohecho pasivo específico; lo cual, en ambos casos, supone necesariamente que la pretensión del sujeto activo llegue a conocimiento del funcionario o servidor público y se presenten los otros elementos del tipo.

En la variante que tiene a la acción «da», la consumación requiere un resultado, que consiste en que se produzca la recepción o entrega del medio corruptor, que planteará a su vez concurso con el delito de cohecho pasivo propio. En la variante que toma a la promesa como conducta típica, la consumación se realiza con el pacto entre el sujeto indeterminado y el sujeto público, dado que la promesa no es sólo un prometer a futuro desvinculado de aceptación

Si el donativo, promesa, ventaja o beneficio están orientadas a finalidades distintas de las establecidas en el tipo penal (realización u omisión de los actos de función o empleo en violación de sus obligaciones; realización u omisión de actos propios del cargo o empleo en cumplimiento de sus obligaciones), no existirá delito de corrupción activa, pues faltará la vinculación funcional entre los medios corruptores y la dirección de los actos funcionales o de servicio.

La admisión de tentativa estará en función a la naturaleza de los medios de los que se vale el sujeto activo para corromper ⁽⁸²⁴⁾. Las tratativas idóneas y suficientes pueden configurar tentativa, sobre todo en la modalidad «da», en este caso de no llegar el medio corruptor a su destino, se hace factible la tentativa inacabada y el delito frustrado, incluso permite el desistimiento voluntario. La inidoneidad del medio faculta hablar de una tentativa inidónea o imposible.

X. PENALIDAD

- Modalidad de cohecho activo propio: 4 a 6 años de pena privativa de libertad.

⁽⁸²⁴⁾ Véase en la Ejecutoria suprema de 12 de enero de 1998, Exp. N° 1206-97, Junín, un caso de tentativa de corrupción activa de funcionario policial no acreditada con prueba alguna; asimismo, la Ejecutoria suprema de 3 de abril de 1998, Exp. N° 5049-97, Lima.

- Modalidad de cohecho activo impropio: 3 a 5 años de pena privativa de libertad.

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1) *Atipicidad*

- Si no existe vinculación causal entre los medios ofrecidos y las razones de cargo o función, existirá atipicidad del delito de corrupción activa imputable al sujeto indeterminado ⁽⁸²⁵⁾. Así: donativos o promesas en función a asuntos extrafuncionales (amistad, negocios, cortesías convencionales, agradecimiento no vinculantes, etc.), no ligados a actos, omisiones o decisiones propias del cargo o servicio del sujeto público. Igualmente, deben ser reputados actos ajustados socialmente ayudas, no motivadoras, a la administración pública, como por ejemplo el caso que coloca ABANTO VÁSQUEZ de sufragar la movilidad del funcionario o secretario al lugar de los hechos, o de conducir a los sujetos públicos en su automóvil ⁽⁸²⁶⁾.
- Es difícil concebir la tesis del error de tipo invencible en las hipótesis de cohecho genérico como en el específico.

2) *Causas de justificación y exculpación*

Por lo general es causa relativamente admisible de justificación el estado de necesidad y de exculpación, el miedo insuperable a un mal mayor, los mismos que podrían producir sus efectos sólo como atenuantes del injusto penal.

La costumbre o las prácticas usuales de agasajos, regalos o ventajas dados a los funcionarios y/o servidores públicos no pueden constituirse, de forma general, en causales invocables de justificación o de atipicidad, de ser inequívoco el propósito motivador de las mismas.

El Código penal peruano no contempla expresamente causales normativas de atenuación (lazos familiares, afectivos, de parentesco,

⁽⁸²⁵⁾ Véase Ejecutoria suprema de 12 de enero de 1998, Exp. N° 859-97, Lima, en conformidad al Dictamen Fiscal Supremo. Un caso de donativo fuera del contexto funcional [Sumilla N° 6, p. 880].

⁽⁸²⁶⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., cit., p. 471.

etc.) en el caso de que se encuentren involucrados sujetos por cuyos asuntos judiciales o administrativos se pretende corromper a los funcionarios. Ni tampoco ha considerado como causal de exención para el caso del sujeto indeterminado el hecho de que denuncie ante la autoridad competente un acuerdo ocasional logrado con el sujeto público; asunto este último, contemplado en el art. 427 del Código penal español de 1995, y obviamente muy discutible.

XII. LEGISLACIÓN COMPARADA

1) Francia (1810)

«C.P. de Francia (1810), art. 179: *El que por vías de hecho o amenazas hubiere obligado o intentado obligar, el que hubiere corrompido o intentado corromper con promesas, ofrecimientos, dones o presentes a una de las personas de la calidad expresada en el artículo 177, para obtener ya una opinión favorable, ya un juicio, estados, certificaciones o estimaciones contrarias a la verdad, ya emplear, colocaciones adjudicaciones, empresas o cualesquiera otros beneficios, ya un acto cualquiera del ministerio del funcionario, comisionado o agente ya, en fin, la abstención de un acto que entrare en el ejercicio de sus deberes, será castigado con las mismas penas que la persona corrompida.*

Sin embargo, si las tentativas de violencia o corrupción no hubiesen tenido efecto ninguno, los autores de la misma serán condenados a un mínimo de tres meses o un máximo de seis meses de prisión y a un multa».

2) Alemania (1871)

«C.P. de Alemania (1871), art. 333: I. *Quien ofrezca, prometa o conceda contraprestación a un funcionario, a alguien especialmente obligado al servicio público o a un soldado del ejército una ventaja por realizar en el futuro una actuación profesional que dependa de su criterio será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.*

II. *Quien ofrezca, prometa o conceda como contraprestación a un juez o árbitro una ventaja por realizar en el futuro una actuación judicial será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con multa.*

III. *El hecho no será punible de acuerdo al apartado I cuando la autoridad competente, en el marco de sus competencias, haya permitido previamente la aceptación de la ventaja por parte del destinatario, o la permita ante la inmediata denuncia del destinatario».*

«C.P. de Alemania (1871), art. 334: I. Quien ofrezca, prometa o conceda como contraprestación a un funcionario, a alguien especialmente obligado al servicio público o a un soldado del ejército una ventaja como contraprestación por haber realizado una actuación judicial, o por realizarla en el futuro, y, así, haya dañado o dañará sus deberes profesionales, será castigado con pena de privación de libertad de tres meses a cinco años. En casos de menor gravedad será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.

II. Quien ofrezca, prometa o conceda a un juez o árbitro una ventaja como contraprestación.

1. Por haber realizado una actuación judicial y, así, haya dañado sus deberes judiciales, o

2. Por realizarla en el futuro y, así dañará sus deberes judiciales, será castigado con pena de privación de libertad de tres meses a cinco años en los casos del número 1, y con pena de privación de libertad de seis meses a cinco años en los casos del número 2. La tentativa será punible.

III. En caso de que el autor ofrezca, prometa o conceda la ventaja como contraprestación por una actuación futura, deberán aplicarse los apartados I y II si él trata de determinar al otro a que:

1. Perjudique sus deberes durante la actuación, o

2. En la medida en que la actuación dependa de su decisión, que se deje influir, durante el ejercicio del juicio, por la ventaja».

3) Italia (1889)

«C.P. de Italia (1889), art. 173: Al que induzca a un funcionario público a cometer alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, será castigado en el caso del art. 171, con multa, y en caso del art. 172 con las penas establecidas en el mismo.

Si el funcionario no hubiere cometido el delito, el que ha intentado inducirlo incurrirá en las penas establecidas en el presente artículo, reducidas a la mitad».

4) Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 322: Cualquiera que ofrece o promete dinero u otra utilidad no debida a un oficial público o a un encargado de servicio público que tiene la calidad de empleado público, para inducirlo a cumplir un

acto, será sometido, si la oferta o la promesa no es aceptada, a la pena de reclusión de su función de 6 meses a 3 años, reducida en un tercio.

Si la oferta a la promesa es hecha para inducir a un oficial público o a un encargado de un servicio público a omitir o retardar un acto de su función o bien a hacer un acto contrario a sus deberes, el culpable será sometido, si la oferta o promesa no es aceptada, a la pena de reclusión de 2 a 5 años reducida en un tercio».

5) España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 391: Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos, o aceptaren sus solicitudes serán castigados con las mismas penas que éstos, menos la de inhabilitación (prisión menor y multa)».

«C.P. de España, art. 392: Cuando el soborno mediar en causa criminal en favor del reo, por parte de su cónyuge o de algún ascendiente, descendiente hermano o afín en los mismos grados, sólo se impondrá al sobornante una multa equivalente al valor de la dádiva o promesa, sin que pueda bajar de 100,000 pesetas».

6) España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 423:

- 1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión o multa que éstos.*
- 2. Los que atendieron las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el artículo anterior».*

7) Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 258: Será reprimido con prisión de 6 meses a 6 años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas a un funcionario público en procura de la conducta reprimida en el artículo 256. Si la dádiva se hiciere u ofreciere a un juez, la pena será reclusión o prisión de 2 a 6 años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de 2 a 6 años en el primer caso y de 3 a 10 años en el segundo».

8) Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 143: El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a empleado oficial en los casos previstos en este capítulo, incurrirá en arresto de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y prohibición de celebrar contratos con la administración por el mismo término»

«C.P. de Colombia (20000), art. 407: El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) 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».

9) Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 423:

1. Quien diere o prometiére a funcionario, por sí o por interpósita persona, dinero u otra ventaja patrimonial que al funcionario no le sean debidos, con los fines indicados en los artículos 420 y 421 será penado con prisión de hasta 6 meses o multa de hasta 30 días.
2. Si el delito hubiere sido cometido para evitar que el autor, sus parientes o afines hasta el tercer grado, se expongan al peligro de ser penados o ser sometidos a una reacción penal, puede el juez atenuar libremente la pena o eximir de ella al autor.
3. La exención de pena prevista en el número 4 del art. 420 sólo aprovechará al autor de la corrupción activa si él, voluntariamente, aceptare el rechazo de la promesa o la restitución del dinero o ventaja patrimonial que había hecho o dado.
4. El autor será igualmente eximido de pena en los casos en que la comisión del delito hubiera resultado de la solicitud o exigencia del funcionario como condición para la realización de actos de su respectiva competencia y el primero denunciare el delito a las autoridades».

10) Brasil (1940)

«C.P. de Brasil (1940), art. 333: *Ofrecer o prometer ventaja indebida a funcionario público, para determinarlo a practicar, omitir o retardar actos de oficio: Pena-reclusión de 1 a 8 años y multa.*

La pena será aumentada en un tercio si en razón de ventaja o promesa, el funcionario retarda u omite actos de oficio, o practica actos infringiendo deber funcional».

11) Chile (1874)

«C.P. de Chile (1874), art. 250: *El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.*

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, en el caso del beneficio ofrecido o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, el sobornante no podrá ser sancionado adicionalmente, por la responsabilidad que le hubiere cabido en el crimen o simple delito cometido por el funcionario».

Cohecho activo específico sobre Magistrado, Fiscal, Perito, Arbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo (corrupción activa específica agravada)

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico específico protegido. IV. Sujeto activo: Autoría. V. Sujeto pasivo. VI. Comportamiento típico: a) *Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a Magistrado, Fiscal, Perito, Arbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo.* b) *Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo.* c) *Abogado, que individualmente o formando parte de un Estudio de Abogados ofrece, da o corrompe.* d) El objeto del comportamiento típico: *Influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.* VII. Elemento subjetivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Penalidad.

Art. 398: «El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Arbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3, y 4 del artículo 36º del Código Penal.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36º del Código Penal.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del [artículo 36º del] Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.» [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley 28355 de 06 octubre de 2004].

Tipo penal sustituido

Art. 398: "El que hace donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un Magistrado, Arbitro, Fiscal o Miembro de Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley N° 26643 de 26 de junio de 1996]".

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente legal nacional directo se halla en el artículo 352 del Código penal de 1924 (reformado por D. Leg. N° 121 del 12 de junio de 1981) ⁽⁸²⁷⁾.

Las fuentes legales extranjeras que sirvieron como modelo están constituidas por el art. 334 (segundo párrafo) del Código penal alemán y el art. 175 del Código penal uruguayo de 1889. La especificación de los destinatarios del soborno constituye una nota singular del código peruano.

II. LA FIGURA PENAL

La presente figura penal de corrupción activa es una modalidad agravada con relación a la establecida en el artículo 397 del Código Penal, es decir, de mayor injusto, la misma que observa, luego de la extensa reforma de sus componentes y estructura sistemática, rasgos de complementariedad con el supuesto de hecho contenido en la figura del artículo 395, más allá de la penalidad marcadamente atenuada con relación a dicha figura penal de alta criminalización. Ambos deli-

⁽⁸²⁷⁾ Art. 352: "El que hiciere donativos, préstamos o financiare viajes, o prometiére cualquier otra ventaja a un juez, o miembro del tribunal administrativo, funcionario público, o árbitro con el objeto de influir en la resolución de una causa pendiente del fallo de esta, será reprimido con prisión no mayor de 6 años y multa de la renta de 60 a 120 días.

Si se hiciere el donativo o el préstamo o financiamiento de viaje, o la promesa con el fin de obtener una sentencia favorable o adversa en causa penal, la pena será penitenciaria no mayor de 12 años y multa de la renta de 60 a 120 días.

La misma pena será impuesta si se tratare de testigo, perito, traductor o interprete".

tos guardan bilateralidad en la mayoría de sus variantes, la que sólo se rompe cuando el ofrecimiento no es aceptada por el sujeto público.

La reforma practicada por la Ley Nº 28355 al tipo penal 398 que regula el cohecho activo propio específico, presenta las siguientes características:

- A. Ha sido sustituido la frase rectora «el que hace» por los términos ofrece, da o promete, que poseen mayor capacidad comunicativa de las acciones típicas y que se utilizan en todas las modalidades de cohecho activo específico. De dicho modo se armonizan los verbos rectores tanto en el cohecho activo genérico como en el específico, lo que favorece la bilateralidad del cohecho pasivo-activo;
- B. Se ha complementado las acciones típicas con la frase abierta «bajo cualquier modalidad», *ad simile* que el cohecho activo genérico;
- C. Se observa que existe un desordenado tratamiento de los sujetos activos del delito, no conservándose el orden establecido por la fórmula del cohecho pasivo específico;
- D. La extensión de los sujetos activos ahora va simplemente con las palabras «o análogo», a diferencia de la frase «o de cualquier otro análogo» de la fórmula sustituida;
- E. La finalidad de las acciones típicas sólo toman en cuenta el influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia del funcionario, es decir no han desdoblado dicha orientación en «influir o decidir» que se aprecia en el artículo 395 del Código penal;
- F. Se ha eliminado la referencia a «proceso pendiente de fallo»;
- G. Se han integrado en un solo tipo penal la modalidad de delito (en la redacción anterior regulado en el artículo 398 A) que tiene en el Abogado al sujeto activo, modalidad que figura ahora en el tercer párrafo del artículo 398; eliminándose aquí las absurdas inhabilitaciones especiales establecidas a dicho sujeto activo en el anterior artículo 398 B; igualmente se ha integrado en un solo subtipo la corrupción activa ejercida sobre secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor, intérprete; incluyéndose al análogo, que ahora es regulado

en el segundo párrafo del artículo en mención. Por lo mismo, se han eliminado los artículos 398-A y 398-B La referencia al perito ha sido desplazada hacia la primera modalidad del cohecho activo específico; ha sido eliminada la alusión a cualquier otro auxiliar jurisdiccional;

- H. Las penas que incluyen la privativa de libertad y la inhabilitación accesoria mantienen ahora diferentes niveles de punición para las modalidades de cohecho activo específico.

Por lo demás el modelo peruano es diferente a los que ofrecen las escasas legislaciones comparadas extranjeras que contemplan esta figura; por ejemplo, el Código penal argentino especifica como destinatario sólo al juez, mientras que el español y el colombiano sólo conservan una fórmula genérica de cohecho activo.

III. BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO PROTEGIDO

La norma penal busca preservar la regularidad e imparcialidad en la administración de justicia.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Es una persona indeterminada, esto es, puede ser un particular: una persona natural, un abogado, los directivos o representantes de empresas privadas, etc. Como también puede ser sujeto activo otro funcionario o servidor público. Estos diversos autores de ser hallados culpables y merecedores de pena se harán acreedores de una inhabilitación accesoria, marcándose aquí una diferencia esencial con la sanción establecida para los otros delitos de función.

Los destinatarios del donativo, promesa o ventaja involucradas en el cohecho activo (de manera excluyente: juez, fiscal, perito, árbitro, miembro del tribunal administrativo o análogo), responderán a título de cohecho pasivo específico agravado de la figura del art. 395, de recibir «a sabiendas» los medios corruptores o en todo caso en base a cohecho pasivo (art. 393, primer supuesto típico: modalidad de aceptación).

V. SUJETO PASIVO

El titular del derecho afectado es el Estado, específicamente los funcionarios de la administración de justicia.

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Los verbos rectores son: ofrece, da o promete. En la anterior redacción era «el que hace».

Los *medios corruptores* son: donativo, ventaja o beneficio. En la anterior redacción eran donativo, promesa o cualquier otra ventaja.

El *objetivo del comportamiento típico* es: *influir* en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia. En la fórmula legal anterior era *influir* en la decisión de un proceso pendiente de fallo.

a) Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a Magistrado, Fiscal, Perito, Arbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo

El sujeto activo del delito bajo cualquier modalidad, directa o indirectamente, desarrolla actos de ofrecimiento, entrega, o efectúa promesas ⁽⁸²⁸⁾. Se trata así de acciones alternativas, cualquiera de ellas consuma el delito. Al igual que en las otras modalidades de cohecho el legislador hace uso de un tipo compuesto o plurisubsistente, caracterizado porque la conducta típica es plurimodal. Así, la acción «ofrecer» donativo al sujeto público específico con el objeto de influir en asunto sometido a su conocimiento o competencia se perfecciona por sí sola sin necesidad de que el agente tenga que «dar» el medio corruptor, la que perfeccionará otra variante del cohecho activo específico, si es que dicha acción no es la culminación del ofrecimiento.

Lo precisado en relación a las conductas típicas del cohecho activo genérico son aplicables por igual en el cohecho activo específico, lo mismo en cuanto a los medios corruptores.

Como se colige con facilidad, es éste un delito mayoritariamente de concurrencia necesaria (bilateral o de concurrencia múltiple), donde el sujeto indeterminado (uno o varios) acuerda o pacta con el funcionario concreto (juez, fiscal, etc.) para la búsqueda de un propósito definido: influir en el fallo. No es imaginable en las modalidades «da» o «promete» la consumación de esta figura penal sin la presencia de uno y otro sujeto. Sin embargo, sólo son autores de este delito los suje-

⁽⁸²⁸⁾ Véase *supra*, pp. 640 y 740.

tos indeterminados o el abogado, los funcionarios específicos designados en la norma penal responderán a título de cohecho pasivo específico agravado o de cohecho pasivo simple según sea el caso.

La redacción original del tipo penal (1991) empleaba en plural los medios corruptores. De lo que, y mediante una interpretación literal del texto, podía colegirse que la exigencia típica no resultaba suficiente si se hacía un donativo en singular, requiriéndose normativamente varios donativos (regalos, obsequios, transferencias de dinero, dádivas); interpretación válida igualmente para los demás medios corruptores. Sin embargo, tal exégesis tenía el defecto de pecar por exceso, lo que nos conducía a ciertas incongruencias, ya que varios donativos pueden ser de magnitud inferior a un solo hecho por el sujeto activo, y además que no es tanto el monto o el número lo que define el cohecho, sino la venalidad del funcionario o servidor.

La figura penal no descarta que sean utilizadas terceras personas que faciliten o viabilicen la consumación del delito.

b) Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo

Con relación a los auxiliares jurisdiccionales (funcionarios y servidores públicos) en sentido amplio, cabe lo dicho anteriormente cuando se comentó el cohecho pasivo específico, sólo que en el marco del cohecho activo específico no son estos sujetos quienes activan o realizan las conductas típicas, sino sobre quienes se proyectan las acciones activas y desvaloradas del agente indeterminado.

El testigo, traductor o intérprete poseen ámbitos de competencia estrictos y de menor relevancia para la configuración final de la decisión fiscal, judicial o administrativa, pero sus aportes tienen una apreciable incidencia en su formación, estando supeditados, por cierto, a la libre y racional apreciación y convicción del juez, fiscal, árbitro o tribunal administrativo. La incidencia de una traducción, las explicaciones del intérprete, o los dichos del testigo de excepción, son todos aportes decisivos para la formación de la decisión y que se inscriben en los alcances del tipo penal en tanto efectos deseados por el agente sobornador.

Se entiende que la referencia a los concurrentes se halla hecha en el contexto de actuación judicial o administrativa.

Es errónea la apreciación que ve en el testigo, perito, traductor e intérprete sujetos exclusivamente particulares ⁽⁸²⁹⁾ de modo de concluir que se trate de un cohecho activo sobre particulares. Todos los sujetos nominados y comprendidos en este segundo párrafo del art. 398 se hallan participando con sus aportes en planos correlacionados y diversos de la administración pública de la justicia oficial, por lo mismo asumen para el derecho penal el rol focalizado, accidental y temporal extraordinario de agentes públicos equiparados ⁽⁸³⁰⁾. Los traductores e intérpretes pueden también ser funcionarios o servidores públicos, hipótesis en la cual no existirá problema alguno de interpretación a efectos de tomar en cuenta su estatus público, como también, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, pueden ser técnicos que sin formar parte de la administración pública adquieren para el derecho penal calidad equiparable a la del servidor público en razón a que están participando con sus actos en la actividad jurisdiccional. Situación extendible al testigo.

c) Abogado, que individualmente o formando parte de un Estudio de Abogados ofrece, da o corrompe

La reforma traída consigo por la Ley Nº 28355 suprimió los subtipos penales 398-A y 398-B, y recondujo la figura específica del Abogado que corrompe al interior del artículo 398, sólo que agregando además la circunstancia de formar parte de Estudio de Abogados, con base a criterios criminológicos, no necesariamente dogmático-penales. Es positivo que se hayan eliminado las inhabilitaciones absolutas que contemplaba la norma anterior, pero no resulta coherente con un principio de proporcionalidad la múltiple interdicción con la que se conmina al abogado que ofrece, da o corrompe a los sujetos públicos consignados en el tipo, máxime si dicha sanción no se contempla en la figura de cohecho pasivo específico para los funcionarios que aceptan o dan su complacencia a la promesa del abogado corruptor.

Cuando la norma emplea el verbo «corrompe» y no hace uso del verbo rector «promete», es obvio que se está apartando el legislador de la técnica legislativa utilizada e incurriendo en un error de generaliza-

⁽⁸²⁹⁾ Véase HUGO ÁLVAREZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, cit., p. 191.

⁽⁸³⁰⁾ Véase *supra*, p. 140 y ss., el concepto amplio de funcionario público desde la perspectiva penal.

ción no recomendable, dado que igual corrompe el abogado o un tercero cuando «ofrece» que cuando «da» medio corruptor al sujeto público.

El mensaje comunicativo implícito en la mención al «estudio de abogados» parte de una idea negativa del rol o de la práctica concreta que le toca cumplir a los abogados asociados en entidades empresariales, que se explicó coyuntural e históricamente en la intensa experiencia de corrupción que le tocó vivir al Perú y en especial a los ámbitos de la administración de justicia, con los que interactuaron focalizados e inescrupulosos estudios de abogados. Se hace necesario estudiar la conveniencia de seguir manteniendo en el tipo dicha alusión, dada la generalización nada positiva al respecto y su escasa o nula función en un sub tipo penal que no le da una función propia.

d) El objeto del comportamiento típico: Influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia

Al ofrecer o concretar los donativos, ventajas o beneficios la finalidad buscada por el sujeto activo del delito es el poder encausar, orientar o dirigir la decisión o fallo de un proceso judicial o administrativo.

«*Influir*» es poseer la capacidad, o generar un estado de motivación tal, de obrar en la voluntad o en los actos de alguien a efectos de lograr resultados deseados. La influencia es una forma de poder hacer que otro adecue sus actos a mis expectativas; en su grado más elevado es determinar o sustituir la voluntad de otra persona por la mía ⁽⁸³¹⁾.

La influencia a la que se refiere el código en el art. 398 es la que resulta del efecto motivador de los donativos, ventajas o beneficios aceptadas o convenidas por el magistrado, para un acto futuro: el fallo. Es difícil evaluar la real eficacia motivadora del medio corruptor en la convicción del juez, árbitro, fiscal y otros para decidir conforme a las expectativas del sobornante, pues ello se presta a subjetivizaciones, razón por la cual interesa mayormente el dato objetivo de la existencia de «asuntos» sometidos a conocimiento o competencia del funcionario que interesen a quien da o promete y que vinculan los actos del magistrado. Es ésta una relación de semejanza fundamental con la estructura

⁽⁸³¹⁾ Sobre todo en el ámbito penal donde los jueces deciden en virtud al criterio de conciencia, es decir, subjetivamente.

de tipicidad del cohecho pasivo específico del art. 395 que alude a influir en la decisión de un «*asunto*», y que antes de la reforma de 2004 constituía el factor de diferencia, pues el tipo penal aludía a proceso pendiente de fallo, lo que suponía restringir el ámbito de la tipicidad. Que el magistrado haya sido influido o no es una constatación que excede los alcances práctico-preventivos de la norma; basta para los fines del tipo penal que se haya producido el pacto ilícito y que se presuma racional y objetivamente que el objeto del mismo es para obtener una decisión sobre el asunto, ya sea éste parcial o definitivo y que se halla en relación a las facultades y competencias legales de cada sujeto específico designado en la norma penal: sentencia, autos que resuelven incidentes o asuntos intermedios del proceso jurisdiccional (en el caso del Juez); dictamen fiscal, resolución de archivamiento, acta de aplicación del principio de oportunidad (en el caso del Fiscal), dictamen pericial (Perito), fallos y laudos arbitral (Árbitros), decisiones administrativas, etc.

Sobre la naturaleza del efecto deseado, es decir, sobre la orientación del «*acto de influir*», pueden presentarse las hipótesis siguientes: a) que el objetivo buscado por el sobornante sea lograr decisiones conforme a derecho; b) que sea para obtener una decisión o fallo a favor contrariando el derecho; c) que el efecto buscado sea simplemente buscar resultados perjudiciales a la otra parte conforme o contra derecho, inclusive no siendo parte en el proceso dicho sujeto activo.

¿Se puede influir en los magistrados para lograr fallos conforme a derecho? El planteo de esta interrogante, que tiene gran similitud con el cohecho impropio, es contradictorio. Los magistrados conocen el derecho que asiste a las partes –resultado de la certeza adquirida mediante el proceso judicial– así como del contenido de las leyes, y en tal contexto sus funciones son las de actuar con imparcialidad y objetividad para administrar justicia, por lo mismo pareciera que se torna inconsistente la posibilidad que la orientación de la influencia tenga tal dirección. No obstante, en el Perú, se puede aducir que la teoría funcional y la práctica real no guardan simetría, ya que no son pocos los casos fallados contra el derecho que asiste a las partes, ya sea por ineptitud de los jueces o por corrupción. En tal sentido sigue siendo válida la primera hipótesis encerrada en la interrogante, más aún si tomamos en cuenta los fallos arreglados o convenidos que no trasgreden las normas de la actividad funcional y que se fundamentan en el amplio margen de libertad de la que gozan los magistrados al momen-

to de decidir con mayor o menor flexibilidad, con mayor o menor rigurosidad ⁽⁸³²⁾. Influir para lograr fallos favorables para sí o para terceros con perjuicio a alguna de las partes en el proceso, contrariando el derecho, supone motivar al juez para que actúe decidiendo un fallo no motivado en la fuerza de las pruebas o la certeza del derecho que asiste a una de las partes, es decir, para dar fallos injustos. Se entrecruzan aquí la aparente incapacidad del magistrado con su conducta marcadamente tendenciosa. El hecho puede generar –si efectivamente actúa en tal dirección el magistrado– concurso con el delito de prevaricato (art. 418).

La anterior redacción modificada por ley 28355 hacía alusión a «proceso pendiente de fallo. Se deja tal y como estaba en la edición anterior el comentario a dicha frase:

El efecto motivador de los medios corruptores no está dirigido a influir o condicionar decisiones menores o asuntos secundarios, el comportamiento ilícito del agente apunta al fallo, es decir, a la decisión final de la instancia, estableciéndose así una vinculación causal imputable con el medio corruptor. El fallo pendiente se entiende en función a las esferas de competencia de los magistrados citados en la norma. En el caso del Fiscal, no hay duda que sus dictámenes constituyen en muchas de las veces la motivación fundante del fallo, teniendo gran peso argumentativo a nivel de instancias menores, pudiendo ser susceptible de la injerencia externa a nivel de cohecho activo específico. El *fallo* es producto de un proceso de múltiple determinaciones y condicionamientos: valoración de pruebas, determinaciones legales, argumentaciones, convicción y criterio de conciencia, a los que se agregan los factores extralegales (idoneidad profesional y moral del juez y de los demás funcionarios especificados), así como de otros elementos de diversa y difusa concurrencia. En este contexto se entiende ubicada la frase que usa el tipo: «*influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo*», y donde los actos ejecutivos desplegados ameritan la presencia de formas de tentativa. La frase «*proceso pendiente de fallo*» alude, asimismo, a un criterio de temporalidad que destaca la inminencia o inmediatez de la decisión final del magistrado en su esfera o instancia de competencia.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso. El sujeto activo dirige su comportamiento a un objetivo determinado. El dolo requerido es el dolo directo para el

⁽⁸³²⁾ Véase *supra*, p. 762.

sujeto indeterminado. Y el Abogado En el caso del comportamiento de los sujetos especiales, a fin de configurar la bilateralidad del delito, esto es la respectiva imputación penal conforme al artículo 395 resulta suficiente el dolo eventual.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Esta figura clásica de soborno de funcionarios de la administración de justicia es de naturaleza activa, de carácter instantáneo y plurisubjetivo.

El delito se consuma, en el supuesto de ofrecer donativo, ventaja o beneficio con la simple actividad de ofrecimiento, sin que la no aceptación del funcionario sea de interés para destipificar el hecho; en cambio la aceptación del sujeto público activará el concurso con delito de cohecho pasivo específico. En la modalidad o supuesto de dar donativo ventaja o beneficio, la consumación requiere de un acto material de entrega por parte del sujeto indeterminado o abogado y de recepción del sujeto público; aquí la bilateralidad es pronunciada. En el supuesto de la promesa realizada, estamos ante un delito de simple actividad, que supone la concurrencia de dos voluntades la de prometer y aceptar la promesa, es decir un pacto de mutuas complacencias.

Que se produzca o no el efecto deseado por el sujeto activo del delito excede la tipicidad del delito (fase de agotamiento).

La tentativa será perfectamente admisible en el segundo supuesto y podrá presentarse en el tercero de existir fragmentación de actos ejecutivos.

IX. PENALIDAD

Privación de libertad de 5 a 8 años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código penal, cuando el cohecho activo específico es cometido por un sujeto indeterminado.

Privación de libertad de 4 a 8 años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del art. 36 del Código Penal.

Privación de libertad de 5 a 8 años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del art. 36 del Código Penal.

Llama la atención que la pena de inhabilitación para el Abogado siga siendo la más severa. La reforma no eliminó el inciso 8 del artículo

36 referido a la «privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio de que se hubiese servido el agente para cometer el delito» Se nota sí el efecto ejemplificador que busca la norma penal al castigar tan drásticamente al abogado que ejerce corrupción sobre los funcionarios y servidores públicos específicamente designados en la norma penal. Abogados que son militares o policías, y que incurren en cualquiera de las conductas típica son también abarcados con la sanción de inhabilitación.

A continuación para efectos de su apreciación histórica se ofrece el estudio realizado a la fórmula legal suprimida del tipo penal 398-A y 398-B del Código Penal.

3

Corrupción activa efectuada por abogado (Arts. 398-A y 398-B) ⁽⁸³³⁾

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. La modalidad atenuada. IV. Penalidad. V. ¿Inhabilitación de efectos especiales o inhabilitación absoluta? (art. 398-B). VI. Abuso legal de poder y arbitrariedad político penal. VII. Modalidad atenuada de corrupción activa específica.

Art. 398-A: «Si en el caso del artículo 398, es Abogado el Agente del delito de corrupción de un Magistrado, Arbitro, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1) a 8) del artículo 36 del Código Penal, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el Abogado a un Testigo, Perito, Traductor, Intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36, y con noventa a ciento veinte días-multa [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley N° 26643 de 26 de junio de 1996]».

I. ANTECEDENTES LEGALES

No se registran antecedentes legales en códigos penales nacionales anteriores ni a nivel de las legislaciones penales occidentales que

⁽⁸³³⁾ Estos tipos penales han sido derogados por Ley N° 28355 (6-10-2004), varios de sus componentes han sido reubicados en el artículo 398.

hayan determinado o influenciado en materia penal en el país. Se trata de otro de los ejemplos casuísticos a los que ha acudido, con frecuencia en este rubro de delitos de corrupción, el legislador peruano.

II. LA FIGURA PENAL

Obviamente este es un tipo legal derivado y dependiente en su estructura típica del artículo 398, que fue anexado al Código penal de 1991 vía Decreto Ley N° 25489 del 10 de mayo de 1992. La corrupción activa, en este caso específica, lo efectúa exclusivamente el abogado, un profesional liberal que brinda servicios sociales de defensa y patrocinio (servicios de necesidad pública) ⁽⁸³⁴⁾ y que contribuye directamente a la administración de justicia. En base a esta última consideración se entiende el marcado celo garantista y conminador del artículo 398-A.

Los sujetos que son pasibles de corrupción mediante donativo, promesa o ventaja (de cualquier naturaleza) además del juez, árbitro, fiscal o miembro de tribunal administrativo y análogo pueden ser igualmente los testigos, peritos, intérpretes o cualquier auxiliar de justicia.

III. LA MODALIDAD ATENUADA

Los actos de corrupción realizados por el abogado sobre testigo, perito, traductor o intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional, merecerán una penalidad menor. Se explica esto por la menor trascendencia de los aportes de dichos sujetos concurrentes a la configuración del ilícito penal.

IV. PENALIDAD

La penalidad del abogado en la modalidad básica es triple y conjunta:

- Pena privativa de libertad de 5 a 10 años.
- Inhabilitación que comprende: a) privación de función cargo o comisión; b) incapacidad para obtener mandato, cargo empleo o comisión de carácter público; c) suspensión de derechos políti-

⁽⁸³⁴⁾ Véase *supra*, 35 y ss.

cos; d) incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria (inciso 4 del art. 36); e) incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; f) suspensión o cancelación para portar o hacer uso de armas de fuego; g) suspensión o cancelación de autorización para conducir vehículos; h) privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiere servido el agente para cometer el delito (inciso 8 del art. 36). La pena de inhabilitación es aplicada a título de pena accesorio, es decir, por igual término que la privativa de libertad.

- Multa que va de 180 a 365 días/multa.

La penalidad de la modalidad atenuada de corrupción activa será de 4 a 8 años e inhabilitación para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria y multa de 90 a 120 días/multa.

V. ¿INHABILITACIÓN DE EFECTOS ESPECIALES O INHABILITACIÓN ABSOLUTA? (ART. 398-B)

Veamos lo que dice el art. 398-B: «*La inhabilitación que como accesoria de la pena privativa de libertad prevista en el artículo anterior se imponga a los autores del delito de corrupción de magistrados será puesta en conocimiento de la Corte Superior de Justicia respectiva y del Fiscal Superior Decano para que en el caso del inciso 8 del Artículo 36 se proceda a anular el asiento de inscripción en el Libro de Registro de Títulos; así como del Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente y de la Federación Nacional de Abogados del Perú, en el plazo de cinco (5) días para la suspensión o anulación de la colegiación.*

Igualmente, la inhabilitación impuesta de acuerdo al inciso 8) del artículo 36 será comunicada a la Universidad que otorgó el Título Profesional de Abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días proceda a su cancelación».

Demás está señalar la deficiente redacción y exagerada conminación preventiva de esta inhabilitación extraordinaria que se sale de los límites del principio de legalidad y proporcionalidad de las penas, colisionando con los principios tutelares del derecho penal peruano

(Título Preliminar). El buscar anular de por vida al abogado que delinquirió se torna así en un dispositivo penal fallido, anticonstitucional e impracticable, que revive la temida y execrable inhabilitación absoluta y perpetua.

Por lo demás, la formulación y existencia misma del artículo 398-A es abiertamente inconstitucional, pues se halla en abierta contradicción y oposición con la norma remisiva a la que hace alusión. En efecto, el inciso 8 del artículo 36º del Código Penal para nada guarda relación con la cancelación del título profesional de Abogado, pues en las previsiones de su texto normativo la referencia es expresa para la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito. Nada justifica que la Universidad que otorgó el título profesional de Abogado al sentenciado proceda a cancelarlo, conforme prescribe el último párrafo del artículo 398-A. Dicha regulación es inaplicable, debiendo los jueces apelar al control difuso de dicha norma penal ⁽⁸³⁵⁾.

VI. ABUSO LEGAL DE PODER Y ARBITRARIEDAD POLÍTICO PENAL

Los arts. 398-A y 398-B son abiertamente un exabrupto normativo y una expresión de abuso legal de poder que destruye la sistemática y coherencia del código en materia de tratamiento de la corrupción. Resulta inexplicable el maximalismo punitivo y cancelador focalizado en función a la calidad que ostenta el abogado, olvidando que éste no está limitado en su actividad por la posición de garante que sí poseen los magistrados aludidos en la figura penal y a quienes no se hacen extensivas las inhabilitaciones especiales, así como tampoco tiene el deber de imparcialidad que es obligatorio en los jueces. El tipo penal en estudio contradice así el principio penal de responsabilidad por el acto, sanciona con rigor inaceptable a uno de los concurrentes dejando al otro (u otros) fuera del alcance de las inhabilitaciones, lo cual es puro derecho penal de autor e hipocresía normativa en el manejo político penal del tema de la corrupción.

⁽⁸³⁵⁾ Véase con mayor detalle 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*, Año 8, N° 45, junio, Lima, 2002.

VII. MODALIDAD ATENUADA DE CORRUPCIÓN ACTIVA ESPECÍFICA

El Código penal ha incluido una circunstancia de atenuación de pena en función a la calidad de los destinatarios, cuando el sujeto activo del delito de corrupción, es decir el abogado, hace donativo promesa o ventaja a un testigo, perito, traductor o intérprete. En la medida en que esta modalidad de corrupción activa se halla integrada a la fórmula descriptiva básica del primer párrafo del art. 398, de la cual depende, se entiende que los aportes susceptibles de ser influenciados y que brinden a la administración de justicia los testigos, peritos, traductores e intérpretes deben de ser relevantes, para la toma de decisión mediante el fallo, para que puedan ser evaluados en el contexto inherente a esta figura. Igualmente está implícita en la formulación típica que se trata tanto de peritos, intérpretes y traductores oficiales y también particulares, no teniendo obviamente estos últimos la condición administrativa de servidores públicos, pero que resultan asimilables o equiparados a la calidad de servidores públicos.

El dolo con el que actúa el agente, al sobornar a dichos partícipes indirectos en la administración de justicia, es igualmente dolo directo.

El delito en esta modalidad atenuada se consume en igual forma a lo dicho para con el primer párrafo del art. 398. La sanción es de 2 a 4 años de pena privativa de libertad.

De no existir soborno, el supuesto de hecho será subsumido en la figura del artículo 409 del Código penal.

La penalidad aplicable en esta modalidad atenuada del 398-A sigue siendo elevada, de 4 a 8 años, más la pena de inhabilitación que incapacita para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria que deben especificarse en la sentencia y además la pena de multa que puede oscilar de 180 a 360 días-multa. Como se observa, se trata de una triple penalidad impuesta conjuntamente. No se impone en esta modalidad la inhabilitación especial al abogado que contiene el art. 398-B.

CAPÍTULO III

FIGURAS ESPECIALES DE CORRUPCIÓN

1

Tráfico de influencias

SUMARIO: I. Antecedentes históricos. II. Antecedentes legales. III. La figura penal, las reformas practicadas y el derecho comparado. IV. Bien jurídico protegido. V. Sujetos activo y pasivo. VI. Comportamientos típicos: a) *Invocar influencias reales o simuladas*. b) *Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo*. c) *Recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja*. VIII. Elemento subjetivo. IX. Consumación y tentativa. X. La circunstancia agravante por la calidad del sujeto activo. XI. Penalidad. XII. La situación legal del interesado: coautor, cómplice, inductor, concurrente inocuo, víctima. XIII. La situación legal del funcionario o servidor influenciado: acto infuncional, cohecho pasivo, prevaricato, abuso de autoridad. XIV. Estafa y tráfico de influencias. XV. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causas de justificación*. XVI. Problemática. XVII. Legislación extranjera: 1) Italia (1889). 2) Italia (1930). 3) Colombia (1980). 4) España (1973). 5) España (1995). 6) Argentina (*Ley 25.188 que adiciona al Código Penal el art. 256 bis*). 7) Portugal (1995). 8. Chile (1874).

Art. 400: «El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal.» [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley Nº 28355 de 06 de octubre de 2004]

Tipo penal sustituido

Art. 400: "El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El derecho romano no desarrolló legislativamente el tema, no obstante que ya en tiempos de ALEJANDRO SEVERO (208-235 d. C.), éste mandó quemar vivo a un sujeto que había vendido favores e influencias a su nombre. La pira sobre la cual fue quemado el infortunado llevó la siguiente inscripción: «*funo punitur qui fumun vendidit*». La base del castigo radicó como indica DELAHAYE en la idea de la injuria ocasionada al príncipe romano y en la necesidad de reprimir la avidez y la codicia inescrupulosa ⁽⁸³⁶⁾. Así, la «venta de humo romana» además de adquirir inmortalidad metafórica condensaría el sentido de lo que en la época revolucionaria francesa se denominaría «*Du trafic d'influence*», noción desarrollada por JOSSUE ya en 1771 como el hecho de recibir dinero para influenciar ante los magistrados con el objeto de favorecer intereses particulares, con evidente ofensa a aquéllos ⁽⁸³⁷⁾. El Código penal francés de 1810 no contemplaría la figura penal de tráfico de influencias, que sólo sería normativizado penalmente en 1889 con la Ley de 4 de julio de ese año y más actualmente a través del *Code penal* de 1993 en los artículos 433-1 y 433-2, el mismo que sigue manteniendo la *venta de humo* en algunas de sus hipótesis de tráfico de influencias, la venta de humo a través de la regulación típica de las influencias supuestas.

La concepción romana de la *venta de humo* que caracterizó la concepción tradicional del delito de tráfico de influencias (esbozada para abarcar estrictamente el mundo de poderes simulados o inexistentes con los que usualmente trabaja el traficante), ha sido dejada de lado en importantes legislaciones penales contemporáneas por no concordar con

⁽⁸³⁶⁾ DELAHAYE, Pedro: "Le trafic d'influence", en *Revue de droit pénal et de criminologie*, N° 5, Paris, 1946-1947, p. 388.

⁽⁸³⁷⁾ JOUSSE, *Traité de la justice criminelle en France* (1771), III, p. 783, citado por DELAHAYE: "Le trafic d'influence", cit., p. 388.

el ámbito de tutela de la norma penal y con la finalidad de dotar a dicha figura penal de requisitos concordantes con la lesión del bien jurídico, peligrosidad social y determinación de la conducta típica, propias de una sociedad más democrática y previsible normativamente. Esto explica que códigos penales como el español e italiano vigentes no contemplen las influencias simuladas o aparentes en sus figuras de tráfico de influencias. Como bien resumen FIANDACA y MUSCO la teoría de la *venta de humo* entra en crisis en una sociedad liberal en la que se advierte la necesidad de excluir la dimensión del engaño de la noción de *millanteria* ⁽⁸³⁸⁾.

II. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente nacional directa se halla en el artículo 353-A anexada al Código penal de 1924 por Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981 ⁽⁸³⁹⁾.

Las fuentes legales extranjeras las podemos encontrar con fuerza determinante en el artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980, también en parte en los artículos 204 y 346 de los códigos penales italianos de 1889 y 1930, respectivamente, y en el artículo 404 bis c) español incorporado en 1991 en el Código penal refundido de 1973.

A partir de 1990, son varias ya las legislaciones penales que han incorporado el delito de tráfico de influencias en sus cuerpos punitivos: España (1991), Portugal (1998), Argentina (1999), Chile (1999), además de Colombia que lo ha vuelto a confirmar en su Código penal del 2000, país que fuera el primero que en América latina planteara dicha figura penal en el Código de 1980.

III. LA FIGURA PENAL, LAS REFORMAS PRACTICADAS Y EL DERECHO COMPARADO

El hecho de haber tipificado la figura del comercio u oferta de influencias (conocida en la legislación italiana como el «*millantato*»

⁽⁸³⁸⁾ FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*. PE, cit., Vol. I, p. 309.

⁽⁸³⁹⁾ C.P. de 1924, art. 353-A: *El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja, con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte a cuarenta días.*

Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena.

credito» o la «*vendita di fumo*») constituye, desde la lectura peruana de la corrupción, un acierto político-criminal, no obstante sus imperfecciones técnicas y el simbolismo conminador con el que a menudo a lo largo de sus dos décadas de vigencia se ha visto rodeado en la práctica jurisdiccional. Este simbolismo súbitamente se ha resquebrajado con la serie de denuncias y procesamientos por dicho delito que ocupan hoy a los Fiscales y Jueces.

La Ley N° 28355 ha efectuado reformas parciales a la figura de tráfico de influencias, consistentes en incorporar junto a la acción de «invocar influencias reales o simuladas» el tenerlas; agregar el medio corruptor «beneficio» y ampliar las esferas de competencia del funcionario o servidor a quien se dirige la influencia para comprender el supuesto «que ha de conocer», además de «esté conociendo» o «haya conocido». Se ha introducido además una circunstancia agravante al tipo penal en consideración a la calidad del sujeto activo funcionario o servidor público, con lo que se ha creado un delito especial impropio. Finalmente la pena privativa de libertad ha sido incrementada. Cabe señalar que la dación de la Ley N° 28024 (Ley de gestión de intereses ante la administración pública) y de su Reglamento D. S. N° 099-2003, por la cual se regula la actividad de los gestores de intereses privados ante la gran mayoría de sectores de la administración pública, declara excluidas expresamente —de dicha actividad de orientación particular de las decisiones públicas— las funciones jurisdiccionales del Poder Judicial, organismos constitucionales autónomos y de las autoridades y tribunales ante los que se sigue procesos administrativos, con lo que se preserva el ámbito de la relevancia penal de las conductas del delito de tráfico de influencia ⁽⁸⁴⁰⁾.

No todas las legislaciones penales tienen regulado el tráfico de influencias, incluso se ha llegado a cuestionar la legitimidad de penali-

(840) Véase una apreciación distinta en BRAMONT-ARIAS-TORRES, Luis A., «La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias», en *Actualidad Jurídica*, T. 127, Lima, 2004, p. 94. BRAMONT es de la opinión que la Ley 28024 viene a legalizar una conducta que antes de su vigencia en varios casos constituiría el delito de tráfico de influencias. Se estaría despenalizando un grupo de conductas subsumibles bajo la calificación de tráfico de influencias, en tanto que son realizadas por un gestor de intereses, cuya conducta pasa a estar legalmente justificada. El artículo 400º sólo sería aplicable para los supuestos en que el gestor de negocios no actúe formalmente, es decir, sin cumplir los requisitos que se señalan expresamente en la ley y en su reglamento.

zar un tema tan difícil de precisar como la influencia, sobre la cual no existen fronteras definidas ni contenidos cuantitativos ni cualitativos delimitados ⁽⁸⁴¹⁾. Se ha advertido de la innecesariedad de un delito autónomo que sancione el tráfico de influencias en general, al no cumplir con los requisitos de merecimiento de pena y dado su carácter residual ⁽⁸⁴²⁾.

El Código Penal español vigente ha regulado tres modalidades de tráfico de influencias, las dos primeras con igual penalidad, mientras que la última, si bien conserva idéntica pena privativa de la libertad, no consigna la pena de multa ni la de inhabilitación. La primera modalidad de tráfico de influencias está referida a la cometida por funcionario o autoridad que prevaleándose del cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica influye en otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para tercera persona. Mientras que la segunda modalidad, con iguales componentes de tipicidad, toma como sujeto activo del delito al particular que influyere ⁽⁸⁴³⁾. La tercera variedad de la fórmula española castiga de modo indeterminado a quienes se ofrecen a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores.

En el caso del reciente artículo 335 del Código Penal portugués, el delito de tráfico de influencias ⁽⁸⁴⁴⁾ ha recibido una singular sistematización, pues se lo ha ubicado en la sección «De los crímenes contra el Estado de Derecho». El modelo portugués amplía el círculo de autores-partícipes para incorporar además del autor a la interpósita persona, extiende la ventaja a la de naturaleza no patrimonial, y abarca un cúmulo mayor de finalidades concretas (con el fin de obtener adjudica-

⁽⁸⁴¹⁾ Tal es la orientación que se observó en un buen sector de delegados de los países industrializados en los debates del Primer Período de Sesiones de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Corrupción, celebrada en la ciudad de Viena los días 18 de enero al 1 de febrero de 2002.

⁽⁸⁴²⁾ Véase RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública, el derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, cit., p. 335. Estos autores consideran que una regulación normativa para determinados supuestos de tráfico de influencias, tal como realiza el Código penal chileno en sus artículos 240bis y 248bis, resulta más adecuada que una formulación general.

⁽⁸⁴³⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽⁸⁴⁴⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

caciones, contratos, empleos, subsidios, beneficios u otras decisiones ilegales favorables).

La argentina Ley de Ética de la Función Pública (Ley Nº 25188 de 1 de noviembre de 1999) superando las insuficiencias de tipicidad evidenciadas por el artículo 256 del Código Penal vigente, incorporó a dicho cuerpo normativo el artículo 256 bis, como respuesta a las extendidas y variadas manifestaciones de tráfico de influencias, el mismo que contiene una fórmula simple y otra agravada de dicho delito. La primera castiga con pena de reclusión o prisión de 1 a 6 años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública para el autor del delito, cuando dicho tráfico se practica ante cualquier funcionario; mientras que la segunda fórmula eleva el máximo de la pena a 12 años cuando se hace valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. En ambos casos, el modelo argentino actual de tráfico de influencias tiene la ventaja de precisar la orientación de la influencia ejercida por el traficante sobre el funcionario público (tipo simple) y sobre los magistrados señalados (tipo agravado). En el primer caso dice: «a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones»; en el segundo caso, el agente actúa ilícitamente «a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia».

El modelo argentino tiene la ventaja de haber incorporado precisiones de tipicidad a la figura penal de tráfico de influencias, dotándolo de mayores cuotas de garantía al tipo penal, superando las ambigüedades observadas por ejemplo en la fórmula peruana. En efecto, las frases «el que por sí o por persona interpuesta», «promesa directa o indirecta», «para hacer valer indebidamente su influencia», además de las finalidades ya señaladas, son expresiones que confirman la orientación reportada con la reforma de la figura penal argentina de tráfico de influencias.

Por cierto que en los diversos modelos normativos que ofrece la legislación comparada sobre el delito de tráfico de influencias no se ha criminalizado la simple influencia que pueda poseer el agente sobre los funcionarios públicos en general o más precisamente sobre determinados funcionarios públicos (el Juez y Fiscal), ya que tal nivel de irradiación de poder es un dato inherente a toda interacción social y sobre el cual no existe legislación en el contexto del derecho occidental

que lo castigue penalmente. En efecto, la sola existencia de influencia, la capacidad de influencia o de ejercicio de influencia consideradas, en tanto situaciones de hecho desprovistas de los aditamentos de tipicidad exigidas en la norma penal, carecen de interés penal. Los diseños político-criminales se han preocupado más bien en enfatizar la venta o compromiso pecuniario de que es objeto tal marco de influencias en posesión de un sujeto indeterminado, haciendo radicar en dicho punto la relevancia penal, sin que sea realmente importante que la influencia vendida haya sido concretada o eficaz, con la excepción en este último punto del Código Penal español.

El Código Penal peruano de 1991, con relación al código derogado, simplemente sustituyó el tiempo futuro de los verbos típicos complementarios «reciba, o haga dar» por verbos construidos en tiempo presente («recibe, hace dar»), reemplazando además la frase «*con el fin de*», por la de «*con el ofrecimiento de*», manteniendo inalterables los demás componentes de redacción legislativa.

Como se observará, nuestro esquema típico de tráfico de influencias difiere en muchos aspectos de los anotados modelos del derecho comparado, acusando aún notorias imperfecciones técnicas de redacción, las mismas que se resumen en dos trascendentales: el empleo del verbo *invocar* en modo gerundio (*invocando*) y en una alejada noción gramatical de lo que se pretende significar. En efecto ninguna de las acepciones posibles del verbo «invocar» (llamar alguien a otro en su favor o auxilio, alegar en defensa propia, acogerse a una ley y exponerla o alegarla) en su declinación «invocando» se concilian con el núcleo sustantivo de la tipicidad del delito (invocando influencias). Sólo una interpretación teleológica que recree el sentido comunicativo del mensaje penal normativo es la única susceptible de salvar el entuerto lingüístico-jurídico. En concordancia con la interpretación teleológica indicada, la segunda gran dificultad se asienta en el sentido otorgado al núcleo de tipicidad del delito, al requerirse del traficante que éste sea una suerte de pregonero de influencias, lo que no se contextualiza con las sofisticadas técnicas de corrupción que en la actualidad han sido puestas de manifiesto en el ámbito penalmente relevante de la administración pública.

A grandes rasgos, se puede decir del modelo peruano de tráfico de influencias que:

- a) No constituye un delito de infracción de deber, el sujeto activo traficante de influencias no es un sujeto vinculado con la administración pública. Su ubicación en el contexto de los delitos cometidos por funcionarios públicos constituye la excepción a la regla, y se explica por su cercanía con el bien jurídico *administración pública* al que llega a poner en peligro mediante una lejana y peligrosa acción que puede afectar el principio de imparcialidad, ya en fase de agotamiento del delito. La existencia de la circunstancia agravante por la calidad del sujeto activo funcionario o servidor público configura un delito especial impropio construido sobre la base de una conducta común realizable por cualquier persona.
- b) Es un ilícito penal de enriquecimiento real o probable (lo que dependerá de sus dos modalidades de comisión, esto es, según se reciba donativo o sólo se produzca la promesa).
- c) Posee una naturaleza jurídica de peligro y de simple actividad con resultado material, en tanto la administración pública como bien jurídico no resulta lesionada, aunque la figura penal requiere un resultado concretado en el donativo, promesa o ventaja.
- d) Enfatiza su núcleo de tipicidad en la invocación de influencias dirigidas al interesado.
- e) Desde una lectura general del *iter criminis*, reprime actos de preparación elevados normativamente a delito consumado (consumación anticipada o delitos de emprendimiento). El legislador ha efectuado una anticipación del ámbito de la tutela penal al no requerir en su plano de tipicidad que necesariamente se produzca la influencia sobre el sujeto público.
- f) En el contexto de sus imperfecciones de redacción legislativa, ha sido superada la omisión de considerar circunstancia agravante la calidad funcional del autor del delito; no así el no haber precisado el contenido cuantitativo del ilícito, en tanto la frase «caso judicial o administrativo» abre un cúmulo desbordante de posibilidades de tipicidad; mantener un espacio de dificultad para la calificación-interpretación, al no haberse regulado el papel que cumple el magistrado que es influido; y, finalmente, no destacar para nada la relevancia de la terminación del delito, en tanto con-

creción de la influencia, además de no enfatizar alguna calificación teleológica buscada con la misma.

El modelo peruano de tráfico de influencias ha hecho básico o simple una construcción penal que en el contexto penal comparado es una expresión legal agravada del delito. En efecto, tanto en los Códigos penales italiano y argentino, por citar los textos punitivos de dos países, el influir o pretender influir sobre magistrados es una agravante que se castiga con penalidades que llegan hasta los 6 años de reclusión o prisión más inhabilitación perpetua, y 12 años de reclusión más multa, respectivamente.

Finalmente, cabe justificar el delito de tráfico de influencias en tanto es una expresión jurídico-penal de corrupción sin vinculación funcional que completa el esquema de modalidades de corrupción penalmente relevantes.

Retomando el tema de la vinculación funcional, la norma penal no requiere que el autor del delito, en el caso de ser éste funcionario o servidor público, se halle en una especial colocación con la administración pública (como se observa, por ejemplo, en los delitos de peculado, cohecho pasivo o abuso de autoridad), lo que permite extender el círculo de autores a cualquier funcionario o servidor que invoque influencias y reciba cualquier medio corruptor con el ofrecimiento de interceder, hipótesis en la cual el traficante no viola obligaciones en función al cargo o a sus atribuciones, sino que simplemente está abusando de una posición de ventaja que le da su status (en el caso de influencias reales). El acto de corrupción se torna evidente con la puesta en escena del medio corruptor (donativo-promesa o ventaja), pero se halla —como es fácil colegir— fuera de la esfera reglada de atribuciones.

La ausencia total de vinculación funcional se advierte para el caso del particular que cumple el rol del traficante de influencias, pues éste, al carecer de calidad especial, es un *extraneus* para con la administración pública, no poseyendo por lo tanto deberes que cumplir o violar, más allá de los roles comunes asignados a todo ciudadano; su acto de corrupción constituirá una veta de la aún incipiente criminalización-penalización de la corrupción privada, destacada a nivel de relevancia penal por su cercanía con la administración pública, a la que llega a afectar a nivel de peligro, no obstante no tener el autor un contacto material o funcional con la misma.

La existencia de la figura penal de tráfico de influencias, como acota MIR PUIG, cubre un espacio no abarcado por el cohecho, respecto al que juega, en cierta forma el papel de tipo residual ⁽⁸⁴⁵⁾.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Ofrece algún nivel de debate llegar a un consenso sobre cuál sea el bien jurídico protegido mediante esta figura penal, ya que lo que se castiga no es un entendimiento pecuniario e intelectual entre los funcionarios y el traficante, pues de darse esta situación los actos de este último serían absorbidos por el cohecho del primero, y por lo mismo la tipicidad de tráfico de influencias en el del cohecho pasivo, supuesto en el cual es fácil inferir que será el principio de imparcialidad el vulnerado. La atención de la norma penal está colocada en la invocación de influencias hecha por el traficante (un sujeto indeterminado, no necesariamente un funcionario o servidor público) al interesado, lo que nos coloca en un contexto de externalidad con relación a la administración pública. Esta peculiar configuración normativa del artículo 400 del Código Penal peruano llega incluso a colisionar con la ubicación del tráfico de influencias dentro del capítulo de «Los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos». ⁽⁸⁴⁶⁾

Autores españoles como FEIJÓO SÁNCHEZ han acotado que lo que se busca es la objetividad como medio para que la función pública defienda los intereses generales y no intereses particulares. Por su lado, POLAINO NAVARRETE ve en la incorruptibilidad del funcionario público el objeto de protección penal ⁽⁸⁴⁷⁾. En ambos casos tenemos un problema de regulación normativa que nos distancia de los estimados conceptuales de tan destacados profesores hispanos: el Có-

⁽⁸⁴⁵⁾ MIR PUIG, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 253.

⁽⁸⁴⁶⁾ Al respecto véase la posición de María del Carmen GARCÍA CANTIZANO («Algunas consideraciones en torno al delito de tráfico de influencias», en *Actualidad Jurídica*, T. 88, marzo, Lima, 2001, p. 60), quien da cuenta de las dificultades para la precisión del bien jurídico en el delito de tráfico de influencias y en el análisis de la conducta típica del mismo. Señala dicha penalista que sólo de manera muy residual podemos referirnos a este delito como verdadero delito contra la administración pública, por lo que carecería de un concreto bien jurídico protegido.

⁽⁸⁴⁷⁾ Citados por DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 230.

digo penal español, en sus artículos 428 y 429, ha contemplado la figura penal de tráfico de influencias como un delito de resultado donde tiene que darse necesariamente la influencia sobre el funcionario público, contexto que permite extender los criterios de objetividad y de incorruptibilidad de modo global a los traficantes y funcionarios. MIR PUIG es quien, resumiendo la doctrina mayoritaria sobre el tema, concluye que es el correcto funcionamiento de la administración pública –conforme a los criterios de objetividad e imparcialidad– el bien jurídico protegido, posición que se contextualiza mucho más cuando precisando el objeto de tutela penal a través del artículo 404 bis c) del Código Penal español de 1973, muy similar a nuestro modelo, indica que en rigor no se atenta contra la objetividad e imparcialidad propias de la administración pública. Se castiga la puesta en peligro en abstracto de la objetividad, aunque al ser tal peligro tan lejano (no respetándose el principio de intervención mínima del derecho penal) en realidad, el bien jurídico afectado parece ser más bien el prestigio y buen nombre de la administración ⁽⁸⁴⁸⁾.

Desde la perspectiva portuguesa, LEAL-HENRIQUES y SIMAS SANTOS consideran que la inclusión de este ilícito en el Código penal obedece a propósitos de moralización del Estado como resultado de situaciones creadas por la modernización y globalización de la vida en sociedad ⁽⁸⁴⁹⁾.

Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO comparten el criterio que el bien protegido es la buena marcha y la imparcialidad de la administración pública, puestas en peligro con la conducta del traficante ⁽⁸⁵⁰⁾.

Resulta poco satisfactorio, desde nuestra fórmula normativa señalar como lo hace ABANTO VÁSQUEZ, que es el principio de imparcialidad el que resulta lesionado ⁽⁸⁵¹⁾. En la misma orientación REAÑO, CARO

⁽⁸⁴⁸⁾ MIR PUIG: *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 261.

⁽⁸⁴⁹⁾ LEAL-HENRIQUES, Manuel y SIMAS SANTOS, Manuel: *Código Penal Anotado*, 3ª edição, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2000, p. 1470.

⁽⁸⁵⁰⁾ FIANDACA/MUSCO: *Diritto penale. PE*, cit., vol. I, p. 310.

⁽⁸⁵¹⁾ ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 463.

CORIA y SAN MARTÍN SÁNCHEZ ⁽⁸⁵²⁾. Afirmar que en el delito de tráfico de influencias «también» existe un atentado, aunque lejano, contra la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función y (en el supuesto de la influencia simulada) el patrimonio individual», sin precisar cuál es (o cuáles son) el bien jurídico lesionado o puesto en peligro que complementa la acotación seguida después del adverbio «también», revela una forma imprecisa de determinar el objeto jurídico de tutela penal. Cabe advertir que ABANTO emplea el adverbio «también» después de haber negado que el bien jurídico a proteger sea el prestigio o el buen nombre de la administración pública. Más allá de las ostensibles deficiencias de redacción, el citado penalista acusa de forma evidente una fuerte influencia de la doctrina española, que trabaja con una fórmula legal de estructura típica diferente y más variada de tráfico de influencias, en cuyas dos de sus tres expresiones legales efectivamente se compromete el principio de imparcialidad del funcionario público o autoridad, mas no así en la tercera expresión regulada en el artículo 430 del código de 1995 (art. 404 bis c) del derogado código de 1973, conforme precisara MIR PUIG, ya que en esta última no está en juego la labor funcional de los magistrados o servidores jurisdiccionales, lo que propiamente también se observa en el artículo 400 del Código Penal peruano, el cual no coloca en dicho punto el núcleo de su tipicidad.

Abundando en detalles, la imparcialidad se afecta por ejemplo en el diseño de tráfico de influencias que mantiene en la actualidad el Código penal chileno, cuyos artículos 240 bis y 250 (en ambos casos en su segundo párrafo) toman como autor del delito al empleado público no al sujeto indeterminado que con infracción al deber del cargo ejerce influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado (art. 250). Con mayor razón en la legislación española, la que en su regulación del tráfico de influencias incide (igualmente en dos de sus variantes) en la acción del funcionario público que se prevale o aprovecha del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal (con el funcionario sobre quien actúa) y consigue (artículo 404 bis a, «para conseguir» artículo

(852) REANO P., José Leandro; CARO CORIA, Dino Carlos; y SAN MARTÍN C., César Eugenio, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Jurista Editores, 2003, p. 37.

428) una resolución; con menor intensidad se puede predicar en la variante que toma al sujeto indeterminado como sujeto activo (artículo 429), pues éste deberá influir efectivamente en el sujeto público («El particular que influyere»). En el caso del Código penal colombiano (artículos 411 y 432), diferente a nuestro modelo de tráfico de influencias, al igual que en las legislaciones anteriores mencionadas, el principio de imparcialidad, en tanto bien jurídico protegido, encuentra igual sustento, dado que en ambos tipos penales la conducta típica sólo pueden ser cometida por el funcionario público que se aprovecha de las influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función.

En concordancia con lo anteriormente señalado, es de considerar que el bien jurídico protegido que resulta comprometido en el delito de tráfico de influencias regulado en el artículo 400 del Código penal peruano es el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública⁽⁸⁵³⁾, específicamente la administración de justicia jurisdiccional o administrativa. Sin embargo, y como un matizamiento que no descalifica sino que confirma lo ya indicado, es posible coincidir con los penalistas españoles que en determinados casos –como cuando se produce un tráfico real de influencias, que cubre las dos direcciones anteriormente precisadas, con agotamiento del delito, o en el marco de la autoría de la agravante recién incorporada por Ley N° 28355– es susceptible admitir la hipótesis que el principio de imparcialidad resulte afectado o puesto en peligro. La afectación del principio de imparcialidad se producirá –pero en un contexto mayor de acción delictiva– cuando se produzca un concurso real con el delito de cohecho pasivo cometido por los funcionarios o cuando éste absorba la tipicidad del traficante, el cual pasará a convertirse en un partícipe o inductor de acuerdo a la naturaleza particular que ofrezca el supuesto de hecho.

En tanto bien jurídico genérico u objeto penal de tutela, no toda la administración pública es la que se ve puesta en peligro, ya que nuestro modelo no ha extendido –como sí lo hacen otras legislaciones– el destino de la acción ilícita a todo el contexto de los funcionarios, sino

⁽⁸⁵³⁾ Similar opinión tiene Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES, para quien objeto de protección es el buen nombre de la administración pública en cuanto portadora de servicios al ciudadano («La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias», cit., p. 91).

solamente a los taxativamente contemplados en la norma penal. El objeto de la tutela penal es así preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública específicamente en sus ámbito jurisdiccional y de justicia administrativa, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descrédito con el comportamiento típico del agente, el cual, con palabras de FRISANCHO-PEÑA CABRERA, hace creer a los particulares que la administración pública se mueve por medio de intrigas, protecciones y dinero ⁽⁸⁵⁴⁾.

Al tratarse de un delito de peligro, es coherente señalar que el objeto jurídico de tutela penal se halla puesto en una posición de riesgo con el accionar del sujeto activo.

V. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo es cualquier persona, un particular, un funcionario o servidor público. La norma peruana no ha hecho aquí distinciones, ni ha considerado pertinente criminalizar con mayor pena cuando el sujeto activo es funcionario público o una autoridad, lo cual sin embargo merece una lectura más objetiva por parte del legislador a efectos de obtener una mejor función preventiva general

Sujeto pasivo es el Estado, en tanto es depositario del bien jurídico agredido. Resulta muy discutible que quien da donativo, promesa o ventaja sea jurídico-penalmente un tercero agraviado o el sujeto pasivo ⁽⁸⁵⁵⁾. La lesión económica y la frustración de expectativas que le pueden sobrevenir al interesado al sentirse estafado por el traficante constituyen a decir de FIANDACA y MUSCO un costo que necesariamente tiene que asumir por haberse involucrado en la ilícita actividad de compra de influencias.

El funcionario sobre el que se pretende ejercer la influencia no puede ser sujeto pasivo del delito, al tratarse de un delito de resultado

⁽⁸⁵⁴⁾ FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA-CABRERA, Raúl, *Delitos contra la administración pública*, Lima, Fecat, 1999, p. 351.

⁽⁸⁵⁵⁾ Posición que sostienen ÁNGELES/FRISANCHO, *Código penal VII*, cit., p. 3279. Se discrepa a su vez en este punto respecto al maximalismo penal de FERREIRA DELGADO, quien sostiene que ambos (traficante o interesado) son coautores del delito (*Delitos contra la administración pública*, cit., p. 116).

cortado o de emprendimiento, en el cual se anticipa la intervención punitiva al ejercicio efectivo de la influencia. En el caso que ésta llegue a concretarse sobre el funcionario o servidor, por tratarse de una fase de agotamiento, ello invalida la tesis que convierte a tales sujetos públicos en sujetos pasivos del delito⁽⁸⁵⁶⁾.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El núcleo rector se halla expresado con la frase «*invocando influencias (...) recibe, hace dar o prometer (...) con el ofrecimiento de interceder*». Lo cual ya pone de manifiesto la existencia de un delito plurisubsistente o compuesto de varios actos, que se inician o parten de los actos de invocar influencias (acción inicial). La reforma practicada con la Ley N° 28355 ha agregado una segunda acción inicial mediante las palabras «o teniendo», con lo que el legislador ha querido superar la amplia y difícil problemática que resulta de abrir el tipo con el gerundio «invocando». Sin embargo se aprecia nítidamente la impostura de tal opción de redacción legislativa: «el que teniendo influencias reales o simuladas recibe, se hace dar o prometer», al faltarle la oferta que hace atractiva la conducta típica y la concesión del medio corruptor para el traficante o tercero, generando una suerte de coacción que desnaturaliza la figura penal.

Recibir, hacer dar, hacer prometer son verbos rectores que configurando modalidades delictivas y pese a su enorme importancia, pues definen la consumación del delito, no expresan sin embargo la singularidad del ilícito penal de tráfico de influencias, ya que son comunes a otros tipos penales de infracción de deber (el cohecho uno de ellos). Es la frase «invocando influencias con el ofrecimiento de interceder» la que marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción, construida técnico legislativamente como un delito de dominio, esto es, de naturaleza común. Recibir un donativo o ventaja, hacer dar donativo o ventaja por sí solos y en términos generales no son suficientes para configurar tráfico de influencias, deberán dichos medios corrup-

(856) Véase el criterio del funcionario influenciado como sujeto pasivo del delito, en ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 465.

tores situarse en el contexto de la conducta típica precedente de «invo-
car influencias» como punto de partida y bajo la orientación prometi-
da del ofrecimiento de intercesión ante los funcionarios o servidores
públicos específicamente consignados en la norma penal.

Los medios corruptores son donativo, promesa, cualquier ven-
taja. Cuestión que pone de manifiesto la línea de identidad, pese a la
diferencia marcada (tanto por el sujeto indeterminado como por la
singularidad de un aspecto de la conducta típica), con los delitos de
cohecho.

El componente teleológico o finalístico de la conducta que nos
muestra la orientación o el destino probable de la acción ilícita está
representado con la frase «*con el ofrecimiento de*».

Tenemos un comportamiento típico que ofrece diversas modalida-
des delictivas, cada una compuesta de varios actos que muestran clara-
mente el proceso ejecutivo del delito de tráfico de influencias desde su
fase preparatoria impune hasta su consumación material. MANZINI⁽⁸⁵⁷⁾
hace un cuadro interesante al respecto que adaptado a nuestra legisla-
ción queda así:

Acto preparatorio: Atribuirse poseer influencias ante un funciona-
rio o servidor público.

Actos ejecutivos: Tráfico de la propia mediación (intercesión) a ni-
vel de ofrecimiento o de objetivización.

Acto consumativo: Recepción del dinero, utilidad o promesa (do-
nativo, promesa o de cualquier ventaja).

Los componentes materiales del comportamiento típico son:

a) Invocar influencias reales o simuladas

La influencia, como se ha indicado en líneas precedentes⁽⁸⁵⁸⁾, es la
capacidad-posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección
determinada, utilizando ascendientes de distinto origen y naturaleza

⁽⁸⁵⁷⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 9, Vol. IV, p. 251.

⁽⁸⁵⁸⁾ Véase *supra*, pp. 201-202 y p. 762 y ss.

sobre el influenciado. O en palabras de CUGAT MAURI, la influencia en tanto objeto central del intercambio puede definirse como cualquier situación de predominio o situación favorable en relación a centros de decisión ⁽⁸⁵⁹⁾. El contenido de la influencia nos remite a la presencia de un influjo o sugestión ejercida en tercera persona, sobre cuya voluntad formadora de decisiones el sujeto activo incidirá alterándola o conduciéndola a cursos decisorios predeterminados. La influencia real permite que la persona influida siga o adapte su conducta funcional de conformidad a los deseos o consejos del traficante ⁽⁸⁶⁰⁾. Cabe anotar en una línea de concordancia con lo anterior que la influencia, real o aparente, para nuestra figura penal en estudio, siempre tendrá como destinatario al funcionario o empleado específicos designados en la norma penal, mientras que lo que se le ofrece al interesado es la capacidad o posesión de dicha influencia, es decir, de acuerdo a nuestro modelo de tráfico de influencias, no se trata de influenciar sobre este último sino de convencerlo a la entrega del donativo o a la promesa del mismo, lo que en otras palabras implica una venta de influencias.

El convencimiento sobre el interesado se proyecta en dos direcciones: por un lado con relación a la posesión de influencias y por otro sobre la necesidad de la entrega del donativo, promesa de donativo o la ventaja, premisas indispensables si es que queremos referirnos luego al tema de la venta de influencias. El convencimiento a través de la invocación de influencias que deberá asumir caracteres de seriedad, verosimilitud y capacidad de concreción, vistos –sobre todo en la venta de influencias reales– desde la perspectiva *ex ante* del interesado, no a partir de situaciones objetivas o promedio generales, dado la especial vulnerabilidad de este último. Requisitos que permitirán dotarle de racionalidad a la premisa ontológica de la conducta típica, de modo que evitemos incurrir en subjetivizaciones o calificaciones de tipicidad desmedidas.

Invocar influencias es, en una interpretación teleológica que subsana la falta de concordancia con el sentido gramatical de la frase, atribuirse para sí, con relación a terceros, facultades de poder determinar

⁽⁸⁵⁹⁾ CUGAT MAURI, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Lima, Barcelona, 1997, p. 26.

⁽⁸⁶⁰⁾ Véase al respecto FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*. PE, cit., vol. I, p. 311.

o motivar comportamientos sobre otros ⁽⁸⁶¹⁾, de modo tal que ello posibilite la consecución de propósitos buscados por el interesado. Se trata así de actos de prevalimiento –aprovechamiento de una situación de dominio o poder– reales o aparentes. Esta invocación de influencias es la oferta lanzada por el sujeto activo del delito para obtener los beneficios que contempla la figura penal ⁽⁸⁶²⁾. Como señala FRANCISCO FERREIRA, el traficante de influencias vende prestigio, mientras que el interesado compra influencia ⁽⁸⁶³⁾.

Estas influencias pueden basarse en nexos familiares o amicales con el funcionario o servidor, en relaciones de trabajo o favores debidos por dichos sujetos especiales al agente del delito, situaciones de prestigio o autoridad del sujeto activo del delito (influencias reales), que nacen de la posición económica social, política, partidaria, administrativa, etc. Puede también sustentarse en la falsa percepción, generada en el que da o promete, de los poderes del invocante, quien se jacta o ufana de poseer influencias aparentes sobre los funcionarios o servidores públicos aludidos en el tipo penal, siendo en realidad inexistentes (relaciones-vinculaciones, posiciones de autoridad moral, etc.). Para este segundo caso el sujeto activo del delito urdirá estrategias, creará figuras de falsas vinculaciones, exagerará mínimos gestos de acercamiento, etc.; en otras palabras, engañará, lo que ha originado que esta modalidad de tráfico de influencias sea comúnmente identificada en un sector de la doctrina italiana como una especial figura de estafa.

El acto de invocar influencias, elemento determinante del tipo penal, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas direc-

⁽⁸⁶¹⁾ Obviamente que no nos referimos al poder funcional, sino el que nace o puede nacer de causas o nexos distintos. Remitimos a lo dicho sobre la influencia en *supra*, pp. 521-522.

⁽⁸⁶²⁾ HURTADO POZO, minimiza la importancia de este componente del tráfico de influencias para enfatizar la acción de recibir, hacer dar o prometer el medio corruptor con lo cual vía interpretación se le priva al artículo 400° del Código Penal de su nota distintiva en relación al cohecho y se le asimila y reduce en el medio corruptor. Véase de dicho autor: «Interpretación y aplicación del art. 400° CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias», en *Anuario de Derecho Penal* 2006, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 278.

⁽⁸⁶³⁾ FERREIRA DELGADO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 117.

tamente por el traficante al interesado, antes de que se active el medio corruptor. Opinar que no importa quien toma la iniciativa de dicho acto es un modo preordenado de ir contra el texto expreso de la norma o de orientar académicamente en tal sentido. Considerar válida la hipótesis por tráfico de influencias consistente en recibir el agente primero el mecanismo corruptor para luego invocar influencias ante el interesado que da (el donativo) u otorga la ventaja constituye un supuesto forzado que no resulta suficientemente subsumible en la tipicidad del artículo 400 del Código penal, pues la interpretación de los elementos del tipo en tal decurso argumentativo ha sido desbordada. Hacer simultánea la invocación con la concreción del medio corruptor es una posibilidad más académica que real ⁽⁸⁶⁴⁾. Por las características del delito de tráfico de influencias en la que el traficante necesita convencer a su víctima, la acción de invocar debe preceder a la entrega o promesa de medio corruptor. Es igual de forzado considerar que el agente invoque influencias, reciba donativo y sólo después de ello ofrezca interceder.

La naturaleza expresa o explícita de la invocación es una exigencia que permitirá dotarle de mayor determinación al carácter relevante de la invocación, pero ello no descarta la posibilidad que la invocación pueda formularse también mediante actos sutiles que denoten –a nivel de representación mental– que el traficante se halla en una posición capaz de brindarle posibles soluciones a la situación legal del interesado, dadas sus vinculaciones o relaciones (reales o aparentes) con el funcionario o servidor público, pese a que tales sutilezas merezcan del Fiscal o Juzgador mayores niveles de precisión para afirmar su carácter penalmente relevante o descartarlo. Este marco de interpretación nos conduce también a la problemática de si el tipo penal admite la posibilidad que la invocación de influencias sea practicada por tercera persona a nombre del traficante, esto es, aceptar la hipótesis de la invocación en la que el interesado es puesto en conocimiento que un tercero distinto al invocante directo será el encargado de interceder ante el sujeto público nominado. Tal caso en realidad no admite mayores dificultades de interpretación porque el que invoca influencias puede hacer valer su capacidad de intercesión a través de otra persona

(864) Véase en tal sentido las opiniones de HURTADO POZO, «Interpretación y aplicación del art. 400º CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias», cit., p. 281.

(quien jugará el papel de cómplice), sin perder por ello por ello su rol de autor; lo que queda claro es que el que invoca influencias siempre será autor así se valga de otras personas para que convenzan al interesado, practiquen la intercesión o reciban el donativo, promesa o ventaja. En el estricto caso que otros invoquen influencias en una asignación de roles a nombre del traficante estaremos ante un concurso real con el delito de asociación ilícita o bien se aplicará las reglas de la autoría mediata (según se traten tales sujetos de instrumentos), siendo por lo mismo incongruente en esta hipótesis referirnos a un reparto de roles con sentido de relevancia penal.

La influencia real o simulada invocada se constituye así en el objeto del delito que vincula en su estructura ideal a un sujeto que la posee con otro que la requiere para dirigirla o destinarla sobre un tercero *intransiens* a la administración pública, sobre el cual se pretende inducir o ganar su voluntad hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado. La influencia posibilita una especial triangulación, permitida por la figura de tráfico de influencias, de llegar ésta hasta su fase de terminación-agotamiento, lo cual como es obvio no resulta exigible en la legislación penal peruana para consumir el tipo penal.

La inclusión de la influencia simulada en el ámbito de tipicidad del delito ha merecido severos cuestionamientos al señalarse que una influencia que no es tal, esto es, que no existe, que es fingida, que no posee la suficiente peligrosidad para indisponer el bien jurídico tutelado, al tratarse simplemente de un engaño, no debe merecer la atención de la norma penal a nivel de delito contra la administración pública, pues al no existir vinculación de prevalimiento ni real ni potencial entre el traficante y el funcionario se hace innecesario extender la tipicidad del tráfico de influencias a un supuesto de estafa común ⁽⁸⁶⁵⁾. Cuestionamientos que deberán de tomarse en cuenta a efectos de efectuar reformas en la redacción del artículo 400 del Código Penal, a efectos de otorgarle mayor racionalidad al tipo penal, al punto de adecuarlo a las exigencias de los principios de legalidad, de antijuricidad material y de los estándares mostrados por los más des-

(865) En la doctrina nacional véase REAÑO PESCHIERA, "Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos", cit., p. 293.

tacados códigos penales contemporáneos, que no contemplan las influencias simuladas o aparentes como objeto de interés penal en la figura de tráfico de influencias.

En realidad el tráfico de influencias es una modalidad de prevalimiento, más que propiamente un acuerdo entre traficante e interesado, que tiene dos direcciones, orientado tanto al interesado que busca la influencia como al funcionario o servidor que será quien la reciba. Por las singularidades de la fórmula típica peruana, diferente por ejemplo de la española, no prestamos interés a la segunda orientación, pues al margen de que se produzca o no, el delito se perfecciona en el primer momento una vez concretado el donativo, promesa o ventaja.

El prevalimiento en la segunda dirección y en general, vale decir, considerando como autor del delito tanto al sujeto público (delito especial impropio de tráfico de influencias) como al *extraneus* (particular, ajeno administrativamente a la administración pública), puede adoptar las siguientes expresiones: a) a través del ejercicio de facultades funcionales o del servicio, en la que el prevalimiento es una evidente muestra de abuso de poder; b) a través de la relación jerárquica, donde el abuso de poder por lo común se entremezcla aquí con mal entendidas relaciones de subordinación o falsas creencias de superioridad por el rango o status; c) mediante la insinuación constante, firme e idónea acompañada de ventajas; d) producto de una relación de poder de hecho, donde las motivaciones económicas, políticas o de orden diverso contribuyen a colocar al influido en una situación de vulnerabilidad; o e) producto de relaciones personales entre el traficante y el funcionario o servidor público, ingresando aquí una múltiple gama de situaciones en la que destacan influjos familiares, amicales, sexuales, etc.

Al producirse la invocación de influencias, que puede admitir una fragmentación temporal variable, se ha dado comienzo a la ejecución del delito, sin embargo aquí el hecho típico aún no se ha perfeccionado, los actos están en su fase inicial. La simple oferta de influir es un acto preparatorio, si es que no asume los caracteres de una invocación de influencias; el «pacto» subsiguiente (la *pattuizione*) a dicha invocación cierra el proceso ejecutivo. La recepción o entrega del medio corruptor condicionado al ofrecimiento de interceder consuma el delito, fase esta última que puede estar precedida de una tentativa acabada o una frustración.

b) Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo

La finalidad de la invocación de influencias hecha al interesado se expresa en la propuesta lanzada por el sujeto activo del delito de interceder o intermediar directamente (actuar o pedir a nombre del interesado) ante funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Interceder es intervenir a favor del interesado, actuar por él, es brindarle una válvula de aparente o probable inicio de solución a sus urgencias en vía administrativa o jurisdiccional, obviamente en un contexto de ilegalidad, en tanto no es esa la formalidad ni la materialidad que plantea el derecho.

La *modalidad de intercesión* puede concretarse también con el empleo de terceras personas (mediatez de la intermediación), quienes se hallan en situación de mayor cercanía o llegada para influir sobre el funcionario o servidor público que administra justicia, lo que generará un contexto de traficantes en cadena que puede que formen parte de una asociación ilícita. El *contenido* de esta intercesión puede versar sobre una petición lícita o ilícita, justa o injusta, pero deberá tratarse de un efecto que favorezca al interesado o allegados o no le perjudique, o que perjudique a terceros (resulta poco admisible que se trate de una petición que le sea lesiva). En todas estas hipótesis, de llegar a efectivizarse la intercesión, quedará afectada, a nivel de puesta en peligro, la administración pública.

El tema de la influencia justa o lícita como contenido posible y penalmente relevante de la intercesión ante el funcionario o servidor público ha levantado desde posiciones de imputación objetiva, en la doctrina y jurisprudencia españolas, una fuerte oposición para afirmarlo positivamente. Habiéndose indicado que influir, en las condiciones de tipicidad del tráfico de influencias, para obtener del magistrado una resolución justa no implica la creación de un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico protegido, en tanto correcto funcionamiento de la administración pública, por lo mismo no es posible imputar objetivamente un resultado que se concilia con los objetivos de la función judicial y que no ingresa en los fines de la protección de la norma penal ⁽⁸⁶⁶⁾.

⁽⁸⁶⁶⁾ Con mayor detalle véase MIR PUIG, *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 257, 271 y 272.

Desde la perspectiva de análisis del modelo peruano de tráfico de influencias, el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de la intercesión y de la resolución que se obtenga pierde significatividad sustantiva, pues el delito se consuma con prescindencia de tales cualificaciones, al recaer la conducta típica en momentos anteriores a la dación de la resolución o de la influencia practicada sobre el sujeto público, siendo que la puesta en peligro del bien jurídico administración pública ya se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación, lo cual no es óbice, como bien señala ABANTO VÁSQUEZ, para que el Juez efectúe valoraciones del acto ofrecido a efectos de apreciar el grado de culpabilidad del sujeto activo ⁽⁸⁶⁷⁾.

El funcionario o servidor sobre quien el traficante de influencias va a interceder tiene que tratarse necesariamente de un funcionario o servidor que tenga bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial (en sentido lato, para incluir incluso a los casos del fuero militar) o administrativo. Quedan, pues, fuera del tipo los funcionarios o servidores que carezcan de facultades jurisdiccionales en sentido amplio (no referido sólo a jueces, sino también a fiscales), así como en general todos aquellos otros funcionarios o servidores públicos. *El momento de la intercesión* ofrecida puede referirse a cualquier etapa del proceso, no necesariamente sólo el período del fallo (caso judicial o administrativo en trámite); o a un período posterior (caso judicial o administrativo que **haya conocido el funcionario** o servidor público). En esta última hipótesis legal cabe formular una interpretación restrictiva, en el sentido que el legislador ha querido cubrir el espectro de posibilidades que suponen información privilegiada para el sujeto activo de delito, quien teniendo conocimiento de que ya el caso fue decidido o resuelto –información de la que carece el interesado– ofrece interceder ante un funcionario o servidor que conoció el caso, a cambio de donativo, promesa o ventaja que le debe dar u ofrecer el interesado. Esta situación es propiciada en parte por el rutinario y burocrático sistema de trabajo de los magistrados que votan las causas con meses de anterioridad al de la publicación o notificación de la decisión. El caso de los fallos supremos es aquí sumamente ilustrativo:

⁽⁸⁶⁷⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 469.

espacio amplio y libre para la actividad ilícita del traficante de influencias. Abundando en esto último, la frase «o haya conocido», en una interpretación literal también puede admitir la posibilidad –y tal es la lectura más simple y directa– de que el funcionario o servidor se halle desconectado por competencia específica con el proceso sobre el cual sí tuvo una relación de conocimiento por razón del cargo; sin embargo, admitir como válida esta interpretación supondría colocar al tipo en un grado tal de generalidad y apertura que haría irreconocible el objetivo de la norma para avalar posiciones desvinculadas de los principios de legalidad y del ámbito de protección de la norma penal.

La figura también admite la posibilidad que el caso judicial o administrativo suponga una suma de decisiones parciales, donde el interesado, conociendo ya un resultado inicial, pretenda asegurarse los subsiguientes, situación de la que se sirve el sujeto activo del delito.

Los momentos o la oportunidad de comisión del delito han sido adelantados aún más al introducirse la frase «**ha de conocer**»⁽⁸⁶⁸⁾, lo cual admite entender y abarcar cursos probabilísticos considerados en el sentido de la norma penal, esto es cuando el funcionario o servidor público aún no tiene el caso judicial o administrativo bajo su conocimiento o esfera concreta de abordamiento funcional, lo cual ha supuesto una excesiva anticipación que resulta criticable. El interés de la norma no sólo está dirigido al presente y al pasado sino también al futuro, en un intento de cubrir la totalidad de momentos posibles y probables de ejercicio funcional en tanto escenario teleológico hacia donde se orienta la conducta del traficante.

Interesa destacar por lo demás que la norma penal ha empleado una frase vaga para expresar el complemento de tipicidad de la conducta. En efecto, «**que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido**» no alude específicamente a ningún estado significativo del proceso judicial o administrativo, sino a cualquier momento del mismo, lo cual otorga al tipo una construcción difusa que posibilitaría efectuar interpretación extensiva para considerar que igualmente es relevante penalmente el simple conocimiento referencial que del proce-

(868) Se aprecia aquí la influencia del Código penal de Colombia del 2000, véase Legislación Extranjera.

so tiene el funcionario o servidor sin necesidad que exista vinculación por el cargo o por la competencia derivada del mismo, es decir, que cualquier sujeto público por el solo hecho de dicho conocimiento (información, estar enterado) podría convertirse en sujeto activo del delito. Esta deficiencia de construcción se corrige efectuando una interpretación restrictiva, más conforme con el sentido teleológico de la norma, en el sentido que la llamada normativa del conocimiento sólo está referida a quienes se hallen en vinculación funcional con cualquiera de los dos procesos de dilucidación de conflictos señalados en el tipo y sólo con relación a ello, excluyendo taxativamente a cualquier otro funcionario o servidor y a cualquier otro proceso.

El invocar influencias y la propuesta de intercesión en conjunto, constituyen los actos ejecutivos que van acercando el delito a su fase de consumación.

c) Recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja

La presencia de estos verbos rectores cierra la tipicidad de la figura legal de tráfico de influencias. Ellos expresan que el pacto —entre el traficante que oferta sus reales o simuladas influencias y el interesado que procura un beneficio inmediato o mediato de índole procesal o procedimental— ha llegado a su fase ejecutiva final: es decir, el delito se ha consumado al haberse producido la entrega del donativo, la promesa de donativo o cualquier otra ventaja (el precio que el interesado tiene que pagar) ⁽⁸⁶⁹⁾ para que el traficante interceda por este último a nivel de influencias ante los funcionarios señalados en la norma penal. A la oferta lanzada con la invocación de influencias y el ofrecimiento de interceder por parte del traficante le sucede la contraprestación económica o patrimonial en sentido amplio o con mayor extensión cualquier ventaja, que otorga el interesado.

Como se observará, la norma penal ha hecho uso de mecanismos que son propios de los delitos de corrupción (donativos, ventajas), lo cual está denotando la naturaleza del ilícito penal como un delito de corrupción, donde el provecho o beneficio tiene connotación económi-

⁽⁸⁶⁹⁾ Sobre el significado de tales términos, véase *supra*, p. 635 y ss.

ca y estrecha vinculación con el donativo, pero se extiende y abre hacia formas no necesariamente patrimoniales en las ventajas (o como señala la norma penal «cualquier ventaja»). En el caso del tráfico de influencias mediante promesa, la norma penal está aludiendo a la posibilidad de provecho económico a través de la concreción futura del donativo.

La redacción legal de la figura en estudio no incluye como un componente material típico que el traficante de influencias haya llevado a la práctica el ofrecimiento, o que se haya conseguido el propósito buscado con la intercesión. Ocurra o no, el delito ya se ha consumado.

El provecho económico percibido o hecho prometer por el sujeto activo del delito puede ser para él mismo o para un tercero. El término «tercero» es de significado amplio, abierto (familiares, amigos, allegados, otros funcionarios o servidores, etc.). Al tratarse de un delito contra la administración pública, la norma jurídica no ha enfatizado el contenido cuantitativo del donativo, la promesa de donativo o la ventaja; por lo mismo la recepción o entrega de donativo de mínima o gran significancia será por igual suficiente para configurar delito. No obstante, queda a criterio del Juez la estimación del caso a efectos de determinar pena con base a criterios de proporcionalidad, tomando en cuenta también la cantidad del monto pecuniario o la significatividad de la ventaja.

Carece de interés que la iniciativa de interceder haya partido del traficante o del interesado, pero si es determinante que el traficante ofrezca interceder; tampoco es relevante el monto de lo percibido o prometido. Pero obviamente, por principio de antijuricidad material, los actos insignificantes a nivel de prevalimiento o de donativos deberán tener su respectivo filtro administrativo de procesamiento, de tratarse el sujeto activo de un funcionario o servidor público.

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo penal en análisis es doloso. Por las características de la construcción peruana del tráfico de influencias el dolo necesario para perfeccionar la tipicidad subjetiva es el dolo directo ya que el agente – al atribuirse capacidad de influencia sobre el Juez y los servidores públicos de la órbita de la administración de justicia así como al ofrecer interceder – está dirigiendo intencionalmente su accionar hacia la puesta

en peligro del bien jurídico y a la obtención del provecho económico. El dolo eventual en tanto alta probabilidad de comisión del hecho y aceptación-reconocimiento del mismo no se concilia con la compleja estructura típica del tráfico de influencias, el mismo que requiere orientar decididamente la voluntad al logro de la finalidad ilícita ⁽⁸⁷⁰⁾. Son correctas las precisiones efectuadas por ABANTO VÁSQUEZ y DONNA en el sentido que no es posible cometer el delito con dolo eventual y que se requiere de ánimo de lucro en la voluntad del agente, ya que éste siempre busca un beneficio patrimonial ⁽⁸⁷¹⁾.

La posibilidad de que se trafique influencias con dolo eventual abonaría una hipótesis de atipicidad subjetiva, asunto que merece un mayor estudio.

Afirmar un error de tipo invencible implicará que el agente desconoce la existencia o tiene una falsa percepción de los componentes de tipicidad del delito, es decir: que no está invocando la posesión de influencias reales o simuladas; que desconoce que tal invocación es un acto ilícito; que no ha ofrecido interceder ante magistrado o servidor público nominado; etc. Circunstancias que resultan difíciles de admitir y que más bien pueden avalar un cuadro de inimputabilidad (relativa o absoluta) por falta de capacidad de comprensión de la ilicitud del acto.

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito admite diferentes modos de consumación por parte del sujeto activo:

- a) Al *recibir directamente* el donativo (primera modalidad). El resultado material es de por sí evidente.
- b) Al *hacer dar* para sí o un tercero donativo o cualquier ventaja (segunda modalidad). En esta variedad estamos ante formas complejas de consumación.

⁽⁸⁷⁰⁾ Se corrige aquí la posición anterior que consideraba suficiente el dolo eventual (ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 2ª ed., Lima, Grijley, 2001, p. 438).

⁽⁸⁷¹⁾ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 471; DONNA, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 231.

- c) Al *hacer prometer* para sí o un tercero donativo o cualquier ventaja (tercera modalidad).

El resultado material de la recepción o dación de donativo o ventaja observable en las dos primeras modalidades de consumación es meramente óntico sin nexo vinculante obligado con la administración pública ⁽⁸⁷²⁾. En el tercer modo consumatorio no existe resultado material.

Debe prestarse atención a que el donativo, la promesa, la ventaja o el beneficio aportados por el interesado deberán hallarse vinculados con el ofrecimiento hecho por el traficante de interceder ante los jueces o servidores de la justicia jurisdiccional o administrativa; de no ser así, esto es, de no existir ofrecimiento de intercesión, nos saldremos de la figura de tráfico de influencias para abonar el marco de tipicidad de una estafa o según las circunstancias concretas de un acto penalmente irrelevante.

Se trata, pues, de una figura compuesta de naturaleza activa, de consumación instantánea y de puesta en peligro al bien jurídico administración pública, que no admite la omisión como forma de realización típica.

Pese a tratarse de un delito de consumación anticipada, en el cual se adelantan las barreras de protección penal, las formas de tentativa pueden configurarse. Existirá tentativa mientras no se produzca la dación de los medios corruptores. En suma, hay que tomar en cuenta que la sola existencia de medios corruptores entregados o prometidos no harán delito de tráfico de influencias si es que previamente no ha existido la invocación de influencias dirigidas al interesado por parte del intermediario o traficante, ya que ello, al ser parte central del núcleo de la acción típica, condiciona la configuración del tipo penal.

X. LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE POR LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO

La introducción de una única circunstancia agravante del delito de tráfico de influencias según la cual la pena se incrementa cuando el

⁽⁸⁷²⁾ En tal sentido véase la Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior del Callao, de fecha 3 de diciembre de 1999, Exp. N° 396-96. Caso resuelto en aplicación del *in dubio pro reo* al no existir pericia que permita concluir, fuera de toda duda, que la voz registrada en el casete presentado como prueba sea del procesado.

sujeto activo es un funcionario o servidor público ha supuesto el reconocimiento, por parte de la política penal peruana, de un dato proporcionado por la realidad criminal de los últimos tiempos en el Perú, que quien tiene mayormente influencias es el que posee poder de influir, siendo los funcionarios y servidores públicos el sector mas amplio de personas privilegiadas en esta dirección. Ampliación de tipicidad específica en vía de agravante que sin alterar la conducta típica ni afectar a los demás componentes del delito ha de ser considerada un acierto preventivo-conminatorio. En otras legislaciones penales como la colombiana del 2000 el tráfico de influencias es un delito de infracción de deber y tiene como autor al servidor público que utiliza indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función ⁽⁸⁷³⁾.

Los alcances del concepto funcionario o servidor público son amplios, siendo orientador en tal sentido el artículo 425 del Código.

XI. PENALIDAD

Pena privativa de libertad de 4 a 6 años. Penalidad intermedia pensada en función a criterios político-criminales convencionales que resultan hoy obsoletos frente a la frecuencia con que el crimen organizado suele hacer uso de esta forma de actividad delictiva.

XII. LA SITUACIÓN LEGAL DEL INTERESADO: COAUTOR, CÓMPLICE, INDUCTOR, CONCURRENTE INOCUO, VÍCTIMA

¿Debe responder penalmente el interesado por haber pactado con el traficante de influencias la consecución de un objetivo ilícito? El interesado es la persona que se halla colocada en una singular ubicación entre el traficante y los destinatarios finales de la influencia, hallándose por lo común urgido en la búsqueda de salidas favorables a sus conflictos o colocado en situación de premura o simplemente de interés para que su caso judicial o administrativo sea resuelto conforme a sus expectativas. Las dificultades procesales y procedimentales, los obstáculos de una práctica judicial burocrática y negligente, la inseguridad que brinda el sistema procesal, la desconfianza en la labor fun-

⁽⁸⁷³⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

cional de los jueces son, entre otros, factores que abonan en cierto modo la base fáctica sobre la que se construye la conducta ilícita del tráfico de influencias. El traficante brinda, en tal contexto de deficiencias, ventajas en la obtención de resultados, privilegios en el manejo del expediente, seguridad en el desenlace del caso o, en el peor de los casos, aparenta arreglos con los magistrados, con quienes actúa supuestamente de consuno.

Sin el interesado no puede haber tráfico de influencias, lo que nos lleva a concluir que en el supuesto fáctico siempre existirán idealmente tres personas: dos de hecho (el interesado y el traficante) y una tercera de orden normativo (el funcionario o servidor público). De ello podemos fácilmente deducir que el comportamiento típico del tráfico de influencias siempre estará orientado a la administración pública (específicamente de justicia), descartándose la relevancia penal del comportamiento cuando se oriente al ámbito de los funcionarios privados.

La primera precisión que se tiene que efectuar consiste en tomar en cuenta que el objetivo que busca el que compra la influencia puede tener o no ilicitud, es decir, que la situación de convenir con el intermediario para que éste haga valer sus influencias no se halla condicionada a la ilegalidad o legitimidad del objetivo buscado, ya que en ambos casos igualmente existirá acción típica.

Un segundo nivel de puntualización está en conexión a la situación en la que se encuentra el interesado frente al traficante de influencias: es un coautor, cómplice, un inductor del delito o tan sólo una víctima del traficante. Esclarecer la condición jurídica de quien aporta el beneficio, ventaja o promesa es un tema de especial importancia por las implicancias prácticas que de ella se derivarán y por la necesidad de dotar de razonabilidad a la figura delictiva en estudio. Veamos esto más detenidamente: ⁽⁸⁷⁴⁾

a) *El interesado como coautor.* Ateniéndonos al núcleo de tipicidad de la figura 400 del Código Penal, que requiere que el sujeto activo

⁽⁸⁷⁴⁾ Véase igualmente como abordan el tema REAÑO-CARO y SAN MARTÍN, con base a determinados y llamativos casos sustanciados en el Poder Judicial (*Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 433 y ss.).

invoque influencias ante un tercero (que viene a ser en este caso el interesado), deviene en un imposible que quien compra influencias sea a la vez un coautor del delito junto al traficante ⁽⁸⁷⁵⁾, pues se quebraría la vinculación causal entre acción y resultado (por lo menos material, no jurídico, para denotar con él la concreción del donativo, promesa o ventaja), para generar una situación en que ambos –interesado y traficante– son los que realizan el tipo. Realizando un ejercicio de imaginación con dicha hipótesis, en la idea de contradecir la tesis expuesta, puede darse el caso que ambos ejerzan efectivamente determinados niveles de influencia sobre el funcionario y servidor (caso de terminación del *iter criminis* de la figura penal), supuesto en el cual estarán practicando actos de ejecución, pero sólo uno recibirá el donativo la ventaja o la promesa, lo cual ataca la coautoría al no existir dominio funcional del hecho, pues el aporte del traficante es cualitativamente diferente al del interesado. Si eliminamos el componente «donativo, promesa o ventaja», con el objeto de equiparar el aporte, nos salimos de la figura de tráfico de influencias.

b) *El interesado como cómplice*. Esta hipótesis de trabajo resulta muy debatible, tanto desde la perspectiva de la complicidad primaria como secundaria (o simplemente complicidad), dado que la intervención del interesado aceptando las propuestas del traficante y entregando el donativo, prometiendo u otorgando ventajas es el fundamento de hecho que da sentido a la tipicidad del supuesto cometido por el autor, y sin cuya existencia no será posible el delito, siendo un asunto de cardinal importancia que no se concilia con los postulados dogmático-jurídicos de la cooperación. Confundir este plano ontológico del delito con el plano jurídico de valoración de las contribuciones del cómplice trae la consecuencia errónea de considerar al interesado como un cooperador necesario del autor del tráfico de influencias ⁽⁸⁷⁶⁾. Veamos, el interesado desde la lectura de la complicidad primaria tendría que aportar contribuciones escasas y decisivas para que el autor del delito

⁽⁸⁷⁵⁾ En la misma idea véase REAÑO PESCHIERA, “Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos”, cit., p. 297.

⁽⁸⁷⁶⁾ Como por ejemplo hace MIR PUIG, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 273: si el tercero acepta la solicitud del sujeto activo o autor del delito, aquél es un cooperador necesario del artículo 430 (tráfico de influencias cometido por sujeto indeterminado) en concurso ideal con el artículo 423.2 referido al cohecho activo.

invoque influencias ante él, en un momento de fase preparatoria de las mismas, lo cual se torna un asunto de difícil admisibilidad tanto teórica como práctica. Desde la óptica de la cooperación secundaria, el interesado deberá ayudar mediante contribuciones accesorias o de coadyuvamiento a que el autor vaya preparando o ejecutando el delito, esto es, brindándole por ejemplo información sobre la necesidad de que invoque influencias, señalando al funcionario nominado sobre el que tendría que influir, sufragándole gastos diversos por conceptos distintos de los medios corruptores, facilitándole los acercamientos, etc. Estos probables supuestos tienen el inconveniente de transponer planos de interpretación y que pueden dejar sin objeto material al delito de tráfico de influencias.

c) *El interesado como inductor*. Es esta una hipótesis de trabajo mucho más asimilable que la anterior. En efecto no hay dificultad para admitir que sea el propio interesado el que forme el dolo del autor del tráfico de influencias y le lleve a cometer el delito (que en la representación mental que se forma el interesado debe favorecerle en sus intereses). Naturalmente, que deberán cumplirse aquí los requisitos objetivos y subjetivos establecidos doctrinariamente y recreados jurisprudencialmente para configurar la inducción o determinación de relevancia penal.

En la lectura del interesado como inductor del delito de tráfico de influencias pueden darse algunas específicas expresiones prácticas, tales como: a) El interesado busca a una persona que pueda influir sobre el funcionario, le sugiere con marcada intensidad, le pide que influya (influjo psicológico, comienzo de la inducción). La persona invoca sus influencias y pide o acepta el donativo, promesa o ventaja. Se ha producido la determinación o inducción; el interesado es un inductor, el inducido es el autor directo del delito. b) En la misma hipótesis anterior la persona a la que el interesado pretende inducir, ni promete ni descarta el ofrecimiento de interceder (lo que se puede resumir con la frase «voy a ver»), pero recibe el donativo o acepta la promesa o ventaja. Aquí el supuesto no se adecua a la exigencia de invocación de influencias, por lo mismo revela atipicidad objetiva; no se puede hablar incluso que estemos propiamente ante una determinación a delinquir. c) El interesado se vale de terceras personas o actúa conjuntamente con éstas para inducir a quien intercederá; éste, una vez convencido invoca influencias, acepta el medio corruptor y ofrece interceder. Se habrá producido igualmente la inducción o determinación contempla-

da por nuestra legislación penal en su artículo 24. Esta lectura, sin embargo, merece un mayor detenimiento.

d) *El interesado como víctima*. Posición que constituye una de las que más ha logrado consenso en la comunidad jurídica, sobre todo de base italiana. En efecto, un amplio sector de la doctrina italiana a través de destacados juristas se orienta por dar una respuesta afirmativa a la pregunta de si el interesado debe ser considerado víctima. MANZINI fundamenta tal posición en la razón de que son distintos los valores por los cuales actúan ambos sujetos: el traficante *vende humo*, el interesado *compra asado* ⁽⁸⁷⁷⁾; el traficante al arrogarse influencias sobre los funcionarios o servidores públicos lesiona los intereses de la administración pública, donde el interesado sólo busca una salida a una situación judicial o administrativa. ANTOLISEI, por su parte, considera que el interesado está excluido de responsabilidad penal porque en realidad es una víctima del traficante de influencias, y que el descrédito de la administración pública que la norma penal trata de impedir no deriva de la acción del interesado sino de la del traficante de influencias.

Es de considerar adecuada la salida que aportan sectores de la doctrina italiana, que implica reputar que el interesado es un concurrente inocuo, que su comportamiento no alcanza el disvalor de acción requerido por la norma penal, máxime si en nuestra figura penal para nada se hace mención expresa del interesado ⁽⁸⁷⁸⁾. Sin embargo, la conceptualización del interesado en tanto víctima debe merecer reflexivos niveles de análisis para no generalizar inadecuadamente tal catalogación, por cuanto no es lo mismo una persona desesperada que no tiene más salida –desde su perspectiva *ex ante*– que acudir al empleo de influencias ilícitas, que la situación de la persona que pudiendo acudir sin dificultades a los canales de la administración de la justicia ex profesamente hace uso de estos mecanismos para anticipar resultados. No es lo mismo el tráfico de influencias en tanto delito convencional

(877) MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 9, Vol. IV, p. 260.

(878) En tal sentido la Ejecutoria suprema de 20 de mayo de 1998, Exp. N° 638-98, Lima, Sala C: “En nuestro medio se ha constatado que personas inescrupulosas, trafican con la justicia valiéndose de la debilidad de algunos encargados de administrar justicia, los que atentan contra la correcta administración de justicia y se aprovechan de la desesperación del litigante que acude a resolver su problema de cualquier manera; que casos como éstos deterioran la imagen del Poder Judicial”.

que el tráfico de influencias enmarcado en el contexto de acción del crimen organizado.

XIII. LA SITUACIÓN LEGAL DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR INFLUENCIADO: ACTO INFUNCIONAL, COHECHO PASIVO, PREVARICATO, ABUSO DE AUTORIDAD

A diferencia de otras legislaciones penales, el modelo peruano de tráfico de influencias no ha enfatizado en su plano de tipicidad la relación efectiva entre el traficante y el funcionario o servidor de justicia hacia el cual ofrecerá aquél dirigir sus influencias. Tal peculiaridad permite entender que la actitud que asuma el juez en caso de ser objeto de influencia por parte de un tercero no interesa propiamente a la esfera de consumación de dicho delito, pues éste quedará perfeccionado típicamente con la recepción o entrega del donativo o la promesa, constituyendo fase de agotamiento los actos ulteriores en los que intervenga el funcionario o servidor conjuntamente con el traficante, y por lo mismo susceptibles de ser analizados desde la perspectiva de otras figuras legales. Sin embargo, queda latente la posibilidad que sea dicho *intraneus* (funcionario o servidor público) el que en contubernio con el traficante o con varios de ellos planifique el delito, o mejor aún quien se valga de intermediarios para vender la propuesta de influencia. *Hipótesis* en las cuales se tratará de un cohecho pasivo específico agravado, que absorbe la tipicidad del tráfico de influencias efectuado por el intercesor o traficante, quien pasará a constituirse en un cómplice del delito del funcionario o servidor. Es poco aceptable que el *intraneus* actúe como inductor de un delito que él mismo planifica, asigna roles y comparte provecho económico, ya que en tal supuesto tiene el dominio total del evento, lo que no se ajusta a las previsiones dogmáticas de la inducción o determinación según las cuales el inductor debe *formar* el dolo de delinquir en el ejecutor. Por lo demás aceptar la tesis del *intraneus* como inductor es de difícil admisibilidad.

Focalizando la posición del juez o servidor público (*intraneus*) que participa en fase post consumativa al delito de tráfico de influencias se presentan algunas interesantes hipótesis de relevancia: a) de ser consciente el *intraneus* que un intermediario está influenciando en sus decisiones o en general en el curso que da al proceso, pero participa del criterio que son correctas las argumentaciones o el contenido cognoscitivo de las propuestas lanzadas por el traficante, estaremos ante un hecho en el que no hay riesgo penalmente relevante que se

haya concretado en un resultado y que más bien se inscribe en el ámbito posible de valoraciones del Juez o servidor público, presentándose un caso de atipicidad por delito de cohecho, no existiendo tampoco un ilícito administrativo ⁽⁸⁷⁹⁾; b) siendo consciente de la influencia que se ejerce sobre él y de las intenciones del traficante, el *intraneus* –sin comprometerse económicamente incluso a nivel de ventajas– da curso al proceso o resuelve el mismo en contrariedad a derecho, en vinculación causal con el contenido de la influencia. Cabe aquí analizar la configuración delictiva del prevaricato (de existir el «a sabiendas» al que alude el artículo 418 del Código Penal) o abuso de autoridad, así como la posibilidad de considerar que el traficante haya inducido al magistrado a prevaricar; c) de recibir el funcionario o servidor público donativo u otro medio corruptor acompañado al ejercicio de la influencia, habrá incurrido en un delito de cohecho pasivo propio o impropio (según su conducta ilícita viole o no sus obligaciones regladas), mientras que el traficante incurrirá en delito de cohecho activo agravado o específico en concurso real con tráfico de influencias;⁽⁸⁸⁰⁾ d) el acto infuncional se producirá de tener el funcionario o servidor acercamientos o ligerezas inexcusables en su actitud frente al traficante.

XIV. ESTAFA Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Entre el delito de estafa y el de tráfico de influencias existen apreciables similitudes pero también diferencias. Las mayores semejanzas se producen en la modalidad de tráfico de influencias simuladas o aparentes con percepción de provecho económico, en la que el supuesto de hecho imputado al sujeto activo puede generar un concurso ideal entre ambos delitos ⁽⁸⁸¹⁾.

⁽⁸⁷⁹⁾ Con igual solución, aunque partiendo de una argumentación diferente, CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, cit., p. 211, para quien la provocación de resoluciones totalmente adecuadas a derecho debe quedar excluida del ámbito del tráfico de influencias por no afectarse la imparcialidad en tanto bien jurídico protegido, dado que la acción no ha supuesto un riesgo intolerable para el ordenamiento jurídico.

⁽⁸⁸⁰⁾ Véase también en este sentido HURTADO POZO, «Interpretación y aplicación del art. 400º CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias», cit., p. 299, para quien este supuesto implica un concurso real heterogéneo.

⁽⁸⁸¹⁾ ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 661. Dicho tratadista es de la opinión que dicho tráfico de influencias es una variedad específica de la estafa (*ibidem*, Vol. II, pp. 659-660).

Las diferencias son las siguientes: a) legalmente ambos lesionan bienes jurídicos distintos (el patrimonio económico y la administración pública), tratándose por lo tanto de delitos de distinta naturaleza jurídica: común y especial; b) el tráfico de influencias es un delito de peligro la estafa es de resultado; c) no toda figura de tráfico de influencias supone el uso de ardid e inducción a error; d) en el delito de estafa el perjudicado directo tiene mención legal típica expresa, en el tráfico de influencias no; e) el sujeto pasivo es distinto en la estafa (el particular o la persona jurídica afectada) y en el tráfico de influencia (la administración pública); f) la tipicidad del tráfico de influencias se refiere a la entrega o recepción de donativos o ventajas, luego de que el agente invoque poseer influencias y ofrezca interceder ante funcionario o servidor público específicos, en la estafa el acto de disposición que marca la consumación del delito es producto del error en el que incurre el perjudicado producto del engaño; error y engaño que no son necesariamente elementos de tipicidad del tráfico de influencias.

La intercambiabilidad (solución al concurso aparente de normas) entre la tipicidad del tráfico de influencias y la estafa puede presentarse con cierta frecuencia. En efecto, en determinados supuestos la imputación de tráfico de influencias perderá fuerza por el de estafa cuando por ejemplo no exista ofrecimiento de intercesión ante el funcionario público o cuando éste no exista, cuando las influencias simuladas se basen en el error generado por el engaño en que se ha hecho incurrir a la víctima sin que exista pretensión de interceder. En la hipótesis de tráfico mediante influencias simuladas, de concurrir los demás elementos de tipicidad (invocación de influencias, ofrecimiento de intermediación existencia real del funcionario o servidor público nominados y obtención de provecho patrimonial) la tipicidad del tráfico de influencias absorberá los componentes típicos de estafa que pueda admitir el mostrar el supuesto de hecho.

XV. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad:*

- La simple propuesta de interceder mientras no se produzca la recepción del medio corruptor es acto preparatorio no punible.
- El interceder ante funcionario o servidor público judicial o administrativo sin existir de por medio donativo, promesa o ventaja es

atípico por la no concurrencia del aludido componente objetivo del tipo. Si la intercesión se convierte en patrocinio, el hecho se subsumirá en la figura del art. 385.

- cuando la víctima da donativo, ofrece promesa o concede ventaja producto de su propio autoconvencimiento de una posición de influencia inexistente sin que el sujeto activo haya hecho directa o indirectamente invocación de influencias.
- La invocación de influencia y el ofrecimiento de intercesión ante funcionarios o servidores públicos distintos de los nominados específicamente en la norma penal.
- El error de tipo invencible es impracticable.

2. Causas de justificación:

- Cabe plantearse el estado de necesidad justificante que explique el comportamiento típico del agente.

XVI. PROBLEMÁTICA

1) *¿La simple sugerencia u oferta hecha a una persona de interceder ante funcionario es ya una situación delictiva?*

El delito aún no se ha consumado, está en fase de actos preparatorios, por lo tanto es impune. A efectos de darle racionalidad al delito en estudio se deberá tomar en cuenta la seriedad (posibilidad de concreción) de la propuesta y su verosimilitud (probabilidad de verdad), desde una perspectiva *ex ante*. Una simple indicación o consejo sobre la persona influyente no admite suficiencia para definir un acto de relevancia penal por tal delito.

2) *¿Si el sujeto solicita dinero al interesado para corromper al funcionario o servidor público, ello configura delito de tráfico de influencias?*

No, puede tratarse de una estafa o de un caso de complicidad (en relación con el interesado) en cohecho activo, en el caso que éste tenga conocimiento de dicha finalidad. La tipicidad del tráfico de influencias no está construida sobre la base del pacto y conocimiento del destino del medio corruptor, en tanto va dirigido al *intraneus* específico.

3) *¿Las ventajas sexuales pueden constituir el precio para el ofrecimiento hecho por el traficante de influencias?*

El asunto es muy discutible en la doctrina y jurisprudencia comparada. La frase abierta y amplia de «cualquier ventaja» parece afirmar una respuesta positiva.

4) *¿Requiere el delito de tráfico de influencias idoneidad de los actos ejecutivos (es decir, credibilidad de las influencias y verosimilitud del ofrecimiento)?*

Debe existir un mínimo de racionalidad en la oferta. Una respuesta taxativa al respecto es difícil, se tiene que evaluar la situación concreta y las circunstancias (culturales, de urgencias, edad, etc.) que rodean al interesado. Un estricto análisis *ex ante*, que descarte las ofertas inidóneas, se torna poco practicable, dadas las características con las que se desarrolla este delito, que trabaja con interesados de diferente nivel cultural y con diversos planos de vulnerabilidad, de los que se aprovecha el traficante.

5. *¿El abogado que invoca influencias ante su cliente, puede ser imputado por tráfico de influencias?*

El abogado siempre va a pretender influir sobre el magistrado o sobre el servidor de justicia y en general sobre todo funcionario donde tiene intereses inherentes a su profesión. Dicha pretensión de influencia se va a manifestar mediante argumentaciones racionales, lazos de amistad, de estudios, familiares, favores, etc., siendo todo ello parte de un marco posible de actuación que al estar sujeto a un contrato de servicios profesionales aleja la posibilidad de observar tipicidad por delito de tráfico de influencias, siendo ello un acto ajustado socialmente. Esto no descarta la posibilidad de que el abogado u otro profesional vinculado con la administración de justicia simule una contratación laboral inexistente con el interesado para avalar una práctica de beneficios por actividades ilícitas de venta de influencias reales o aparentes.

Por lo demás, de la redacción normativa de la figura penal de tráfico de influencias se descarta que una relación laboral de servicios profesionales, en el que habrá obviamente intercesión o intermediación a través de actos de patrocinio o representación, en los cuales de alguna forma pueda producirse una invocación de influencias, pase a ser

considerada penalmente relevante, ya que ella incluye riesgos tolerables por el sistema.

6. *¿Cualquier tipo de influencia constituye delito?*

No, la influencia no es propiamente el núcleo de la tipicidad del delito regulado en el artículo 400 del Código Penal, éste no penaliza de modo genérico a la capacidad de sugestión o el poder de incidir en la voluntad del funcionario o servidor público especialmente consignados en la norma penal. Que un particular ejerza influencia en el sujeto público o que sea un funcionario lo haga sobre otro funcionario, no es suficiente para configurar la tipicidad del delito de tráfico de influencias, ello es un riesgo soportable por el sistema, reconducible a lo mucho –en el caso de los sujetos públicos–, por los cauces del acto infuncional o irregularidad administrativa. Para que la influencia pase a adquirir importancia penal se requiere además que sea invocada ante el interesado y que la intercesión sea condicionada a la presencia de algunos de los medios corruptores señalados en el tipo penal

XVII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1889)

«C.P. de Italia (1889), art. 204: *El que simulando o exagerando su influencia o sus relaciones con un miembro del Parlamento o con un funcionario público, reciba o haga dar o prometer a sí o a otro, dinero, u otro beneficio como estímulo o recompensa de su propia mediación con éstos o con el pretexto de tener que comprar su favor o tener que remunerarlo, incurrirá en la pena de uno a cinco años de reclusión y multa de 50 a 1500 liras.*

Si el culpable fuere un funcionario público se agregará a dicha pena en todos los casos, la inhabilitación temporal para cargos públicos».

2. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 346 (millantato credito): *Quienquiera que atribuyéndose influencia acerca de un oficial público o de un empleado público que preste un servicio público, recibe o hace dar así o a otros, dinero u otra utilidad, como precio de su mediación ante el oficial público o empleado público, será castigado con la reclusión de 1 a 5 años y con multa de 3000 a 20,000 liras.*

La pena será de reclusión de 2 a 6 años y multa de 1 millón de liras a 6 millones, si el culpable recibe o hace dar o prometer, a sí o a otro, dinero u otra utilidad, con el pretexto de tener que comprar el favor de un oficial público o empleado, o de tener que remunerarle».

3. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 147: El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) 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».

«C. P. de Colombia (2000), art. 411: El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos salarios (200) mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años».

4. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 404 bis a): El funcionario público o autoridad que influyera en otro funcionario público o autoridad prevaleiéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido».

5. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 428: El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleiéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su

relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

«C.P. de España (1995), art. 429: El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de 6 meses a 1 año y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

«C.P. de España (1995), art. 430: Los que ofreciéndose a realizarlas conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años».

6. Argentina (Ley 25.188 que adiciona al Código Penal el art. 256 bis)

Artículo 256 bis. *«Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.*

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a 12 años».

7. Portugal (1995)

Artículo 335º.- Tráfico de influência: «*Quem por si ou interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de entidade publica encomendas, adjudicações, contratos, empregos, subsídios, subvenções, benefícios ou outras decisões anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal*». [Redacção do art. 2 da Lei nº 65/98, de 2/9].

8. Chile (1874)

«C.P de Chile (1874), art. 240 bis (2do párrafo): *Las mismas penas se impondrán al empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos tercero y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operaciones en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses*».

«C.P de Chile (1874), art. 248 bis: *Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente*».

2

Negociación incompatible

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Comportamientos típicos: a) *Indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero.* b) *El objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación.* c) *Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional.* VI. Elemento subjetivo. VII. Consumación y tentativa. VIII. Participación. IX. Penalidad. X. Concurso de delitos. XI. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad.* 2. *Causas de justificación.* 3. *Causas de exculpación.* XII. Problemática. XIII. Legislación extranjera: 1. *España (1870).* 2. *España (1995).* 3. *Francia (1810).* 4. *Italia (1930).* 5. *Argentina (1922).* 6. *Portugal (1982).* 7. *Colombia (1980).* 8. *España (1995).*

Art. 399: «El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código penal.» [Texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la Ley N° 28355 de 06 de octubre de 2004].

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente directa se halla en el artículo 345 del Código penal de 1924 ⁽⁸⁸²⁾: «*El funcionario o empleado público que directa e indirectamente se interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de*

⁽⁸⁸²⁾ Artículo que a su vez tiene su precedente en el artículo 201 del código de 1863. Ambos textos punitivos tienen idéntica redacción típica, salvo en la penalidad, ya que en el código de 1863 sólo se sanciona con inhabilitación y multa.

su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación adjudicación o participación intervienen y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias».

La fuente legislativa extranjera se halla en los artículos 175 del Código penal francés de 1810 ⁽⁸⁸³⁾ y 324 del Código penal español de 1850, que sirvieron de matrices para las fórmulas peruanas de 1863, 1924 y 1991, argentina de 1922 (actualmente vigente) y colombiana de 1936 y 1980.

II. LA FIGURA PENAL

El modelo peruano de negociación incompatible de funcionario o servidor público tiene gran similitud con los modelos colombiano (art. 145, código de 1980 y art. 409, código del 2000) y argentino (art. 265). En este último las modalidades de interés ilícito pueden producirse directamente, por persona interpuesta o por acto simulado. En la figura peruana puede ser directa o indirectamente o por acto simulado. Dos maneras de significar lo mismo. Cabe destacar que la norma penal nacional a diferencia de la argentina no ha consignado expresamente el componente provecho patrimonial (en beneficio propio o de tercero).

Se trata de una figura de incompatibilidad de cierta generalidad al no especificarse la naturaleza del contrato u operación que, como se apreciará del análisis a realizar, tiene grandes similitudes con el delito de colusión defraudatoria contenido en el art. 384 del Código Penal, con las obvias diferencias que en la negociación no es requerible la concertación ni la existencia de perjuicio; esto último explica la penalidad menor del art. 397. El legislador peruano ha preferido ubicar esta figura en el rubro de corrupción de funcionarios, a diferencia del español que lo considera una forma de fraude ilegal (Código penal de 1973) o un delito incluido en el rubro «negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos» (Código penal de 1995), lo cual es un referente necesario para la interpretación de la norma, esto es, la negociación incompatible es una modalidad de corrupción, por lo mismo la

⁽⁸⁸³⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa.

Por su parte, la legislación penal argentina ubica este tipo penal en un capítulo autónomo denominado «Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas». A efectos de una mejor sistematización, esta figura penal –de *lege ferenda*– deberá ser reubicada a continuación de la colusión defraudatoria, ya que se trata de una modalidad atenuada de la misma.

Este tipo penal merece cuestionamientos no por su existencia como sostiene ABANTO VÁSQUEZ ⁽⁸⁸⁴⁾, sino por su ubicación sistemática, que al igual que la figura de colusión defraudatoria exige una Sección independiente integradora de «las negociaciones e incompatibilidades de los funcionarios y servidores públicos». No es exacto equiparar la negociación incompatible a una fase de tentativa del delito de colusión defraudatoria, pues éste posee un componente de tipicidad objetiva que le es inexistente a aquélla; en efecto, «el concertarse con los interesados» es el elemento que la define normativamente y que se halla ausente en el tipo penal 397.

La Ley N° 28355 no ha efectuado reformas de fondo con relación a la estructura de redacción típica, limitándose únicamente a agregar la frase «en provecho propio o de terceros» y modificando el régimen de penas, con el consiguiente aumento de la privación de libertad y la expresa anotación de la pena de inhabilitación.

La dación en julio de 2003 de la Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública (Ley N° 28024) seguida de su reglamento D.S. N° 099-2003 PCM, refuerza la prohibición legal en la que se hallan los funcionarios y servidores públicos de interesarse indebidamente en provecho propio o de terceros en las negociaciones estatales ⁽⁸⁸⁵⁾,

⁽⁸⁸⁴⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 446.

⁽⁸⁸⁵⁾ Art. 3º de la Ley 28024, publicada el 12/7/2003: Se entiende por gestión de intereses a la actividad mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas. La gestión de intereses se lleva a cabo mediante actos de gestión.

Los funcionarios públicos se encuentran prohibidos de realizar actos de gestión por intereses distintos a los institucionales o estatales.

pero a la vez establece el marco de actuación de dichos sujetos públicos en su relación con los gestores de intereses privados, a efectos de la toma de políticas y decisiones públicas. Fija asimismo sus obligaciones y prohibiciones, así como precisa que las comunicaciones entre los gestores y los funcionarios con capacidad de decisión constarán documentalmente. La ley excluye de sus alcances en forma taxativa las funciones jurisdiccionales del Poder Judicial, de los organismos constitucionales autónomos y de las autoridades y tribunales antes los que se sigue procesos administrativos. Así la gestión de intereses particulares ante la administración pública, contemplada por la ley se restringe a los sectores del Ejecutivo, Congreso de la República, Gobiernos locales y regionales y a la actividad empresarial del Estado, prohibiéndose en este marco, con excepciones, ⁽⁸⁸⁶⁾ la aceptación por parte de los sujetos públicos de liberalidades otorgadas por los gestores de intereses o de terceros representantes (obsequios, donaciones, servicios gratuitos, ofertas de cargos o empleos).

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a los de ella. Se busca también mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales obtenidas. O como bien reafirma MIR PUIG el bien jurídico protegido es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizar su imparcialidad frente a los administrados en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos en particular. Es decir, es el interés, que los ciudada-

⁽⁸⁸⁶⁾ Ver la Ley 28024, art. 18 (De las excepciones), en el que entre otras no se considera liberalidades, las contribuciones de origen lícito a favor de las campañas electorales y los legados o donaciones a favor de entidades del Estado.

nos poseen en que los funcionarios no se mezclen en actividades lucrativas que pueden condicionar la adopción de resoluciones partidistas o la orientación de la función pública al servicio de su enriquecimiento personal ⁽⁸⁸⁷⁾.

La jurisprudencia argentina ha resumido en un feliz desarrollo conceptual el tema del bien jurídico, cuando señala: «El objeto tutelado en la figura del artículo 265 del Código Penal es el interés del Estado en el fiel y debido cumplimiento de las funciones de la administración en sentido amplio: de modo tal que la conducta de sus funcionarios no sólo esté claramente orientada en un sentido imparcial sino que se encuentre fuera de cualquier sospecha de parcialidad» ⁽⁸⁸⁸⁾.

Para ANTOLISEI el fin de la norma es asegurar el desinterés del funcionario público en el ejercicio de sus funciones ⁽⁸⁸⁹⁾.

Resulta discutible que el bien jurídico específico sea preservar la *imparcialidad* ⁽⁸⁹⁰⁾, con la que debe guiar sus *actuaciones* el funcionario o servidor legitimado para intervenir en las *contrataciones* a nombre del Estado, pues como ya se ha indicado reiteradamente dicho funcionario no puede actuar *imparcialmente* sino en estricta *sujeción* a los *intereses* públicos.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo el funcionario o servidor público con facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo. La autoría puede ser simple o colegiada (coautoría). De emplear el autor terceras personas que ejecutan el acto de interesarse (modalidad de comisión indirecta del delito), éstas serán sus cómplices, de comportarse dolosamente, dada la imposibilidad que compartan roles

⁽⁸⁸⁷⁾ MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 357.

⁽⁸⁸⁸⁾ Sentencia de la C. Fed. de Córdoba, Sala Crim., 11 de mayo de 1981, "Rodríguez Roberto" (DONNA, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 316).

⁽⁸⁸⁹⁾ ANTOLISEI: *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, pp. 629 y 316; MANZINI: *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 36.

⁽⁸⁹⁰⁾ Véase por ejemplo, defendiendo tal posición, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 446.

de coautoría con el sujeto especial, pese a lo decisivo que pueda representar su aporte material. De no existir vinculación en razón al cargo o función en el interés ilícito del funcionario o servidor, el supuesto de hecho ilícito será atípico de esta figura.

Hay que enfatizar que la calidad funcional requerida por este tipo penal con relación al autor se concuerda con el rol que juega éste en la estructura de la negociación o contratación. En efecto, no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo. Esta restricción establecida por la norma penal pareciera que excluye a los que sólo cumplen encargos o delegaciones sin estar referenciadas en los deberes del cargo.

Es sujeto pasivo genérico del delito el Estado. Las diversas reparticiones públicas o estrictamente estatales pueden constituirse en sujetos pasivos específicos directamente afectados en grado de peligro por el comportamiento ilícito del funcionario o servidor público, y a quienes beneficiará la reparación civil.

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El verbo rector es: interesarse.

Modalidades de comisión: a) directamente; b) indirectamente; c) por acto simulado. Cada una de las cuales configura un ilícito penal propio o combinable.

Los componentes materiales del comportamiento típico son tres:

a) Indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero

El interés típico del artículo 397 tiene ahora, con la reforma del tipo penal, por ley 28355, un sentido directo de provecho o utilidad que en una de sus múltiples acepciones contiene el término interesarse, en un marco de injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés). CREUS condensa bien esto cuando indica «interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma

una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros» ⁽⁸⁹¹⁾. El interés puede surgir antes del contrato (acto preparatorio aún no punible), durante la ejecución del mismo o en la fase de liquidación ⁽⁸⁹²⁾ y puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas.

Hay que notar, que el componente normativo en análisis es «se interesa», esto, es tomar interés propio, lo cual excluye del ámbito de tipicidad intereses futuros o hipotéticos, ya que la norma penal está construida sobre actos en tiempo presente y directamente vinculados a determinadas actividades en los que intervienen los sujetos públicos.

Nuestra legislación penal, con la reforma producida por Ley Nº 28355, a diferencia de la redacción anterior, ahora si marca el destino u orientación de la conducta del agente público expresado en el provecho propio o de terceros, acercándose así a las fórmulas de otras legislaciones penales, como por ejemplo, de la colombiana (art. 409) que habla de *interesarse* en provecho propio o de un tercero, o el portugués (art. 427) que refiere el interés del funcionario para obtener participación económica ilícita para sí o un tercero; o de la italiana (art. 324, derogado) que extendía el interés del funcionario a cualquier acto de la administración pública en función a un interés particular amplio ⁽⁸⁹³⁾. Como afirma CAMAÑO ROSA, «no es necesario que dicho interés privado entre en conflicto con el interés público, basta que sea incompatible funcionalmente, pues aquí se castiga la conjunción de los intereses» ⁽⁸⁹⁴⁾.

Dos son las posiciones dadas sobre la naturaleza del interés: 1) se trata de un interés en procura de provecho o ventaja económica para sí o para un tercero (GARRAUD, MERLE, VITU, en la doctrina francesa); y 2) el interés posee naturaleza amplia, no sólo económica, basta que sea incompatible funcionalmente (SABATINI, MANZINI, ANTOLISEI, DELPINO, en

⁽⁸⁹¹⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 309.

⁽⁸⁹²⁾ CAMAÑO ROSA ("Delitos contra la administración pública en el Código penal uruguayo", cit., p. 63) acota que la intervención interesada puede ocurrir en el proyecto, discusión, redacción, notificación, modificación, revocación, anulación y ejecución.

⁽⁸⁹³⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

⁽⁸⁹⁴⁾ CAMAÑO ROSA, "Delitos contra la administración pública en el Código penal uruguayo", cit., p. 63.

la doctrina italiana). Roger MERLE y André VITU, por ejemplo, sostienen que es objetivo del art. 175 del Código penal francés el luchar contra el espíritu de lucro de los funcionarios públicos en la gestión de los negocios públicos ⁽⁸⁹⁵⁾. MANZINI, por su parte, explica que el interés puede ser por un fin ilícito particular de la naturaleza que fuere en provecho propio o ajeno ⁽⁸⁹⁶⁾. Se aprecia así el peso de la doctrina francesa en nuestros legisladores que decidieron por considerar al delito de interés ilícito como una forma de corrupción.

La polémica de carácter histórico entre ambas escuelas obedece en realidad a la especial configuración de los componentes típicos de los artículos 175 francés y 324 italiano ⁽⁸⁹⁷⁾, donde en el primero se alude expresamente a *affaires* (negocios) y en el segundo se habla de «*cualquier acto*» de la administración pública.

Tanto el Código penal argentino como el peruano siguen en este punto la orientación francesa, razón por la cual son válidas plenamente las interpretaciones que sobre su contenido y naturaleza efectúan los doctrinarios argentinos. Se trata de injerencias infuncionales donde el interés del funcionario o servidor, dado la naturaleza de los actos en que interviene, reviste naturaleza económica (provechos, ventajas, etc.). De no ser indebido el interés puesto por el funcionario o servidor, el hecho será atípico ⁽⁸⁹⁸⁾.

Interesarse de forma directa es la primera modalidad prevista en la ley penal peruana. Y ello implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momen-

⁽⁸⁹⁵⁾ MERLE, Roger y VITU, André: *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, Paris, Editions Cujas, 1982, p. 297.

⁽⁸⁹⁶⁾ MANZINI (*Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 318) indica que: "en lo que concierne a este interés del oficial público, es de observar que su ingerencia en relación al acto, puede adoptar una forma cualquiera: *activa*, desde la simple propuesta de una orden del día, el voto, la decisión, el co-interés financiero, la recepción de una dieta, el aprovechamiento en beneficio propio de ventaja únicamente concedidas a las entidades públicas; u *omisiva*, como cuando el oficial público no se retire una vez surgen la incompatibilidad específica".

⁽⁸⁹⁷⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽⁸⁹⁸⁾ Así, la Ejecutoria Suprema del 12-3-2003, Exp. N° 4766-2001-Puno, que resolvió un caso con base a que la acción cometida por el agente no estuvo prohibida expresamente por norma legal, esto es no fue indebida (véase sumillas).

to de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria, ejecución, etc., del contrato u operación, o en cualquier momento de la negociación. Negociación que en fórmula abierta el legislador señala con la frase «cualquier contrato u operación».

Interesarse en forma indirecta es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas (el caso típico del uso de testaferros), pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos los que participan o tienen de hecho niveles de injerencia, quienes se ubican en el ámbito de los actos de dominio y control del sujeto activo del delito para sus fines ilícitos. Dichos intermediarios juegan aquí el papel de cooperadores o cómplices y según el caso pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato.

Interesarse mediante acto simulado es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales; es negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o en una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes. El acto simulado, dice FONTÁN BALESTRA, es aquel que contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido ⁽⁸⁹⁹⁾.

En provecho propio o de terceros. Esta precisión incorporada en octubre de 2004, le dota de mayor objetividad a la figura delictiva y permite apreciar mejor el disvalor de la acción, al poseer en su tipicidad un componente que la colusión desleal, con la cual tiene un gran acercamiento, no tiene. El provecho personal o de terceras personas que debe suponer o ser la consecuencia de la conducta de interesarse indebidamente, permite trabajar mejor la presencia de dolo directo en la conducta del funcionario o servidor público. Con ello igualmente se abre más el espectro de la tipicidad para no dejar en la impunidad comportamientos que no reporten provecho al sujeto público y por lo mismo van contra la idea de ventaja patrimonial que está presente en todo delito de corrupción. No obstante la incorporación del provecho efectuada por la ley de reforma, siguen vigentes las objeciones de re-

⁽⁸⁹⁹⁾ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 146.

gular esta modalidad de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción.

b) El objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación

Los contratos en los que es parte el Estado son variados y numerosos y se refieren a negociaciones obviamente lícitas de contenido múltiple, no sólo económico (de servicios, culturales, económicos, de obras, etc.), de derecho privado o público. Como precisa ALBERTO MILLÁN, la incriminación funciona para todos los contratos que realiza el Estado cualquiera sea el carácter y materia en que actúa ⁽⁹⁰⁰⁾.

Las *operaciones* son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos (licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiación, etc.). El objeto de la norma penal al emplear este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales. No parece correcto entender el significado del término «operación» en tanto actos inherentes a los de la función o competencia del sujeto público, es decir personalizar el concepto normativo ⁽⁹⁰¹⁾.

Queda claro entonces que el interés ilícito del funcionario o servidor público tiene naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden tener diversidad de líneas (económicas, culturales, de servicios, etc.).

c) Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional

El funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función a las prerrogativas de su cargo, puesto o empleo en la

⁽⁹⁰⁰⁾ MILLÁN, Alberto S., "El delito de negociaciones incompatibles", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, enero-marzo, Buenos Aires, 1970, p. 30.

⁽⁹⁰¹⁾ Así, por ejemplo, como aborda el tema Pedro Alfonso PAVÓN PARRA, para quien «Operación» se entiende en sentido genérico como cualquier actuación del funcionario que contenga decisiones de gestión, administración o trámite, con trascendencia sustancial o procesal, siempre que sean ejercicio de las facultades o poderes conferidos al agente en razón de su cargo (*Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1979, p. 219).

administración pública. Ello supone que: a) es inherente al ámbito de su competencia el ser parte en el contrato u operación; b) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo.

El acto de intervenir es legítimo, el interés particular puesto de manifiesto es ilícito y se inscribe en el contexto del régimen de incompatibilidades del funcionario o servidor público que deberá ser previamente dilucidado en vía administrativa.

Para que se produzca el delito de negociación incompatible debe producirse el conflicto de compatibilidades. El funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado. Pero, sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal para obtener provecho o para procurarlo a terceros, tomándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional ⁽⁹⁰²⁾. Ni el Estado está representado por el sujeto especial, ni éste cumple con las obligaciones de su cargo: el interés personal entra en colisión con el interés de la administración pública, circunstancias en las cuales el control estatal, primero administrativo y –de reunir las características de relevancia– luego el penal, interviene.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo es doloso. Requiere dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La figura penal de negociación incompatible es a todas luces un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones, es decir, cuando el provecho, generalmente patrimonial propio para terceros, comanda su comportamiento funcional. El tipo no requiere para su consumación que se produzca efectivamente el provecho eco-

⁽⁹⁰²⁾ A esta situación SOLER (*Derecho penal argentino*, cit., T. VI, p. 189) llama el desdoblamiento de la personalidad del funcionario: a un tiempo resulta intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado particular y como órgano del Estado.

nómico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado ⁽⁹⁰³⁾; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro donde se castiga el interés tendencioso e ilícito del funcionario o servidor.

No se requiere, asimismo, que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de éste sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la administración pública. El agente puede interesarse para sí en una parte del contrato u operación y en lo que resta asumir el interés de la administración estatal, situación en la cual igualmente se habrá consumado el delito. Es debatible la relevancia penal de la hipótesis en la cual el acto de interesarse indebidamente le reporte mayor beneficio a la administración pública en la celebración del contrato o la negociación, además del probable interés conseguido u obtenido por el agente, si es que no existía una forma posible de evitar la producción de tal interés sin perjuicio para con el Estado o cuando la inexistencia del mismo hubiera propiciado situaciones desventajosas para los intereses económicos de la administración pública. Se impone aquí invocar principios generales de mínima intervención y última ratio, dejando a la esfera administrativa la solución del conflicto.

Las modalidades de tentativa son muy discutibles. Si el acto de interesarse admite fragmentación y un *iter* espaciado, puede hablarse de tentativa. Pueden darse situaciones de delito continuado y de permanencia. El tipo es fundamentalmente de comisión activa que no descarta por lo mismo omisiones relevantes.

VIII. PARTICIPACIÓN

En los actos de contratación administrativa pueden concurrir aportes de dominio y control del hecho (propio de los autores) como actos de cooperación secundaria e instigación atribuibles a particulares e incluso a funcionarios o servidores que no poseen vinculación funcional con los contratos u operaciones, y cuyo contexto de participación puede adquirir diversas manifestaciones (intermediarios, facilitadores de las negociaciones con intencional orientación de las mismas, terceros negocia-

⁽⁹⁰³⁾ Véase tesis afirmativas y negativas sobre este punto MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 280-281.

dores que sirven a los intereses del funcionario o servidor vinculado, etc.). En los actos de interesarse ilícitamente, por tratarse de un delito de peligro de imputación personal cabe pensar en la hipótesis de instigación al interés ilícito atribuible a particulares o a sujetos públicos desvinculados funcionalmente. Cabe incluso la posibilidad que el sujeto activo de negociación incompatible instigue colusiones defraudatorias.

IX. PENALIDAD

Pena conjunta: privativa de libertad de 4 a 6 años más inhabilitación (art. 36, incisos 1 y 2 del Código penal). Se ha incrementado la pena privativa de libertad, con relación a la anterior redacción, observándose de este modo una tendencia marcada si la relacionamos con el diseño original de 1991 que establecía una pena que iba de 2 a 5 años de privación de la libertad y en una línea de continuidad histórica con el de 1924 que fijaba prisión no mayor de 3 años más multa, o el de 1863 que impuso penas de multa e inhabilitación.

X. CONCURSO DE DELITOS

Pueden generarse situaciones de concurso con los tipos penales de colusión defraudatoria (art. 384), tráfico de influencias (art. 400), fe pública (arts. 427, 428), patrocínio ilegal (art. 385). El preordenamiento indebido del curso de la actividad contractual que practica el sujeto activo puede concluir en una colusión defraudatoria.

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad*

Hay atipicidad al no existir vinculación entre el comportamiento del funcionario o servidor consistente en interesarse y el cargo o función ⁽⁹⁰⁴⁾.

No existencia de referentes de incompatibilidad.

⁽⁹⁰⁴⁾ Véase Ejecutoria Suprema del 25/10/2002, Exp. N° 4832-2001 Arequipa, que consideró que no existía tipicidad en el hecho que un profesional en su condición de Médico especialista de un hospital público de Arequipa y actuando además como gerente de una empresa dedicada a la salud suscribiera dos convenios con el hospital para la prestación de exámenes de fotocoagulación láser y angiografía, dado que no intervino por razón de su cargo en la celebración de los contratos (en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 514).

2. Causas de justificación

- Obrar bajo orden obligatoria de autoridad competente.
- La autorización formal dada por un superior jerárquico o entidad autorizada no permite justificar la antijuricidad del hecho.
- La posición de garante que ocupa el sujeto público no permite la presencia de las demás causas justificantes o permisos para obrar contra el derecho.

3. Causas de exculpación

- El error de prohibición invencible. Cuando el comportamiento del sujeto activo obedece a la firme creencia de que en el ámbito de acción en que actúa el hecho no está prohibido por la norma o no ingresa el régimen de incompatibilidades funcionales, o que la ley permite el interesarse al no haberlo prohibido expresamente.

XII. PROBLEMÁTICA

1) *¿En el caso que el funcionario o servidor se interese para favorecer concertadamente a otro funcionario de jerarquía superior, abarca también el tipo de negociación incompatible esta situación?*

Sí, pues el provecho puede ir en beneficio del sujeto activo como de un tercero, el mismo que puede ser otro funcionario o un particular. El ámbito de responsabilidad del funcionario o servidor favorecido es variado dependiendo del análisis concreto que se haga al supuesto y de las contribuciones que éstos hayan dado a la ejecución del delito. Así, pueden jugar el rol de determinadores o también de cómplices. Para que se configure coautoría o autoría múltiple, hay que tomar en cuenta que estamos ante un delito de infracción de deber, de autoría restrictiva de modo que si el favorecido no se encontraba en la misma posición de deber frente a las negociaciones estatales en que interviene en relación al bien jurídico, no será posible que sea considerado autor o coautor. Caben sí hipótesis de receptación o situaciones de atipicidad de inexistir vinculación penalmente relevante entre el funcionario –servidor obligado y los beneficiado.

2) *¿Es posible el delito de interés ilícito en contrato u operación por omisión?*

Sí, es posible que se presente en la modalidad que se perfecciona por acto simulado, en la que por la naturaleza misma de la simulación

es dable admitir comportamientos omisivos con carga intencional comisiva, perpetrada en tal caso por terceros.

3) *¿Influye en algo el hecho que el funcionario antes de adquirir tal calidad haya estado interesado en los contratos u operaciones como particular?*

La figura plantea dos situaciones: a) la del particular que accede al cargo; y b) la del funcionario que asume tales funciones. Es irrelevante para configurar el delito; puede ser invocado por el juez como un elemento a tomar en cuenta para determinar pena.

4) *¿Si el contrato en el que interviene el funcionario o servidor en razón a su cargo, es nulo ipso iure, el interés particular puesto en él por dicho sujeto sigue siendo típico?*

El caso es debatible. Se puede argumentar la inidoneidad del elemento normativo principal que hace atípica la figura, quedando subsistente la relevancia administrativa en los actos del sujeto público. Pero con igual fuerza argumentativa se puede aducir distintamente en función al sentido de peligro del término *interesarse*.

5) *¿El consentimiento o la complacencia puesta por el superior jerárquico o la entidad administrativa al comportamiento del funcionario o servidor que se interesa ilegalmente, justifica la antijuricidad del delito, es decir, justifica ante el derecho tal conducta?*

No. En tal supuesto el superior jerárquico comete el delito del art. 377 del Código penal, si es que no existe concierto; de producirse será coautor de negociación incompatible o cómplice según el grado de sus aportes. Cabe también analizar en mínima ratio la existencia de ilícito administrativo de conformidad a la naturaleza concreta de la infracción.

6) *¿Si producto del interés ilícito del funcionario o servidor se produce ventaja o utilidad económica para el Estado, pierde tipicidad o contiene menor grado de injusto penal el delito?*

Por regla general tal circunstancia es irrelevante, el delito igualmente se habrá consumado. La figura penal del art. 397 no castiga el cumplimiento del acto (contrato u operación), ni la verificación del beneficio o perjuicio, sino el interés particular puesto por el funcionario o servidor violando sus deberes funcionales. Sin embargo, en situa-

ciones límites donde el interés particular e indebido administrativamente del agente produce un contexto evidente de ventajas a la administración pública, habrá que estar a los principios que guían el ordenamiento penal peruano ⁽⁹⁰⁵⁾.

7) *¿Si el funcionario o servidor que se interesa ilegalmente recibe donativo promesa o ventaja, existe concurso de delitos?*

Sí, en una unidad jurídica de acción se ha producido las figuras de negociación incompatible (art. 397) y cohecho pasivo (art. 393). Existe concurso ideal de delitos, el sujeto especial será juzgado por ambos delitos.

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. España (1870)

«C.P. de España (1870), art. 412 (con igual descripción típica el art. 401 del Código de 1973): *El funcionario público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba de intervenir por razón de su cargo será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del valor 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, curadores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias».

2. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 439: *La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 4 años».*

⁽⁹⁰⁵⁾ Véase *supra*, p. 591 (“Consumación y tentativa”).

3. Francia (1810)

«C.P. de Francia (1810), art. 175: *Todo funcionario, oficial público o agente del gobierno que, ya abiertamente, ya por actos disimulados, ya por medio de otras personas, hubiese tomado o recibido un interés cualquiera con motivo de las actas, adjudicaciones, empresas o arriendos cuya administración o vigilancia estuvieren en todo o en parte en su poder en el momento de celebrarse será condenado a un minimun de seis meses o un maximun de dos años de prisión y sufrirá además multa cuyo maximun será la cuarta parte de las restituciones y de las indemnizaciones, y cuyo minimun será la dozava parte de las mismas. Se le declarará además incapacitado durante toda su vida para ejercer ningún cargo público.*

La presente disposición será aplicable a todo funcionario o agente del gobierno que hubiere tomado un interés cualquiera en un negocio cuyo pago o liquidación estuviere a su cargo».

4. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1830), art. 324 (derogado por Ley 86 del 26 de abril de 1990): *El oficial público que, directamente o por interpuesta persona o mediante actos simulados, toma un interés privado en cualquier acto de la administración pública en la cual ejerce su propio oficio, es castigado con reclusión de 6 meses a 5 años y con la multa de 200,000 liras a 4'000,000".*

5. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 265: *Será reprimido con reclusión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo.*

Esta disposición será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubiesen intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curados, testamentarias o concursos».

6. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 427: *El funcionario que, con intención de obtener para sí o para un tercero participación económica ilícita, lesionare*

en un negocio jurídico los intereses patrimoniales que en todo o en parte le corresponde, en razón de sus funciones, administrar, fiscalizar, defender o liquidar, será penado con prisión de hasta 4 años y multa de 30 a 90 días.

7. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 145: El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de [seis (6) meses a tres (3) años, en multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años]».

8. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 439: La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 4 años».

3

Enriquecimiento ilícito

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Los modelos de enriquecimiento: a. *Fórmulas en base al referente material.* b. *Fórmulas en base al referente formal.* c. *Fórmulas en base a cláusula condicional.* d. *Fórmulas en base al destinatario.* e. *Fórmulas en base a la penalidad.* IV. La figura penal y el derecho comparado. V. Aspectos históricos en América Latina. VI. El incremento del patrimonio: la noción de enriquecimiento. VII. Las fuentes del enriquecimiento. VIII. El delito de enriquecimiento ilícito. IX. El bien jurídico protegido. X. Sujeto activo y pasivo. XI. El injusto objetivo: 1. *El contraste ostensible entre el patrimonio económico ex ante y el patrimonio económico ex post del sujeto público.* 2. *El incremento relevante.* 3. *Los medios típicos de enriquecimiento ilícito.* 4. *La ilicitud formal y el deber de justificación por parte del sujeto activo.* 5. *La relación funcional del enriquecimiento con el cargo.* XII. Elemento subjetivo. XIII. Consumación y tentativa. XIV. Participación. XV. La subsidiariedad del delito. XVI. Agravante por la calidad y posicionamiento del agente. XVII. Penalidad. XVIII. Fases negativas del delito. 1. *Atipicidad y causales de justificación.* XIX. Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. Colombia (1980). 3. Panamá (1982). 4. Costa Rica (1971). 5. Venezuela (*Ley del 31 de marzo de 1964*). 6. Puerto Rico (*Decreto 270 del 13 de febrero de 1973*). 7. México (1922). 8. *Convención Interamericana contra la Corrupción* (Caracas, 29 de marzo de 1996). 9. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (México, 2003).

Art. 401: «El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación cons-

titucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.» [Modificado por el Art. 1º de la Ley 28355 de 06 octubre de 2004]

Tipo penal sustituido

Art. 401: *"El funcionario o servidor público, que por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.*

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita [Texto según la modificación efectuada por el Art. 7 de la Ley N° 27482 de 15 de junio de 2001]."

I. ANTECEDENTES LEGALES

Fue el Decreto Legislativo N° 121 de fecha 12 de junio de 1981 el que anexó al Código penal de 1924 el art. 361-A que contenía la figura típica del enriquecimiento ilícito bajo el siguiente texto:

«El funcionario o servidor público que por razón del cargo, o de sus funciones se enriqueciere indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de diez años ni menor de cuatro años, multa de la renta de sesenta a ciento ochenta días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27 por doble tiempo de condena.

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas de sus bienes y rentas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido y de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa ilícita.

Las pruebas presentadas para justificar el incremento patrimonial, son reservadas, y no podrán ser utilizadas para ningún otro efecto».

II. LA FIGURA PENAL

La reforma radical del artículo 401 efectuada por Ley N° 28355 ha significado lo siguiente:

- A. El comportamiento típico ha sido establecido a través de la frase «ilícitamente incrementa su patrimonio», a diferencia de la fórmula derogada que lo hacía radicar en la frase «se enriquece ilícitamente»;
- B. Este incremento ha sido referenciado en los ingresos legítimos del funcionario o servidor público durante el ejercicio de sus funciones;
- C. Se ha incorporado además como factor importante de la tipicidad objetiva del delito que el agente «no pueda justificar razonablemente» dicho incremento, No justificación razonable que siendo en propiedad una circunstancia procesal ha sido introducida como componente del tipo penal;
- D. Se ha incorporado además en el tipo penal una circunstancia que califica y agrava el injusto penal cuando el autor es un funcionario público de alto nivel, en dos supuestos: a) haya ocupado cargos de alta dirección, o b) esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional;
- E. La penalidad de la circunstancia agravante ha sido establecida en un marco flexible que va de los 8 a los 18 años, la mas alta de las fijadas para delito contra la administración pública, a demás de la pena de inhabilitación.

La reforma practicada por la Ley N° 28355 ha supuesto asumir en parte uno de los componentes de la fórmula argentina del enriquecimiento ilícito: la no justificación del incremento, con lo cual la consumación del delito pareciera que pasa a constituirse más en un asunto de prueba que de componentes de tipicidad objetiva; argumento incorrecto como se pormenorizará más adelante. El Congreso al promulgar la ley que contenía este diseño se apartó del proyecto que el Ministerio Público le había hecho llegar ⁽⁹⁰⁶⁾, el mismo que ponía énfasis en

⁽⁹⁰⁶⁾ Fórmula de enriquecimiento ilícito propuesto por el Ministerio Público para su discusión en el Congreso el 4 de diciembre de 2002:

Art. 401. «El funcionario o servidor público que se enriquece ilícitamente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años:

La pena será no menor de diez años ni mayor de veinte, cuando:

un elenco de cuatro circunstancias agravantes sin alterar el tipo básico ⁽⁹⁰⁷⁾. La variación en términos de palabras de la acción típica (incrementa su patrimonio) en realidad en nada ha contribuido a esclarecer el contenido cuantitativo de la acción, el mismo que sigue en poder discrecional de los Fiscales y jueces, quienes sin embargo se encuentran limitados en esta tarea de difícil argumentación, en los casos que no supongan el fluir de millones, de cientos o decenas de miles de soles.

En la forma como está redactada la figura peruana actual de enriquecimiento ilícito ella constituye una creación, por cierto no del todo afortunada, del legislador nacional. Construyéndose así un tipo extremadamente genérico, válido sólo para casos significativos, que lo puede decir todo como también nada, que puede ser eludido fácilmente, de difícil probanza, o aplicado ideológicamente como mecanismo de persecución política.

III. LOS MODELOS DE ENRIQUECIMIENTO

Antes de adentrarnos en el estudio de la figura del art. 401 es oportuno presentar de manera comparada los esquemas o

a) El funcionario ocupa cargos de confianza o cargos en la alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública,

b) El funcionario está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional,

c) El monto del enriquecimiento supera las cincuenta unidades impositivas tributarias

d) El agente se vale de persona interpuesta» (en «Proyecto de ley anticorrupción y contra el crimen organizado», Ministerio Público-Fiscalía de la Nación, noviembre de 2002, p. 12.

⁽⁹⁰⁷⁾ Careciendo por lo mismo de seriedad las afirmaciones de HUGO ALVAREZ, cuando hace radicar en el Ministerio Público la causa de las desventuras de la reforma del tipo básico de enriquecimiento ilícito. Señala HUGO, «En nuestro medio la última reforma del artículo 401 del Código Penal nos ubica, lamentablemente, en una postura de negación del principio de mínima intervención, dicha reforma amorfa del tipo partió como iniciativa legislativa de la Fiscalía de la Nación. Recurrir al expediente facilista no es lo más adecuado ni moderno sino un mea culpa de lo ineficiente de la institución que, por imperio de la ley, tiene la carga de la prueba». Más aún dicho autor omite referirse a que la circunstancia agravatoria incorporada al artículo 401 fue una de las cuatro propuestas de agravantes efectuadas por el Ministerio Público. Véase de HUGO ALVAREZ, Jorge B., «El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10, N° 76, enero, Lima, 2005, p. 57.

fórmulas legales que se han ofrecido en Argentina y Colombia al respecto ⁽⁹⁰⁸⁾.

a. Fórmulas en base al referente material

1. Enriquecimiento patrimonial apreciable (Argentina).
2. Incremento patrimonial no justificado (Colombia).
3. Enriquecerse ilícitamente (Perú).
4. Enriquecido su patrimonio (Puerto Rico).

b. Fórmulas en base al referente formal

1. No justificar la procedencia del enriquecimiento (Argentina).
2. Por razón del cargo o de sus funciones (Colombia).
3. Por razón de su cargo (Perú).
4. Con posterioridad a la asunción del cargo, empleo o encomienda (Puerto Rico)

c. Fórmulas en base a cláusula condicional

1. Al ser debidamente requerido (Argentina).
2. Siempre que el hecho no constituya otro delito (Colombia).
3. No pueda justificar al serle requerido debidamente

d. Fórmulas en base al destinatario

1. Enriquecimiento suyo o de persona interpuesta para disimularlo (Argentina).
2. En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial (Colombia).
3. Haya enriquecido su patrimonio o el de un tercero (Puerto Rico).

e. Fórmulas en base a la penalidad

1. Prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años (Argentina).

⁽⁹⁰⁸⁾ Véase además otros modelos (Puerto Rico, Venezuela, etc.), en *infra* Legislación extranjera.

2. Prisión de 6 a 10 años, multa por el valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones por el mismo tiempo (Colombia).
3. Reclusión de 3 a 8 años (Costa Rica).
4. Pena privativa de libertad de 5 a 10 años e inhabilitación (Perú).

IV. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Nos encontramos frente a una figura penal técnicamente imperfecta pero social y políticamente legitimada. La imperfección radica en el hecho de no describir una conducta concreta sino una situación o estado económico cuya procedencia reputada ilícita está sujeta necesariamente a valoración judicial. Ello posibilita ineludiblemente un sinnúmero de problemas exegeticos que hacen de difícil aplicación el esquema peruano del enriquecimiento ilícito, con el subsiguiente peligro de ser utilizado como un mecanismo de presión política desde el poder o, contrariamente, de dejar impune al delito.

En cambio se trata de una criminalización social y políticamente pertinente por cuanto permitirá, a nivel teórico cuando menos, conminar penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos y los efectos de los mismos de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el mandato constitucional de que «*todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación*»⁽⁹⁰⁹⁾. No siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico y de lucro, los sujetos públicos se deben a la Nación mas no a los apetitos y avaricia crematística de sus impulsos. Y si esta dedicación a los intereses públicos les reporta un regular y justo enriquecimiento, en buena hora, pero lo que sí es intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva es que se haya usado el cargo o la función para acumular o hacer ilícitamente riqueza.

A nivel del derecho comparado es donde más esfuerzos se han hecho para tratar jurídicamente el tema de la corrupción vía enriqueci-

⁽⁹⁰⁹⁾ Art. 39 de la Constitución Política del Estado peruano: “*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley*”.

miento ilícito, a través de convenciones y leyes marco que obligan a los países a regular figuras de enriquecimiento ⁽⁹¹⁰⁾ y mediante la implementación de conferencias y campañas anticorrupción tanto en Europa como en los otros continentes; sin embargo la propuesta no ha calado en la gran mayoría de las legislaciones penales europeas que se han mostrado particularmente renuentes a aceptar en sus ordenamientos jurídicos una figura por naturaleza subsidiaria, ya que pensar en el enriquecimiento ilícito en tanto figura penal autónoma implicaría destruir la base de coherencia de los delitos de corrupción.

La propuesta político-criminal, en lo que concierne a los diseños normativos latinoamericanos, se ha orientado en base a dos modelos de técnica legislativa:

- a) Tipificar el enriquecimiento ilícito de funcionarios a nivel de Código penal; y
- b) Regularlo en leyes-marco especiales o estatutos anticorrupción.

Tanto la Convención Interamericana como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, partiendo de la idea central que «el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley» (Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción 2003) han establecido diseños legislativos en relación al enriquecimiento ilícito, en tanto mecanismo legal preventivo de lucha contra el crimen organizado y la corrupción significativa ⁽⁹¹¹⁾.

V. ASPECTOS HISTÓRICOS EN AMÉRICA LATINA

El delito de enriquecimiento ilícito es una figura penal nueva que aparece en la segunda mitad de este siglo. En América Latina, específicamente en Argentina, se empezó a hablar normativamente de enriquecimiento de contenido delictivo en los proyectos de Código penal de 1941 y 1953; y ya más explícitamente en el Proyecto SOLER de 1960, que a través de su artículo 346 (inciso d) señaló: «*Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años y multa de 30 a 100 días, el funcionario público que sin*

⁽⁹¹⁰⁾ Para el caso de Europa véase PARISI, Nicoletta: *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione*, Padova, Cedam, 1996.

⁽⁹¹¹⁾ Véase *infra*, Legislación extranjera.

incurrir en un delito severamente penado no justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio, posterior a la asunción de un cargo público». Finalmente el 12 de junio de 1963 por Decreto Ley 4.778 se incorporaría al Código penal argentino un primer modelo de enriquecimiento ilícito de funcionarios ⁽⁹¹²⁾.

En Colombia, ya desde 1972 en el Congreso de dicho país se propuso la creación de la figura del enriquecimiento ilícito, lo que dio origen al artículo 179 del Proyecto de Código penal de 1974, que ofreció cuatro referentes de importancia: 1) que se produzca durante el ejercicio del cargo o en los dos años siguientes al término del mismo; 2) que sea por razón del cargo o derivado de la influencia del mismo; 3) que el incremento patrimonial indebido sea para sí o para un tercero; 4) que el hecho no constituya otro delito. A lo que se agregó la presunción de enriquecimiento en base a que el incremento patrimonial no sea justificado, y a que los gastos hechos por el sujeto público no guarden proporción con sus ingresos lícitos. Puerto Rico igualmente regularía en su Código Penal de 1974 (artículo 254) dicha figura delictiva.

Tenemos así, con los diseños argentino y colombiano, los principales componentes materiales y formales del delito en estudio. En realidad todos estos intentos y los diseños legislativos que después entraron en vigencia obedecieron a la necesidad de cubrir mediante un tipo residual las deficiencias de la maquinaria judicial y las que resultaron de una tipología punitiva, que contemplaba delitos de infracción de deber caracterizados por específicos marcos de vinculación funcional, impracticable en su capacidad técnica de rendimiento para cubrir estados de incrementos patrimoniales aparentemente al margen de comportamientos lícitos. Como bien precisa NAKAZAKI

⁽⁹¹²⁾ El Decreto Ley 4778 de la República Argentina, disponía en su artículo 259: *"Será reprimido con prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que, para lucrar o hacer lucrar a otro utilizare informaciones o datos que sólo hubiera podido conocer con motivo de su cargo. Será reprimido con la misma pena, el funcionario público que, durante el desempeño o dentro de los 3 años siguientes a su cesación en la función pública, no quisiere o no pudiese justificar ante la autoridad competente, cualquier incremento importante de su patrimonio producido durante su desempeño y comprobado por dicha autoridad"*. Posteriormente, por Ley 16.648 (de 30 de diciembre de 1964), fue derogado dicho dispositivo, entrando en vigencia la actual fórmula de enriquecimiento ilícito del Código penal argentino.

SERVIGÓN, luego de revisar los criterios de diversos penalistas sobre este punto, ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación –al no poder probar el delito que permitió esta acumulación– se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito, que se utilizaría precisamente en los casos en que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal ⁽⁹¹³⁾. La *ratio legis* del enriquecimiento ilícito tuvo así una clara orientación residual.

En el Perú, con la vigencia del código de 1991, se prefirió omitir la mención a la no justificación por considerarse ello una inversión de la carga de la prueba, así como se optó por no hacer alusión al tiempo límite de comisión del delito (más allá de la vigencia del cargo). Obviamente, que en el Perú, al igual que en Colombia y Argentina, el peligroso incremento de los patrimonios no justificados de los funcionarios y empleados que se enriquecen durante el ejercicio de la función pública originó la necesaria respuesta estatal para controlar o disminuir a niveles aceptables las prácticas inmorales o delictivas de los incrementos patrimoniales. Esto último se entiende por cuanto erradicar el enriquecimiento es un objetivo que colisiona contra el sistema mismo del ejercicio del poder en sociedades de economías capitalistas que elevan a un primer nivel de prioridad la búsqueda y obtención de riqueza económica. Para 2004 año en el que la Ley N° 28355 modifica la fórmula original del enriquecimiento ilícito, el Congreso de la República se decidió por incorporar la mención que había desestimado en 1991, en intento sumamente objetable de racionalizar procesalmente el tipo penal.

En 1980 el Perú salía de un cuestionable proyecto dictatorial militar que originó sospechosas fortunas en no pocas personas que detentaban cargos públicos (militares de alta graduación y civiles). Encumbrados funcionarios de los gobiernos liderados por los Presidentes Belaunde (1980-1985), García (1985-1990) y Fujimori (1990-2000) no

⁽⁹¹³⁾ NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, «Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria», en *Ius et Praxis*, N° 33, enero-diciembre, Lima, 2002, p. 192.

estuvieron al margen de sospechas, presunciones y denuncias penales de corrupción, sino que la corrupción y el enriquecimiento ilícito de funcionarios se incrementó peligrosamente, llegándose a límites intolerables que escaparon a los tradicionales mecanismos normativos de control. Estas actividades prácticamente se institucionalizaron en el período 1995-2000, generalizándose con especial crudeza y patetismo en un gran número de cuadros políticos, militares y burocráticos de alto nivel del régimen de Alberto Fujimori, en el contexto de una corrupción sistemática. Más de dos décadas signadas por un hilo de continuidad histórica que hizo de la corrupción y el atesoramiento de riquezas, por parte de determinados funcionarios afines a las posiciones de gobierno, un estilo funcional de actuación. El fenómeno, por lo demás, no ha sido ni es exclusivo del Perú, ya que es una constante en los países que tienen ineficientes medios de control sobre los fondos públicos que se entregan –a través de las contribuciones– a sus gobernantes.

VI. EL INCREMENTO DEL PATRIMONIO: LA NOCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO

Nuestra legislación penal no ha ofrecido sobre este punto ningún parámetro objetivo para delimitar conceptualmente lo que significa «*incrementar su patrimonio*», en el contexto del delito de enriquecimiento ilícito, ni de los términos *enriquecerse* y/o *riqueza*. En tal defecto le corresponde a la jurisprudencia peruana ofrecer lineamientos directrices, situación que tampoco –hasta donde se conoce– se ha producido. En tales circunstancias es pertinente acudir a la regulación internacional, a la doctrina y a los referentes normativos internos y de derecho comparado para suplir tales vacíos.

La Convención Interamericana de 1996 ofreció una pauta en esta difícil labor de tener que completar el tipo penal vía interpretación de sus escuetos y ambiguos componentes gramaticales: había de tratarse de un incremento de significativo exceso respecto a los ingresos legítimos del funcionario durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser justificado por él (artículo IX). La Convención de las Naciones Unidas de 2003 por su parte no aportó ningún dato de importancia pues se limitó a reproducir la redacción anterior, sin que la acotación «cometer intencionalmente» significara avance alguno sobre la materia. En consecuencia el aporte de las cartas in-

ternacionales especializadas en materia anticorrupción, fuera de la precisión de la Convención Interamericana no ha supuesto un avance de importancia.

La fórmula nacional adoptada mediante Ley N° 28355 no ha incorporado en la estructura del tipo la recomendación valorativo-cuantitativa de la Convención Interamericana, que enfatiza lo significativo del incremento, prefiriendo usar el alcance genérico del término «incremento», con lo cual se desaprovechó la oportunidad para dotar de razonabilidad a la conducta típica con base a baremos más indicativos de la lesividad material del comportamiento, prefiriendo derivar dicho componente hacia una consideración procesal.

El acrecentamiento o incremento del patrimonio económico de una persona, puede ser establecido con base a dos indicadores principales: un primer referente circunscrito al ámbito temporal y definido por la situación *ex-ante* al proceso de incremento y la situación *ex-post* de correlato o efecto de dicho proceso, y por un segundo referente relacionado a la conceptualización social promedio del estado de riqueza (es decir, del monto) y de la noción de enriquecimiento.

El enriquecimiento en pequeña, mediana o gran entidad supuesto por el incremento del patrimonio del sujeto público, puede ser súbito o paulatino, en un solo acto o progresivamente, por acumulación o atesoramiento, de forma directa a través de actos propios del funcionario o servidor público o –como precisa PEÑA OSSA– por medio de actos sufragados por terceras personas que pasan a incrementar el patrimonio del sujeto público ⁽⁹¹⁴⁾. Este tipo de enriquecimiento siempre supondrá una ostensible y marcada asimetría entre lo que se tuvo y lo que se tiene, o entre lo que debía en términos contables y lo que tiene. *Patrimonio económico* es todo lo que puede traducirse o convertirse a dinero (bienes muebles e inmuebles, dinero, derechos patrimoniales, acciones y participaciones en empresas, capital fijo y circulante, créditos, títulos valores, etc.) ⁽⁹¹⁵⁾.

⁽⁹¹⁴⁾ PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 202.

⁽⁹¹⁵⁾ Para autores como PEÑA CABRERA, Raúl y FRANCIA ARIAS, Luis (*Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1993, p. 44) y CANCINO-TOSCANO (*El delito de enriquecimiento ilícito*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1986, p. 332), son

Los Códigos penales argentino y de Puerto Rico han regulado expresamente la forma pasiva de enriquecimiento consistente en disminuir o superar las cargas o pasivos que el funcionario tenía antes del ejercicio de la función. Así, el primero de los señalados códigos (art. 268.2) precisa que «Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiere incrementado con dinero, cosa o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. Por su lado, el artículo 254 del Código de Puerto Rico, señala «Se entiende que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se haya incrementado con dinero o bienes sino también cuando se hayan cancelado o extinguido obligaciones que lo afectaban. Con relación a este punto CASTILLO ALVA sostiene que jurídicamente también se reputa enriquecimiento a la disminución anómala de los pasivos⁽⁹¹⁶⁾. Señala CASTILLO que el enriquecimiento en su modalidad de *disminución de pasivos* encierra mayor peligrosidad criminal, e inclusive, a veces, un mayor injusto, en la medida que el funcionario o servidor público, conocedor de que los organismos o autoridades competentes están en condiciones de iniciar en cualquier momento contra él o su gestión una pesquisa o una investigación sobre la situación de sus activos, puede que no se preocupe de éstos ni utilice su cargo para lograr una mayor fortuna, sino como un mecanismo y medio idóneo para eliminar, por ejemplo, las cuantiosas deudas que arrastra que han sido contraídas antes de ingresar a la administración pública. El mismo autor precisa que si se excluyera del ámbito de protección de la norma a este conjunto de casos, los funcionarios hábiles e ingeniosos encontrarían en la parsimonia de la judicatura y la indiferencia de la ciencia penal una forma de burlarse de la ley, de la sociedad y el derecho.

también enriquecimiento las prerrogativas que eximen al funcionario o servidor público de hacer gastos que normalmente estaría obligado a realizar.

Tales gastos eximidos a decir de los autores colombianos citados en el párrafo anterior pueden expresarse en alojamientos gratuitos en hoteles, entradas a espectáculos, facilidades para obtener ganancias en juegos y espectáculos, exención de deudas, etc. Las apreciaciones de dichos autores deberán ser tomadas con mucha objetividad y sentido común para no convertir el derecho penal en un instrumento sobrecriminalizador.

⁽⁹¹⁶⁾ CASTILLO ALVA, José Luis, "El caso Joy Way: sus connotaciones penales y tributarias", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 33, junio, Lima, 2001, p. 77.

La situación *ex-ante*, la previa al enriquecimiento, puede abarcar tanto estados de carencia de medios y recursos patrimoniales de relativa y promediada prosperidad como estados de riqueza inicial de partida. La persona en tales casos tiene objetivamente un nivel o rango determinado de bienes o simplemente carece de bienes relevantes para definir un estado de riqueza inicial.

El factor tiempo en otras legislaciones penales adquiere importancia para apreciar el incremento significativo, ya en cuanto se produzca durante el ejercicio de los cargos o empleos o ya cuando estos han terminado pero el incremento tiene vinculación causal con dicho ejercicio. Así, el Código penal de Puerto Rico, prevé el caso del enriquecimiento del patrimonio del funcionario o empleado público o de un tercero incluso hasta 5 años después de haber cesado en el cargo (artículo 254). El Código penal de Colombia extiende dicha temporalidad a los dos años siguientes (artículo 412), idem el artículo 268.2 del Código penal argentino.

A fin de conferirle un contenido material que racionalice la intervención penal en materia de enriquecimiento ilícito, pueden adoptarse por vía interpretativa diversos enfoques: Una tesis económica, que dará énfasis al monto patrimonial significativo (en sentido positivo de acrecentamiento o negativo de disminución de pasivos) con base a parámetros móviles de conformidad al rango y remuneración del funcionario, por ejemplo entre otras variables a tomar en cuenta. Una tesis normativa que destacará el desbalance patrimonial, sin prestar mayor importancia a lo significativo o insignificante del incremento. Una tesis mixta que partiendo de situaciones de desbalance sólo conferirá relevancia penal si el resultado es significativo. Si bien las limitaciones de la primera tesis se hacen radicar en la indeterminación del «monto significativo», ello en realidad es un pseudo problema pues jurisprudencialmente, en deficiencia de norma, puede el órgano jurisdiccional establecer parámetros al respecto; ganando en cambio proporcionalidad el injusto con vistas a lo elevado de la pena, confirmándose con mayor razón el carácter residual del tipo penal; por cierto lo que no llegue a ingresar a ese monto significativo supondrá un espacio de atipicidad en correspondencia a principios de mínima entidad e insignificancia de la conducta productora de enriquecimiento. La segunda tesis, puede conducir a inequidades y desproporcionalidad en la respuesta punitiva. Una posición mixta se hace por lo mismo

más atractiva a fin de ser aplicada en el ámbito de definición del elemento objetivo-normativo del delito de enriquecimiento ilícito.

VII. LAS FUENTES DEL ENRIQUECIMIENTO

Enriquecerse económicamente es una opción patrimonial que se ajusta social y jurídicamente a las expectativas de realización personal que plantea y permite el sistema social capitalista o de mercado. Pero también puede ser una opción que para afirmarse quebrante normas sociales y o jurídicas, viole deberes especiales, afecte bienes jurídicos individuales, colectivos o institucionales. En este segundo gran supuesto nos estamos refiriendo al enriquecimiento ilícito, en tanto comportamiento penalmente desvalorado; con el primero aludimos al enriquecimiento lícito o ajustado socialmente.

Una persona (particular o sujeto público) puede enriquecerse lícitamente por diferentes vías: producto de su trabajo individual, familiar o colectivo (negocios, empresas), o de los servicios remunerados (profesionales o no) que preste a una institución nacional privada o pública (asesorías, cargos públicos de alta estimación a nivel emolumentos) o internacional (consultorías, puestos expectantes en organismos internacionales, etc.), como también por el advenimiento de caudales hereditarios, donaciones, legados, rentas, premios, loterías o también como resultado del ejercicio de la profesión y de las remuneraciones del cargo o empleo, o del concurso de ambos de no existir incompatibilidades.

El enriquecimiento ilícito, en cambio, tiene como fuentes generadoras una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales que regulan las interacciones humanas y los ámbitos pautados de competencias funcionales. Puede enriquecerse ilícitamente tanto el particular que cause lesión o menoscabo al patrimonio de otro mediante diversidad de figuras de incumplimiento de obligaciones y contratos (Modalidad de enriquecimiento indebido sustanciable vía Código Civil, arts. 1954 y 1955) ⁽⁹¹⁷⁾, como el que poseyendo un cargo o empleo

⁽⁹¹⁷⁾ Código Civil, art. 1954: *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*.

público se vale del mismo para incrementar su patrimonio. Obviamente que estamos así frente a dos vías, jurídicamente estimadas, desvaloradas de enriquecimiento, la primera de naturaleza civil y la segunda de contenido penal. Ahora bien, si el funcionario hace valer su cargo, es decir, hace prevalecer sus calidades funcionales o de empleo en las contrataciones y negociaciones civiles en las que interviene, no vemos inconveniente mayor para que ello produzca el ingreso de sus actos al segundo ámbito de ilicitud, es decir, la relevancia penal por delito de enriquecimiento.

VIII. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El art. 401 del Código penal hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito tanto en función al sujeto que ilícitamente incrementa su patrimonio, a diferencia de la anterior y derogada fórmula que simplemente decía «se enriquece ilícitamente», como al modo en que se produce; así, la figura en estudio es atribuible sólo al sujeto público (funcionario y/o servidor) ⁽⁹¹⁸⁾ que durante el ejercicio de sus funciones realiza un incremento ilícito de su patrimonio. Durante el ejercicio del cargo, no antes, no después, es la opción político criminal concretada en la norma que ha asumido el legislador nacional. Con lo cual restringe la oportunidad del incremento ilícito y por lo mismo la tipicidad del comportamiento.

La norma penal de enriquecimiento ilícito no ha regulado el caso del particular que se enriquece, como si lo han hecho otras legislaciones penales, que contemplan la hipótesis del tercero beneficiado, que recibe igual pena que el autor (Puerto Rico), o con otras palabras, «la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento» que al igual que en el caso anterior tiene reservada igual pena que el autor del enriquecimiento (Argentina).

Código Civil, art. 1955: *“La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización”.*

⁽⁹¹⁸⁾ Legislaciones penales como la de Puerto Rico y Panamá sólo hacen referencia al funcionario público. Esto mismo pasaba con el Código penal argentino en la Fórmula-Proyecto de 1963.

La redacción anterior del tipo penal de enriquecimiento ilícito contenía la frase *por razón del cargo* ⁽⁹¹⁹⁾, la misma que jugaba el papel de mostrar la vinculación del incremento patrimonial, ello podía entenderse en tres dimensiones: a) *en una primera perspectiva de naturaleza amplia* donde sólo importa la calidad ostentada, es decir, por el solo hecho de hacer valer la condición de funcionario o servidor público, sin importar que se actúe o ejercite la función o servicio; aquí no existen límites a la tipicidad previa del hecho, en tanto fuentes de enriquecimiento; b) *en sentido restringido*, con relación a las funciones o servicios realizados por los sujetos públicos; existe aquí la necesidad de una vinculación funcional de los actos ilícitos con las atribuciones propias del cargo o empleo, vale decir, del ejercicio de funciones, y c) penalmente *por razón del cargo*; *cargo público* es una dignidad, puesto o empleo que impone determinadas obligaciones a cumplir y deberes a observar, pero permite a su vez derechos y atribuciones especiales. Actuar por razón del cargo y actuar en razón a la función son dos modos de integrar un concepto global de función y servicio público. El primero es más amplio y de mayor contenido que el segundo. Por razón del cargo cubría ambas manifestaciones de poder del funcionario y en menor medida del servidor público, que deberán ser detectadas y evaluadas por el juzgador. Que estas manifestaciones de poder se hallen cubiertas por aspectos reglados que son tendenciosamente orientados a fines personales irregulares, discrecionales o arbitrarios, son todas hipótesis que pueden ser abarcadas por la figura del enriquecimiento ilícito. Ahora, la nueva redacción ha eliminado esta vinculación funcional de la acción de incremento patrimonial para referirse en cláusula abierta al hecho del funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, con lo cual pareciera que el legislador ha querido cubrir el amplio espectro de ilicitudes que provocan aumento patrimonial y que el sujeto público no puede justificar. Con ello el tipo penal se ha convertido en un tipo indeterminado en grado aún mayor que el que regía antes de la reforma, ya que es difícil interpretar que el ejercicio de la función cumpla el rol delimitador de la relevancia del incremento, ya que ello está colocado solamente como un referente de los ingresos legítimos, no como un filtro de tipicidad. La posibilidad de interpretación con búsqueda de un sentido

(919) Véase *supra*, p. 484 y ss. ("La relación funcional: «por razón de su cargo»").

racionalizador y afín a los principios del derecho penal (mínima intervención, fragmentariedad, lesividad, proporcionalidad, y otros) por parte del intérprete se hace aquí mas perentoria que nunca para subsanar los desbordes legislativos.

Un funcionario o un servidor público puede enriquecerse en sentido amplio, y ello ser posible de valoración a título de ilicitud penal, con base a los tres supuestos que a continuación se detallan y que han merecido posiciones encontradas en la doctrina nacional:

- 1) Cometiendo ilícitos penales comunes: hurtos, estafas, apropiaciones ilícitas, tráfico ilícito de drogas, defraudaciones tributarias, aduaneras, lavado de activos, tráfico de armas, extorsiones, secuestros, etc., o también incurriendo en actos de ilicitud civil (tales como incumpliendo obligaciones, celebrando contratos leoninos, etc.). En estos supuestos, si el funcionario o servidor público no comete tales actos ilícitos haciendo prevalecer el cargo o valiéndose de éste, no podremos hablar de fuentes de enriquecimiento ilícito, dado que no se ajustan a la razón del cargo exigida en el tipo penal.
- 2) Producto de las concusiones, peculados, negociaciones incompatibles, tráfico de influencias, actos de corrupción funcional (cohechos pasivos), etc., en los que ha incurrido el sujeto público. En estos casos se habrán descartado las imputaciones específicas y especiales por tales delitos, ya que sería impracticable e inaceptable por inconstitucional efectuar una doble o triple valoración penal ⁽⁹²⁰⁾. GÁLVEZ VILLEGAS ha sugerido la idea que todo delito funcional que suponga incorporación patrimonial a favor del sujeto activo es ya también enriquecimiento ilícito, vale decir, todo delito funcional de acrecentamiento patrimonial concurra necesaria, simultánea e idealmente con el enriquecimiento ilícito. Esta concepción tiene el inconveniente de hacer innecesaria la existencia de los delitos funcionales con contenido de ilicitud patrimonial, por cuanto bastará la figura de enriquecimiento ilícito que es la que comandaría los efectos punitivos, quitándole contenido real a las conductas típicas de los otros delitos y que concursan idealmente con la figura penal 401 del Código Penal. La tesis

⁽⁹²⁰⁾ En este punto, véase GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 200.

del concurso ideal absolutiza así el rol político-criminal y la importancia del enriquecimiento ilícito, al cual sobredimensiona como tipo penal autónomo eclipsando y tornando simbólicos los demás delitos de función que importen acrecentamiento patrimonial. El error de GÁLVEZ VILLEGAS reside en no haber captado que en el concurso ideal la misma acción debe producir efectos lesivos y jurídicos distintos, configurando otras tipicidades; en su razonamiento, al argumentar que la incorporación de bienes al patrimonio del sujeto activo implica consumación de delito de peculado y también del enriquecimiento ilícito, el autor confunde un componente de la acción típica (incorporación de los bienes al patrimonio del agente) con la plurilesividad a los intereses normativos penalmente tutelados (concurso ideal), sin demostrar cuál es la otra lesión al bien jurídico generada a partir de la tesis de la incorporación de bienes. Además, el hecho de la incorporación general de bienes que el autor la hace valer para las dos figuras delictivas no puede ser reputada como demostrativa de la existencia de la plurilesividad normativa, ni mucho menos de la tipicidad del enriquecimiento ilícito, la que exige un incremento significativo. La base del error de la propuesta del citado penalista se halla en haber refundido tipicidades con el argumento del concurso ideal de delitos, lo que de aceptarse alteraría sustancialmente la sistemática y la existencia misma de los delitos de función con contenido patrimonial, sobredimensionando al delito de enriquecimiento que pasaría a ser considerado una figura penal genérica y matriz de los delitos funcionales, lo cual contradice radicalmente el sentido comunicativo de dicho delito, que por ubicación sistemática y naturaleza es subsidiario y de recogida.

- 3) Haciendo valer su cargo para obtener bienes que acrecientan su patrimonio mediante comportamientos que no han sido declarados judicialmente delictivos. Ingresan en este tercer orden conductas ilícitas no denunciadas o no esclarecidas suficientemente e infracciones de relevancia administrativa (incompatibilidades, prevalimientos, asesoramientos a empresas particulares, etc.) ⁽⁹²¹⁾.

⁽⁹²¹⁾ Al respecto LEVENE, Ricardo, "El delito de enriquecimiento ilícito", en *La Ley*, T. 112, oct.-dic., Buenos Aires, 1963, p. 1100.

El enriquecerse ilícitamente tiene el contenido penal del art. 401, según PRADO SALDARRIAGA y PORTOCARRERO HIDALGO, siempre que no provengan de los delitos funcionales contemplados en el Código penal (corrupción, peculado, etc.)⁽⁹²²⁾. Por su parte ÁNGELES y FRISANCHO participan de la idea que el enriquecimiento no debe provenir de los delitos comunes, pues en tales casos deberán aplicarse dichas figuras al funcionario o servidor que delinque, acotando a continuación los autores en referencia que en la generalidad de los casos el acrecentamiento patrimonial es obtenido en base a la comisión de diversos delitos contra la administración pública⁽⁹²³⁾. GÁLVEZ VILLEGAS es del criterio que los acrecentamientos patrimoniales que tienen en su base de procedencia actos de ilicitud civil o de otro tipo distinta a la penal no resultan absorbibles por la tipicidad del enriquecimiento ilícito, ya que el derecho penal y el control penal en su conjunto sólo operan como *ultima ratio*, dada la naturaleza subsidiaria de la reacción penal y el carácter de mínima intervención de la norma penal⁽⁹²⁴⁾. Continúa indicando dicho autor que la fuente del enriquecimiento patrimonial o constitutivo del delito de enriquecimiento ilícito, será un acto penalmente relevante, esto es, configurativo de un delito, fundamentalmente de un delito contra la administración pública, o específicamente de la administración de justicia; asimismo, excepcionalmente podrá tratarse de un delito común, como por ejemplo un delito de estafa (en que el funcionario público se vale de su calidad de tal para materializar el engaño a la víctima del delito), un delito contra la fe pública, un delito tributario (en que el agente valiéndose del cargo burla el pago de los tributos y con ello logra simultáneamente aminsonar sus pasivos y de este modo mejorar su situación patrimonial), etc. Asimismo, podrá tratarse de un enriquecimiento proveniente de un delito o ilícito penal sujeto a la competencia del fuero privativo

(922) Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Todo sobre el Código penal*, Lima, IDEMSA, 1997, T. I, p. 291; PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 229. PORTOCARRERO está más cercano a la tesis de los autores colombianos, por cuanto señala que el enriquecimiento ilícito es todo aumento patrimonial que proviene ilícitamente, menos de comportamientos que ya tienen tipo.

(923) Cfr. ÁNGELES/FRISANCHO, *Código penal VII*, cit., p. 3284; PEÑA CABRERA/FRANCIA, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 47.

(924) GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 140, 141.

militar ⁽⁹²⁵⁾. CARO CORIA, admitiendo que debe descartarse la admisibilidad del enriquecimiento proveniente de actos inmorales, en abierta oposición al punto de vista sugerido para el debate por ABANTO VÁSQUEZ, aceptando determinadas hipótesis con base a delitos de dominio y especiales, y luego de proponer que se preste atención a una base mínima de responsabilidad penal cifrada en la infracción de deberes funcionales, tiene sin embargo una perspectiva distinta frente al tema de las fuentes del enriquecimiento, al considerar que no resulta necesario el ejercicio casuístico, dada la subsidiaridad del tipo y la exigencia de la relación funcional entre el resultado de enriquecimiento y el desempeño del cargo ⁽⁹²⁶⁾. En la doctrina colombiana, MOLINA ARRUBLA pone de manifiesto las incongruencias derivadas de la fórmula legislativa de enriquecimiento ilícito de su país, que condiciona la consumación del delito siempre y cuando el hecho imputado no constituya otro delito, circunstancia que lo convierte en una figura penal incompleta ⁽⁹²⁷⁾.

Tenemos así una dispar posición doctrinal en el país. PRADO SALDARRIAGA y PORTOCARRERO HIDALGO sostienen la tesis que el delito del art. 401 no debe provenir de los delitos propios del ejercicio de la función, dejando abierta la posibilidad que sí lo sean de los delitos comunes. ÁNGELES-FRISANCHO en la línea opuesta sostienen que generalmente el enriquecimiento proviene de los delitos de función. Ambas posiciones son vulnerables como demostraremos más adelante. GÁLVEZ VILLEGAS y CARO CORIA, aceptan con restricciones la naturaleza amplia de las fuentes de enriquecimiento.

En *suma, enriquecerse mediante incremento patrimonial* de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder: se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito.

Quedan sin embargo necesitadas de esclarecimiento algunos específicos aspectos relacionados con las fuentes del enriquecimiento ilícito.

⁽⁹²⁵⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 144.

⁽⁹²⁶⁾ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, El Jurista, 2002, pp. 203-206.

⁽⁹²⁷⁾ MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 318.

cito. En efecto, como bien concuerda la doctrina nacional, no puede existir la figura de enriquecimiento ilícito con base a delitos comunes ya juzgados y sancionados, tampoco con base a delitos de función por los cuales igualmente se procesó y sancionó penalmente, pues en tales casos además de implicar ello doble valoración sobre un mismo hecho y remoción de un proceso que puede que haya quedado en cosa juzgada, se estaría imputando responsabilidad por un resultado material en fase de agotamiento post-jurisdiccional, lo que implicaría revivir los tan temidos procesos medievales de sanción por responsabilidad objetiva, dado que el resultado enriquecimiento derivaría de un delito que ya fue agotado en sus aspectos normativo, fáctico, judicial y de pena.

Situación distinta –sujeta aún a mayor análisis al respecto– se presenta con los delitos comunes o especiales de función que hayan prescrito, esto es, que no hayan merecido un pronunciamiento firme por parte de la instancia jurisdiccional respectiva por factor tiempo, pero que, sin embargo, han enriquecido ostensiblemente al funcionario o servidor (extorsiones, hurtos, estafas, robos, defraudaciones, apropiaciones ilícitas, fraudes tributarios, tráfico de drogas, de armas, etc.). Igual situación se presenta con los supuestos penalmente relevantes que nunca fueron denunciados por los entes o autoridades competentes, ni procesados o descubiertos pero sí se materializaron pasando a engrosar la vasta lista oscura de la delincuencia subterránea; hipótesis todas en la que cabe la posibilidad de remitir subsidiariamente a la figura de enriquecimiento para procesar penalmente al funcionario o servidor público ⁽⁹²⁸⁾.

Volviendo al tema, en el caso que se observe –como ocurre con frecuencia– una marcada posición de enriquecimiento ilícito a través de los delitos de función ya sancionados penalmente, la pregunta que hay que hacerse es: ¿los anteriores estados de enriquecimiento ilícito descritos, ingresan en las previsiones de tipicidad abierta del art. 401? La respuesta en realidad no es sencilla. Si se afirma positivamente, complementando lo dicho en el párrafo precedente y con base a una lectu-

⁽⁹²⁸⁾ Admiten esta lectura, con referencia puntual al tema de la prescripción ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 485; SAN MARTÍN/CARO/REAÑO, *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, cit., p. 204. No lo admite GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 147.

ra distinta, cabe la posibilidad de que incursionemos en los terrenos de la responsabilidad objetiva, pues al cancelarse o extinguirse el derecho del Estado a perseguir los delitos comunes o de función, o al haber sido absuelto el sujeto público es impertinente hablar de dolo o culpa en el enriquecimiento; con mayor énfasis aún nos acercáramos al tema de la responsabilidad objetiva al haber sido éstos delitos ya sancionados o juzgados. Si en cambio, respondemos negativamente quedarán a vistas de la sociedad civil un gran número de riquezas ignominiosas como ejemplo de la corrupción del poder público y de la que disfrutarán quienes lucraron con las funciones y empleos públicos. En esta segunda hipótesis el mensaje de prevención general de la norma penal sufriría así un cuestionamiento demoledor. Considero que frente a este juego de preguntas y respuestas la posición que se adopte, no obstante la inmoralidad del hecho y la vulnerabilidad de la función y del servicio público, deberá estar en armonía con los postulados del Estado de Derecho. Para ello retomo las palabras de Sancinetti: «respétese las garantías constitucionales que desde la revolución francesa para aquí constituyen un patrimonio común de los pueblos civilizados, con establecer leyes que las violen no se dignifica ninguna comunidad. Sólo una evolución social lenta y en libertad podrá depurar progresivamente la calidad de sus funcionarios públicos en un futuro lejano que dé para la decencia de nuestros hijos una época esencialmente diferente» ⁽⁹²⁹⁾.

IX. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El artículo 401 del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídicamente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación. No es el patrimonio el punto de atención de la norma penal ⁽⁹³⁰⁾, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con los dineros del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo como dato material se concluya por la existencia objetiva del delito, sino la necesidad de con-

⁽⁹²⁹⁾ SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento de funcionario público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 126.

⁽⁹³⁰⁾ De parecer distinto HUGO ALVAREZ, quien sí considera al patrimonio como bien jurídico protegido no obstante no sea el predominante (HUGO ALVAREZ, «El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal», cit., p. 58).

trolar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público⁽⁹³¹⁾. Resulta cuestionable que se trate de proteger la moral pública como afirman algunos autores (FERREIRA DELGADO y otros). El concepto «moral» es muy equívoco y sujeto a múltiples y disímiles interpretaciones. Por lo demás, hace ya tiempo atrás que el derecho penal y la moral pública tienen sus propios espacios de vigencia y control.

Pormenorizando algo más el sentir de la doctrina sobre el objeto jurídico protegido por la norma penal de enriquecimiento ilícito, INCHAUSTI, sostiene que el propósito protector apunta a preservar la ética del funcionario en cuanto base ésta del respeto a los organismos del Estado... «se preserva con la figura en análisis, el decoro, la dignidad, la insospechabilidad de la administración pública»⁽⁹³²⁾. DONNA, asumiendo como propia la posición de un sector de la doctrina argentina, ve en la protección de la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan el interés jurídico protegido⁽⁹³³⁾.

La Corte Suprema en Ejecutoria del 16/5/2003, Exp. N° AV-09-2001, consideró que el bien jurídico lesionado en el enriquecimiento ilícito es la administración pública, lo que significa ejercicio de funciones y servicios públicos; observancia de los deberes del cargo o empleo; con-

⁽⁹³¹⁾ Según ABANTO VÁSQUEZ (*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 477), es difícil encontrar un objeto del bien jurídico concretamente protegido, existiendo en todo caso un peligro abstracto en relación con los demás objetos protegidos por los demás tipos penales. Para CASTILLO ALVA ("El caso Joy Way", cit., p. 79) la esencia del artículo 401 y del bien jurídico protegido por la norma no es el impedir el perjuicio del patrimonio del Estado, ni el deber de vigilar el destino correcto de los fondos del tesoro público, sino el mandato que el funcionario o servidor —o todo miembro de la administración pública— no utilice ni emplee su cargo para lograr alguna ventaja económica o una mejora patrimonial. GÁLVEZ VILLEGAS (*Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 115), por su lado, anota que es la funcionalidad, el prestigio, dignidad y confianza de la función pública —lo que comprende a su vez a la actuación de los agentes que la integran— el bien jurídico específico; CARO (SAN MARTÍN/CARO/REAÑO, *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, cit., p. 125 y ss.) considera que para determinar el bien jurídico es necesario establecer las condiciones de merecimiento y necesidad de pena que lo fundamentan.

⁽⁹³²⁾ INCHAUSTI, Miguel A., *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Buenos Aires, Ad hoc, 2001, p. 39.

⁽⁹³³⁾ DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 393.

tinuidad y desenvolvimiento normal del ejercicio; prestigio y dignidad de la función; probidad y honradez de sus agentes; y protección del patrimonio público de los símbolos y distintivos estatales ⁽⁹³⁴⁾.

X. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo exclusivamente el funcionario y servidor público. Los particulares no podrán ser denunciados o procesados por delito de enriquecimiento ilícito, tal conducta y/o resultado en el Perú es penalmente atípica. Los sujetos públicos para ser sujetos de sanción penal deberán enriquecerse teniendo un cargo o empleo del que abusan o utilizan violando los deberes institucionales y funcionales que de los mismos se desprenden.

Sujeto pasivo es el Estado, ya que el es su titular. Resulta no asimilable la idea que los particulares puedan, en este ilícito penal, ser sujetos pasivos del delito. Sin embargo, pueden presentarse circunstancias en las que determinados particulares reclamen ser sujetos agraviados con el enriquecimiento del funcionario o servidor público, situación que puede conllevar a que dichas partes reconduzcan sus peticiones por la vía civil correspondiente, siendo difícil que en sede penal se satisfagan sus expectativas de restitución o reparación civil.

⁽⁹³⁴⁾ Dicha enunciación generalizadora del bien jurídico protegido efectuada por la Corte Suprema fue con relación al caso de enriquecimiento ilícito imputado a Blanca Nélide Colán, ex Fiscal de la Nación. Dicha alta funcionaria del Ministerio Público fue acusada, entre otros supuestos delictivos, de mostrar manifiesta parcialidad y sometimiento al «régimen fujimontesinista» al haber omitido denunciar e investigar a Vladimiro Montesinos por actos de corrupción. El sustento para declarar la culpabilidad de la procesada por delito de enriquecimiento ilícito radicó en el resultado de las pericias contables que concluyeron existía un incremento patrimonial no justificado, luego de haber analizado la documentación entregada por la Sub Comisión del Congreso, la declaración del impuesto a la renta, y los descargos de la procesada, en tanto no había sustento sobre los prepagos realizados al Banco Nuevo Mundo, no aceptándose la tesis de la imputada de haber tenido ahorros guardados en casa que no los depositó en entidad bancaria por temor a una quiebra financiera; argumentos reputados por el órgano judicial supremo de inconsistentes y poco creíbles. Considerándose más bien y por el contrario que ello ha puesto en evidencia que los signos exteriores de riqueza tienen un origen ilícito, producto de dinero mal habido recibido de parte del asesor presidencial, a cambio de favores políticos y también para garantizar su permanencia e incondicionalidad en el cargo (Véase dicha Ejecutoria en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Tomo II, Lima, Editorial Idemsa, 2004, p. 356).

XI. EL INJUSTO OBJETIVO

El tipo penal del art. 401 no describe en forma precisa conducta alguna más allá de la referencia al incremento del patrimonio, ni aporta mayores elementos de tipicidad que guíen el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala. No obstante, de la naturaleza del hecho ilícito, de la gravedad de la sanción y del carácter subsidiario o complementario de dicha norma, se pueden destacar los siguientes elementos materiales y formales implícitos en la fórmula peruana del enriquecimiento ilícito:

1. El contraste ostensible entre el patrimonio económico ex-ante y el patrimonio económico ex-post del sujeto público

El material probatorio (informes contables, pericias financieras, declaraciones de rentas, y otros) actuado durante el proceso debe poner en evidencia situaciones de asimetría, desproporciones o sencillamente contrastes notables entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo público en relación a los detentados o tenidos antes del ingreso al mismo, que no pueden ser explicados o justificados técnicamente o mediante criterios de estimación valorativa con el total de ingresos lícitos del funcionario o servidor una vez practicadas las deducciones del caso y realizadas las comparaciones estadísticas. No cabe admitir situaciones de enriquecimiento ilícito por montos nimios o insignificantes que más pueden llevar al error estadístico que a acreditar delito. Aquí deberá estarse a lo establecido en la fórmula sugerida por la Convención Interamericana contra la corrupción; por lo mismo sólo un contraste ostensible, conforme a parámetros tributarios, variables sociales de enriquecimiento o análisis personalizado del estatus socioeconómico del agente, nos permitirá superar la indeterminación del lenguaje empleado por el legislador, aunque corregida en parte cuando incorpora en un segundo párrafo de corte procesal la frase «notoriamente superior». En los casos que el incremento patrimonial recién se patentice ulteriormente al término o después del ejercicio de la función o empleo, el enriquecimiento deberá estar en vinculación causal con el período de ejercicio funcional.

La declaración de rentas o los informes de las remuneraciones por todo concepto, que las entidades públicas a las que pertenece el funcionario o servidor emitan a solicitud, son datos, que por lo general consti-

tuyen un reflejo de los ingresos o del patrimonio de partida o intermedio del sujeto público, que puede aportar evidencias objetivas sobre la existencia o no del incremento patrimonial ilícito que haga o genere enriquecimiento. No obstante, la declaración de rentas puede ser un referente fácilmente eludido ⁽⁹³⁵⁾ por la astucia del funcionario o servidor, que por lo general utiliza a terceros allegados o no a su entorno familiar y que le sirven para disimular la consumación del delito ⁽⁹³⁶⁾. Desde otra perspectiva, la declaración de rentas del funcionario, debe ser vista racionalmente por el juzgado a fin de no convertir el delito del artículo 401 del Código Penal en un mero esquema contable de desbalances, lo cual posibilita flexibilizar o racionalizar el carácter determinante de dicha declaración de ingresos en supuestos en los que existan ingresos lícitos formalmente no sustentables pero que son reales.

El dispendio exagerado de dinero, la ostentación de bienes y los signos apreciables de prosperidad real que contrasten con sus ingresos oficiales o con su riqueza inicial, o las súbitas o progresivas pero irregulares procesos de cancelación de deudas apreciables de dinero, serán todos indicios a tomar en cuenta por el juzgador para evaluar los niveles de pertinencia y subsunción del incremento económico en los requerimientos de la objetividad del injusto penal de enriquecimiento ilícito.

2. El incremento relevante

La estimación cuantitativa de cuál es el monto penalmente relevante para asimilar el incremento a la noción de enriquecimiento ilícito es de por sí variable y sujeto a discusión, en la medida que se establezcan cuáles son los indicadores económicos promedio o de consenso que definan los signos de prosperidad en un país y los niveles de ingreso de los sujetos activos del delito, o como propone CARO CORIA «tantas veces el sueldo del funcionario» ⁽⁹³⁷⁾. Que el contraste sea osten-

⁽⁹³⁵⁾ ASÍ, HUERTA ACUÑA, Teófilo Martín, «Breve estudio del enriquecimiento ilícito», en XVII Congreso Latinoamericano - IX Iberoamericano - I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Lima, Ara Editores, 2006, p. 747: Es bien sabido que dichas declaraciones no se ajustan necesariamente, en todos los casos, a la verdad.

⁽⁹³⁶⁾ Al respecto, véase CASTILLO ALVA, «El caso Joy Way», cit., p. 77, quien pone en duda la eficacia de las formales declaraciones juradas de rentas de los funcionarios.

⁽⁹³⁷⁾ CARO CORIA, en REAÑO P./CARO CORIA/SAN MARTÍN, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir aspectos sustantivos y procesa-*

sible o, con el lenguaje de la norma penal complementaria, «notoriamente superior», descarta de la figura de enriquecimiento los *quantums* convertibles a dinero que se hallen por debajo de las expectativas regladas de ingresos de los funcionarios y servidores, así como, los montos deleznales de aumento en los bienes económicos. Este contexto definirá un espacio de vigencia del principio de *última ratio* del derecho penal. Le compete, en suma, a la Corte Suprema, en deficiencia de pautas legales y o reglamentarias, fijar los indicadores del caso según las particularidades concretas. Los términos de referencia en función a un número determinado de unidades impositivas tributarias, de los sueldos máximo y mínimo de los funcionarios y servidores públicos, o pautas más concretas que evalúen caso por caso los factores de enriquecimiento, son criterios que pueden ayudar a definir la estimación cuantitativa.

Complementando lo anterior debe tenerse en cuenta que el Código penal, en la versión anterior de la figura penal, al usar la palabra «se enriquece» estaba enfatizando un estado de real y marcada prosperidad económica no compatible con cuadros de incrementos insignificantes. Enriquecerse es un estado *ex post* de apreciable solvencia patrimonial económica en un contexto social determinado. No resulta atinado conceptualizar el enriquecimiento desde una perspectiva normativa que vea en cualquier suma de dinero, en su extremo deleznable, agregada al patrimonio del sujeto activo y resultante del desbalance estadístico, el dato relevante del enriquecimiento ilícito.

3. Los medios típicos de enriquecimiento ilícito

El art. 401 del Código penal en su redacción original no decía nada al respecto, posteriormente por reforma producida mediante el D. L. N° 89 del 7 de mayo de 1992, se anexó el art. 401-A que incorporó la frase «*en todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados*». Como hemos indicado ya, el tipo penal de enriquecimiento ilícito se ha construido en base a una fórmula extremadamente genérica y abierta, que no establece conducta alguna ni da referentes objetivos para la

les, cit., p. 210. El caso de México es ilustrativo en este punto, ya que allí la agravante se define en razón a la cantidad del incremento tomando como referente el salario mínimo diario, ver Legislación extranjera.

apreciación del incremento relevante. Para subsanar en parte tal situación el contenido del art. 401-A ofrece al análisis algunos puntos de partida interesantes. En primer lugar, los medios de enriquecimiento anotados (es decir, los donativos, dádivas o presentes) son propios de los delitos de corrupción de funcionarios. En segundo lugar, la norma penal complementaria está ofreciendo un marco de referencia para delimitar los alcances de tipicidad del supuesto de hecho.

Donativos y dádivas ⁽⁹³⁸⁾ tienen idéntico significado lingüístico. Su uso diferenciado en la norma penal refleja un exceso de puntilliosidad político-criminal, a no ser que el legislador haya tenido en consideración el factor cuantitativo para definir la dádiva, como obsequio o regalo de menor gravitación que el donativo ⁽⁹³⁹⁾. En cambio, el *presente*, que sigue siendo igualmente un obsequio o regalo, tiene un indicador de oportunidad afectiva, que lo distingue de la dádiva o del donativo, referido a la cosa u objeto especial revestido de un matiz no directamente patrimonializado (entregado al sujeto público a cambio de alguna prestación o favor). Más allá de estas precisiones, tales términos ofrecen el mismo significante en cuanto a sentido patrimonial básico. Nótese que la norma no alude a las ventajas, las que en alguna forma y en determinados casos también poseen equiparación económica, lo que puede traer complicaciones cuando el órgano persecutor del delito tenga que efectuar valuaciones de la masa patrimonial incrementada.

La pregunta que de inmediato surge es ¿son los donativos, dádivas y presentes los únicos medios de enriquecimiento ilícito, de modo que el tipo penal cierre con ellos sus exigencias patrimoniales? La respuesta tiene que partir de una necesaria observación: el art. 401-A es una regla de agregado (que complementa la figura del art. 401 o tipo básico de enriquecimiento ilícito) referida a una consecuencia jurídica cuya pertinencia era innecesaria, por cuanto bastaba, si se quería hacer mención al decomiso de los bienes, el artículo 102 del Código Penal, quedando por lo mismo circunscrito el contenido del tipo complemen-

⁽⁹³⁸⁾ Véase *supra*, p. 635 y ss. ("Los medios corruptores").

⁽⁹³⁹⁾ En modo alguno es válida aquí la acepción extensiva del término "dádiva" que hace Carlos CREUS, en cuanto objeto desprovisto de contenido económico (CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 281; IDEM, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, 1981, pp. 274-275).

tario a la alusión material de los medios de enriquecimiento (*donativo, dádiva, presente*) y a la expresión aclaratoria que la precede (*en todo caso*). Bajo estas circunstancias se puede considerar, desde la perspectiva de una interpretación literal, que el legislador peruano ha querido denotar que el delito de enriquecimiento ilícito es igualmente una forma de corrupción de funcionarios. Interpretación que permitiría considerar bajo dicho contexto que los medios de enriquecimiento señalados cierran el tipo penal.

Sin embargo, queda en pie la objeción que el enriquecimiento ilícito de funcionario y servidor público no siempre se consuma vía donativo o presente, sino también por otros medios más expeditivos (exacciones, apropiaciones, sustracciones, etc.); argumentación nada deleznable, aún más si consideramos que optar por la perspectiva del cierre del tipo presupone admitir que sólo los delitos de corrupción constituyen la fuente generadora del ilícito penal de enriquecimiento ilícito. Como se apreciará, no por el hecho de la inclusión de la regla 401-A ha sido esclarecida la fuente del incremento patrimonial reputado penalmente ilícito. Las inconsistencias técnico-legislativas del tipo básico y complementario de enriquecimiento ilícito siguen así poniendo en tela de juicio su existencia misma, en tanto coherencia lógico-sistemática y corrección técnico legislativa, además de los problemas derivados de su necesidad político-criminal.

4. La ilicitud formal y el deber de justificación por parte del sujeto activo

Si el enriquecimiento, es decir, el marcado y ostensible contraste entre lo que se tuvo antes del acceso al cargo y lo que se tiene durante o después de él, constituye el contenido material del delito en estudio, en cambio la ilicitud –en el más amplio sentido, ya sea penal, civil, administrativa, etc., o en un sentido más estricto– es el componente formal que integra el delito. La ilicitud del enriquecimiento vía acreditación de la procedencia ilegal o socialmente desvalorada tiene que mostrar al juzgador que el incremento rebasa significativamente el estimado promedio de recursos económicos del sujeto activo (resultantes de contrastar los ingresos legales y debidos por todo concepto del funcionario y/o empleados), y por sobre todo que la forma y modos de su obtención han sido ilegítimos, situación

que se torna incompatible con la posición de garante y/o de servicio a la nación asumida por todo sujeto público.

La ilicitud es formal, por cuanto no es objeto de la norma penal 401 el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos lesionados o los intereses y valores sociales afectados, tampoco el efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito. Interesa tan sólo la ilicitud penal del resultado «enriquecimiento», es decir, demostrar que su procedencia u obtención no ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles ni se debe a factores socialmente ajustados (herencias, negocios familiares, premios, etc.).

El componente de la no justificación del incremento patrimonial ostensible incorporado en el tipo penal con la reforma provocada por la Ley N° 28355, en tanto imperativo de conducta dirigido al funcionario o servidor (de quien se presume ha incrementado su patrimonio ilícitamente), constituye uno de los elementos del tipo que ha sido intensamente objetado tanto en la doctrina argentina, colombiana y nacional. Con mayor fuerza aún que la indeterminada conducta del incremento patrimonial. Las razones que se han dado son de peso para cuestionar la constitucionalidad de la figura penal de enriquecimiento ilícito al suponer la inversión de la carga de la prueba ⁽⁹⁴⁰⁾ (afectación de los principios de legalidad, presunción de inocencia, prohibición de declarar contra sí mismo (*nemo tenetur*), debido proceso, defensa en juicio, presunción de culpabilidad). No obstante y como bien describe DONNA también se han producido argumentaciones para sustentar el deber de justificar el incremento patrimonial con base al argumento central del estado democrático de derecho (deberes funcionales del sujeto público de asegurar los fines de la administración pública y que le colocan en una posición de tener que fundamentar su posición de garante). Una bien lograda frase de SOLER sintetiza esta posición «nada desmedido, irregular o severo hay en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre

⁽⁹⁴⁰⁾ Por todos véase la evaluación en contra y en pro de la justificación por parte del sujeto público del incremento patrimonial reputado ilícito, en DONNA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 382 y ss.

un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado; la asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial, con lo que quien sienta esta obligación como demasiado pesada e incomoda debe apartarse de la función pública. Esa obligación de rendición de cuentas sitúa al funcionario público en igual posición que los administradores de la quiebra, los de una sucesión o aquellos otros de un consorcio de copropietarios ⁽⁹⁴¹⁾.

La justificación del *plus* significativo que hace enriquecimiento ilícito y que se le requiere al sujeto público imputado en el proceso penal, no es propiamente un problema de *inversión de la carga probatoria*, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos ⁽⁹⁴²⁾. Dicho deber de justificar se fundamenta y legitima en la posición de garante asumida por el funcionario y servidor público al ingresar al servicio de la nación, siendo un mandato derivable del enunciado constitucional que positiviza el hecho que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación ⁽⁹⁴³⁾; o como bien redondea VILLADA, debe desterrarse la idea de que en esta materia, el derecho penal se conduce con el funcionario como con cualquier ciudadano común, y es que el funcionario público, no es un ciudadano común ⁽⁹⁴⁴⁾. Adquiere mayor consistencia, conforme la re-

⁽⁹⁴¹⁾ Citado por DONNA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 385.

⁽⁹⁴²⁾ Las dificultades dogmáticas y procesales de las fórmulas colombiana y argentina que incluyen en el tipo penal la no justificación del incremento económico como elemento del injusto penal mereció por nuestro legislador nacional antes de la dación de la Ley 28355, la decisión político-criminal de no contemplarla como componente típico de la figura del art. 401. Se buscó de esta manera evitar las interpretaciones equívocas sobre la inversión de la carga de la prueba, que podía llevar a entender que el sujeto activo tenía la obligación de probar su inocencia.

⁽⁹⁴³⁾ Art. 39 de la Constitución Política del Estado peruano: "*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley*".

⁽⁹⁴⁴⁾ VILLADA, *Delitos contra la función pública*, cit., p. 385.

dacción actual del delito de enriquecimiento ilícito, la tesis de CREUS sobre la naturaleza omisiva del delito, el cual según tal apreciación tendría su núcleo de ilicitud en la no justificación o en la no justificación suficiente de la procedencia del enriquecimiento ⁽⁹⁴⁵⁾.

No se trata, entonces, tan sólo de establecer presunciones de enriquecimiento, hay que acreditarlo con los diversos medios probatorios que existan (pericias contables, estimados financieros, análisis *ex-ante* y *ex-post*, concurrencia de indicios, etc.). La carga de la prueba deberá estar siempre a cuenta del denunciante o de la entidad institucional que es parte en el proceso penal (se entiende el Ministerio Público, secundado por la labor de las Procuradurías del Estado). La negativa del sujeto activo a justificar en modo alguno debe ser considerada una presunción de culpabilidad o una acreditación del hecho imputado, más allá de las implicancias administrativas o de relevancia penal (diferentes a la figura 401) que el caso pueda ameritar, asistiéndole por lo mismo al sujeto activo la presunción de inocencia con toda su fuerza principista y procesal, pese a que exista un incremento significativo en tanto esto último no es más que el dato fáctico sobre el cual tendrá que construirse toda el armazón de la imputación con base a indicadores probatorios y de responsabilidad subjetiva. Presunción que exige al juez permitirle al imputado examinar la prueba de cargo a fin de que ejercite su defensa cuando dichos medios probatorios hayan supuesto levantamientos de reserva, secretos bancarios, financieros, u otra información que se mantuvo reservada por las entidades de control o de persecución.

5. La relación funcional del enriquecimiento con el cargo

Si bien la redacción actual de la figura de enriquecimiento ilícito no hace mención a la razón del cargo se deja intacto el análisis de este componente.

La fórmula peruana, a diferencia de la colombiana, sólo ha incluido la frase «*por razón del cargo*». ¿Ello permite colegir acaso que está excluido el ejercicio de la función como fuente generadora del incremento patrimonial, o debe entenderse que «*por razón del cargo*» también incluye el ejercicio funcional? El

⁽⁹⁴⁵⁾ Al respecto véase la crítica de SANCINETTI (*El delito de enriquecimiento de funcionario público*, cit., p. 105) a los planteamientos de los tratadistas clásicos argentinos (CHIAPPINI, CREUS y otros).

tema es de por sí debatible. La posición del autor de este trabajo es afirmativa conforme se ha detallado ya anteriormente ⁽⁹⁴⁶⁾, no pretendiendo con ello soslayar la necesidad del debate interpretativo y esclarecedor al respecto.

Si asumimos la tesis que el artículo 401 cierra el tipo penal de enriquecimiento ilícito en lo concerniente a los medios que generan dicho resultado, entonces la vinculación funcional se circunscribirá a los ilícitos penales de corrupción cometidos por los funcionarios y servidores públicos como fuente generadora de enriquecimiento, quedando excluidos los efectos económicos logrados con la realización de los delitos comunes (estafas, hurtos, apropiaciones, extorsiones, etc.). Igualmente estarán al margen de la vinculación funcional por razón del cargo los otros ilícitos penales distintos a los de corrupción (peculado, concusión, etc.).

En cambio, si se parte del criterio que el art. 401-A, si bien juega un papel complementario, que no es excluyente ni pretende totalizar las fuentes de enriquecimiento, entonces por razón del cargo va a significar dos cosas: 1) el enriquecimiento se produce durante el ejercicio de las actividades del funcionario o servidor público, incluyendo una extensa gama de ilícitos penales funcionales o ilícitos administrativos; excluyéndose aquí los acrecentamientos patrimoniales que el sujeto público haya realizado en su calidad de particular, sin que, en tal hipótesis, para nada haya intervenido la calidad funcional o el ejercicio del cargo; supuesto que si bien puede, en determinados casos, admitir la presencia de un marco de incompatibilidades, ello no es suficiente para dotarle al acto o resultado de enriquecimiento patrimonial relevancia penal por delito de función y menos por enriquecimiento ilícito; 2) el enriquecimiento se produce mediante el prevalimiento del cargo sin requerir que necesariamente se ejercite actividades de función o servicio. En esta perspectiva se amplía aún más las fuentes generadoras del enriquecimiento ilícito, pudiendo abarcar incluso a delitos comunes cometidos por el sujeto público con abuso del cargo, hipótesis en la que se advierte con mayor notoriedad el abuso de poder del sujeto público.

No existe razón suficiente –de carácter político-criminal ni de naturaleza dogmática– para circunscribir la fuente generadora del enriquecimiento ilícito a los delitos o actos ilícitos distintos a los de función, o para considerar que sólo éstos en exclusividad pueden dar cuenta de la figura 401. Que el Código penal colombiano lo haya así regulado no es argumento válido para que lo traslademos a nivel de interpretación al modelo peruano, más aún si el legislador nacional pudiendo haber incluido tal componente condicional no lo hizo.

⁽⁹⁴⁶⁾ Véase *supra*, p. 848.

El vínculo funcional comprende así un amplio abanico de fuentes generadoras de riqueza ilícita en el marco de prevalimiento manifiesto. Si excluimos el prevalimiento, el tipo penal pierde fuerza relevante, porque no es lo mismo que un funcionario o servidor se enriquezca a que se enriquezca en razón de su cargo ⁽⁹⁴⁷⁾.

XII. ELEMENTO SUBJETIVO

Por principio jurídico-dogmático asumido por el derecho penal peruano, no se puede castigar ningún delito por la sola existencia de un resultado material, en este caso de enriquecimiento, es decir, por el incremento patrimonial que no ha sido acreditado en su procedencia ilícita. Tiene que haber existido dolo en los actos de incremento ilícito. La responsabilidad objetiva (castigar al margen de dolo o culpa, sólo en razón al hecho material), está desterrada de nuestro ordenamiento penal, por lo menos a nivel de principio tutelar. El dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de enriquecerse ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud. No es admisible la tesis de que el delito de enriquecimiento exija ánimo de lucro o tendencia interna trascendente, conforme indica GÁLVEZ VILLEGAS ⁽⁹⁴⁸⁾, pues además de no ser una exigencia del tipo, con ello se estaría restringiendo innecesariamente el ámbito de tipicidad del delito, excluyéndose comportamientos y resultados de enriquecimiento referenciables en la simple conducta dolosa; a lo que hay que agregar la dificultad que se deriva de dicha tesis para admitir un delito con dolo directo y ánimo de lucro que sea a la vez susceptible de cometerse con dolo eventual.

⁽⁹⁴⁷⁾ En este punto, enfatizan igualmente la razón del cargo CARO CORIA (SAN MARTÍN/CARO/REAÑO: *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, cit., p. 194 y ss., vinculando la razón del cargo a criterios de imputación objetiva), CASTILLO ALVA ("El caso Joy Way", cit., p. 22, ampliamente y evaluando las distintas lecturas que existen al respecto) y GÁLVEZ VILLEGAS (*Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 152).

⁽⁹⁴⁸⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 155 a 157.

XIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Estamos ante un delito de naturaleza comisiva activa y de resultado condicionado a los resultados de una acción procesal, que se consuma en la medida en que se acredite la existencia de un incremento significativo y contrastante, el mismo que es resultado de actividades no conformes a derecho en el contexto del ejercicio funcional, ya sea durante el período temporal de vigencia del mismo o ulterior a él. En este último caso siempre y cuando exista nexo causal imputable del resultado enriquecimiento con el período de ejercicio funcional ⁽⁹⁴⁹⁾.

Como se observará no es sólo el incremento lo que va a consumir el delito, ya que un enriquecimiento no explicado de por sí no es delictivo, tampoco son suficientes las presunciones que al respecto se hagan ni la negativa a justificar del funcionario o servidor. El centro de gravedad delictiva recae en la comprobada desproporción económica de origen ilícito poseída por el sujeto público, o en la cancelación-disminución ostensible de pasivos, vinculados ambos a su condición de funcionario o servidor público que los explica y da sentido penalmente relevante. Asimismo, es de considerar no acertada la opinión de ABANTO VÁSQUEZ ⁽⁹⁵⁰⁾ para quien el delito se consuma no solamente con el incremento del patrimonio del funcionario sino con el «vencimiento de los plazos para la justificación de tal incremento», lo cual incorpora un elemento procedimental en el *iter criminis* del delito, que el tipo penal no registra, además de hacer depender los plazos de prescripción de la acción de un criterio no establecido por la parte general del Código Penal peruano. No compartimos la opinión de GÁLVEZ VILLEGAS ⁽⁹⁵¹⁾, se-

⁽⁹⁴⁹⁾ La Ejecutoria Suprema del 16 /5/2003, Exp. AV-09-2001, ya citada anteriormente considera al enriquecimiento ilícito un delito comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la medida que el mismo es resultado de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el período de ejercicio público funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación.

⁽⁹⁵⁰⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 487.

⁽⁹⁵¹⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 161.

gún la cual la incorporación de los bienes, derechos y/o activos al patrimonio del sujeto activo, de su familia o de la persona interpuesta, o al asumir la titularidad de los bienes, consume el delito. GÁLVEZ funde aquí, en un solo concepto, acción con resultado, tomando a ambos elementos de tipicidad como idénticos, lo cual por lo demás justifica su perspectiva de análisis que ve en el tipo penal 401 un delito de simple actividad.

Cuando el tipo penal señala refiriéndose al sujeto público, «no pueda justificar razonablemente» no esta diciendo con ello que no justifique, esto es que no quiera o se vea imposibilitado de justificar, sino que más bien está colocándose en la situación racional, desde la perspectiva normativa, que pese a sus intentos las razones dadas para justificar el incremento no son idóneas o suficientes para superar la imputación de ilicitud, lo cual no supone que el Juez vea en ello criterio de culpabilidad, pues está el Fiscal en la obligación de presentar un plexo probatorio razonable, más allá de la inidoneidad del sustento del sujeto público imputado. El deber de justificar si bien es un importante componente del núcleo de la ilicitud penal por sí solo, ante su ausencia no consume el delito. La no justificación razonable en proceso penal es un factor de primera importancia para avanzar en la acreditación del delito, pero sin embargo y pese a su importancia para dar por consumado el delito de enriquecimiento ilícito el Fiscal deberá acreditar con los medios probatorios, que detallan objetiva y técnicamente el incremento notorio, que dicho incremento no justificado o insuficientemente justificado es ilícito; en este contexto deberá el Fiscal confirmar que la inidoneidad de las razones dadas por el procesado se basan en la procedencia ilícita del incremento. La justificación del incremento torna irrelevante la imputación de ilicitud y por lo mismo de la tipicidad del supuesto.

La razonabilidad de la justificación, en tanto exposición argumentada de fundamentos o razones, va dirigida tanto al obligado como al juez que aprecia dicha razonabilidad, por lo cual no se requerirá una matemática proporción de ajuste sino elementos significativos de contraste económico.

La tentativa supone que existen actos fragmentarios que por sí mismos no son suficientes para acreditar la existencia material y subjetiva del delito de enriquecimiento. Es admisible que se presenten actos

de tentativa en la medida de incrementos fronterizos con los incrementos significativos, que rebasen las estadísticas de error, lo cual supone, como correctamente indica CASTILLO ALVA, la posibilidad que se presente la figura del desistimiento voluntario a enriquecerse⁽⁹⁵²⁾. Asuntos por cierto necesitados de mayor ahondamiento temático.

XIV. PARTICIPACIÓN

Sólo pueden enriquecerse ilícitamente, según la figura del art. 401, los funcionarios y servidores públicos. Los mismos que responderán a título de autores o coautores.

El Código Penal peruano vigente no ha normativizado expresamente la situación jurídico-penal de los terceros llamados «hombres de paja», testaferros o personas interpuestas (particulares allegados o extraños pero vinculados con el sujeto activo), quienes por lo general son utilizados o concertados por los sujetos públicos para disimular u ocultar el estado de enriquecimiento logrado por éstos; supuesto de hecho en el que responderán por delito de encubrimiento o receptación según cuales sean las particularidades del caso y de concurrir las exigencias de tipicidad subjetiva. En el caso de los testaferros o de los instrumentos (que obran dolosamente) empleados por los funcionarios y servidores públicos para enriquecerse, al estar ubicados en el proceso del *iter criminis* del delito, serán reputados cómplices del sujeto público⁽⁹⁵³⁾. En lo general y como bien recuerda GÁLVEZ VILLEGAS⁽⁹⁵⁴⁾, rigen aquí las reglas de la accesoriedad limitada de la participación. Aquellos supuestos en los que sean familiares de vinculación directa con el sujeto activo del delito, esto es, hijos, padres, cónyuge, esposa, hermanos, etc., quienes son utilizados para lograr el enriquecimiento ilícito del agente o para disimularlo, deberán ser evaluados caso por caso para descartar comportamientos desprovistos de tipicidad, al hallarse fundados en el principio de confianza y no concurrencia de los

(952) CASTILLO ALVA, "El caso Joy Way", cit., p. 81.

(953) Así, por ejemplo véase, en la Ejecutoria suprema de 2 de julio de 1998, Exp. N° 143-98, Sala C (Queja), Lima, la calificación legal de cómplice en el delito de enriquecimiento imputado al acusado.

(954) GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 182 y 183.

elementos de tipicidad subjetiva exigibles a los partícipes, a efectos de hacer relevante la imputación penal.

Nuestra legislación penal no tiene una figura propia de enriquecimiento ilícito de particulares, que sí la observamos, por ejemplo, en la legislación penal especial colombiana (Decreto 2266 de 1991) y argentina (Código Penal, artículo 268.2, último párrafo). Obviamente, que el tratamiento jurídico-penal de la persona interpuesta es de por sí opinable y debatible, debiendo en este punto complementarse la norma penal de enriquecimiento ilícito con un agregado complementario o con una autonomización normativa sobre la punición del testaferrato, de forma que se racionalice la criminalización y punición de tales partícipes.

XV. LA SUBSIDIARIDAD DEL DELITO

Sostener que el delito de enriquecimiento posee naturaleza subsidiaria implica lo siguiente:

- a) Que existe la posibilidad que presentado el supuesto de hecho de incremento patrimonial significativo vinculado a la razón del cargo, dos o más figuras penales puedan dar cuenta de su tipicidad en situación de concurso aparente.
- b) Que la subsidiariedad descarta la posibilidad que el supuesto de enriquecimiento sea absorbible en su tipicidad objetiva y subjetiva por otras figuras penales que también poseen como componente un relativo o significativo incremento del patrimonio del agente (por ejemplo, un peculado doloso, el provecho obtenido en una colusión defraudatoria, una concusión o un cobro ilegal de remuneraciones [exacción ilegal], etc.).
- c) Que la subsidiariedad descarta la posibilidad de aplicar alternativamente (o uno u otro) los tipos penales funcionales, dado que lo subsidiario es excluyente de lo principal o de lo alternativo.
- d) Que el tipo de enriquecimiento no posee naturaleza autónoma, en tanto tipo penal, vale decir que carece de una conducta típica propia, operando con carácter residual, esto es, con efecto de rechojo de aspectos de tipicidad de otros ilícitos, sin que pueda confundirse con éstos ⁽⁹⁵⁵⁾.

⁽⁹⁵⁵⁾ Véase el argumento de ABANTO VÁSQUEZ (*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 485), quien desdobra la naturaleza del

- e) Generalmente la subsidiariedad posee descripción legal expresa, cuando la norma así lo establece⁽⁹⁵⁶⁾, pero en otras situaciones la relación de subsidiariedad se halla implícita en la configuración normativo-descriptiva del tipo penal, tal como sucede con el delito de abuso genérico de autoridad que es una figura penal subsidiaria con relación a los tipos penales especiales de abuso (artículo 376 del Código Penal con relación a los artículos 378, 379, 380, 382, etc.). En el contexto del derecho penal comparado, para describir la relación de subsidiariedad expresa usualmente se han acudido a las frases «siempre que el hecho no constituya otro delito» (Colombia), «sin incurrir en alguno de los delitos de este capítulo» (Puerto Rico), «sin incurrir en un delito más severamente castigado» (Costa Rica y Panamá).
- f) El delito de enriquecimiento ilícito mantiene una relación subsidiaria con los tipos penales de concusión, exacción ilegal, colusión defraudatoria, peculado doloso y extensivo, cohecho pasivo genérico y específico de aceptación de donativos, tráfico de influencias, entre otros. No pudiendo concursar ni real ni idealmente con tales figuras delictivas, lo que significa que la imputación por enriquecimiento ilícito cancela la establecida por los demás delitos para un mismo supuesto de hecho, lo que deberá establecerse en la medida de lo posible en la calificación del supuesto de hecho o en los momentos pertinentes del desenvolvimiento procesal del caso.

delito en autónoma y subsidiaria, dependiendo de cuál sea la fuente ilícita de origen del incremento significativo: en el primer caso, cuando el incremento patrimonial no tiene nada que ver con la comisión de delitos pero implican la infracción de deberes funcionales o cuando tiene que ver con delitos que ya han prescrito; en el segundo caso cuando el enriquecimiento provenga de otros delitos perseguibles penalmente. Esta tesis, pese a su originalidad, mantiene algunas dificultades para la interpretación, en cuanto a los límites de las infracciones funcionales capaces de revestir de relevancia penal por enriquecimiento ilícito y el tema de la eficacia de la prescripción, entre otros aspectos, tornan debatible la tesis de ABANTO.

⁽⁹⁵⁶⁾ Por citar un ejemplo, el artículo 438° del Código Penal referido al delito de falsedad genérica: *“El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad (...)”*. Aquí la norma penal imprime taxativamente el sello de subsidiariedad al delito.

El criterio de subsidiariedad⁽⁹⁵⁷⁾ admitida preliminarmente para el delito de enriquecimiento ilícito ofrece la ventaja que no descarta la posibilidad de reorientar la calificación legal, si de los medios probatorios actuados resulta aplicable al supuesto de hecho un tipo funcional especial y no el artículo 401. Efecto remisivo que racionalizará la labor persecutoria del delito por parte del Ministerio Público.

Las críticas formuladas a la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito con relación a los demás delitos funcionales –no pudiendo hablarse aquí de subsidiaridad con referencia a delitos comunes, dada la naturaleza especial del tipo penal 401– apuntan a deslegitimarla desde dos argumentos ⁽⁹⁵⁸⁾: a) la existencia de un concurso ideal y no de uno aparente, conjetura sobre la cual ya se ha puesto de relieve sus inconsistencias ⁽⁹⁵⁹⁾; y b) el tipo penal subsidiario siempre tiene una pena menor que los tipos especiales, es decir, posee menor gravedad. Se acude aquí a una razón dominante en la esfera civil, sin tomar en cuenta que el derecho penal tiene la característica que comúnmente recrea conceptos y los potencia en función al ámbito de protección de la norma, de modo tal que un criterio cuantitativo, válido posiblemente en esferas extrapenales, no puede invalidar una construcción que otorga coherencia a la sistemática penal especial.

La función que cumple la subsidiariedad está relacionada con la necesidad político-criminal de cubrir espacios o ámbitos desprovistos de regulación y por lo mismo susceptibles de impunidad, por deficiencias probatorias o restricciones descriptivo-comprensivas de los tipos penales básicos o principales. Desde esta perspectiva de análisis, la subsidiaridad no siempre y necesariamente (lo que de por sí es criticable) va a guardar concordancia con los principios de legalidad y determinación de las de las conductas, lo que hace que en su formulación se acuda por lo general a cláusulas abierta de tipicidad que hacen difícil

⁽⁹⁵⁷⁾ Asume también esta tesis con intensa defensa HUGO ALVAREZ, «El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal», cit., pp. 60 a 63. Pormenorizadamente sobre la tesis de la subsidiaridad véase NAKAZAKI SERVIGÓN, «Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria», cit., p. 190 y ss.

⁽⁹⁵⁸⁾ Véase al respecto GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 198 y ss.

⁽⁹⁵⁹⁾ Véase *supra*, p. 848 y ss.

la labor de interpretación y pueden permitir desbordamientos de criminalización.

XVI. AGRAVANTE POR LA CALIDAD Y POSICIONAMIENTO DEL AGENTE

La Ley N° 28355 anexó al artículo una circunstancia que agrava severamente la pena al funcionario público que «haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o si está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional». Mediante esta circunstancia el legislador se ha dirigido a un sector reducido y privilegiado de funcionarios públicos que concentran poder burocrático, funcional y político y deciden en las altas esferas de la administración pública, y por lo mismo se hallan en posiciones de mayor vulneración del bien jurídico específico.

En este punto lamentablemente el Congreso al dar la Ley N° 28355 no tomó en cuenta las otras circunstancias de agravación que se le propuso, tales como la de tomar el referente de las cincuenta unidades impositivas tributarias a efectos de incrementar la pena, así como el de regular expresamente el testaferrato.

XVII. PENALIDAD

El Código penal peruano es uno de los más severos en Latinoamérica en sancionar penalmente el delito de enriquecimiento ilícito. No obstante que muy raras veces fue aplicable el tipo penal en mención, excepción hecha de los recientes procesos contra funcionarios del fenecido régimen político presidido por el presidente Fujimori.

La penalidad es doble de cinco a diez años de la privación de la libertad (pena efectiva) e inhabilitación conforme al art. 36 inc. 1 y 2) para el tipo básico, y de 8 a 18 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al art. 36 incs. 1 y 2 para el tipo agravado.

XVIII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad y causales de justificación:

- Por inexistencia del dolo.

- Por enriquecimientos socialmente ajustados (producto de sus emolumentos, premios, servicios profesionales, etc.), por actos que suponen irregularidad administrativa ⁽⁹⁶⁰⁾.
- Por incrementos deleznales.
- Por hechos fortuitos o herencias.
- Por justificación contable o financiera.

XIX. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 268 (2): *Será suprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.*

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años».

Este tipo penal fue anexado al código argentino por Ley 16.648 de fecha 30 de diciembre de 1964 que incorporó el Capítulo IX «Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados».

2. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980, texto actualizado por Ley 190 de 1995), art. 148: *El servidor público que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años de prisión, multa equivalente al valor del enriquecimiento o interdicción de derechos y funcionarios públicos por el mismo término de la pena principal.*

⁽⁹⁶⁰⁾ Así, la Ejecutoria Suprema del 6/12/2002, Exp. 3071-2001 Puno de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo, consideró que la percepción de doble remuneración implica la infracción de una norma de carácter administrativo más no delito de enriquecimiento ilícito (en SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública*. Ju-

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial justificado».

C.P de Colombia (2000): art. 412: *El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años.*

3. Panamá (1982)

«C.P. de Panamá (1982), art. 335: *Será sancionado con prisión de seis a dieciocho meses y de veinticinco a setenta y cinco días-multa el servidor que sin incurrir en un hecho punible más severamente penado:*

(...)

- *No justifique, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento patrimonial suyo de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo público. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento, será sancionado con veinticinco a setenta y cinco días-multa».*

4. Costa Rica (1971)

«C.P. de Costa Rica (1971), art. 344: *Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:*

(...)

- *No justifiicare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público».*

5. Venezuela (Ley del 31 de marzo de 1964)

«Ley del 31 de marzo de 1964 de Venezuela, art. 25: *El enriquecimiento ilícito tiene lugar cuando el funcionario o empleado público, durante el*

desempeño de su cargo o dentro del año siguiente a su cesantía se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que sobrepasan notoriamente sus posibilidades económicas.

Para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado público se tomarán en cuenta: 1) sus condiciones personales; 2) la cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; 3) la ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento».

6. Puerto Rico (Decreto 270 del 13 de febrero de 1973)

«Decreto 270 del 13 de febrero de 1973, de Puerto Rico, art. 477.- Enriquecimiento ilícito: El funcionario público que sin incurrir en alguno de los delitos de este capítulo se enriqueciere sin justa causa, a costa de la hacienda pública o municipal, será sancionado con prisión de 6 meses a 6 años. Se presume enriquecimiento ilícito el aumento de capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que se ha tomado posesión del cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, y fuere notablemente superior al que normalmente hubiere pedido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital, o de sus ingresos, por cualquier otra causa».

7. México (1922)

«C.P de México (1922), art. 275: Comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia.

Para determinar el enriquecimiento del servidor público, se tomarán en cuenta los bienes a su nombre y aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, además de los que a este respecto disponga la legislación sobre responsabilidad de los servidores públicos.

Al servidor público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito, se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y el momento en que se comete el delito se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda el equivalente a cinco mil veces el salario mínimo antes anotado, se impondrán de dos a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.

8. Convención Interamericana Contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)

«Convención Interamericana contra la Corrupción, art. IX.- Enriquecimiento ilícito: Con sujeción a su construcción y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito el incremento del patrimonio de un funcionario con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan».

9. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (México, 2003)

«Art. 20: Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él».

DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

1. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: SENTENCIA NULA

«Al no precisarse la forma y circunstancia en que se perpetró el delito de corrupción de funcionarios ni la prueba que acredite su comisión, mal puede el colegiado concluir por una condena por dicho ilícito; declararon nula la sentencia, mandaron que se realice nuevo juicio oral» (Ejecutoria del 28 de mayo de 1998, Exp. N° 4250-97, Tumbes).

2. COHECHO ACTIVO EN GRADO DE TENTATIVA: INSUFICIENCIA DE PRUEBAS

«No existen pruebas suficientes para acreditar el intento de soborno a alto oficial de la Policía Nacional con el objeto de solicitarle ayuda para agilizar trámite de pase a la situación de disponibilidad, si el billete no fue incautado, el acta sólo lleva la firma del instructor, habiendo sido además el acusado sometido a maltratos físicos verificados, lo que genera duda que favorece al imputado» (Ejecutoria Suprema de 3 de abril de 1998, Exp. N° 5049-98, Lima).

3. INTEGRACIÓN DE SENTENCIA POR OMISIÓN DE RESERVAR EL PROCESO CONTRA ACUSADO AUSENTE

«La Sala Penal Superior el expedir la sentencia materia del grado ha omitido reservar el proceso respecto al acusado por los delitos contra la libertad –violación de la libertad personal–, contra el patrimonio –extorsión– y contra la administración pública –corrupción de funcionarios y abuso de autoridad– en agravio del Estado y Rafael Alfonso Vargas respectivamente, siendo pertinente integrar este extremo de la sentencia, en aplicación del penúltimo párrafo del art. 298 del C de procedimientos penales» (Ejecutoria Suprema de 6 de marzo de 1998, Exp. N° 580-97, Callao).

4. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: INDIVIDUALIZACIÓN DE REPARACIÓN CIVIL Y DÍAS-MULTA

«La reparación civil fijada por la Sala Penal Superior a favor de los agraviados no guarda proporción con la magnitud de los daños irrogados, por lo que resulta pertinente modificarla e individualizarla en forma prudencial, a favor del Estado y de la agraviada. Que el importe del día multa no podrá ser menor del 25 por ciento ni mayor del 50 por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo» (Ejecutoria Suprema de 21 de enero de 1998, Exp. N° 4936-97, Huánuco).

5. COHECHO ACTIVO EN GRADO DE TENTATIVA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: ABSOLUCIÓN POR INSUFICIENCIA DE PRUEBA Y ATIPICIDAD

«La conducta de resistencia a la autoridad resulta atípica, puesto que para que sea sancionada la resistencia a la orden impartida por funcionario público se requiere que no se trate de la propia detención, lo cual no se da en el presente caso.

En cuanto a la tentativa de corrupción de funcionarios no ha sido acreditada con elemento probatorio alguno que corrobore las imputaciones formuladas por los efectivos policiales intervinientes en las detenciones de los encausados, siendo muy vagos los cargos en ese sentido» (Ejecutoria Suprema de 12 de enero de 1998 en conformidad con el Dictamen Fiscalía Penal Suprema 1206-97, Exp. N° 1206-97).

6. COHECHO ACTIVO: DONATIVO NO TÍPICO

«No prueba el delito de corrupción de funcionarios el hecho de haber entregado el procesado la suma de S/. 10.00 nuevos soles a su otro co-inculcado el alférez Policía Nacional, luego que concluyera el percance antes anotado, no habiendo tenido la intención de sobornar a las policías para lograr una solución favorable, puesto que de ser así lo habría hecho antes, y menos existe evidencia alguna de que su co-procesado haya solicitado exigencia económica alguna» (Ejecutoria Suprema de 12 de enero de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 3576-97, Exp. N° 859-97, Lima).

7. COHECHO PASIVO IMPROPIO: LEY PENAL MÁS FAVORABLE Y EXTENSIÓN DE PRESCRIPCIÓN PARA AUSENTES

«Que si bien se ha acreditado fehacientemente el hecho imputado al acusado, dicho ilícito ocurrió en el mes de noviembre de 1990, encontrándose previsto en el art. 350 del Código penal de 1924 que establece penas alternativas de prisión no mayor de tres meses o multa de la renta de 3 a 30 días; que el Código penal vigente sanciona dicha conducta en el artículo 394 con pena privativa de libertad no menor de 3 años ni mayor de 6; que estando a

lo más favorable al reo, es del caso aplicar la primera norma legal invocada de conformidad al art. 139 de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo 6 del Código penal vigente.

Que habiendo transcurrido con exceso el plazo previsto para que opere la prescripción de la acción penal, y siendo similar la situación jurídica de los ausentes a la del acusado presente, es también del caso pronunciarse de igual forma» (Ejecutoria Suprema de 2 de diciembre de 1997, Exp. N° 131-97, Puno).

8. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS:

PERICIA CONTABLE SOMETIDA A SANA CRÍTICA

«Debe de tomarse con reserva la sobrevaloración mencionada en la pericia contable, si los peritos han llegado a esa condición con documentos entregados por un coacusado a quien se atribuye haber actuado en represalia; subsistiendo únicamente la imputación de corrupción no puede imponerse una sentencia condenatoria» (Ejecutoria Suprema de 13 de noviembre de 1997, Exp. N° 4366-96, Arequipa).

9. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: CONCUSIÓN:

PECULADO: CUESTIÓN PREVIA INFUNDADA

«El procedimiento administrativo no constituye un requisito o condición previa para ejercer la acción penal» (Ejecutoria Suprema, 6 de noviembre de 1996, Exp. N° 1773-95-B, Apurímac).

10. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS:

NATURALEZA OBLIGATORIA O FACULTATIVA DE LA REVOCATORIA DE LA SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE PENA

«Tratándose de la suspensión de la Ejecución de pena, su revocatoria tiene carácter facultativo u obligatorio; en el primer caso procede cuando el agente incumple las reglas de conducta impuestas o es condenado por otro delito, mientras que en el segundo procede cuando dentro del período de prueba es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso a pena privativa de la libertad superior a tres años» (Ejecutoria Suprema de 20 de octubre de 1997, Exp. N° 234-96, Tacna).

11. NULIDAD DE SENTENCIA POR FUNDAMENTOS

CONTRADICTORIOS E INVERSIÓN DE LA CARGA DE PRUEBA

«Analizados los actuados es de verse que los argumentos esgrimidos en la parte considerativa de la sentencia venida en grado resultan contradictorios

en lo referente al fallo, en donde se le condena al encausado como autor de los ilícitos imputados a pesar de que durante la exposición de los hechos y la valoración de las pruebas actuadas se le considera exento de pena; asimismo, que pese a que se señala que la falta de prueba de cargo no ha sido superada, se funda el fallo condenatorio en que los hechos no han sido debidamente esclarecidos por el acusado, invirtiéndose la carga de la prueba y atentándose de esta manera contra la seguridad jurídica que debe primar en todo proceso judicial; declararon nula la sentencia» (Ejecutoria Suprema de 5 de mayo de 1997 en conformidad con el Dictamen Fiscalía Penal Suprema 4073-96, Exp. N° 3438-95, Sala Penal C, Cusco).

12. COHECHO PASIVO PROPIO:

FAVORES SEXUALES PARA REALIZAR ACTO EN VIOLACIÓN DE SUS OBLIGACIONES

«Compulsando los actuados, es de apreciarse que las declaraciones proporcionadas por la agraviada no son uniformes, restándole credibilidad; por otro lado no existe en autos el certificado médico legal que corrobore el dicho de la agraviada de haber accedido a las prácticas sexuales con el suboficial Policía Nacional en la carceleta judicial del Palacio de Justicia del Callao, bajo promesa de ayudarla a huir; que la simple imputación no corroboradas con otras pruebas no es suficiente para un fallo condenatorio» (Ejecutoria Suprema de 5 de marzo de 1997 de conformidad con el Dictamen Fiscalía Penal Suprema 1529-961, Exp. N° 2673-95, Callao).

13. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, VIOLENCIA Y

RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:

NULIDAD DE SENTENCIA POR VICIOS PROCESALES IMPUTABLES AL COLEGIADO PENAL

«Que estando a las irregularidades cometidas por la Sala Penal Superior de condenar a alguien que no es parte en el proceso, violar lo dispuesto en el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales y no pronunciarse respecto al dictamen en el extremo que opinó por la improcedencia a juicio oral, deviene en nula la sentencia materia de grado; que, asimismo, es del caso imponer la medida disciplinaria a que se refiere el art. 208 de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (Ejecutoria Suprema de 11 de diciembre de 1996, Exp. N° 4719-95-B, Puno).

14. COHECHO PASIVO PROPIO: INSUFICIENCIA DE PRUEBAS

«No existe prueba fehaciente que corrobore la imputación que le hace el ciudadano José Vega Zavaleta al fedatario de la SUNAT en el sentido que le solicitara la suma de 100 nuevos soles para no realizar la labor que le compe-

te como fedatario en la campaña de verificación de comprobantes de pago, sino que dicho cargo se desvanece ante el hecho de haber José Vega procedido a arrancarle de las manos el acta respectiva y romperla, llegando incluso a agredirle físicamente tal como reconoce José Vega en su manifestación» (Ejecutoria Suprema de 2 de diciembre de 1996 en conformidad con el Dictamen Fiscalía Penal Suprema 199-96, Exp. N° 1877-95-B, La Libertad).

15. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS:

SUJETO PASIVO

«En los delitos de corrupción de funcionarios el sujeto pasivo es el Estado, mas no la persona a través de la cual se comete el ilícito» (Ejecutoria Suprema de 13 de setiembre de 1991, Exp. N° 511-91, Tacna [*Normas Legales*, octubre, 1995, J-38]).

16. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS Y TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS:

EFICACIA PROBATORIA

«La eficacia probatoria de la actuación policial pierde mérito por las circunstancias en que ésta fue practicada, vale decir al interior de un establecimiento penal, en el que el encausado se encuentra privado de libertad y por no haber estado presente el fiscal provincial, que es quien resguarda la legalidad» (Ejecutoria Suprema de 14 de febrero de 1994, Exp. N° 3101-93, Lima [*Normas Legales*, octubre, 1995, J-42]).

17. CORRUPCIÓN ACTIVA DE FUNCIONARIOS:

PRUEBA INSUFICIENTE: *IN DUBIO PRO REO*

«La prueba actuada en la etapa policial y en la instrucción consistente en la declaración de los policías que intervinieron al acusado es insuficiente para sustentar un fallo condenatorio, concitando fundada duda en el juzgador, por lo que es de aplicación el principio de *in dubio pro reo*» (Ejecutoria Suprema de 22 de agosto de 1989, Exp. N° 531-89 Lima [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 258]).

18. CORRUPCIÓN ACTIVA DE FUNCIONARIOS:

DUDA RAZONABLE

«La aceptación de los cargos de soborno, hecho a nivel policial, por el acusado, sin haber contado con la presencia del Fiscal Provincial y abogado defensor, sólo es una declaración referencial, máxime si en el acto oral dicho acusado sostuvo uniformemente que el efectivo policial, al momento de su intervención, le despojó de su aro de compromiso matrimonial, como de

dinero, solicitándole la entrega de una suma mayor a cambio de dejarle en libertad. Situación que genera duda sobre la comisión del hecho delictivo» (Ejecutoria Suprema de 24 de julio de 1989, Exp. N° 198-89 Lima [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 241]).

19. CORRUPCIÓN ACTIVA DE FUNCIONARIOS:

ABSOLUCIÓN POR DUDA

«Procede la absolución del encausado si éste ha negado uniformemente la imputación que se le hace desde el inicio de las investigaciones policiales, así como en la etapa de la instrucción y el juicio oral, concordantes con el hecho de no haberse probado que los 50 intis hallados al momento de revisar la Libreta Electoral haya estado destinado a sobornar al policía, no habiéndose redactado acta de incautación del dinero en el lugar de la intervención, siendo de aplicación el principio universal del *in dubio pro reo*» (Ejecutoria Suprema de 22 de junio de 1989, Exp. N° 1373-88, Lima [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 275]).

20. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS:

LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

«En virtud del principio de la aplicación de la ley más favorable al reo, consagrado en nuestra Constitución y Código penal, no es posible extraer preceptos aislados de las disposiciones en conflicto que sean beneficiosas, ya que ello determinaría la aplicación de una tercera norma creada por el intérprete que no resultaría adecuada a ley. La aplicación de la norma más favorable al reo significa escoger de entre dos o más disposiciones aquella que en su totalidad le sea al reo más favorable; lo contrario implicaría, como en el caso de autos, aplicar una ley que no ha sido prevista» (Ejecutoria del 12 de junio de 1985, Exp. N° 78-85 Lima [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1985, pp. 152-153]).

21. CORRUPCIÓN ACTIVA: CONCURSO DE DELITOS

«Quien al ser sorprendido por la policía ejerciendo ilegalmente la medicina le ofrece dinero para no ser detenido, perpetra, además, el delito de corrupción de funcionarios» (Ejecutoria suprema de 11 de mayo de 1956 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1956, Lima, p. 607; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 421]).

22. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS:

EXCLUSIVIDAD DE LA VÍA PENAL

«El delito de corrupción de funcionarios por su naturaleza no es susceptible de esclarecerse previamente en otra vía que no sea la penal. Las alegacio-

nes de irresponsabilidad no pueden resolverse mediante la interposición de una cuestión prejudicial» (Ejecutoria Suprema de 8 de octubre de 1952 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, Lima, p. 2991; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 421]).

23. COHECHO PASIVO PROPIO: ACTOS TÍPICOS

«Aparece de autos que se incrimina al procesado en su condición de Inspector de Migraciones solicitar al procesado suma de dinero a efecto de no ponerle a disposición de la autoridad, por el hecho de haber presentado una libreta militar falsificada para tramitación de su pasaporte; el procesado tanto en su instructiva como en el juicio oral niega haber solicitado dinero a su coencausado, habiendo únicamente retenido su libreta electoral para dar cuenta al Director de Migraciones, afirmación que se halla desvirtuada por el informe elevado al Director de Pasaportes en el que reconoce ser consciente de haber procedido mal en aceptar el dinero, poniendo a su disposición los documentos y el dinero recibido; por lo que la sentencia venida en grado de nulidad se halla expedida de acuerdo a ley y al mérito de las pruebas actuadas» (Ejecutoria Suprema del 6/12/ 2000, Exp. N° 321-2000 Lima. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal procesal penal*, Idemsa, 2002, p. 754, Sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa para procesos ordinarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 19 de abril de 2000, Exp. N° 634-99, p. 756).

24. COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO DE ABOGADO: ELEMENTOS DE CARGO

«Al haberse determinado que el abogado procesado que laboraba en el Jurado Nacional de Elecciones propuso a la Alcaldesa, a efectos de conseguir una resolución favorable, un acuerdo ilícito consistente en efectuar la parte expositiva de la resolución a cambio de que lo contrate a su estudio como asesor jurídico de la Municipalidad, así como le otorgue cuatro puestos de trabajo, existen elementos de cargo que no han sido debidamente merituidos por el colegiado; fundamentos por los cuales declararon nula la sentencia absolutoria» (Ejecutoria Suprema del 21/1/ 98, Exp. N° 1061-97 Lima. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 468).

25. COHECHO PASIVO IMPROPIO: PERCEPCIONES LEGALES

«La justicia es gratuita a tenor de lo previsto en el inciso 16 del artículo 139 de la Constitución, empero existen actividades de la justicia de paz no letrada que al no ser remunerada con fondos del Estado, están facultados para percibir compensaciones económicas con la escala de derechos que se consignan en la Ley Orgánica del Poder Judicial; que el acusado, si bien está acreditado cobró cuando ejercía el cargo de Juez de Paz no Letrado, tam-

bién lo es que como funcionario no remunerado por el Estado por el cargo que ejercía está justificado, máxime si el monto cobrado parece razonable y proporcional al servicio prestado, por lo que no se dan los presupuestos del delito de cohecho impropio (Ejecutoria Suprema del 11/3/2003, Exp. N° 308-2003 Cañete. *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta jurídica, Año 9, N° 64, Enero, 2004, p. 150).

26. COHECHO ACTIVO: INIDONEIDAD DEL MEDIO CORRUPTOR

«Si bien existen indicios razonables sobre la comisión del delito de corrupción activa, toda vez que el encausado reconoce haber efectuado la entrega del billete en referencia, sin embargo dada la ineficacia del medio corruptor empleado consistente en un billete nominado de intis que había sido retirado de la circulación con anterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos, la conducta del procesado deviene en atípica y no punible por la imposibilidad de consumación del delito» (Ejecutoria Suprema del 11/3/ 98, Exp. N° 5798-97 La Libertad. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Lima Gaceta jurídica, 1999, p. 484).

27. COHECHO ACTIVO: NO INDIVIDUALIZACIÓN DEL SUJETO ACTIVO

«Del análisis de lo actuado en el proceso, se establece que no se ha probado plenamente todos los elementos que configuran el delito de cohecho activo genérico, por cuanto la procesada entregó una suma de dinero a un personal de la Policía Nacional que no ha sido identificado en el proceso, lo cual se corrobora con las conclusiones recaídas en la investigación efectuada por la Oficina de Inspectoría de la Policía Nacional del Perú que señala que no se ha encontrado responsabilidad en los efectivos que se encargaron del trámite de entrega del vehículo de la procesada, y con el acta de reconocimiento en que la procesada no reconoce a ninguno de los oficiales como aquellos a quienes habría entregado el dinero» (Ejecutoria Suprema del 13/7/ 2002, Exp. N° 1751-2001 Lima. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2004, p. 515).

28. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ATIPICIDAD

«Se imputa al procesado haber nombrado como asesor legal de la Municipalidad a su hermano, pese a estar impedido por cuanto el encausado se encontraba ocupando el cargo de Alcalde; que a la fecha de tales constataciones, la conducta incriminada al acusado no constituyó el delito de negociación incompatible con el cargo, toda vez que la condición requerida por el tipo, en cuanto a que la acción del agente sea indebida, no se dio porque dicho accionar no estuvo prohibido expresamente por ninguna norma legal» (Ejecutoria Suprema del 12/3/2003, Exp. N° 4766-2001 Puno. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2004, p. 479).

29. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ATIPICIDAD

«Si bien el encausado, médico especialista del hospital, era propietario del «Centro Quirúrgico Oftalmológico», y en tal calidad de servidor público se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el hospital nacional y su centro oftalmológico, también lo es que en la celebración de ambos convenios el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal, debido a que la decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido (Ejecutoria Suprema del 25/10/2002, Exp. N° 4832-2001 Arequipa. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2004, p. 513).

30. TRÁFICO DE INFLUENCIAS: PRECISIONES

«El comportamiento típico del delito está dado por el núcleo rector principal 'invocar con el ofrecimiento de interceder', los verbos rectores complementarios 'recibir', 'hacer dar', o 'hacer prometer'; los medios corruptores donativo, promesa o cualquier otra ventaja y el elemento finalístico 'con el ofrecimiento de', que contrastando ello los medios de prueba incorporados al proceso, se concluye que está debidamente probado que el procesado ofreció interceder ante la Sala Penal donde se ventilaba el incidente y a cambio de ello recibió el dinero que previamente había sido acondicionado por los funcionarios de la entidad de control y que le fuera encontrado en uno de los bolsillos de su pantalón al momento de ser intervenido» (Ejecutoria Suprema del 7/5/2003, Exp. N° 1981-2002 Lima. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2004, p. 526).

31. TRÁFICO DE INFLUENCIAS: PRUEBA SUFICIENTE

La negativa del acusado resulta un ineficaz intento por evadir la responsabilidad que le corresponde cuanto al ilícito denunciado, habiéndose recibido además la declaración testimonial donde se detalla con precisión las circunstancias y modo en que actuó este procesado, tomando él la iniciativa de abordarla y ofrecerle su mediación en el trámite del proceso judicial en el que era parte, siempre que efectuara el pago del dinero en efectivo; que la restante prueba actuada no enerva los considerandos anteriores, por lo que existiendo prueba objetiva que acredita la materialización del delito así como la responsabilidad penal que le cabe al procesado, debe graduarse la pena a imponer conforme a las reglas establecidas en la legislación sustantiva». (Ejecutoria Suprema del 22/8/ 2000, Exp. N° 179-2000 Lima. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal procesal penal*, Idemsa, 2002, p. 765, Sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa para procesos ordinarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 19 de diciembre de 1999, Exp. N° 472-99, p. 767).

32. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: PRECISIONES

El enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la medida que el mismo es resultado de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el período de ejercicio público funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación; no siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o de lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales (Ejecutoria Suprema del 16/5/2003, Exp. N° AV-09-2001 Lima. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Idemsa, 2005, p. 352).

TERCERA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

SUMARIO: I. Los particulares: Precisiones. II. Los códigos penales peruanos. III. El panorama en la legislación penal de América Latina.

I. LOS PARTICULARES: PRECISIONES

El Título XVIII del Código penal peruano se inicia con el Capítulo I destinado a regular comportamientos jurídico-penalmente imputables tanto a particulares y a sujetos públicos.

El uso de la frase «*delitos cometidos por particulares*» no es precisamente una adecuada selección del *nomen iuris* clasificatorio, pues su interpretación literal puede conducir a equívocos que nos llevarían a concluir que los delitos contenidos en los artículos 361 al 375 sólo pueden ser cometidos por quienes no son funcionarios o servidores públicos. Tal razonamiento es incorrecto, pues ingresan en la tipicidad de las diversas figuras de usurpación de autoridad, violencia y resistencia a la autoridad y desacato tanto los sujetos comunes que no poseen deberes especiales para con la administración pública, es decir, los particulares, como los sujetos públicos (funcionarios y servidores) que se deben y están íntimamente vinculados a ella por funciones y obligaciones.

II. LOS CÓDIGOS PENALES PERUANOS

La sistematización que emplea el Código penal de 1991 sigue la sistemática clasificatoria y el lenguaje del Código penal italiano de 1930,

que es uno de los pocos códigos que hace una taxativa separación de los delitos que lesionan o ponen en peligro a la diversidad de intereses tutelados en el bien jurídico administración pública, en base al doble esquema: a) *Dei delitti dei pubblici ufficiale contro la pubblica amministrazione* (De los delitos de los funcionarios públicos contra la administración pública) y b) *Dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione* (De los delitos de los particulares contra la administración pública), complementando ambos sub-órdenes con un tercer capítulo destinado a disposiciones comunes para los precedentes.

Como suele suceder cuando nuestros legisladores se copian modelos legales extranjeros casi siempre tienen que dejar sentada su nota de *originalidad*. En este caso optaron por invertir el orden de los delitos: primero se colocó los delitos cometidos por particulares y luego los cometidos por funcionarios públicos y tenemos ya un modelo peruano clasificatorio de tipos penales contra la administración pública.

En el derogado código de 1924, la sistematización de los delitos contra la Administración Pública siguió un modelo distinto al de 1991. En efecto, en base al paradigma del Proyecto suizo de Código penal de 1918⁽⁹⁶¹⁾ se clasificaron dichos delitos bajo las denominaciones «Delitos contra la autoridad pública» (usurpación de autoridad, violencia y resistencia-desacato) y «Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales» (abuso de autoridad, concusión, peculado, corrupción, prevaricato y otros).

Por su parte el Código penal de 1863 imitó la tradición clasificatoria española consistente en ubicar determinados sub-capítulos de delitos cometidos por particulares y funcionarios bajo una genérica sección tercera «De los delitos contra la seguridad interior del Estado» (atentados y desacatos contra las autoridades) y de reservar para una quinta sección también genérica el *nomen iuris* «De los delitos peculiares a los empleados públicos»⁽⁹⁶²⁾, donde se incluían los abusos de au-

⁽⁹⁶¹⁾ El sistema de sistematización tanto del proyecto suizo como del Código peruano de 1924 que lo reprodujo ubica en dos secciones o capítulos separados los delitos contra la autoridad y los delitos de función. Para una mayor comparación, véase el Código penal peruano de 1924.

⁽⁹⁶²⁾ Terminología que en la época abarcaba tanto a funcionarios como servidores.

toridad, cohechos, revelación de secretos, fraudes y exacciones, prevaricato y además los delitos de usurpación de funciones.

En resumen, bajo el *nomen iuris* «Delitos cometidos por particulares contra la administración pública» se incluyen actos y omisiones en los que incurren tanto particulares que no tienen para con el Estado deberes especiales, como también sujetos públicos que violan de este modo, mediante figuras penales distintas a las propias, su deber genérico de garante para con la administración pública y la sociedad.

III. EL PANORAMA EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE AMÉRICA LATINA

En el contexto de los códigos latinoamericanos tienen similar nomenclatura clasificatoria que la peruana los códigos que acusan la influencia italiana, por ejemplo, los códigos penales de Bolivia, Brasil y Guatemala. Tienen en cambio un sistema ordenador diferente en cuanto hacen mención a una sola denominación clasificatoria (delitos contra la administración pública) siguiendo el modelo francés y/o italiano de 1889, los códigos de Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Chile, entre otros. La influencia española en este tema no ha tenido seguidores en los modernos códigos latinoamericanos. El Código penal de Puerto Rico sigue un sistema propio que desdobra los clásicos delitos de función y contra la autoridad en cuatro secciones diferenciadas: delitos contra la función pública, delitos contra la función judicial, delitos contra la autoridad pública y delitos contra la función legislativa.

TÍTULO PRIMERO DE LOS DELITOS DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES

SUMARIO: I. Aspectos de historia. II. Modelos actuales de derecho comparado. 1. Italia (1930). 2. España (1995). 3. Francia (1993). III. Aspectos de técnica legislativa del Código Penal peruano.

I. ASPECTOS DE HISTORIA

Históricamente las diversas formas delictivas que asumieron las usurpaciones de funciones, atribuciones y títulos estuvieron asociadas a expresiones de falsedad. Esta orientación jurídico-legislativa tuvo su fuente de origen en el derecho romano que castigó las usurpaciones públicas funcionales bajo el título de falsedades (*crimen falsi*)⁽⁹⁶³⁾. Orientación que tomó fuerza en los diversos códigos penales españoles sucedidos en los siglos XIX y XX. Distinta sería la evolución jurídico legislativa de los códigos francés e italiano del siglo XIX que optaron por ubicar las figuras penales de usurpación bajo los ítems de los delitos contra la función pública (Francia) y contra la administración pública (Italia).

(963) Al respecto véase CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1936, Vol. I, p. 246.

II. MODELOS ACTUALES DE DERECHO COMPARADO ⁽⁹⁶⁴⁾

1. Italia (1930)

La medida legislativa del Código Zanardelli de 1889 se repite con el Código Rocco de 1930. Al igual que en el derogado código, en el de 1930 tan sólo dos artículos dan cuenta de las diversas modalidades que asume para el pensamiento jurídico legal italiano el delito de usurpación: el art. 347, regula el caso de quien usurpa (estrictamente), una función pública o las atribuciones inherentes a un empleo público y en una segunda modalidad, la cometida por quien habiendo sido cesado o suspendido en sus funciones continúa ejercitándolas; y el art. 348, que contempla el ejercicio abusivo de profesión para la cual es necesario una especial habilitación estatal. Las penalidades son de hasta 2 años para las conductas ilícitas del art. 347 y hasta 6 meses para el caso del art. 348, que alternativamente en este segundo caso puede sancionarse con multa.

2. España (1995)

El código español 1995, vigente a partir de 1996, ha superado las deficiencias casuísticas y de ubicación sistemática de los anteriores códigos. Los delitos de usurpación funcional han sido reducidos a dos artículos: 402 y 403. El primero, de ejercicio ilegítimo de actos propios de autoridad o función pública, y el segundo, de ejercicio ilegítimo de profesión (o intrusismo). Cabe destacar que el Código penal español de 1995 mantiene las dos figuras de usurpación siempre bajo el rubro genérico de falsedades (Título XVIII del Libro II), fiel a su orientación histórico-legislativa.

3. Francia (1993)

En el caso de Francia, el código de 1993 ha reagrupado, con una técnica legislativa diferente a la observada en el anterior código de 1810, las distintas modalidades de usurpación en dos secciones con un total de 5 artículos: Sección 7, *De l'usurpation de fonctions* (arts. 433-12 y 433-13) y Sección 8, *De l'usurpation de signes réservés à l'autorité publique* (arts. 433-14 al 433-16). Ambas secciones han sido ubicadas bajo el rubro genérico de «*Des atteintes à l'autorité de l'état*».

⁽⁹⁶⁴⁾ Para una mayor información véase *infra* Legislación extranjera.

El contenido de la Sección 7 hace referencia a una modalidad básica de usurpación de función pública castigada con prisión de hasta 3 años y multa que llega a los 300,000 francos, así como a modalidades atenuadas castigadas con prisión de hasta un año y multa menor.

La Sección 8 regula el uso de trajes, uniformes y condecoraciones oficiales, así como el uso de documentos que confieren calidad profesional e insignias reglamentadas por la autoridad pública; igualmente se castiga la utilización de vehículos de la policía nacional o militar. Como nota particular el art. 433-16 eleva las penas a 3 años de prisión si las conductas anteriores tienen como objeto preparar o facilitar la comisión de un crimen o un delito.

III. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

Son 4 los tipos penales que contienen los ilícitos de usurpación de autoridad, títulos y honores. Estos son:

1. Artículo 361

- Se trata de un tipo complejo compuesto por tres modalidades comisivas de delito cuyos verbos rectores son: usurpa, dar órdenes, ejerce funciones. Es de naturaleza comisiva activa, de consumación *instantánea* en su primera modalidad (usurpar función pública o ejercer funciones de cargo diferente) y *permanente* en la segunda (continuar ejerciendo) y tercera (ejercer funciones correspondientes a otro cargo).
- Son modalidades delictivas de actividad y peligro, no se requiere que produzca necesariamente resultados lesivos.
- Penalidad moderada (4 a 7 años) e inhabilitación.

2. Artículo 362

- Tenemos aquí una figura compleja construida en base a dos modalidades típicas: a) ostentación de insignias y distintivos; y b) arrogamiento de grado, título u honores no debidos. La consumación está condicionada al carácter público de la ostentación o del arrogamiento.

- Es un delito de actividad y peligro.
- Es de naturaleza comisiva activa.
- Mínima penalidad alternativa (no mayor de 1 año o prestación de servicios a la comunidad).

3. Artículo 363

- El verbo rector es *ejercer profesión*.
- Tipo penal simple.
- Consumación de carácter instantáneo que puede asumir permanencia.
- Delito de actividad y peligro.
- De naturaleza comisiva activa, no admite modalidad omisiva.
- De apreciable penalidad en el contexto comparativo en relación a otros códigos penales (De 2 a 4 años).

4. Artículo 364

- Estamos ante una construcción típica irregular, que ha elevado a figura penal autónoma un caso de complicidad primaria.
- Delito de actividad y peligro, de consumación instantánea de naturaleza comisiva, no es admisible forma omisiva.
- Usualmente en el contexto comparado es considerado una infracción administrativa.
- Baja penalidad (de 2 días a 4 años e inhabilitación).

1

Usurpación de funciones públicas

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal y el derecho comparado. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Usurpación de funciones: Objeto material de la acción: 1. *Primer caso*. 2. *Segundo caso (ampliación del anterior)*. 3. *Tercer caso*. 4. *Cuarto caso*. VI. Comportamientos típicos. VII. Primera modalidad delictiva: Usurpar una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales: a) *El contenido de la usurpación: la función pública*. b) *La acción de usurpar sin título o nombramiento*. c) *Usurpación de autoridad militar o policial: dar órdenes*. VIII. Segunda modalidad delictiva: El que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo. IX. Tercera modalidad delictiva: El que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene. X. Elemento subjetivo. XI. Consumación y tentativa. XII. Penalidad. XIII. Circunstancia agravante: Prestar resistencia o enfrentarse a las fuerzas del orden. XIV. Participación. XV. Concurso de delitos. XVI. Factores negativos del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causales de justificación*. 3. *Causales de exculpación*. XVII. Imputación objetiva. XVIII. Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. Proyecto de Código Penal Federal suizo (1918). 3. Portugal (1982). 4. Italia (1930). 5. Francia (1810). 6. Puerto Rico (1975). 7. Colombia (1980). 8. España (1995).

Art. 361: «El que, sin título o nombramiento usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años [Texto según la modificación efectuada por el artículo 1º del Decreto Ley N° 25444 de 23 de abril de 1992].»

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente nacional directa se halla en el artículo 320 del Código penal de 1924 ⁽⁹⁶⁵⁾.

La influencia de legislaciones extranjeras reside principalmente en el código argentino de 1920 (art. 246), el proyecto de Código penal federal suizo de 1918 (art. 256), el código portugués de 1982 (art. 400), el código italiano de 1930 (art. 347), el código francés de 1810 (art. 197) y el código de Puerto Rico de 1975 (art. 203) ⁽⁹⁶⁶⁾.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

El tipo actual ha incorporado dos circunstancias agravantes –prestar resistencia y enfrentarse a las fuerzas del orden– que no habían sido contempladas en el código de 1924. Así también ha suprimido el componente finalístico «*con ilícito propósito*» que definía la figura de la usurpación de funciones del código derogado. El modelo del art. 361 condensa un tipo penal complejo y casuístico, que a diferencia de la fuente argentina (art. 246) ha integrado comportamientos típicos diversos separados por el disyuntar «o».

A nivel de derecho comparado, el Código penal portugués (art. 400) contiene la mención expresa al «*sin estar legalmente autorizado*». El código colombiano regula una variedad propia de abuso de cargo que

⁽⁹⁶⁵⁾ Código penal de 1924, art. 320: “El que con ilícito propósito usurpare una función pública sin título o nombramiento, o la facultad de dar órdenes militares, o el que hallándose destituido o suspendido de un cargo continuare ejerciéndolo, o el que ejerciere funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación conforme a los incisos 143 del artículo 27 por doble tiempo de la condena”.

Código penal de 1863, art. 166: “Usurpa autoridad:

1. El que ejerce funciones públicas sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;
2. El que hallándose destituido o suspenso de un cargo público, continúa ejerciendo las funciones anexas a él;
3. El empleado público que ejerce atribuciones que no le competen por ley;
4. El juez o tribunal que ejerce jurisdicción, contraviniendo a lo dispuesto sobre esta materia por el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil o Penal”.

⁽⁹⁶⁶⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

implica ejercicio de funciones públicas diversas y una figura de simulación de cargo público como modalidad delictiva atenuada. El reciente Código penal español de 1995 nos ofrece una fórmula escueta y ágil que hace depender la ilicitud penal del hecho que los actos se ejerzan ilegítimamente ⁽⁹⁶⁷⁾. El tipo penal de usurpación de funciones tiene en el Código español una sistematización diferente a la peruana, ya que está ubicado en el rubro de las falsedades, continuando una tradición histórica en la legislación española, lo que denota el componente engaño de dicha modalidad de delito, y que en el país ha sido destacado por ABANTO VÁSQUEZ ⁽⁹⁶⁸⁾.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto jurídico de protección genérica de la norma penal es el correcto funcionamiento de la administración pública. El objeto jurídico específico de tutela reside en garantizar la exclusividad o monopolio estatal y/o democrático en la titularidad y ejercicio de las funciones públicas concedidas a los agentes públicos, lo cual implica asegurar su legalidad. De permitir o tolerar dichos comportamientos el Estado, y dentro de él el derecho penal como manifestación estatal de control, se obtendría un cuadro de deslegitimación enervante de la majestad de la función pública y su autoliquidación, que afectaría seriamente las bases de configuración de una administración pública moderna y la afirmación del principio de autoridad.

También ha sido visto el delito en su carácter pluriofensivo para señalar que además del perfil central del objeto jurídico tutelable, también pueden concurrir afectados otros intereses como por ejemplo la fe pública ⁽⁹⁶⁹⁾.

⁽⁹⁶⁷⁾ Un estudio más amplio de los aspectos históricos, así como un análisis del tipo acompañado de la doctrina sobre el tema, véase en GARCÍA NAVARRO, Edward, «La imputación en el delito de usurpación de funciones. Análisis del artículo 361 del Código penal», en *Actualidad jurídica*, N° 142, Gaceta jurídica, Lima, p. 85.

⁽⁹⁶⁸⁾ Señala dicho autor «Aunque el tipo penal no lo diga expresamente, el término «usurpar» denota automáticamente también un elemento de «falsedad»: la «atribución de carácter oficial» de la conducta del sujeto activo; en este elemento se manifiesta el engaño que sufre el que soporta la actuación del usurpador. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, obra citada, p. 109.

⁽⁹⁶⁹⁾ Véase GARCÍA NAVARRO, Edward, «La imputación de la usurpación de funciones: delitos contra la administración pública cometidos por particulares», en *XVII*

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo:

- Cualquier persona particular (primer supuesto típico).
- Un funcionario destituido, cesado, suspendido o subrogado (segundo supuesto).
- Un funcionario en actividad (tercer supuesto).
- Los militares (con las reservas que surgen de lo dispuesto en el Código de Justicia Militar, arts. 193 al 197 en lo referente a la usurpación de autoridad).
- El funcionario de facto, que ejerce amparado por una causal de justificación o en situaciones provocadas o toleradas por la administración estatal no comete delito de usurpación de funciones o de autoridad.
- Cabe la autoría mediata y la coautoría.

Es titular del *sujeto pasivo* del delito el Estado. Pueden existir sujetos agraviados complementarios distintos al ente estatal o público; así: particulares, asociaciones, personas jurídicas, etc., pero no constituyen los titulares del sujeto pasivo. Los funcionarios afectados igualmente no son el sujeto pasivo del delito.

V. USURPACIÓN DE FUNCIONES: OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN

Cuando se trata de precisar el objeto material de este delito, complejo y genérico, de inmediato surgen las interrogantes de si usurpar funciones es lo mismo que usurpar el cargo, atribuciones o usurpar autoridad. Antes de abordar el tema, lo que sí queda claro es que el objeto de la acción ilícita hace referencia a funciones y no a servicios, por lo mismo el núcleo del ilícito penal está circunscrito a las actividades inherentes a las funciones públicas, de modo tal que no será típico usurpar los ámbitos de competencia de los servidores públicos.

Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de derecho penal y criminología, Lima, Ara Editores, 2005, p. 833.

1. Primer caso ⁽⁹⁷⁰⁾

Alcaldesa de Huaytará mediante Resolución Municipal reconoce y autoriza al acusado Alejandro Maldonado Medina, a fin de que ejerza el cargo de Alcalde del distrito de Santiago de Quirahuara, hasta que se lleven a cabo las elecciones complementarias, al haber sido declaradas nulas las elecciones practicadas.

2. Segundo caso (*ampliación del anterior*) ⁽⁹⁷¹⁾

La misma persona, no siendo ya alcaldesa, extiende una credencial en la que dispone que siga Alejandro Maldonado ejerciendo el cargo.

En el primer caso, la Corte Suprema sancionó a Maldonado por delito de Usurpación de Autoridad al haber ejercido un cargo en forma ilegal, al no haber emanado el título de Alcalde de la voluntad popular, ni haber sido nombrado ni reconocido como tal por el ente electoral. En cuanto a la alcaldesa de Huaytará en el primer caso cometió un típico delito de *usurpación de funciones*, mientras que en el caso ampliado, al no ser ya funcionaria, sus actos graficaron *usurpación de autoridad*.

3. Tercer caso ⁽⁹⁷²⁾

Sujeto que funge de ejecutor coactivo de la Sociedad de Beneficencia de Puno, se presenta en el domicilio de la empresa Padilla Import con el propósito de llevar a cabo un embargo decretado ilegítimamente sobre los bienes muebles de la referida; 5 días más adelante es recién autorizado mediante resolución de nombramiento. El hecho es calificado de delito de *usurpación de autoridad* por la Corte Suprema, al haber el acusado expedido auto que dispone el embargo sin contar con la calidad de ejecutor coactivo, siendo irrelevante para destipificar el hecho o actuar como justificante el nombramiento ulterior.

⁽⁹⁷⁰⁾ Ejecutoria suprema de 3 de diciembre de 1997, Exp. N° 437-97, Ica [Sumilla N° 6, p. 956].

⁽⁹⁷¹⁾ Ejecutoria suprema de 3 de diciembre de 1997, Exp. N° 437-97, Ica [Sumilla N° 6, p. 956].

⁽⁹⁷²⁾ Ejecutoria suprema de 7 de noviembre de 1997, Exp. N° 6476-96, Puno [Sumilla N° 9, p. 957].

4. Cuarto caso ⁽⁹⁷³⁾

Servidor público cesado que fingiendo ser asesor del Congreso sorprende a diversas entidades públicas, tiene acceso a la documentación oficial y realiza trámites administrativos. El hecho fue calificado por la Corte Suprema como *usurpación de funciones*.

De la lectura de los casos presentados, queda en claro las siguientes ideas: a) no toda usurpación de funciones es usurpación de autoridad; b) la usurpación de autoridad es un hecho ilícito circunscrito a cargos u oficios de relevancia y jerarquía; c) el sujeto activo del delito puede ejercer actos propios de una función pública sin haber usurpado en estricto el cargo u oficio; d) se puede usurpar autoridad y funciones al mismo tiempo, si quien ocupa ilegítimamente el cargo lo ejerce mediante actos de autoridad o desarrollo de funciones.

Concluyendo, se puede decir que hay diferencias entre *usurpar autoridad* y *usurpar funciones*, distinción que no es necesariamente tajante, sino comunicable, relacionable. En tal sentido se orientan las ejecutorias supremas que distinguen entre ambas modalidades de usurpación. *Usurpar autoridad*, necesariamente supone usurpar cargo. *Usurpar funciones* no necesariamente implica *usurpar el cargo*. Ambos supuestos son contemplados por la norma penal 361 del Código.

El art. 361 contempla la usurpación de autoridad o cargo en los siguientes supuestos de hecho: a) usurpar la facultad de dar órdenes; y b) como modalidad subsumible, el supuesto de continuar ejerciendo el cargo no obstante haber sido cesado, suspendido, subrogado o destituido. El Código penal peruano ha preferido usar el *nomen iuris usurpación de funciones* y no *usurpación de autoridad*, ampliando así el espectro posible de la ilicitud penal, aunque con una técnica de redacción legal criticable. Retomando esta última observación, hubiera sido preferible la construcción autónoma de los tipos penales de usurpación de autoridad y usurpación de funciones.

Finalmente es pertinente precisar que para que se configure el delito de usurpación de autoridad y/o funciones es necesario que el agente realice actos compatibles con el cargo o la función que usur-

⁽⁹⁷³⁾ Ejecutoria suprema de 5 de marzo de 1998, Exp. N° 2294-97, Lima [Sumilla N° 1, p. 955].

pa ⁽⁹⁷⁴⁾. Así, no será usurpación de autoridad que un sujeto haciéndose pasar por Policía Nacional ejecute un cobro forzoso de soles, dado que el acto reputado de usurpación no es compatible con la función usurpada, si en cambio que proceda a detenerla; tampoco quien autoarrogándose la facultad de ejecutor coactivo proceda a detener a una persona y llevársela a la Comisaría, sí que pretenda accionar en vía de ejecución forzosa; igualmente no habrá acto compatible si quien imputado de incurrir en usurpación de función o cargo de juez penal da inicio a la denuncia por comisión de delito, sí será acto compatible declarar una libertad provisional. También habrá actos compatibles cuando se muestra carnet de Fiscal del Ministerio Público no poseyendo dicha titularidad y se procede a legitimar incautaciones de productos. Lo cual supone tres implicancias de importancia al momento de interpretar este apartado del tipo penal: en primer lugar que no basta la sola autoarrogación efectuada por el sujeto activo de un ámbito de actividades oficiales si ella no va acompañada de actos materiales de función –cautivos o exclusivos reservados a los funcionarios públicos o en específico a un determinado funcionario–, y que dichos actos sean tales, es decir materialmente realizados; a fin de no confundir esta figura con supuestos distintos de estafas, secuestro, coacciones, autojusticia, daños, hurtos, etc., producidos bajo la apariencia de usurpación de funciones de las que se aprovecha el agente. MUÑOZ CONDE, al señalar que el mero ejercicio de actos de una autoridad o funcionario, sin atribuirse tal carácter, no constituye este delito ⁽⁹⁷⁵⁾ completa la tercera implicancia aludida.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El tipo penal 361 contiene tres comportamientos típicos diferentes, cada uno de los cuales configura un supuesto de hecho distinto:

1. Usurpar (sin título o nombramiento) una función pública, o usurpar la facultad de dar órdenes militares o policiales; es decir, en este segundo caso, usurpar autoridad.

Los verbos rectores son *usurpar*, *dar órdenes*.

⁽⁹⁷⁴⁾ Ejecutoria suprema de 30 de septiembre de 1997, Exp. N° 5334-96, Lima [Sumilla N° 11, p. 958].

⁽⁹⁷⁵⁾ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, obra citada, p. 675.

2. El funcionario o servidor que habiendo sido destituido, cesado, suspendido o subrogado continúa ejerciendo el cargo.

El núcleo rector es *continuar ejerciendo*.

3. El que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene.

El verbo rector es *ejercer*.

VII. PRIMERA MODALIDAD DELICTIVA: USURPAR UNA FUNCIÓN PÚBLICA, O LA FACULTAD DE DAR ÓRDENES MILITARES O POLICIALES

a) El contenido de la usurpación: la función pública ⁽⁹⁷⁶⁾

La función pública es el elemento normativo típico que constituye el contenido u objeto de los actos ejecutivos de usurpación. *Función pública* ⁽⁹⁷⁷⁾ es para Sebastián SOLER la actividad de un funcionario como órgano actuante de la voluntad del Estado, por modesta que sea la esfera de su actividad, de manera que quedan excluidas las funciones subalternas en las cuales no es posible discernir contenido alguno de acto público u oficial, no obstante ser cumplido normalmente por un empleado (ordenanza, chofer) ⁽⁹⁷⁸⁾. FRANCESCO ANTOLISEI después de poner de manifiesto las diversas teorías al respecto ⁽⁹⁷⁹⁾ concluye afirmando que la característica principal de la función pública es la representatividad del ente público y, más precisamente, el poder de formar o concurrir a formar la voluntad de la entidad misma y de representarlo en la ejecución de tal voluntad.

Para MAGGIORE función pública es toda actividad que realiza los fines propios del Estado, aunque lo ejerzan personas extrañas a la ad-

⁽⁹⁷⁶⁾ Al respecto véase *supra* p. 31 y ss.

⁽⁹⁷⁷⁾ Véase con mayor amplitud un desarrollo del tema *supra*, p. 31 y ss.

⁽⁹⁷⁸⁾ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978, T. V, p. 128.

⁽⁹⁷⁹⁾ ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 1954, Vol. II, pp. 597-599.

ministración pública ⁽⁹⁸⁰⁾. MANZINI ⁽⁹⁸¹⁾, en cambio indica que no toda actividad que se desarrolla en interés público, o cuyo concurso considere indispensable el Estado para la actuación de un interés público, es por ello función pública, sino únicamente aquella que el Estado ha reservado exclusivamente a los propios órganos esenciales o auxiliares, o que no pueda ser ejercida por los particulares sin especial concesión o autorización hecha en los casos de necesidad ⁽⁹⁸²⁾.

La naturaleza de la función pública alude así a la actividad potencial o en despliegue de agentes o sujetos especialmente investidos que representando al Estado actúan a nombre de él para el logro de los fines estatales. El carácter público de la función implica que la voluntad ejercitada por dichos agentes es la voluntad del ente estatal. En el caso de actividades de función pública que excepcional y transitoriamente son concedidas a la iniciativa privada, las mismas no adquieren por ello naturaleza privada ⁽⁹⁸³⁾.

La relevancia de los actos de la función pública. En la doctrina argentina, Carlos CREUS ha sostenido que no cualquier tarea asumida por la administración estatal será función pública en el sentido de la figura penal. Y tal precisión es correcta, debiéndose precisar que para la concreción o realización de una función pública existen actos previos que la van formando o posibilitando (labor de los auxiliares y secretarios administrativos, mensajeros, recepcionistas, choferes, archivadores, etc.), que no son funciones públicas en el sentido jurídico penal.

La extensión de la función pública. Son consideradas funciones públicas los actos de autoridad (uso de poderes y facultades decisorias

⁽⁹⁸⁰⁾ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Temis, 1955, Vol. III, p. 137.

⁽⁹⁸¹⁾ MANZINI define la función pública como el conjunto del pensamiento, voluntad y acción que se despliega, con atributos de autoridad en la esfera de los órganos legislativo, administrativo y judicial, en relación al Estado, a las otras entidades públicas o a los súbditos, normalmente por obra de los funcionarios públicos, y excepcionalmente por la obra de particulares (*Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 9).

⁽⁹⁸²⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 9.

⁽⁹⁸³⁾ Véase MOLINA ARRUBLA, Mario, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Diké, 1995, p. 552.

inherente al cargo), como también los actos de certificación oficial (de cancelerías y consulados, notarios públicos, agentes de cambio oficiales, etc.). Los actos de servicio público oficial complementarios a la función pública y que importen niveles altos o intermedios de ejecución se hallan también en la amplitud textual del contenido de la función pública. No así los actos de necesidad pública ejercidos o practicados con autorización estatal por particulares ajenos orgánica e institucionalmente a la administración estatal (abogados, médicos, ingenieros, etc.)⁽⁹⁸⁴⁾. Tampoco son funciones públicas las religiosas o los servicios públicos cubiertos por empresas privadas o particulares. Carecen de relevancia para definir la función pública la temporalidad menor o mayor de la misma.

b) La acción de usurpar sin título o nombramiento

Usurpar función pública tiene en materia penal dos significantes: a) la noción de asumir o tomar posesión física del cargo o empleo de manera arbitraria, es decir, sin que exista ley, orden o mandato legítimo; b) el ejercer funciones o servicios oficiales relevantes que no le competen. En la primera acepción jurídico-penal el sujeto activo del delito que carece de autoridad se autoarroga sin derecho dignidades u oficios, colocándose de hecho en un estado de disponibilidad para ejercer funciones de contenido público. En la segunda, el sujeto activo de delito actúa como funcionario público, es decir, decide, firma desarrolla actos inherentes a un cargo que no posee legalmente. Ambos contenidos ilícitos pueden darse juntos o separadamente⁽⁹⁸⁵⁾.

La preexistencia de la función pública es una premisa necesaria para que se pueda configurar el tipo penal. En la vastísima variedad de fun-

⁽⁹⁸⁴⁾ Situación distinta es la de los procuradores del Estado, la de los consultorios jurídicos gratuitos del Estado, o de los hospitales donde prestan servicios públicos personal médico a nombre del Estado.

⁽⁹⁸⁵⁾ Así la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Apurímac de fecha 19/9/96, Exp. N° 558-93: El hecho que el inculcado intente detener a una persona mostrándole la orden judicial para su captura y realizando disparos al aire, constituye delito de usurpación de autoridad, al no tener facultades un particular para ello. No excluye de responsabilidad al inculcado el que haya sido Policía anteriormente ni que tuviera un proceso penal pendiente con la víctima, en tanto no contaba con autoridad para realizar detención alguna (en Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 1, Lima, p. 491).

ciones que la administración estatal provee a sus agentes, la función usurpada debe existir⁽⁹⁸⁶⁾, aunque no exista funcionario en el lugar y el momento. De modo tal que, por ejemplo, la persona que en zona alejada o inhóspita administra justicia y ejecuta penas, está con ello subsumiendo su comportamiento en la tipicidad del delito de usurpación de funciones jurisdiccionales, no pudiendo alegarse que al no existir juez en la zona ello destipifique tal conducta⁽⁹⁸⁷⁾. La inexistencia de función pública, esto es la falta de correspondencia de los actos que se reputan usurpados con los establecidos en calidad reglada o discrecional por la administración pública, abonan supuestos de atipicidad objetiva, al carecer el acto imputado de la exclusividad oficial que sustenta la intervención punitiva para proteger el bien jurídico.

Sin título o nombramiento implica la ausencia de la calidad oficial o electiva que sustenta la investidura del funcionario o servidor. En tal sentido, *título* es el documento que expiden los entes públicos a nombre de la nación, facultando a los particulares el ejercicio de determinadas profesiones u oficios; como también la prerrogativa concedida por los electores en una elección o consulta democrática. Para los efectos de la interpretación penal inherente al delito de usurpación de funciones, también se toma como pertinente la segunda acepción.

«*Nombramiento*» es el acto de la designación legal hecha por autoridad competente, con la observancia de las formas procedimentales

⁽⁹⁸⁶⁾ Dicha frase, aparentemente tan obvia y pacífica, sin embargo ofrece reales problemas de interpretación. Se entiende que las funciones de los funcionarios públicos se hallan determinadas en las respectivas leyes orgánicas y reglamentos de los entes administrativos. De forma tal que sólo serán funciones públicas las establecidas en las leyes de la materia. Entonces surge la interrogante ¿funciones públicas son todas aquellas taxativamente contempladas en la norma, o existen otras no estipuladas expresamente y que surgen en el desarrollo del ejercicio del cargo? La respuesta no es sencilla, en todo caso los nuevos marcos de competencia oficial que surjan del desarrollo de las relaciones internas o de derecho público internacional son, usualmente, normativizadas de inmediato por el Estado.

⁽⁹⁸⁷⁾ En dicho caso, distinta es la situación si se aduce causas de justificación o estado de necesidad exculpante, o si se quiere ir más hondo aducir causas histórico-sociológicas que expliquen y legitimen socialmente una deficiencia jurisdiccional, más allá de los parámetros normativos. Esta última acotación es lo que explica las características y legitimación constitucional del art. 149 de la constitución política del Estado que crea una jurisdicción especial para las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

del caso (por resolución oficial (suprema, ministerial, directoral, administrativa, por orden de autoridad, etc.), para el ejercicio de un cargo o comisión.

Usurpar una función pública sin título o nombramiento es así el acto ejecutivo arbitrario que consume a nivel típico la figura delictiva. No interesa la forma cómo realice el autor la usurpación, ya sea violentamente (situación que podría generar concurso con otros delitos) o por medios pacíficos; tampoco son relevantes los móviles o motivos que hubiera tenido para obrar; ni el hecho de que el ejercicio ilegítimo de funciones sea favorable o perjudicial al servicio público. Lo que sí resulta indispensable es, como resume CREUS ⁽⁹⁸⁸⁾, la autoatribución dolosa del cargo y la realización del acto funcional. Contrariamente no habrá usurpación de funciones en la simple proclamación de las mismas, o en ejecutar actos similares sin la voluntad de actuar en calidad de funcionario (el que invoca ser presidente de la república, o regidor de una comuna; el que asfalta una calle, o construye un monumento sin atribuirse la calidad de Alcalde, etc.). El dolo, es decir, la voluntad y conocimiento de la tipicidad del hecho, es así fundamental en el delito de usurpación de funciones ⁽⁹⁸⁹⁾.

Los títulos o nombramientos defectuosos e imputables a error o deficiencia del ente estatal, existiendo buena fe del designado o elegido, no constituyen el componente típico «*sin título o nombramiento*», de la figura penal en análisis. Los comportamientos realizados por el nombrado o titulado bajo tal situación serán irrelevantes penalmente (tal figura administrativa es la llamada situación del funcionario de facto). Igual situación resulta para el nombramiento ejecutado por autoridad incompetente.

Al tipo penal no le ha bastado hacer mención al nombramiento sino que ha incluido la falta de título como premisa previa para otorgar relevancia penal a la conducta ejecutiva de la usurpación. Y ello encuentra explicación, según SOLER ⁽⁹⁹⁰⁾, porque el tipo no alude nece-

⁽⁹⁸⁸⁾ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 1990, T. 2, p. 248.

⁽⁹⁸⁹⁾ En tal sentido la Ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 1355-97, Lima [Sumilla N° 7, p. 957].

⁽⁹⁹⁰⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 129.

sariamente a usurpar la función que desempeña un funcionario, sino al ejercer funciones públicas, y éstas pueden ser cumplidas, a veces, por particulares (piénsese, por ejemplo, en los presidentes de mesas electorales).

Un caso especial que resulta muy debatible es el de los particulares (obviamente, sin título ni nombramiento) que detienen *in fraganti* a sujetos cometiendo actos delictivos y lo conducen a la dependencia policial ⁽⁹⁹¹⁾ y que han sido imputados de estar incursos en usurpación de autoridad. Si bien no existe norma constitucional o legal vigente que regule expresamente dicha facultad excepcional, concedida al ciudadano, como si sucede en otras legislaciones, abonar una posición afirmativa de delito supondría alejar de la ciudadanía la idea de cooperación y solidaridad en la lucha contra la delincuencia, y por lo mismo inconveniente político criminalmente. La puesta en vigencia del artículo 260 del Código Procesal Penal del 2004 permitirá encontrarle un sustento normativo a dicha facultad ciudadana, siempre que la misma sea objeto de regulación específica.

Otro caso igualmente debatible es el de los dirigentes de comunidades y rondas campesinas cuando se autoarrogan facultades judiciales y establecen sanciones que escapan del marco consuetudinario que la Constitución Política les permite. El tema es espinoso y debe ser tratado caso por caso, para apreciar supuestos probables de usurpación, no obstante la tendencia muy fuerte en las altas instancias judiciales de dejar todo bajo el marco comprensivo del artículo 149 de la Carta Magna, que se aprecia en diversas ejecutorias supremas penales.

c) Usurpación de autoridad militar o policial: dar órdenes

Los que sin título o nombramiento dan órdenes policiales o militares. Esta submodalidad es un caso típico de usurpación de autoridad, por cuanto la norma ha puesto énfasis en la palabra «*facultad*», es decir, en la potestad o prerrogativa de dar órdenes. La inclusión de

⁽⁹⁹¹⁾ Véase la Ejecutoria suprema del 6/8/2001, Exp. N° 1563-2001 Tacna, que legitimó la intervención de personal de seguridad ciudadana que intervino a una persona que había sido denunciado por intento de rapto de menor. En SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*, obra citada, p. 74.

esta modalidad comisiva fue tomada del proyecto de Código penal suizo de 1918.

La existencia del fuero castrense, donde a nivel de Código de Justicia Militar se castigan supuestos de hecho de usurpación de funciones⁽⁹⁹²⁾ para el ámbito del personal militar y policial, deja entonces subsistente el procesamiento en el fuero común para los particulares que usurpen la facultad de dar órdenes de estricta incumbencia o competencia militar o policial.

No interesa qué tipo de órdenes se dé (a nivel de comando, o de mandos inferiores), la jerarquización de las mismas no aumenta ni disminuye el injusto penal. Lo realmente relevante es que el particular ordene inmiscuyéndose en atribuciones de las que no goza, por carecer de título o nombramiento oficial. No se requiere que el particular se autoinvoque expresamente la posesión de cargo policial o militar.

VIII. SEGUNDA MODALIDAD DELICTIVA: EL QUE HALLÁNDOSE DESTITUIDO, CESADO, SUSPENDIDO O SUBROGADO DE SU CARGO CONTINÚA EJERCIÉNDOLO

Esta figura corresponde al funcionario que ha sido destituido, subrogado o cesado, y al funcionario que ha sido suspendido en el cargo⁽⁹⁹³⁾. No se trata simplemente de un particular, sino exclusivamente de un funcionario que ha devenido en particular.

Continuar ejerciendo el cargo pese a haber sido destituido, cesado, suspendido o subrogado, plantea una disímil problemática de los efectos penales de la terminación del cargo o función pública cuando el sujeto activo arbitrariamente permanece o persiste practicando actos a nombre del Estado o simplemente se posesiona o aferra al cargo.

En *primer lugar*, es exigible la existencia previa y legítima de un cargo público ejercido por el sujeto activo. La *segunda exigencia* radica en la necesaria presencia de un proceso administrativo o causa legal

⁽⁹⁹²⁾ Código de Justicia Militar del Perú, art. 193: "Cometen usurpación de autoridad los militares que indebidamente, asumen, desempeñan o mantienen o ejercen funciones correspondiente a otro cargo".

⁽⁹⁹³⁾ Véase a modo de ilustración casuística la Ejecutoria suprema de 5 de mayo de 1998, Exp. N° 229-97, Lima.

que genere la destitución, cese, suspensión o subrogación ⁽⁹⁹⁴⁾. Como *tercer presupuesto*, el principal para los efectos de la relevancia penal, deberá de producirse la existencia de comunicación o notificación oficial (ajustada a la formalidad establecida) de la resolución que ordena la medida de terminación definitiva o temporal de sus funciones al sujeto activo del delito. Este último presupuesto, el tipo penal no lo menciona expresamente, pero es una condición inherente con el respeto al principio de legalidad tanto en materia administrativa como penal. Sin embargo, este tercer y principal elemento no resulta necesariamente exigible en los casos de *cese por ley* (alcaldes, presidentes, parlamentarios, contratados, comisiones ejecutivas con plazo definido de duración, etc.). Las concesiones de licencias no disciplinarias no son medios idóneos para acreditar la comunicación oficial de terminación. El simple aviso oficioso es una práctica administrativa irregular que para los efectos penales debe de ser desestimado.

En el marco de tales presupuestos el continuar ejerciendo funciones públicas se constituye en un acto arbitrario injustificado y en una violación de la norma penal. Por otro lado y como puntualiza CREUS, si la función ha sido suprimida junto con la cesación en el cargo por el funcionario no se da el delito, y si la función se asigna a otro cargo en el mismo momento, la continuación en su ejercicio por el agente que ha cesado constituirá usurpación de funciones ⁽⁹⁹⁵⁾.

De continuar ejerciendo actos ejecutivos de función pública el sujeto activo, por mandato de una ley que ordena su permanencia hasta el acto de toma de posesión por su sucesor, el comportamiento de dicho sujeto estará legitimado por una *causa de justificación*, al igual que en el caso que permanezca en el ejercicio de funciones para evitar a la administración pública o al servicio un mal o perjuicio grave (figura esta última de *un estado de necesidad justificante*).

Todos los conceptos contenidos en el tipo penal y explicados a continuación contienen elementos normativos que encuentran definición legal en la normatividad administrativa:

⁽⁹⁹⁴⁾ La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su Reglamento (Decreto Legislativo N° 276 del 6 de marzo de 1984 y Decreto Supremo N° 005-90-PCM del 15 de enero de 1990) rigen en la actualidad la normativa administrativa sobre cese y suspensión.

⁽⁹⁹⁵⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 251.

- **Destitución** ⁽⁹⁹⁶⁾. Es la separación del sujeto público de la esfera de actividades públicas o estatales, generalmente por medida disciplinaria grave o delictiva. La destitución le priva al agente de su calidad especial de funcionario o servidor. La Ley de Bases de la Carrera Administrativa (D. Leg. N° 276) y su reglamento (D. S. N° 005-90-PCM de 15 de enero de 1990) regulan el procedimiento, las características y efectos de la destitución.
- **Cese**. Es un estado administrativo de carácter legal, por resolución administrativa o por aceptación de la renuncia. Existe cesación legal cuando se vencen los plazos fijados para el ejercicio del cargo. Se produce el cese por resolución administrativa cuando se dicta como sanción o como causa justificada de cese (art. 186 del Reglamento del D. Leg. N° 276). La cesación o cese produce la terminación temporal o definitiva del cargo.
- **Suspensión**. Se trata al igual que la destitución de una sanción disciplinaria, aunque menos grave, que pone fin temporal al cargo o ejercicio de la función. La suspensión puede dictarse igualmente como medida preventiva con los mismos efectos que la sanción disciplinaria pero a resultados del proceso investigador.
- **Subrogación**. Es una medida administrativa por la cual se sustituye al funcionario o servidor público por otro que lo reemplaza en la función o servicio.

IX. TERCERA MODALIDAD DELICTIVA: EL QUE EJERCE FUNCIONES CORRESPONDIENTES A CARGO DIFERENTE DEL QUE TIENE

Evidentemente que sólo el funcionario público puede ser sujeto activo de delito. Se trata a todas luces de un caso de invasión en el ejercicio funcional de esferas de competencia no poseídas. La figura ha sido equiparada en algunas legislaciones –por ejemplo la colombiana (art. 162)– con el abuso de función pública, donde se produce, según los doctrinarios colombianos, una extralimitación arbitraria ⁽⁹⁹⁷⁾. Sin em-

⁽⁹⁹⁶⁾ Véase Ejecutoria suprema de 9 de noviembre de 1997, Exp. N° 5088–96, Lima [Sumilla N° 8, p. 957].

⁽⁹⁹⁷⁾ Así FERREIRA DELGADO, Francisco, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Temis, 1995, pp. 188–189.

bargo, en el modelo peruano no se puede hablar de una extralimitación o abuso, pues el sujeto activo especial (el funcionario) simplemente desarrolla ámbitos funcionales distintos que no son los suyos, lo que implica una variedad de usurpación de funciones, no un abuso de función, como está concebido en otras legislaciones penales, además no puede ser igual el dolo de abusar del cargo que el de invadir áreas distintas de competencia.

Se ejerce funciones que corresponden a cargo distinto del que se tiene, cuando el sujeto activo conociendo los límites de sus funciones, invade dolosamente ejerciendo las atribuciones o facultades de otro cargo o cuando acepta ejercer otras funciones, a través de una delegación ostensiblemente ilegítima. Ello puede ocurrir por la insuficiente taxatividad de las leyes y reglamentos, situación muy usual en el Perú ⁽⁹⁹⁸⁾, al fijar las funciones y alcances de las mismas; o por error invencible. Supuestos estos últimos que pueden exculpar al funcionario o quitarle la tipicidad al delito. El estado de necesidad igualmente justifica la conducta.

Cuando la norma señala que las funciones usurpadas sean de cargo diferente al que tiene el funcionario imputado, pareciera que no está comprendiendo bajo esta modalidad el supuesto que el imputado invade áreas iguales o similares de competencia pero en otro ámbito de jurisdicción. Así, ejecutor coactivo de municipalidad distrital o provincial que pretende cumplir su función en distrito o provincia diferente a la de su jurisdicción. El funcionario tiene competencia pero carece de jurisdicción. Igual caso se da con los jueces que ordenan embargos fuera de su jurisdicción territorial, careciendo de competencia o jurisdicción nacional.

Obviamente que si las actividades que se reputan invadidas no tienen un destino público cautivo, no están regladas o se hallan en el ámbito discrecional del sujeto activo, no podremos hablar de conducta

⁽⁹⁹⁸⁾ Resulta sintomático que FONTÁN BALESTRA destacado penalista argentino, también sostenga para su país, que sea una ficción el suponer que todos los actos que competen a la función pública tienen su asignación y deslinde señalado en alguna parte, y más aún dar por entendido que tal distribución de la competencia es siempre conocida (*Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, T. VII, p. 221).

típica, configurando ello un delito imposible. Es frecuente en el ejercicio múltiple de funciones de los sujetos públicos que se entrecrucen actividades que se reclaman de competencia de más de un funcionario, sin que ello suponga actividad delictiva sino más bien una deficiencia o falta de la debida previsión normativa de las leyes o reglamentos, que debe ser solucionada con exclusión de la injerencia penal.

La siempre poco pacífica confluencia de supuestos entre el abuso de autoridad por extralimitación arbitraria y usurpación de funciones por invasión de competencias ajenas, se plantea con gran frecuencia en esta modalidad de delito de usurpación. Al respecto, es siempre oportuno recordar que el primer ilícito es un delito de abuso de funciones, donde el componente cognoscitivo del agente es consciente del acto abusivo y de la arbitrariedad que comete que resulta perjudicial a alguien distinto de la administración pública, en cambio en la usurpación por invasión no hay acto abusivo ni arbitrario sino una injerencia en competencia no poseída. En el abuso de autoridad el funcionario es competente para realizar el acto funcional que se torna abusivo y lesivo por el modo como el sujeto público lo realiza (comete u ordena), en la usurpación por invasión el acto no es funcional pues carece de base legal para ser legitimado al tener su origen en un sujeto sin competencia, lo cual no quiere decir que el acto usurpado, en esta modalidad, no exista legalmente, si sólo que no le corresponde en la gama de competencias al sujeto activo del delito de usurpación. Como señala BUOMPADRE, el abuso de autoridad se apoya en la ilegitimidad sustancial del acto que se realiza, mientras que en la usurpación de autoridad el acto puede corresponder sustancialmente, pero su ilegitimidad deriva de la incompetencia del funcionario para llevarlo a cabo ⁽⁹⁹⁹⁾. Ahora bien, puede efectivamente suceder en determinados supuestos que el sujeto público cometa abuso de autoridad y conjuntamente con él actos de usurpación de funciones, en concurso real de delitos, con lo cual estará haciendo concursar su comportamiento con dos delitos de bien jurídico específico distinto aunque integrados por el mismo bien jurídico genérico.

(999) BUOMPADRE, Jorge, *Delitos contra la administración pública doctrina y jurisprudencia*, obra citada, p. 121.

FONTÁN BALESTRA ubica a esta modalidad de delito simplemente como un caso típico de usurpación de funciones cometido por funcionario público ⁽¹⁰⁰⁰⁾. De darse el caso de practicar el sujeto público funciones públicas no asignadas específicamente a otro cargo, no habrá delito, constituirá simplemente una extralimitación administrativa.

No se requiere que exista necesariamente provecho ni perjuicio. En la mayoría de las veces, en los no siempre claros casos de usurpación de funciones cometidos por funcionario público, sólo el análisis del dolo con el que actúa dicho sujeto activo permitirá diferenciar una conducta delictiva de una trasgresión administrativa.

X. ELEMENTO SUBJETIVO

Las tres modalidades del delito de usurpación de funciones son esencialmente dolosas, es decir, sólo la presencia del dolo permitirá al juez, fiscal, abogado o analista jurídico orientarse en las no siempre pacíficas cuestiones de tipicidad que plantee el tipo penal complejo del art. 361, sobre todo en las dos últimas modalidades sometidas a estudio.

El dolo necesario es el eventual. El agente debe actuar conociendo que lo hace arbitrariamente y con libre voluntad de consumir el delito. La no exigencia de propósitos específicos torna no exigible el dolo directo para perfeccionar la figura penal.

El error de tipo invencible –frecuente en las últimas modalidades– hace atípico el delito ⁽¹⁰⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁰⁾ FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 223.

⁽¹⁰⁰¹⁾ La existencia de error invencible fundamentó la absolución del acusado que había sido condenado por una de las sales penales superiores del distrito judicial de Lima. El acusado, gobernador del distrito de San Luis de la ciudad de Lima, había desarrollado actos de su cargo con fecha 22 de noviembre de 1993, sin tener conocimiento que días antes había sido cesado mediante Resolución Prefectural que no le fue debidamente notificada. La Corte Suprema consideró que sus actos fueron desarrollados en el legítimo ejercicio de sus funciones que hasta el momento ostentaba, ya que no tuvo conocimiento de su real situación laboral" (Ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 1355-97, Lima [*Sumilla* N° 7, p. 957]).

XI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Las tres modalidades delictivas contenidas en el tipo penal son de naturaleza comisiva activa, no requieren necesariamente un resultado lesivo o perjudicial a la administración pública. Las dos últimas modalidades asumen un relativo nivel de permanencia. Las tres modalidades típicas pueden ser catalogadas como delitos de peligro.

La primera modalidad (usurpación de funciones públicas sin título o nombramiento) se consuma al producirse la toma de posesión o el ejercicio de las funciones (la sola, firme y seria autoarrogación será un caso de tentativa), o al darse las órdenes de incumbencia policial o militar. La segunda modalidad (continuación ilegal en el ejercicio del cargo) se consuma con el hecho de la permanencia ilegal generada por la negativa a dejar el cargo.

La tercera modalidad (usurpación de funciones de competencia de otro cargo) se consuma cuando se practican o ejercen funciones fuera del ámbito de competencia del sujeto activo y que pertenecen a las atribuciones del ejercicio de otro cargo.

Las formas de tentativa son admisibles en la primera modalidad, en el primer supuesto; en el segundo supuesto, es decir, al dar órdenes policiales o militares el acto ejecutivo mismo consuma ya el delito, siendo difícil la producción de tentativa ⁽¹⁰⁰²⁾. En las otras modalidades la admisión de tentativa se torna una posibilidad de realización muy conflictiva.

XII. PENALIDAD

Pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 7 años, e inhabilitación de 1 a 2 años con privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular, y con incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Ambas penas son principales.

⁽¹⁰⁰²⁾ Rige aquí lo dicho sobre la teoría general de la tentativa. Es decir, si el hecho es fragmentado, cabe la posibilidad de las diversas expresiones de tentativa.

XIII. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE: PRESTAR RESISTENCIA O ENFRENTARSE A LAS FUERZAS DEL ORDEN

Prestar resistencia a las fuerzas del orden, es decir, a la policía nacional ⁽¹⁰⁰³⁾, presupone que quien usurpa funciones o autoridad pública ofrezca oposición a las medidas dispuestas o ejecutadas por la policía para impedir los actos ilícitos. No sólo el sujeto activo debe desobedecer las órdenes de la policía nacional, sino que debe resistirlas, esto es, sin llegar a la violencia fáctica, no cesar en su empeño por asumir cargo o ejercitar funciones (resistencia pasiva).

Enfrentarse a las fuerzas del orden es ya actuar, abiertamente, mediante el uso de la violencia o la vía de los hechos, contra los custodios del orden que intervienen para hacer desistir o frustrar los actos del sujeto activo del delito.

La circunstancia agravante que aumenta el injusto del delito está redactada finalísticamente. En efecto el uso de la proposición «para», permite entender *ex ante* dicha circunstancia, es decir, que la usurpación no debe todavía consumarse para que le sea aplicable la agravante punitiva. Si la resistencia o enfrentamiento se realiza *ex post*, esto es, durante el ejercicio de las funciones, la tipicidad del hecho será la del art. 368. Lo cual genera como es fácil deducir un cuadro contradictorio de tratamiento punitivo.

XIV. PARTICIPACIÓN

Por tratarse el sujeto activo del delito de un particular *per se* o devenido, en sus dos primeras modalidades (usurpar función y continuar ejerciendo), rigen en toda su extensión las reglas de la participación: complicidad e instigación. En la tercera modalidad (funcionario que ejerce funciones que no son de su competencia), al no tratarse de un abuso o extralimitación de funciones, la conducta del funcionario

⁽¹⁰⁰³⁾ Extensivamente puede considerarse a las fuerzas armadas, donde éstas asuman la función reservada a la policía nacional, que por mandato constitucional tiene como tarea fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden público (art. 166 de la Constitución del Estado peruano). Las fuerzas armadas igualmente se constituyen en fuerza del orden interno, en conformidad al artículo 137 de la Constitución, durante los estados de excepción, estado de emergencia y de sitio.

queda igualmente asimilada a la de un particular, posibilitando por lo mismo, sin mayores problemas la complicidad de terceros.

XV. CONCURSO DE DELITOS

Se presenta, usualmente concurso con el delito de falsificación de documentos (art. 427), así como con el de estafa (art. 196). El particular que usurpa función pública o autoridad no puede cometer delito de abuso de autoridad ni ningún otro de naturaleza especial reservado a funcionarios y servidores, en todo caso puede participar como cómplice en los delitos propios de éstos.

XVI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad:*

- Cabe el error de tipo invencible ⁽¹⁰⁰⁴⁾.
- Se producen causas legales de atipicidad cuando la ley otorga facultades funcionales a particulares, como en el caso de los árbitros o de las facultades jurisdiccionales a dirigentes comunales o de rondas campesinas ⁽¹⁰⁰⁵⁾.

2. *Causales de justificación:*

- El Estado de necesidad.
- El obrar en cumplimiento de un deber.
- Obrar por orden obligatoria de autoridad.

3. *Causales de exculpación:*

- El error de prohibición invencible.
- El que obra en estado de inimputabilidad.

⁽¹⁰⁰⁴⁾ Ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 1355-97, Lima [Sumilla N° 7, p. 957].

⁽¹⁰⁰⁵⁾ Ejecutoria suprema de 7 de noviembre de 1997, Exp. N° 4160-96, Ancash [Sumilla N° 10, p. 958].

XVII. IMPUTACIÓN OBJETIVA

Si la conducta de usurpación que asume el sujeto activo sirve para disminuir o alejar el riesgo de la comisión de delitos, o en general de la producción de estados peligrosos para la seguridad de otros bienes jurídicos valiosos, no se afirmará la imputación objetiva por delito de usurpación de funciones; siempre y cuando una vez superado el peligro o el riesgo posible el sujeto cese en el ejercicio de la función o funciones arrogadas.

XVIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 246: *Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año e inhabilitación especial por doble tiempo:*

1. *El que asumiera o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente.*
2. *El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas.*
3. *El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otros cargos».*

2. Proyecto de Código Penal Federal suizo (1918)

«Proyecto de Código Penal Federal (1918), art. 256: *El que con un fin ilícito usurpare el ejercicio de una función o la facultad de dar órdenes militares será castigado con prisión o multa».*

3. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 400:

1. *Quien, sin estar legalmente autorizado, ejerciere funciones o practicare actos propios de funcionario o de comando militar o de fuerza de seguridad pública, invocando esa calidad, será penado con prisión de hasta 2 años o multa de hasta 100 días.*
2. *En la misma pena incurrirá quien ejerciere profesión para la cual la ley exige título o cumplimiento de ciertas condiciones, arrogándose, expresa*

o tácitamente, poseerlo o cumplirlas, cuando, efectivamente, no las tiene o no las cumple.

3. *En la misma pena incurrirá quien continuare ejerciendo funciones públicas después de haberle sido oficialmente notificada la cesación o la suspensión de esas funciones».*

4. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 347: Cualquiera que usurpe una función pública o las atribuciones inherentes a un empleo público será castigado con la reclusión hasta de dos años.

A la misma pena será sometido el oficial público o empleado, el cual habiendo recibido conocimiento de la disposición que hace cesar o suspender sus funciones o sus atribuciones, continúa ejercitándolas. La condena importa la publicación de la sentencia».

5. Francia (1810)

«C.P. de Francia (1810), art. 197: Todo funcionario público despedido, destituido, suspendido o legalmente entredicho, que después de haber tenido conocimiento oficial de la medida contra él tomada en el ejercicio de sus funciones, o que siendo activo o temporal las ejerciese después de haber sido reemplazado, será castigado con un minimum de 6 meses o un maximum de 2 años de prisión, y se le impondrá una multa. Se le prohibirá el ejercicio de toda función pública durante un período que no bajará de 5 años ni pasará de diez, a contar del día en que hubiese cumplido su condena; todo sin perjuicio de aquellas mayores penas consignadas contra los oficiales o comandantes militares por el art. 93 del presente código».

6. Puerto Rico (1975)

«C.P. de Puerto Rico (1975), art. 203: Será sancionado con pena de reclusión que no excederá de 6 meses o multa que no excederá de 500 dólares o ambas penas a discreción del tribunal, toda persona que:

- a) *Usurpare un cargo público para el cual no hubiere sido elegida o nombrada.*
- b) *Habiendo sido empleado o funcionario público, obstinadamente ejerciere alguna de las funciones de su cargo, después de cumplido su término de*

servicio y elegido o nombrado su sucesor y llenado éste las formalidades de su instalación».

7. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 161: El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años».

«C.P. de Colombia (1980), art. 162: El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término».

«C.P. de Colombia (1980), art. 163: El que únicamente simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública, incurrirá en arresto de seis (6) meses a un (1) año.

La pena se aumentará hasta en una tercera parte si para cometer el hecho el agente utilizare uniforme, prenda o insignia de uso privativo de la fuerza pública».

8. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 402: El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial, será castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años».

2

Usurpación de emblemas y calidades

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal y el derecho comparado. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Comportamientos típicos. VI. Primera modalidad delictiva: Ostentar públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce: a) *La publicidad de la ostentación*. b) *La ilegitimidad del acto de ostentar*. c) *El objeto de la ostentación pública*. VII. Segunda modalidad delictiva: Arrojar grado académico, título profesional u honores que no le correspondan. VIII. Elemento subjetivo. IX. Consumación y tentativa. X. Imputación objetiva. XI. Penalidad. XII. Participación. XIII. Concurso de delitos. XIV. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causas de justificación*. 3. *Causas de exculpación*. XV. Legislación extranjera: 1. *Italia (1889)*. 2. *Italia (1930)*. 3. *España (1973)*. 4. *Argentina (1922)*.

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

I. ANTECEDENTES LEGALES

No legislado en los anteriores códigos penales nacionales.

La fuente extranjera de la que se copió el modelo, está constituida por el artículo 247 del Código penal argentino: «Será reprimido con mul-

ta de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevaré insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o ser arrogare ⁽¹⁰⁰⁶⁾ *grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren».*

El Código penal español de 1973, en su artículo 324, castiga igualmente al que usare pública e indebidamente título, diploma, nombramiento académico o profesional, uniforme, traje, insignia o condecoración, hábito eclesiástico o religioso ⁽¹⁰⁰⁷⁾. Lo mismo hace el artículo 186 del código italiano de 1889.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

El tipo legal ha sido objeto de cuestionamientos en la legislación y doctrina comparada tanto por su ubicación sistemática, como por su escaso contenido de lesividad social. Esto ha motivado que otros códigos penales traten el tema a nivel del rubro genérico de falsedad (así el código italiano de 1930 en su artículo 498), o simplemente no le otorguen relevancia penal, a título delictivo. A nivel de doctrina, BUSTOS RAMÍREZ, por ejemplo, es de la opinión que desde un punto de vista jurídico-penal este tipo legal no tiene sentido y responde más a una sociedad jerarquizada por gremios, grupos sociales, castas, etc., es decir, a una sociedad feudalizada, y que a lo sumo podría configurar una infracción de carácter administrativo, pero no un motivo para una intervención penal criminal ⁽¹⁰⁰⁸⁾.

En el derecho comparado, el Código penal español de 1995 ha suprimido (decriminalizado) las referencias típicas del art. 324 del código de 1973. Tampoco es considerado relevante por los códigos penales alemán, austriaco y otros. Sólo el Código penal italiano vigente mantiene en el contexto europeo romanista una forma ortodoxa y pasadista de dicha figura penal ⁽¹⁰⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁰⁶⁾ En la redacción oficial del Código penal argentino (art. 247) equívocamente se consigna la palabra "abroga".

⁽¹⁰⁰⁷⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

⁽¹⁰⁰⁸⁾ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal parte especial*, Barcelona, Ariel 1991, p. 354. Véase en Legislación Extranjera el art. 324 del Código penal español de 1973 sobre el cual se pronuncia BUSTOS.

⁽¹⁰⁰⁹⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objetivo de la tutela penal busca proteger a la administración pública en su exclusiva función de otorgamiento de emblemas, distintivos, títulos y honores oficiales, de la posibilidad de descrédito y vulgarización de dicho monopolio.

El Código penal peruano no ha considerado a los uniformes o trajes oficiales como objeto material a proteger penalmente, mucho menos a los trajes y distintivos eclesiásticos.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo cualquiera, un particular, un funcionario, un servidor público o un militar. Puede actuarse directamente o en autoría mediata, caso este último en el cual el autor se vale de terceros para ostentar sus insignias o distintivos que le deben ser identificables.

Titular del sujeto pasivo del delito es el Estado.

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El tipo penal abarca dos comportamientos delictivos diferenciados:

1. Ostentar públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce.

El verbo rector es *ostentar*.

2. Arrogarse grado académico, título profesional u honores que no le corresponden.

El verbo rector es *arrogar*.

VI. PRIMERA MODALIDAD DELICTIVA: OSTENTAR PÚBLICAMENTE INSIGNIAS O DISTINTIVOS DE UNA FUNCIÓN O CARGO QUE NO EJERCE

El verbo rector *ostentar*, empleado para expresar el acto ejecutivo del delito, significa hacer patente o visible una condición o calidad ⁽¹⁰¹⁰⁾. El

(1010) En tal sentido, el llevar consigo dentro de sus ropas un carné y una placa insignia es insuficiente para acreditar la comisión del delito de usurpación de insignia y distintivos (Ejecutoria suprema de 28 de noviembre de 1996, Exp. N° 399-95-B, Junín).

sujeto activo del delito, una vez en poder o tenencia de signos oficiales (actos preparatorios), los muestra en un afán o interés de índole diversa que el tipo penal no especifica, expresando con ello que para los efectos penales carece de relevancia el móvil de dicha ostentación, siempre y cuando ésta produzca una posibilidad de lesión o peligro al bien jurídico protegido. Y para que dicha posibilidad de lesión o peligro generado con la ostentación sea penalmente relevante la figura penal exige:

a) La publicidad de la ostentación ⁽¹⁰¹¹⁾

Las insignias o distintivos mostrados por el sujeto activo tienen que llegar a conocimiento de un número plural de personas ⁽¹⁰¹²⁾. No interesa si el sujeto los lleva encima de su ropa o a piel visible, o si los muestra; tampoco si es en lugar público o privado. Lo relevante es que la ostentación se difunda y sea apreciada por una pluralidad de personas. La notoriedad de la ostentación no alude a la forma que ésta asuma, sino al destino público logrado por la misma ⁽¹⁰¹³⁾.

El acto ejecutivo de ostentar insignias y distintivos públicamente es de naturaleza activa, inmediata, refleja, no omisiva. No es típico de la figura el hacer mención por radio, ni por cine, fax o medio electrónico y televisión sin el efecto de la muestra o exposición expresa. Tampoco existe tipicidad si el agente muestra u ostenta ante una persona específica o un reducido grupo de personas allegadas.

⁽¹⁰¹¹⁾ Véase Ejecutoria de 28 de noviembre de 1996 [Sumilla N° 14, p. 959].

⁽¹⁰¹²⁾ Véase la Ejecutoria Suprema del 29/11/2000, Exp. N° 367-2000 Lima, que declaró no haber nulidad en la condena de una persona sin tomar en cuenta el requisito de ostentación pública ni que el carnet de policía con el que el sujeto activo intervino a un taxista para extorsionarlo carecía de validez (en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Tomo I, Lima, Idemsa, 2002, p. 655).

⁽¹⁰¹³⁾ Nos parece innecesaria la aclaración que hace CREUS a SOLER, sobre el significado semántico del sustantivo "notoriedad". Dice SOLER, si no existe notoriedad, esto es, la posibilidad de que la insignia o distintivo sea visto por un número indeterminado de personas, no existe este delito (*Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 133). Replica CREUS: "No es exacto que el tipo requiera la notoriedad de la portación, ni que la insignia o distintivo sean llevados necesariamente en un lugar público" (*Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 254). CREUS restringe arbitrariamente el significado de la palabra notoriedad a una acepción no expresada por SOLER.

b) La ilegitimidad del acto de ostentar

El alarde público hecho de las insignias o distintivos por el sujeto activo debe ser un acto arbitrario, esto es, sin que exista derecho alguno que ampare dicho comportamiento. El sujeto activo no es funcionario ni servidor público, careciendo por ello de las atribuciones de poder ostentar insignias o distintivos oficiales. Y en caso de ser funcionario o servidor, ostenta dolosamente insignias y distintivos que corresponden a un cargo que no es el suyo. Se trata así de un abuso de acción cometido e imputado al sujeto indeterminado.

c) El objeto de la ostentación pública

Son dos los objetos cuyo uso (y más propiamente su ostentación), está limitado o restringido penalmente:

1. *Insignias.* Son señales o emblemas usuales u honoríficos de carácter oficial que acompañan al funcionario o servidor público, pudiendo ser expresamente portadas o tenidas para sí sin exposición pública (así, las medallas de honor, placas, anillos, carnés y demás distintivos diversos de uso oficial).

Quedan fuera del tipo penal las insignias particulares o privadas (clubes, entidades deportivas, sindicatos, bancos, bandas de música, etc.).

2. *Distintivos.* Esta palabra tiene una acepción literal más amplia, pero que sin embargo es utilizada en el contexto del tipo penal en estudio en un sentido específico. Si la insignia es una variedad de distintivo, la norma penal ha querido connotar con la denominación «distintivos» una idea bien focalizada: la noción de diferencia, para evidenciar las jerarquías, calidades o funciones distintas. En tal sentido, son distintivos los matices cromáticos de las fajas, el tipo de uniforme, la calidad y altura de la curul del magistrado, los galones y estrellas militares, los bastones de mando, las banderas o banderolas oficiales, etc.

Ambos, insignias y distintivos deben ser señales de uso oficial, quedan fuera del tipo las insignias y distintivos particulares, así como las réplicas o falsificaciones de las mismas (el tipo penal en este caso será el de falsificación). La ostentación de distintivos e insignias de cargos o funciones extranjeras no ingre-

san al tipo penal ⁽¹⁰¹⁴⁾. Las condecoraciones oficiales son asimilados al ámbito de las insignias o distintivos según la naturaleza material con que se hallen expresadas.

VII. SEGUNDA MODALIDAD DELICTIVA: ARROGARSE GRADO ACADÉMICO, TÍTULO PROFESIONAL U HONORES QUE NO LE CORRESPONDAN

El particular, funcionario o servidor público, en esta segunda modalidad delictiva de la figura penal 362, se arroga públicamente grado, título y honor que no le corresponde. Arrogarse es darse a sí mismo arbitrariamente los valores enunciados en el tipo, autoatribuirse calidades no poseídas legalmente. Si es que otras personas, es decir, terceros confieren o dan el trato que indican los componentes típicos, ello no constituye tipicidad de la figura en estudio. Se trata de un comportamiento de acción directa ejercido por el propio sujeto activo, no por acción de terceros (lo que podría generar la tipicidad del art. 381).

Esta modalidad es un delito de simple actividad, es decir, sólo requiere que el autor ejecute la acción contenida en el verbo típico: el arrogarse sin derecho el grado académico, el título profesional o los honores correspondientes, para que se halle consumada la acción típica. Por lo tanto, ni el perjuicio, daño o lesión que cause el sujeto activo, si es que ejercita funciones derivadas de los grados o títulos que usurpa, son necesarios para definir el delito, pueden producirse pero el delito se habrá ya antes consumado.

No se castiga penalmente con esta figura el ejercicio de actividades como el tinterillaje o curanderismo (art. 363), sino tan sólo la autoatribución de valores sociales formalizados u honores. Pero dicha autoatribución ilegítima debe ser también, como en el caso anterior, pública para ser delictiva; quedan fuera del tipo las autoatribuciones tácitas, soterradas, o de conocimiento de un número reducido de personas o que escapan al conocimiento público. El agente debe actuar haciendo expresa mención de ser, por ejemplo, abogado, ingeniero civil, médico, haber sido reconocido con la orden de la Gran Cruz, o como doctor *honoris causa*, etc.

⁽¹⁰¹⁴⁾ Al respecto DELPINO, Luigi, nos dice: "No responde del delito en examen, quien lleva abusivamente una divisa o un emblema de un Estado extranjero" (*Diritto penale. Parte speciale*, Napoli, Edizioni Simone, 1995, p. 475).

El agente puede servirse de diversos medios para la arrogación (anuncios radiales continuos, periodísticos, televisivos, vía internet, placas pegadas en su consultorio u oficina, etc.).

Que el sujeto activo alegue idoneidad intelectual o bondades personales no legitima con ello su comportamiento delictivo. Los fines que dirijan la actividad del sujeto activo del delito son irrelevantes para el derecho penal. Así como el lugar y el momento en que se autoatribuye las calidades u honores. Ingresando dentro del tipo penal la situación de los profesionales o graduados, cuyos títulos o grados han sido cancelados por orden judicial.

- a) *El grado académico.* Es la calidad académica otorgada por las universidades, quienes lo confieren a nombre de la Nación. Los grados académicos de nivel inferior a superior en el Perú son el bachillerato, la maestría y el doctorado. El primero es el requisito necesario y previo para el título profesional o licenciatura. El segundo es un postgrado que deja expedito al profesional para la docencia y la investigación a alto nivel. El doctorado es la máxima prerrogativa académica que otorga la universidad.
- b) *El título profesional.* Es el instrumento oficial conferido por las universidades e institutos de educación superior a nombre de la Nación y que habilitan o permiten al profesional ejercer su carrera arte, u oficio. También incluye a los títulos otorgados en el extranjero y convalidados en el país con la observancia de las respectivas formalidades. La norma penal peruana ha circunscrito el título al terreno profesional a diferencia de otras legislaciones que lo extienden a otros ámbitos.

Se trata de un instrumento o certificación de naturaleza pública que autoriza el ejercicio de las calidades profesionales o técnicas que están sujetas a reglamentación, dada la importancia y utilidad de sus cometidos. O, como dice Soler, de profesiones reglamentadas con sentido de exclusión de la libre competencia de quienes no poseen ese título⁽¹⁰¹⁵⁾. En la doctrina extranjera Delpino, para el caso de Italia, enumera los siguientes ámbitos reglados, cuya arrogación de título genera tipicidad del delito en estudio:

⁽¹⁰¹⁵⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 134.

1) el título de médico; 2) el de geómetra, ingeniero, o perito; 3) el título de magistrado; 4) de carabineros, guardias de finanzas; 5) de abogado; y, c) de profesores ⁽¹⁰¹⁶⁾.

No ingresan al tipo penal los títulos otorgados por entidades privadas o particulares no hechas a nombre de la nación, ni los títulos o certificaciones de oficios o carreras técnicas no reglamentadas de exclusividad en el ejercicio.

- c) *Los honores oficiales*. Son las distinciones especiales concedidas por el Estado (en sus diversas manifestaciones) a particulares en atención a sus méritos o servicios prestados a la nación. En el Perú no existen concesiones de títulos honoríficos («caballeros», marquesados, infantado, ducados, «sir», etc.). Los honores oficiales se restringen a condecoraciones, diplomas, menciones honoríficas, doctorados *honoris causa*, etc., todos de carácter oficial.

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

Ambas modalidades son dolosas. Resulta suficiente, de acuerdo a la redacción del tipo penal, el dolo eventual. El sujeto activo debe conocer que carece del derecho a usar y ostentar y tener voluntad propia de hacerlo, pese a lo indebido de su conducta. El error de tipo invencible puede presentarse en la segunda modalidad.

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Estamos ante modalidades delictivas de simple actividad y de peligro abstracto de naturaleza activa y de consumación instantánea, que pueden asumir permanencia en la medida que los actos de ejecución-consumación persistan en el comportamiento antijurídico.

El delito se consuma al producirse el comportamiento descrito con los verbos ostentar o arrogarse. La tentativa para ser admisible requeriría fragmentación de actos en los comportamientos ejecutivos de ambas modalidades, es decir, en la ostentación y en el arrogamiento. Lo cual se torna difícil de asimilar sobre todo en la primera modalidad. No consuma el delito la ostentación de insignias y distintivos

⁽¹⁰¹⁶⁾ DELPINO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 476.

falsos o inventados ⁽¹⁰¹⁷⁾, al no concurrir un componente objetivo del tipo penal.

X. IMPUTACIÓN OBJETIVA

Igualmente no es típico del delito de ostentación las fiestas, disfraces y demás actividades festivas o folklóricas donde se exhiben insignias o distintivos, por tratarse de actos socialmente ajustados que no generan riesgo típicamente relevante para el bien jurídico. Asimismo, no se afirmará la imputación objetiva en la ostentación de insignias y distintivos extranjeros, pues no se crea con ello una situación de riesgo, ni éste se realiza en el resultado. Ni el monopolio estatal de conferir ni la fiabilidad de las insignias y distintivos oficiales han sufrido indisposición relevante en tales casos.

XI. PENALIDAD

La pena es mínima y alternativa. No mayor de 1 año de privación de libertad o prestación de servicio comunitario de 10 a 20 jornadas.

Dicha penalidad pone de manifiesto el nivel ínfimo de injusto de ambos comportamientos delictivos.

XII. PARTICIPACIÓN

Cabe la complicidad de particulares y/o funcionarios o servidores, así como la instigación de terceros para la comisión delictiva.

XIII. CONCURSO DE DELITOS

Cabe concurso con el delito de estafa (art. 196) cuando se emplea la ostentación o el arrogamiento ilegítimo como medio para estafar.

Con el delito de falsificación de documentos (art. 427) en su modalidad de uso.

Con el delito de ejercicio ilegal de profesión (art. 363).

⁽¹⁰¹⁷⁾ Opinión contraria mantienen ANGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Código Penal*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1997, T. VII (*Delitos contra la administración pública*), p. 3137.

XIV. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad:*

- Por inexistencia de la insignia o distintivo oficial (por ser falsificados, inventados, irreales, inidóneos).
- Por error de tipo invencible.
- Por ausencia de conducta voluntaria.

2. *Causas de justificación:*

- Estado de necesidad justificante.
- La costumbre puede constituirse, en determinados casos y lugares, en una justificación extra penal de la antijuridicidad del hecho.

3. *Causas de exculpación:*

- Por error de tipo invencible.
Por inexigibilidad de conducta distinta para casos específicos.

XV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. *Italia (1889)*

«C.P. de Italia (1889), art. 186: *El que lleve indebida y públicamente la divisa o los distintivos de un cargo, de un cuerpo o de un oficio o se arroge grados académicos, honores, títulos dignidad o cargo público, incurrirá en multa.*

El juez podrá ordenar que se publique un extracto de la sentencia en un periódico designado por él, a costa del penado».

2. *Italia (1930)*

«C.P. de Italia (1930), art. 498: *Quien abusivamente lleva en público la divisa o signos distintivos de un cargo o empleo público, o de un cuerpo político, administrativo o judicial, o bien de una profesión para la cual es requerida una especial habilitación del Estado, o bien viste abusivamente en público el hábito eclesiástico será castigado con la multa de 200,000 a 2'000,000 de liras.*

A la misma pena será sometido quien se arroga dignidad o grado académico, títulos, condecoraciones u otras insignias honoríficas públicas, o bien cualidad inherente a alguno de los oficios, empleos o profesiones indicados en la disposición precedente.

La condena importa la publicación de la sentencia».

3. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 324: El que usare pública e indebidamente título, diploma, nombramiento académico o profesional, uniforme, traje, insignia o condecoración, será castigado con la pena de multa de 100,000 a 500,000 pesetas.

El uso indebido de hábito eclesiástico o religioso, tanto por seglares como por clérigos y religiosos a quienes estuviere prohibido por resolución firme de la autoridad eclesiástica oficialmente comunicada al gobierno, será castigado con la pena de prisión menor».

4. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 247: Será reprimido con multa de 750 a 12500 pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondiesen».

3

Ejercicio ilegal de profesión

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal, la reforma y el derecho comparado. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Comportamientos típicos: a) *Primera modalidad delictiva: ejercer profesión sin reunir los requisitos legales.* b) *Segunda modalidad delictiva: ejercer profesión con falso título.* c) *Circunstancia agravante: si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.* VI. Elemento subjetivo. VII. Consumación y tentativa. VIII. Penalidad. IX. Participación. X. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad.* 2. *Causas de justificación.* 3. *Causas de exculpación.* XI. Concurso de delitos. XII. Legislación extranjera: 1. *España (1973).* 2. *España (1995).* 3. *Italia (1930).* 4. *Portugal (1982).* 5. *Bolivia (1972).*

Art. 363: «*El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*»

El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de 8 años, si el ejercicio de la profesión, se da en el ejercicio de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual» [Texto según la modificación efectuada por el artículo único de la Ley 28538 de 7 de junio de 2005].

Tipo penal sustituido

Art. 363: «*El que, con falso título o el que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años* [Texto según la modificación efectuada por el artículo 1º de la Ley Nº 27754 de 14 de junio de 2002].»

I. ANTECEDENTES LEGALES

La figura penal de ejercicio ilegal de profesión no fue contemplada en los anteriores códigos penales peruanos.

Las fuentes extranjeras que inspiraron a nuestros legisladores proceden de las construcciones normativo-penales españolas (códigos penales de 1928 y 1973, arts. 326 y 321 respectivamente) ⁽¹⁰¹⁸⁾, asimismo, de los códigos penales italianos de 1930 (art. 348) y portugués (art. 400, inciso 2).

A nivel de leyes especiales, en el Perú, el Decreto Ley N° 11363 del 19 de mayo de 1950 de represión del tinterillaje puede reputarse como uno de sus más lejanos antecedentes.

II. LA FIGURA PENAL, LA REFORMA Y EL DERECHO COMPARADO

La figura penal en estudio, conocida en la doctrina europea como «intrusismo» ⁽¹⁰¹⁹⁾, es uno de los casos de ley penal en blanco contenidos en el código peruano, pues nos remite, para completar sus componentes típicos, a los requisitos señalados en otros dispositivos legales extrapenales o en los reglamentos pertinentes.

La Ley N° 28538 del 7 de junio de 2005 ha procedido a incorporar una circunstancia agravante a la figura nacional de intrusismo, consistente en un apreciable aumento de pena si el ejercicio ilegal de profesión se produce en el ámbito de la función pública o prestando servi-

⁽¹⁰¹⁸⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽¹⁰¹⁹⁾ En palabras de QUERALT, con el intrusismo se protege tanto la potestad estatal de velar porque los títulos de determinadas profesiones sean concedidos con las garantías de orden moral y cultural indispensables, como también el interés de los colectivos profesionales y del público en general (*Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1991, Vol. II, p. 411). Según CUELLO CALÓN la ingerencia penal en este orden tiende a ofrecer garantía acerca de la aptitud y capacidad de los que prestan servicios profesionales (*Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1936, Vol. II, p. 249). Para opinión de QUINTERO OLIVARES el intrusismo tiene su esencia ilícita en la invasión del ámbito competencial que por razones de conocimientos específicos el sistema jurídico y técnico ha reservado a un número de personas, de manera tal que quienes no posean esa precisa condición carecen de legitimación para realizar esas actuaciones o trabajos (*Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1120).

cios al Estado bajo cualquier modalidad contractual. Asimismo ha doblado la conducta típica en dos modalidades de delito según sea el comportamiento ejercer profesión sin reunir los requisitos legales o con falso título, segundo supuesto que ha sido castigado con penalidad mayor. Reforma que casi ha equiparado, en cuanto respuesta punitiva (4 a 8 años en su modalidad agravada), el injusto del ejercicio ilegal con el cohecho pasivo propio. Reforma irracional y objetable, en términos de pena, si tomamos en cuenta además que el ejercicio ilegal de la medicina (artículo 290), modificado también por la ley 28538 observa una penalidad básica de 1 a 4 años.

A diferencia de la legislación penal italiana que requiere que la práctica ilegal de profesión sea abusivamente ejercida, o del arrogamiento expreso o tácito de la portuguesa, el Código penal peruano presenta una descripción legal técnicamente objetivizada, al haber prescindido en la formulación del tipo de consideraciones valorativas que están ya implícitas debido a la naturaleza misma del delito.

El modelo español de intrusismo difiere del peruano no sólo por la pena, pues ésta no supera una prisión de 6 meses a 2 años en los casos agravados, sino por cuanto, dicho modelo prescinde de la referencia a los requisitos legales para configurar delito centrándose exclusivamente en el ejercicio de actos propios de profesión sin título académico válido (multa de seis a doce meses), o de título que acredite capacitación necesaria habilitadora de ejercicio de la actividad profesional (multa de tres a cinco meses), y además por que el delito está tratado como un figura penal propia de las falsedades. Esto explica que QUINTERO OLIVEROS y VALLE MUÑOZ, en la doctrina española, consideren que el intrusismo se produce cuando se engaña al potencia público sobre la realidad de la preparación técnica y académica que se posee y no en los casos en que materialmente, sin ese engaño, se invade el campo competencial de una profesión específica ⁽¹⁰²⁰⁾.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la administración pública en su exclusiva potestad de habilitar el ejercicio de determinadas profesiones.

⁽¹⁰²⁰⁾ QUINTERO OLIVEROS, Gonzalo y VALLE MUÑOZ, José Manuel, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1121.

Como dice DELPINO, la finalidad de la norma penal es la tutela del interés público concerniente al normal funcionamiento de la administración pública, que exige que determinadas profesiones sean ejercidas por quienes están en posesión de una especial habilitación administrativa, a fin de garantizar al ciudadano los requisitos de idoneidad y capacidad en quien la ejercita ⁽¹⁰²¹⁾. Como se observa entran en juego varios intereses valiosos: exclusividad o monopolio de la habilitación, confianza pública, garantías en la solvencia profesional, etc. Se trata así de un delito pluriofensivo ⁽¹⁰²²⁾. El interés público ha tomado gran importancia a fin de justificar el tipo penal de intrusismo y por lo mismo para configurar el bien jurídico protegido. Da cuenta de esta orientación CHOCLÁN MONTALVO cuando sostiene que sólo cuando hay un interés público en la exclusividad del ejercicio de la profesión por un círculo restringido de personas la pena criminal puede legitimarse ⁽¹⁰²³⁾. Interés público que es burlado por la acción del sujeto activo.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo de delito de ejercicio ilegal de profesión puede ser cualquier persona, un particular, un funcionario o servidor público, un militar. La idea central es que no se halle habilitado para ejercer profesión. Incluso un profesional que dolosamente se arroga y ejerce actos de profesión distinta a la suya. Pero no será pasible de ser imputado como sujeto activo si la invasión a otra área de profesión reglada es producto de un ejercicio imprudente.

Sujeto pasivo del delito es el Estado. Las corporaciones profesionales (Colegios de arquitectos, contadores, ingenieros abogados, etc.) ⁽¹⁰²⁴⁾,

⁽¹⁰²¹⁾ DELPINO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 186.

⁽¹⁰²²⁾ Véase sobre esto BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal parte especial*, cit., p. 352.

⁽¹⁰²³⁾ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El delito de intrusismo*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 158.

⁽¹⁰²⁴⁾ En tal sentido se pronuncian diversas ejecutorias de la Corte Suprema. Así la del 21 de enero de 1998, Exp. N° 1178-97, La Libertad (ejercicio ilegal de profesión en agravio del Colegio de Abogados de La Libertad) [*Sumilla* N° 2, p. 955]; Ejecutoria del 10 de diciembre de 1997, Exp. N° 5634-97, Cusco (ejercicio ilegal del periodismo en agravio del Colegio de Periodistas de Puerto Maldonado y el Estado) [*Sumilla* N° 4,

como los particulares, pueden ser considerados agraviados pero no son sujeto pasivo del delito. En la doctrina y jurisprudencia europea comparada coge fuerza la tesis de considerar como sujeto pasivo a la colectividad o comunidad.

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El tipo penal contempla dos modalidades delictivas: a) ejercer profesión siendo titulado pero sin reunir los requisitos legales, y b) ejercer profesión con falso título, y una circunstancia agravante calificada por el destino del ejercicio.

El núcleo rector es *ejercer profesión*

a) Primera modalidad delictiva: ejercer profesión sin reunir los requisitos legales

¿A qué requisitos hace alusión la norma penal: a los de naturaleza administrativa corporativa (colegiación, pago de aportaciones), o es que acaso se esté refiriendo a un marco difuso de incompatibilidades y deberes legales de cumplimiento obligatorio para el profesional? Lo primero ha recibido en la doctrina europea severos cuestionamientos por cuanto la fundamentación de la intervención penal no puede circunscribirse a tutelar intereses –por legítimos que sean– de grupos corporativos particulares, por cuanto no son ellos los titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro⁽¹⁰²⁵⁾. En el Perú, la Corte Suprema considera frecuentemente en sus ejecutorias –sin mayor sustento– a los colegios profesionales como a los sujetos perjudicados; lo cual ha generado una orientación jurisprudencial que entiende que los requisitos legales referidos en la norma penal hacen alusión a la correspon-

p. 956]. Otra, sólo en agravio del Estado, Ejecutoria suprema de 4 de diciembre de 1997, Exp. N° 352-97 (ejercicio ilegal de actividades paramédicas en agravio de la Dirección Regional de Salud de Lambayeque [Sumilla N° 5, p. 956].

⁽¹⁰²⁵⁾ En el Código penal español de 1973 existía una norma penal específica para proteger a los gremios profesionales, considerado a título de falta, que ha sido derogada con el actual y vigente código de 1995. Decía el art. 572: “Será castigado con la multa de 10,000 a 100,000 pesetas el titulado o habilitado que ejerciese su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito”.

diente colegiatura. Cabe indicar que ello puede resultar acertado cuando así lo señale expresamente la ley de la materia (así, por ejemplo, el art. 265 inc. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que hablando sobre los abogados establece que para patrocinar se requiere estar inscrito en el colegio de abogados del Distrito Judicial correspondiente). Pero no sólo a ello se reduce la referencia normativa del tipo penal, son también requisitos legales el no estar inhabilitado por sentencia judicial, suspendido, tener función incompatible, etc.

El caso de los bachilleres que ejercen actos de profesión cautiva es un tema que puede ingresar en este apartado, no obstante no debe confundirse aquí un problema de trámite administrativo con otro de relevancia penal. En efecto, la existencia de criterios estrictamente formales, que en el análisis concreto desestiman la capacitación e idoneidad oficialmente verificada, para imputar delito cuando sólo está pendiente de un acto administrativo la habilitación, debe ser visto con bastante serenidad por parte del fiscal y Juzgador, dado que no habría posibilidad de apreciar la lesión del interés público tutelado, constituyendo el hecho un caso de evidente atipicidad ⁽¹⁰²⁶⁾.

b) Segunda modalidad delictiva: Ejercer profesión con falso título

Profesión es una calidad social funcional adquirida tras un proceso de preparación académica en la universidad, y que posibilita el ejercicio de una ciencia, arte u oficio. El concepto de profesión utilizado en la norma penal no está tomado en su acepción ordinaria de empleo u oficio, ni tampoco en sentido amplio para designar con él a todas las actividades posibles de ser abarcadas con tal concepto. El derecho penal peruano emplea un concepto normativo estricto de profesión en cuanto a su ámbito de extensión, pues sólo se refiere a aquellas regladas o sometidas a formalidades legales a efectos de su ejercicio, en norma extrapenal. Se trata así de una noción restrictiva.

El sujeto activo del delito en esta modalidad no sólo se arroga de una titularidad que no posee (supuesto típico del artículo 362) sino que desarrolla, practica, ejercita las atribuciones y facultades que son

⁽¹⁰²⁶⁾ En tal sentido con abundante fundamentación CHOCLAN MONTALVO, *El delito de intrusismo*, cit., p. 164 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., cit., p. 135.

propias de la profesión. Arrogarse, para esta figura delictiva de ejercicio ilegal, es tan sólo un acto preparatorio. Se requiere que el sujeto activo haya ejecutado dolosamente uno o más actos propios de la profesión que usurpa.

El lograr determinar qué acto es o no ejercicio de profesión no siempre es tarea fácil, sobre todo —como indica ANTOLISEI⁽¹⁰²⁷⁾— en las profesiones de la salud. QUINTERO OLIVARES precisa que *acto propio de profesión* es aquel atribuido específicamente a unos profesionales concretos con exclusión terminante de las demás personas. El médico es quien hace diagnosis y recetas, el cirujano es el único que puede operar, el ingeniero de caminos el único que puede planear un viaducto, el abogado el único que puede defender en un juicio⁽¹⁰²⁸⁾. Reconoce el penalista español que existen zonas de discusión, ámbitos compartidos de difícil resolución donde dos o más profesionales se consideran igualmente capacitados y competentes: así, arquitectos e ingenieros civiles en la construcción de una torre de señales, o biólogos y farmacéuticos en la realización de determinados análisis o pruebas de laboratorio. En los casos dudosos, de fronteras imprecisas, queda al Juez resolver, dónde existen actos propios de ejercicio ilegal y dónde no, de acuerdo a reglas objetivas de apreciación y valoraciones técnicas.

Contrariamente, no son actos propios de profesión los practicados por los hechiceros, curanderos, astrólogos, quiromantas, naturistas, corredores de inmuebles, mandatarios, comisionistas, agentes de bolsa, capataces, administradores de fincas, encuestadores, sondeadores de opinión y otros así exhiban la existencia de algún «título», obviamente no profesional, no académico en sentido estricto; pues ellos no invaden con sus actos las esferas de estricta competencia de las profesiones regladas, y además por cuanto la ley no les exige como requisito para el desarrollo de sus actividades la existencia y posesión de un título. En el caso de los curanderos, si éstos prescriben y recetan

(1027) ANTOLISEI recomienda que en defecto de normas legislativas o reglamentarias precisas es vital la apreciación del juez, quien deberá, para dirimir las dudas, considerar sobre todo la *ratio legis*, y más precisamente los motivos que han inducido al legislador a prescribir la habilitación para el ejercicio de la profesión dada (ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 666).

(1028) QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, cit., p. 1119.

fármacos o practican actos de cirugía, por citar dos casos, si estarán invadiendo esferas regladas de ejercicio profesional.

El ejercicio ilegal de medicina en sentido amplio (medicina y profesiones de las ciencias médicas) al tener una norma especial que contempla dicho supuesto, a través del artículo 290 del Código penal (igualmente modificado por la Ley N° 28538) se sale del marco de tutela del artículo 363.

El *falso título* es el instrumento que adolece de autenticidad, o que siendo auténtico resulta insuficiente para habilitar al sujeto para el ejercicio de profesión, así, en este segundo caso, un diploma de egresado de universidad, una constancia de estudios de medicina o abogacía, etc. Es falso título entonces tanto el espurio como el auténtico que no goza de identidad oficial. Así también, para efectos penales el de otra profesión que no faculta ejercer una distinta.

La existencia del título espurio por falsificación o adulteración puede generar, según la gravedad del hecho y el perjuicio, un concurso con los tipos de fe pública.

No será entonces típico del delito de ejercicio ilegal la práctica de actos de profesión fuera de los alcances condicionados del tipo, es decir, cuando el sujeto activo no está provisto de falso título ni de título sin requisitos legales. Lo que se quiere indicar con esto es que lo que se castiga penalmente no es tanto el ejecutar actos de profesión, sino el hacerlo arrogándose calidades que no se posee. *Es allí donde reside el núcleo del injusto penal* y que pone en peligro los diversos intereses tutelados por la norma penal. En tal sentido la comadrona que no se autoatribuye la condición de obstetra, no cae bajo los requerimientos típicos. La autoarrogación para ejecutar actos de profesión constituye así una forma de falso título.

La invasión que hace el profesional habilitado al ejercicio de actos que no son de su competencia, en circunstancias especiales que no ameriten dolo no es típico de este delito. Las invasiones imprudentes o las que son producto de exceso o extralimitaciones no dolosas en el uso de la función o autoridad sin autoarrogamiento igualmente son atípicas.

Son casos particulares de ejercicio ilegítimo, no contemplados específicamente en nuestra norma penal, aquellos que además del título requieren habilitaciones agregadas. Tal es el caso de los procuradores del Estado que junto al título de abogado necesitan una resolu-

ción especial de designación. O el del ginecólogo que a su título de médico general se le exige legalmente el de especialidad para poder ejercer los actos médico ginecológicos. Supuestos que pueden reconducirse por la primera modalidad de ejercicio ilegal de profesión que se refiere a la falta de requisitos legales.⁽¹⁰²⁹⁾

Luego, *¿cuáles son las profesiones penalmente protegidas?* No todas las profesiones que existen en el país están tuteladas bajo conminación penal en su ejercicio indebido. Las leyes y reglamentos fijan, al establecer parámetros o condiciones de cumplimiento obligatorio, cuáles son las profesiones regladas o exceptuadas del ejercicio por el común de las personas. Profesiones que usualmente se hallan registradas oficialmente son la medicina, abogacía, ingenierías, farmacia, odontología, medicina veterinaria, obstetricia, contabilidad, arquitectura, agronomía, zootecnia, además de otras. La situación del periodismo es especial, pues no existe consenso sobre su ingreso al tipo penal como profesión reglada ⁽¹⁰³⁰⁾.

Los oficios y carreras técnicas, como la mecánica en sus diversas facetas (automotriz, eléctrica, etc.), la ortopédica, mecánica dental; la quiropraxis, osteopatía, y demás disciplinas de salud alternativas no consideradas legalmente profesiones médicas (reflexología, naturismo, hidroterapia, acupuntura, etc.), carpintería, albañilería y otros no constituyen el elemento típico normativo «profesión» exigido por el tipo penal; asimismo, el comercio, artesanía, las artes (pintura, escultura), el diseño gráfico o de modas. De forma tal que su ejercicio por cualquier persona con o sin falso título no radicará en delito de ejercicio ilegal de profesión, ello sin perjuicio de las otras tipicidades que su ejercicio pueda suponer (lesiones, estafas, etc.). Sin embargo, nada impide que el Estado, por razones atendibles, intervenga y decida en

⁽¹⁰²⁹⁾ Apreció ya esta posibilidad ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., cit., p. 137.

⁽¹⁰³⁰⁾ El ejercicio del periodismo es un servicio de necesidad pública, al igual que la Medicina y la Abogacía, que se halla bajo la tutela de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, pero sin embargo su reglamentación, en el sentido de hacerlo cautivo en favor de determinadas personas que han cursado y se han titulado académicamente, es vista como un acto lesivo a la libertad de prensa e información. El problema en realidad es complejo, y tiene varias aristas de enfoque, pero obviamente el interés corporativo es el menos relevante para legitimar la intervención punitiva en este ámbito.

el sentido de declarar reglado o exclusivo tal o cual oficio o carrera técnica. El ejercicio profesional con título extranjero no convalidado en el país sí ingresa en el tipo penal.

c) Circunstancia agravante: si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual

La Ley Nº 28538 al anexar esta agravante en el artículo 363 del Código penal ha diferenciado entre el destino particular y público de la actividad ilegal del sujeto que realiza las conductas típicas, a fin de expresar que el segundo posee mayor grado de ilicitud penal, lo que explica la mayor pena. Regulación a mi entender innecesaria y que justifica más bien la ineficacia de los filtros de las reparticiones públicas para examinar los títulos o requisitos de los profesionales. Se observa un afán totalizador para cubrir los espacios de actividad profesional al interior de la administración pública cuando la norma alude a cualquier modalidad contractual.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

Las dos modalidades delictivas son dolosas, ya que requieren de quien ejecuta los actos contenidos en el tipo penal que los haga con voluntad y conocimiento de la forma arbitraria del ejercicio de una profesión que no se tiene. No es exigible que el sujeto activo busque un fin u objeto específico. Es suficiente el dolo eventual. El agente en su actuar doloso debe de autoatribuirse la cualidad profesional, no basta sólo la práctica de actos profesionales desvinculados del dolo⁽¹⁰³¹⁾ para atribuir responsabilidad penal por este delito. QUINTERO OLIVARES hace recaer el núcleo del injusto subjetivo en el engaño causado al público sobre la realidad de la preparación técnica y académica que se posee⁽¹⁰³²⁾.

⁽¹⁰³¹⁾ Al respecto CUELLO CALÓN es explícito (*Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. II, p. 250).

⁽¹⁰³²⁾ Véase DELPINO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 187. Sostiene DELPINO que más que el número de actos, lo realmente importante son las consecuencias que de ello se deriva, pudiendo un solo acto trascendente tener mayor relevancia que varios otros para afectar el bien jurídico protegido. El autor cita una serie de casos: 1) quien no habilitado para la profesión médica había prescrito para curar el cáncer preparados

El error de tipo invencible puede presentarse, de acuerdo a las circunstancias, en ambas variedades.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma con el ejercicio de la profesión, es decir, al realizar el sujeto activo uno o más actos que son propios de la profesión. En la doctrina extranjera se condiciona el valor consumidor de un solo acto, a que sea trascendente y gravitante⁽¹⁰³³⁾, por ejemplo, una cirugía médica, una defensa ante la Corte Suprema, etc.

La tentativa, es asimilable a la primera modalidad que presenta en su *iter* esparcimiento de actos ejecutivos. En la segunda es poco probable jurídicamente.

En general se trata de un delito de peligro de comisión activa y de naturaleza instantánea.

VIII. PENALIDAD

2 a 4 años de pena privativa de libertad: Ejercicio ilegal sin requisitos legales.

4 a 6 años de pena privativa de libertad: Ejercicio con falso título.

4 a 8 años de pena privativa de libertad: Ejercicio en el ámbito de la administración pública.

IX. PARTICIPACIÓN⁽¹⁰³⁴⁾

Cabe la instigación y la complicidad de terceras personas, ya sea porque obtienen provecho del ejercicio ilícito de la profesión del autor

(por él mismo creados y dados gratuitamente) a base de extractos de yerbas y de animales; 2) en el caso de la obstetra que al final del parto había procedido a la sutura de las laceraciones vaginales, siendo ello de exclusiva competencia del médico; 3) el caso de quien sin ser veterinario practica inyecciones hipodérmicas a animales enfermos sin existir prescripción del veterinario; 4) el caso del geómetra que redacta y suscribe un proyecto que por ley sólo puede ser hecho por un ingeniero (*loc. cit.*).

⁽¹⁰³³⁾ QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, cit., p. 1121.

⁽¹⁰³⁴⁾ Un caso de complicidad véase en la Ejecutoria Suprema de 12 de enero de 1998, Exp. N° 3157-97 [*Sumilla* N° 3, p. 955].

(dueños de clínicas, veterinarias, estudios de abogados, etc.) o porque contribuyen con actos secundarios al fin ilícito del sujeto activo del delito.

X. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad* ⁽¹⁰³⁵⁾

- No puede considerarse delito de ejercicio ilegal las opiniones médicas o legales dadas por los sujetos del tipo penal.
- No es delito el hecho de que el médico aún no registrado tome la presión o la temperatura del paciente. Tampoco los actos de construcción de casas hechos por albañiles o maestros constructores.
- No es delito los masajes dados con fines de aliviar dolores ⁽¹⁰³⁶⁾.
- No es delito redactar un contrato o una denuncia.
- El ejercicio imprudente de actos de profesión reglada tampoco es típicamente relevante.
- Las declaraciones de no estar hábil para el ejercicio de la carrera pronunciadas por los colegios profesionales carecen de tipicidad para configurar delito.

2. *Causas de justificación*

- El estado de necesidad justificante.
- Obrar en cumplimiento de un deber o por orden obligatoria de autoridad competente.

3. *Causas de exculpación*

El error de prohibición invencible (error sobre los límites de competencias que fijan las normas o reglamentos).

⁽¹⁰³⁵⁾ La Corte Suprema consideró atípico del delito de ejercicio ilegal de profesión el haber el acusado instalado un kiosco para la venta de productos veterinarios (Ejecutoria suprema de 3 de junio de 1997, Exp. N° 413-95, Lima [*Sumilla* N° 12, p. 958]).

⁽¹⁰³⁶⁾ La práctica de masajes ha recibido en la doctrina y jurisprudencia italiana especial estudio. Se distingue entre masaje estético, deportivo y masaje curativo, considerándose atípicos los primeros y relevante penalmente el último (DELPINO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 188).

XI. CONCURSO DE DELITOS

Hay concurso con el delito de estafa (art. 196) y con el delito de falsificación de documentos (art. 427 y ss.).

El delito de ejercicio ilegal de profesión reglada absorbe a la modalidad de arrogamiento de título profesional.

El tipo de ejercicio legal puede concursar también con delitos de homicidio, lesión, daños, etc., según se produzcan correlatos ulteriores.

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 321: *El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional, incurrirá en la pena de prisión menor.*

Si el culpable se atribuye públicamente la cualidad de profesional, se le impondrá además la pena de multa de 100,000 a 1'000,000 de pesetas».

2. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 403: *El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.*

Si el culpable además se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años».

3. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 348: *Cualquiera que abusivamente ejercita una profesión, para la cual es requerida una habilitación especial por parte del Estado, es castigado con la reclusión hasta seis meses o con multa de 200,000 a 1'000,000 de liras».*

4. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 400 (inc. 2):

- *En la misma pena [hasta 2 años o multa 100 días] incurrirá quien ejerce profesión para la cual la ley exige título o cumplimiento de ciertas condiciones, arrogándose, expresa o tácitamente poseerlo o cumplirlas, cuando, efectivamente no las tiene o no las cumple».*

5. Bolivia (1972)

«C.P. de Bolivia (1972), art. 164: *El que indebidamente ejerciere una profesión para la que se requiere título, licencia, autorización o registro especial, será sancionado con privación de libertad de uno a dos años».*

4

Participación en ejercicio ilegal

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Comportamiento típico. VI. Elemento subjetivo. VII. Consumación y tentativa. VIII. Penalidad. IX. Participación.

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

I. ANTECEDENTES LEGALES

A nivel códigos penales no existe referencia en el país.

El Decreto Ley N° 11363 del 19 de mayo de 1950 (Ley de represión contra el tinterillaje) no obstante su orientación específica puede ser citado como antecedente legal. Así, el art. 12 de dicha ley indicaba: «Incorre también en el delito del ejercicio ilegal de la abogacía y será reprimido con suspensión del ejercicio profesional hasta por un año, el que con título de abogado preste habitualmente su nombre o su firma a otro que carece de título desligándose de responsabilidad, para que éste ejerza en forma independiente las actividades inherentes a la profesión».

II. LA FIGURA PENAL

Estamos frente a una figura delictiva especial que criminaliza los actos ejecutivos de apoyo o ayuda al ejercicio ilegal de profesión, imputables al profesional. Se ha elevado así a nivel de autoría un caso de participación necesaria, otorgándole calidad delictiva autónoma ⁽¹⁰³⁷⁾.

Técnicamente se trata de un comportamiento específico de favorecimiento del supuesto de usurpación de quien no tiene título.

El fundamento político criminal de tal figura penal, obviamente, es de coyuntura, y se expresa en la extendida práctica del ejercicio de actos de profesión sin título que en niveles alarmantes se observa en el país.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal es el proteger la administración pública frente a un específico comportamiento de los profesionales, que desvirtúa el sentido exclusivo de la habilitación otorgada para el ejercicio de las profesiones.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo el profesional, es decir, el que ha sido titulado a nombre de la Nación.

Al igual que en el artículo anterior, el profesional está considerado en una conceptualización normativa, es decir, como la persona con título a nombre de la nación que ejerce una profesión reglada o cautiva (abogado, médico, arquitecto, etc.).

Sujeto pasivo es el Estado.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El tipo penal es de contenido simple, consta de un solo comportamiento delictivo de naturaleza activa.

⁽¹⁰³⁷⁾ Al respecto ROJAS VARGAS, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Grijley, Lima, 1997, p. 134.

El verbo rector es *amparar*.

El presupuesto típico es que el destinatario del amparo carezca de título para ejercer la profesión.

Amparar es favorecer, proteger, por la razón o motivo que fuere, la labor o trabajo de un tercero (el práctico o empírico, estudiante, graduado, etc.) que desarrolla labor afín a la del profesional. No genera tipicidad, la firma dada al colega que por razones atendibles no está en capacidad de firmar.

La respuesta al interrogante de a cuáles profesionales se refiere el tipo penal, sólo será contestada teniendo en cuenta los casos y circunstancias que por las formalidades del trabajo exijan la firma del profesional (abogados, contadores, médicos, arquitectos, ingenieros, etc.). El tipo penal se refiere a un profesional, no a un cargo (juez, ministro, alcalde, etc.); por lo mismo no será típica de esta figura la firma de un juez o regidor, por tomar dos casos.

La firma, es el mecanismo o medio de hacer viable el delito, comprende tanto el nombre y apellido del profesional, como su rúbrica, es decir, sus signos gráficos distintivos, acompañados de la respectiva numeración del registro.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso. Requiere, del profesional que protege al tercero, conocimiento de que dicho tercero carece de título profesional, y voluntad dirigida pese a ello a infringir la prohibición de la norma penal. Es suficiente el dolo eventual.

El error de tipo invencible acerca de la carencia de título por el destinatario de la protección le quita tipicidad al hecho.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma cuando la firma otorgada por el profesional ampara el trabajo del tercero, es decir, cuando lo favorece. La firma colocada en un escrito no utilizado no constituye consumación de delito. La interpretación de los componentes del tipo penal debe ser sistemática para precisar el momento de la consumación.

Amparar el trabajo de quien no tiene título, no sólo se reduce a la firma (el profesional puede amparar de múltiples maneras), pero ésta es la que resulta penalmente castigada según la norma penal.

Es admisible la tentativa ontológicamente considerada, pero ella es irrelevante penalmente.

VIII. PENALIDAD

Pena conjunta: privativa de libertad de dos días a 4 años e inhabilitación con privación de función, cargo o comisión ejercida por el profesional, aunque provenga de elección popular; y con incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

IX. PARTICIPACIÓN

Cabe instigación de particulares, funcionarios, servidores públicos o de profesionales.

DELITOS DE USURPACION DE AUTORIDAD SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

1. CESE EN EL CARGO Y USURPACIÓN DE FUNCIONES

«Comete delito de usurpación de funciones el servidor auxiliar del Congreso Constituyente Democrático que habiendo cesado en el cargo ha seguido atribuyéndose la calidad de funcionario del Poder Legislativo, sorprendiendo a diversas entidades públicas, teniendo acceso a la documentación obrante en las oficinas del Gobierno Central a donde acudía para realizar trámites administrativos, evidenciándose de este modo el accionar doloso del acusado que ha lesionado el buen funcionamiento de la Administración Pública» (Ejecutoria Suprema de 5 de marzo de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 3341-97, Exp. N° 2294-97, Lima).

2. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN: PRESCRIPCIÓN

«Que respecto a los delitos de ejercicio ilegal de la abogacía (usurpación de autoridad, títulos y honores) y contra la administración de justicia, se encuentran sancionados en el actual Código penal con pena privativa de la libertad no mayor de 4 años; y de conformidad con el art. 6 del código acotado y de acuerdo al principio de combinación, es aplicable lo normado por los arts. 80 y 83, y dado el tiempo transcurrido, desde que se suscitaron los hechos en 1987 y 1988, la acción penal ha prescrito» (Ejecutoria Suprema de 21 de enero de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 3644-97, Exp. N° 1178-97, La Libertad).

3. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN: CÓMPlice, DETERMINACIÓN DE PENA

«Que para los efectos de la imposición de la pena al encausado como cómplice del delito contra la Administración Pública en la modalidad de ejercicio

ilegal de profesión en agravio del Colegio de Abogados de Piura y Tumbes, se debe tener en cuenta sus condiciones personales, así como la forma y circunstancias en que perpetró el ilícito, conforme a lo dispuesto en el art. 46 del Código penal; aumentaron la pena de 1 a 2 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de un año» (Ejecutoria Suprema de 12 de enero de 1998, Exp. N° 3157-97, Piura).

4. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD, IMPOSICIÓN ILEGAL DE PENA

«El Código penal vigente, en su Título Preliminar, enarbola un conjunto de principios garantes, entre los que destaca el principio de legalidad, por el cual «nadie será sancionado por un acto u omisión no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidos en ella», que en el caso de autos se ha impuesto además de la pena privativa de libertad la de inhabilitación al encausado por delito de ejercicio ilegal de la profesión y desacato, la que jurídicamente es inejecutable teniendo en cuenta que el encausado no tiene la condición de periodista y menos se encuentra dentro de los presupuestos a que hace referencia el art. 39 del Código penal, a los que se debe agregar que los ilícitos penales por los cuales ha sido condenado, sólo se encuentran sancionados con pena privativa de libertad; siendo esto así, es del caso declarar nula la sentencia en este extremo» (Ejecutoria Suprema de 10 de diciembre de 1997, Exp. N° 5634-97, Cusco).

5. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN Y CONCUSIÓN:

DECLARACIONES INCUPLATORIAS SON INSUFICIENTES PARA CONDENAR

«Las declaraciones inculpatorias del acusado en su instructiva, de ejercer ilegalmente profesión médica, no corroboradas con prueba alguna que la sustente, sin existir inspección ocular que determine la existencia del supuesto laboratorio clínico, ni tener mayores elementos de juicio para establecer su funcionamiento, como autorización municipal y otros, son insuficientes para acreditar la responsabilidad penal del acusado» (Ejecutoria Suprema de 4 de diciembre de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2304-97, Exp. N° 352-97, Lambayeque).

6. USURPACIÓN DE FUNCIONES Y USURPACIÓN DE AUTORIDAD:

ALCALDESA QUE OTORGA ILEGALMENTE CREDENCIAL DE ALCALDE Y ALCALDE QUE USURPA AUTORIDAD

«Alcaldesa de Huaytará que mediante Resolución Municipal reconoce y autoriza al acusado a fin de que ejerza el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Santiago de Quirahuara, hasta que se lleven a cabo las elecciones complementarias y posteriormente no siendo ya alcaldesa extiende una credencial en lo que dispone siga ejerciendo el cargo, comete delito de usurpación de funciones.

Comete delito de usurpación de autoridad el acusado que ejerció el cargo de Alcalde de forma ilegal, al no haber emanado dicho título de la voluntad popular, ni haber sido nombrado ni reconocido como tal por el ente electoral, llámese Jurado Provincial de Elecciones o Jurado Nacional, sino por encargo de la alcaldesa de Huaytará» (Ejecutoria Suprema de 3 de diciembre de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 3033-97, Exp. N° 437-97, Ica).

7. USURPACIÓN DE FUNCIONES: ERROR DE TIPO. AUSENCIA DE NOTIFICACIÓN DEBIDA

«Gobernador que desarrolla actos propios del cargo que no fue debidamente notificado de su cese, actuando con desconocimiento de la Resolución Prefectural que así lo disponía, no incurre en delito de usurpación de funciones, ya que este delito es eminentemente doloso, esto es, que el agente debe de actuar con conciencia y voluntad de que ejerce funciones que ya no se ostentan» (Ejecutoria Suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 1355-97, Lima).

8. USURPACIÓN DE AUTORIDAD

«El testigo actuario adscrito de juzgado especializado en lo civil que siendo separado continúa ejerciendo indebidamente sus funciones, recepcionando demandas durante el turno judicial y empleando los sellos y el material del juzgado, comete delito de usurpación de autoridad» (Ejecutoria Suprema de 9 de noviembre de 1997, Exp. N° 5088-96, Lima).

9. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: INCORRECTA CALIFICACIÓN DEL DESARROLLO EJECUTIVO DEL DELITO Y PERTINENCIA DE FIJAR REPARACIÓN CIVIL PESE A EXISTENCIA DE TRANSACCIÓN JUDICIAL

«Que el ilícito penal perpetrado por el acusado Chata Mendoza, quien fungiendo de Ejecutor coactivo de la Sociedad de Beneficencia Pública de Puno dispuso se trabe bienes de la empresa agraviada, sin contar con dicha calidad, la misma que recién lo obtuvo cuatro días después, constituye delito consumado de usurpación de autoridad y no tentativa del mismo, como equivocadamente lo ha valorado la Sala Penal Superior.

Respecto a la reparación civil, cabe precisar que la obligación de abonar por este concepto se origina como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, resarcimiento que tiene como objetivo reparar los daños y perjuicios causados al sujeto pasivo y que puede solicitarse en la vía civil por daño emergente y el lucro cesante; que de otro lado, en vista que la transacción judicial ha sido celebrada entre personas jurídicas ajenas al encausado, la reparación civil debe ser fijada como resultado conexo del delito y la responsabilidad del agente» (Ejecutoria Suprema de 7 de noviembre de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2978-97, Exp. N° 6476-96).

**10. USURPACIÓN DE FUNCIONES: RONDAS CAMPESINAS,
APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO—ABSOLUCIÓN**

«La intervención de los dirigentes y ronderos del poblado de Acopara – Distrito de Huantar, Ancash, ante la denuncia planteada por el esposo de la agraviada quien producto del maltrato de éste abandonó su hogar y 8 hijos, no fue dolosa sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia; si bien se advierte que al momento de suceder los hechos hubieron excesos contra los agraviados, también debe tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico, así como la inexistencia de Juez de Paz ni Gobernador a la fecha de los hechos lo que impulsó a que los encausados se abocaran a resolver dicho caso, por lo que se podría tomar el hecho como un error cultural condicionado» (Ejecutoria Suprema de 7 de noviembre de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 1217-97, Exp. N° 4160-96, Ancash).

11. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: ACTOS NO COMPATIBLES, ABSOLUCIÓN

«Para que se configure el delito de usurpación de autoridad, previsto en el artículo 361 del Código penal, es necesario que el agente realice actos compatibles con la función que usurpa, en este caso la función militar; no siendo razonable equiparar a ello la tenencia de un carné de identidad del Ejército Peruano a nombre del mismo poseedor, al efectuársele el registro personal, con la finalidad de esclarecer la posesión ilegal de un arma de fuego» (Ejecutoria Suprema de 30 de septiembre de 1997, Exp. N° 5334-96, Lima).

12. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN: ATIPICIDAD

«El haber instalado un kiosco para la venta de productos veterinarios no constituye ejercicio ilegal de la profesión de Medicina Veterinaria» (Ejecutoria Suprema de 3 de junio de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 6115-96, Exp. N° 413-95, Sala C, Lima).

**13. USURPACIÓN DE AUTORIDAD Y FE PÚBLICA: INTEGRACIÓN DE SENTENCIA
ANTE OMISIÓN DE FIJAR PENA DE MULTA**

«El colegiado al emitir la sentencia materia de grado ha omitido imponer la accesoria de multa prevista en el numeral 427 del Código penal conforme a la facultad conferida por la penúltima parte del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, por los delitos de fe pública en agravio del Estado y ejercicio ilegal de profesión en agravio de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, integrando dicho extremo impusieron el pago de 30 días-multa que el sentenciado pagará a favor del tesoro público» (Ejecutoria Suprema de 15 de abril de 1997, Sala C, Exp. N° 5244-95, Lima).

14. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: NO HABER MÉRITO PARA PASAR A JUICIO ORAL - DENUNCIA FISCAL GASEOSA E IMPRECISA

«Los hechos imputados por el Fiscal Provincial no se han confirmado durante el proceso, a lo que debe agregarse que la denuncia fiscal resulta muy gaseosa e imprecisa, ya que se refiere a una actuación «maliciosa» del acusado en su condición de servidor público del Poder Judicial, por lo que el archivamiento definitivo del proceso se encuentra arreglado a ley» (Ejecutoria Suprema de 28 de noviembre de 1996, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 340-95, Exp. N° 2485-95, Huaura).

**15. USURPACIÓN DE AUTORIDAD Y FE PÚBLICA:
NO SE HA PROBADO USO INDEBIDO DE DISTINTIVOS POLICIALES**

«Si bien es cierto el día en que es intervenido al registro personal se le encontró al encausado en su poder un portadocumentos que contenía un carné vencido que se otorgaba a familiares de los efectivos policiales y una placa insignia de dicha institución, no se ha probado fehacientemente que dichos distintivos han sido ostentados públicamente, ni usado, ni tampoco se haya identificado con los mismos; asimismo, aunque el carné en cuestión muestra algunos signos de adulteración no se ha demostrado que haya hecho uso del mismo; ni que exista perjuicio alguno, razón por la que ante tal ausencia de elementos que resultan indispensables para la configuración de los mencionados ilícitos, no se ha acreditado la materialidad de los mismos, menos la responsabilidad penal del referido inculcado» (Ejecutoria Suprema de 28 de noviembre de 1996, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 7856, Exp. N° 399-95-B, Junín).

**16. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: NO HABIÉNDOSE PROBADO LOS CARGOS Y EXISTIENDO NEGATIVA UNIFORME Y REITERADA DEL ENCAUSADO
PROCEDE LA ABSOLUCIÓN**

«De lo actuado se tiene que no se ha probado que el encausado sea el autor del delito de usurpación de autoridad por el cual se le juzga, además, éste ha negado uniforme y reiteradamente la autoría del delito que se le imputa, surgiendo duda ante la insuficiencia probatoria, lo que en todo caso le favorece conforme a la garantía constitucional contemplada en el inciso undécimo del art. 139 de la Constitución Política del Estado, por lo que es procedente absolverlo» (Ejecutoria Suprema de 15 de noviembre de 1996, Exp. N° 5213-95-B, Junín).

17. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«Si la autorización para realizar servicio interprovincial de pasajeros por carretera fue solicitada y concedida por la Dirección Sub-Regional de Piura y la Dirección de Transportes y Circulación Terrestre, quienes están investidos

de dicha facultad, la conducta atribuida a los procesados teniendo en cuenta la forma y circunstancias en que tuvo lugar, no configura una usurpación de autoridad» (Ejecutoria Suprema de 30 de octubre de 1996, Exp. N° 5057-95-B, Piura).

18. USURPACIÓN DE AUTORIDAD Y FE PÚBLICA:

CONCURSO IDEAL DE DELITOS Y PRESCRIPCIÓN

«Teniendo en cuenta la oportunidad en que se produjeron los hechos denunciados, se trata de un concurso ideal de delitos y, por lo tanto, mal se puede invocar independientemente la prescripción de la acción penal respecto de uno de los ilícitos» (Ejecutoria Suprema de 27 de agosto de 1996, Exp. N° 3741-94-B, Lima).

19. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«No incurre en el delito de usurpación de autoridad el Juez de Paz que, en ejercicio de sus atribuciones, ordena el levantamiento del cadáver y la práctica de la autopsia» (Ejecutoria Suprema de 14 de diciembre de 1972 [*Revisita de Jurisprudencia Peruana*, 1973, Lima, p. 227; ESPINO PÉREZ: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 381]).

20. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«El delito de usurpación de autoridad consiste en el ejercicio ilegítimo de la autoridad pública. No incurrir en esta infracción quienes han actuado formando parte de los tribunales de disciplina de un partido político, y a los que se imputa la comisión de actos de violencia al ejercer esos cargos» (Ejecutoria Suprema de 13 de julio de 1957 [*Anales Judiciales*, 1957, Lima, p. 127; ESPINO PÉREZ: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 381]).

21. USURPACIÓN DE FUNCIONES: ACTO PERMITIDOS

«No hubo usurpación de funciones cuando el personal de Seguridad Ciudadana intervino y condujo al agraviado a la Delegación policial, si se produjo esta intervención en mérito de la denuncia formulada contra el agraviado por intento de rapto de una menor de edad, al advertir una actitud sospechosa por parte del encausado. Además que, en casos de esta naturaleza la ley confiere la participación ciudadana, así que actuaron en cumplimiento de sus funciones (Ejecutoria Suprema de 6 de agosto de 2000, Exp. N° 1563-2001 Tacna. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*, Lima, Jurista editores, 2004, p. 74).

22. USURPACIÓN DE FUNCIONES: ACTO NO COMPATIBLE CON EL CARGO

«La conducta del procesado de presentar una denuncia penal contra un ex Alcalde, suscribiéndola como Regidor de dicho Municipio, no obstante que se había declarado la vacancia de su cargo, no configura delito de usurpación de autoridad porque con la formulación de la denuncia el procesado no estaba ejerciendo ilegítimamente una función pública u otro acto inherente a su cargo; por considerarse que aún ostentaba el cargo de Regidor dado que su caso mereció resoluciones favorables a nivel jurisdiccional, estando sólo pendiente de ser resuelto por la Corte Suprema, máxime si la denuncia fue debido a que le asistía los derechos por ser ciudadano y con el único propósito que tenía de moralización (Ejecutoria Suprema de 13 de diciembre de 1994, Exp. N° 3012-93B Huánuco. GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, Jurisprudencia penal de la Corte Suprema, Tomo II, Lima, Idemsa, 1994, p. 289).

TÍTULO SEGUNDO

DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

SUMARIO: I. El derecho comparado: 1. *España*. 2. *Italia*. 3. *Austria*. 4. *Francia*. II. El delito de atentado: 1. Atentado propio. 2. Atentado impropio. III. La fórmula peruana de atentado-coacción. IV. Perú: Aspectos de técnica legislativa.

I. EL DERECHO COMPARADO

Tradicionalmente las diversas figuras ordenadas bajo el *nomen iuris*, delitos de atentado o de violencia y resistencia a la autoridad han sido el indicador positivizado más sintomático del denominado principio de autoridad y de la relación asimétrica entre autoridades y subordinados.

De poseer una alta criminalización y elevada penalidad en el derecho romano y en el derecho medieval, dichas figuras penales han observado un apreciable retroceso en su nivel de injusto penal. Proceso ya observado en la era de las grandes codificaciones normativas, tributarias del iluminismo capitalista europeo que sintetizó las aspiraciones liberales de la burguesía en el poder y que culmina a fines del siglo XX, con la tendencia político-criminal de erradicar la sección de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad de la normativa de los códigos penales como, por ejemplo, se aprecia en el Código penal de Colombia de 1982, o más moderadamente con la tendencia a la re-

ducción que ofrecen los códigos penales de Italia (1930), Austria (1973) y Francia (1993) entre otros.

Proceso democratizador y minimizante que marcha acorde con los tiempos de apertura y de respeto a los derechos humanos que ha marcado el fin del milenio. El Estado no puede tener un predominio absoluto y una preeminencia valorativa por encima de la dignidad de la persona. La funcionalidad de sus actividades y la eficacia de sus medidas no tienen por qué avasallar, bajo el pretexto del principio de autoridad y respeto de las jerarquías, al hombre común que sufre y soporta los frecuentes atropellos de los órganos del Estado, que se acenúan aún más en sociedades atrasadas y de cultura fuertemente autoritaria y despótica (en los círculos de poder) como en el caso del Perú y muchos otros países de la América Latina.

En la legislación comparada de fines del siglo XX, se ha operado así un proceso, diríamos, democratizador y racionalista en el tratamiento político criminal de los supuestos de atentado, coacción y desobediencia a la autoridad. Se ha superado la larga, antitécnica e innecesaria referencia casuística de la serie de supuestos de hechos relevantes penalmente presentes en los códigos históricos (Francia [1810], Italia [1889], Alemania [1871], España [1850-1870-1973])⁽¹⁰³⁸⁾. Igualmente se ha sintetizado y mantenido con mejor técnica de redacción un mínimo indispensable de figuras básicas comprensivas, así como han sido reguladas con penalidades adecuadas y simbolizantes las hipótesis delictivas asumidas.

1. España

El reciente código de 1995, sin mostrar diferencias sustanciales con los anteriores, ha reducido el número de tipos penales (nueve en el código de 1973) a un total de siete. Ha suprimido el atentado impropio, rebajado los máximos de penas de sus tipos básicos y agravados. Castiga los actos preparatorios del delito de atentado (provocación, conspiración y proposición) con penalidades atenuadas. Ha contemplado el maltrato de obra y la resistencia activa grave a la fuerza armada. Extiende genéricamente la protección para los terceros que auxi-

⁽¹⁰³⁸⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

lien a las autoridades, sus agentes o funcionarios en las hipótesis de atentado propio y atentado específico (al alto funcionariado); y, finalmente (art. 556), ha considerado con un tipo residual los casos de resistencia o desobediencia grave no comprendidos en el delito de atentado propio del art. 550. Las penas oscilan de 6 meses a 4 años.

La ubicación sistemática de las figuras españolas de atentado (código de 1995) se encuentra ordenada en el rubro «Delitos contra el orden público»; en el código de 1973 estaban bajo el rubro «Delitos contra la seguridad interior del Estado».

2. Italia

El código de 1930 regula por separado tres tipos básicos: violencia o amenaza a un oficial público (art. 336), resistencia a un oficial público (art. 337) y la violencia o amenaza a un organismo estatal (art. 338). Un cuarto tipo penal contempla circunstancias agravantes por uso de armas, concurso de personas, organizaciones secretas y mediante escritos anónimos (art. 339). Las penas oscilan de 6 meses a 7 años para los tipos básicos y de 3 años hasta 15 para los casos agravados.

El delito de violencia o amenaza italiano tiene una modalidad atenuada en cuanto penalidad si el hecho se dirige a constreñir al oficial público a cumplir un acto propio del oficio o servicio (6 meses a 3 años).

Los delitos de violencia y resistencia del código italiano se ubican bajo el rubro genérico de los «Delitos de los particulares contra la Administración Pública».

3. Austria

El Código penal austriaco en su Título XIX «Acciones punibles contra el Poder del Estado» contempla las figuras de resistencia al poder del Estado (art. 269), ataque de hecho a un funcionario (art. 270), quebrantamiento de embargo (art. 271), quebrantamiento de sello (art. 272) y la figura de inutilización de bandos o edictos oficiales (art. 273).

Las penas del código austriaco oscilan de 6 meses a 5 años. Las novedades de este importante cuerpo de leyes radican en el hecho de definir legalmente la frase «acto relativo al ejercicio de las funciones» como la acción mediante la cual el funcionario, como órgano de la ad-

ministración soberana u órgano jurisdiccional, ejercita un poder de mando o coerción (art. 269, inciso 3), así como en contemplar en el mismo tipo penal una causal legal de atipicidad si el órgano o funcionario no está legitimado para ejercer la función que protege el tipo, o cuando sus acciones son contrarias a los preceptos penales (causal de justificación específica). Para el resto de figuras contra el poder del Estado (arts. 271, 272 y 273) el referido código prevé exclusión de pena si el autor restituye la cosa embargada, hace que la cosa se recupere, o consigue que se logre la finalidad perseguida con el edicto. En otras palabras el legislador penal austriaco ha positivizado la figura del arrepentimiento activo, condicionándolo a que el órgano público conozca el hecho.

4. Francia

El Código penal francés de 1993 en el Título III «De los atentados contra la autoridad del Estado», legisla a través de sus artículos 433-3 (amenaza y actos de intimidación cometidos contra quienes ejercen una función pública) y 433-6 (resistencia violenta al ejercicio de funciones para la ejecución de las leyes, órdenes de autoridad pública y decisiones o mandatos de justicia) las figuras de atentado y resistencia. Regulando modalidades agravadas de resistencia (rebelión) en los arts. 433 y 433-8.

II. EL DELITO DE ATENTADO

En el ambiente doctrinario y jurídico español e italiano es usual referirse al delito de atentado como una forma grave de agresión o ataque contra la autoridad estatal encarnada en las personas especiales que cumplen funciones de autoridad o contra los órganos del poder. En la figura de atentado se castiga más que al resultado físico de lesión u ofensa individualizada el irrespeto a la función pública en actividad, elemento fundamental para el desarrollo de los fines del Estado y el bienestar de la sociedad.

Dogmáticamente (es decir, desde la perspectiva de la ciencia penal) todo delito de atentado posee una naturaleza conceptualmente compleja, pues es considerado un delito de peligro para el bien jurídico, pero al mismo tiempo le es exigible un resultado concreto, verificable para que pueda alcanzar la relevancia penal necesaria que

amerite la aplicación de pena. Político-criminalmente se ha articulado en el mismo rango de injusto un acto preparatorio (la amenaza) con una expresión ejecutoria indiscutible (la violencia) para ofrecernos un tipo penal que combina una naturaleza delictiva de peligro y resultado.

Los atentados pueden ser tanto a la seguridad del Estado, al orden interno, a los órganos estatales, como a la administración pública. Pueden ser también con alzamiento público (rebelión y sedición) o sin él. El atentado que interesa a nuestros fines es el atentado a la administración pública.

1. *Atentado propio*

El delito de atentado es propio cuando la agresión física al funcionario o autoridad se produce bajo acometimiento, es decir, mediante agresión física directa. *Acometimiento* es, la embestida impetuosa, los golpes, empujones, bofetadas, disparos, lucha a brazo partido, etc. ⁽¹⁰³⁹⁾.

2. *Atentado impropio*

La doctrina española llama *impropio* al atentado producido sin alzamiento público, esto es sin sedición o rebelión en el peor de los casos.

Es esta modalidad la asumida por nuestro legislador, tanto de 1863, 1924 como el de 1991, y que en el reciente Código penal español ha sido desechada como variedad relevante de atentado contra la autoridad.

III. LA FÓRMULA PERUANA DE ATENTADO-COACCIÓN

El legislador peruano de 1991, al igual que el de 1924, no ha seguido el modelo español de atentado que hace depender la tipicidad de la figura a la descripción señalada en los delitos de rebelión y sedición (alzamiento público), los mismos que presuponen una variada gama de finalidades en la conducta ilícita del autor: derogar la Consti-

⁽¹⁰³⁹⁾ No regulado específicamente en nuestra legislación penal, pero sí subsumible en los tipos penales 365 y 366.

tución, destituir al jefe de Estado, impedir elecciones, disolver las Cortes, sustituir por otro el gobierno de la nación, etc., o impedir la promulgación y ejecución de leyes, el libre ejercicio de funciones a la autoridad, corporación o funcionario, etc.

El prototipo peruano, que ha sido denominado «Delitos de violencia y resistencia a la autoridad» es de contenido más específico y orientado sobre todo al impedimento del ejercicio funcional de autoridades, funcionarios y del ejercicio del servicio de los empleados públicos. En este punto hemos seguido el paradigma italiano de 1889, suizo de 1918 y argentino de 1922.

No tienen las figuras peruanas de violencia y resistencia la riqueza de acciones criminalizadas del código español, pero en cambio han ampliado el círculo de sujetos pasivos específicos a los servidores públicos en el supuesto del art. 365, y han privilegiado las acciones de impedimento o constreñimiento al ejercicio funcional, razón por la cual se prefiere hablar, al momento de analizar las figuras penales objeto de este título, de delito de atentado-coacción.

IV. PERÚ: ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

El Código penal peruano de 1991 junto al Código penal ecuatoriano de 1974 es uno de los escasos cuerpos legislativos penales anómalos, en el contexto de los códigos modernos y de tendencias democratizantes, que conserva la orientación conservadora y tradicional del siglo XIX. Caracterizado por un fuerte principio de autoridad y marcada cultura penal autoritaria, el código peruano, pese a su orientación finalista en teoría del delito, no ha readecuado su sistemática normativa a los tiempos actuales, presentando a la comunidad jurídica nacional y mundial cuestionables figuras casuísticas, ordenando bajo un mismo *nomen iuris* figuras diversas y distanciadas en cuanto al bien jurídico protegido. Siendo merecedor de *lege ferenda* de una necesaria modernización-simplificación en sus numerosos e innecesarios tipos penales.

Las características que una vez analizadas observan los tipos penales 365-373 son las siguientes:

1. Artículo 365

- Tipo penal complejo y genérico que contiene tres modalidades delictivas, las mismas que se articulan en base a los verbos rectores «*impide*», «*obliga a practicar*» y «*estorba*».
- De naturaleza comisiva activa, pudiendo admitir formas omisivas la tercera modalidad o supuesto de hecho.
- De consumación instantánea y de resultado en sus dos primeras modalidades. La modalidad «*estorbar*» es de simple actividad.
- Tipo penal que en sus tres variantes, se halla condicionado al uso de violencia o amenaza.
- Tipo de mínima penalidad.

2. Artículo 366

- Tipo penal de atentado-coacción de carácter específico, de relativa complejidad pues hace uso de dos verbos rectores: *impedir-trabrar*.
- Figura orientada a impedir la ejecución de un acto funcional (lo que le confiere carácter específico) e igualmente condicionada a la presencia de intimidación o violencia en los actos del sujeto activo.
- De naturaleza comisiva activa, de consumación instantánea y de simple actividad.
- Tipo de penalidad moderada.

3. Artículo 368

- Figura penal de relativa complejidad por el empleo de dos verbos rectores: *desobedece* o *resiste*, los mismos que posibilitan la presencia de dos modalidades de delito.
- De naturaleza omisiva la modalidad «*desobediencia*», y de naturaleza comisiva activa la modalidad «*resistencia*». La primera de consumación instantánea y de simple actividad; la segunda de consumación permanente e igualmente de simple actividad.

- Se trata de una figura penal caracterizada por la inexistencia de violencia o amenaza relevantes.
- Penalidad mínima.

4. Artículo 369

- Tipo penal simple de atentado específico, orientado a proteger el desempeño funcional del alto funcionariado que debe su calidad especial a un título democrático: la elección.
- Tipo penal de resultado y de comisión activa u omisiva, de consumación instantánea que puede asumir permanencia.
- Penalidad moderada.

5. Artículo 370

- Tipo penal de relativa complejidad, con empleo de dos verbos rectores: *destruye* o *arranca*, de orientación teleológica.
- De consumación instantánea que requiere de resultados materiales concretos, de naturaleza comisiva activa.
- Penalidad mínima.

6. Artículo 371

- Figura penal especial de autoría nominada, de relativa complejidad, que contiene dos modalidades delictivas estructuradas en base a los núcleos rectores «*abstenerse de comparecer*» o «*prestar declaración*».
- De naturaleza omisiva simple. De simple actividad, asume permanencia en su primera modalidad, siendo de consumación instantánea en la segunda.
- Penalidad mínima.

7. Artículo 372

- Figura penal compleja de evidente menosprecio o la autoridad pública. Puede cometerse mediante actividad (sustraer, cambiar,

ocultar, destruir o inutilizar) como también por omisión (ocultar, inutilizar). De consumación instantánea.

- Son modalidades de resultado la inutilización y la destrucción de objetos, registros o documentos.
- Penalidad moderada en su comisión dolosa y atenuada en la culposa.

8. Artículo 373

- Tipo penal simple de un solo comportamiento relevante, de simple actividad, de consumación instantánea. Dicha consumación está condicionada a la procedencia especial de los objetos.
- Penalidad moderada.

1

Atentado-coacción contra autoridad, funcionario o servidor público

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal y el derecho comparado. III. El *nomen iuris*. IV. Bien jurídico protegido. V. Sujeto activo y pasivo. VI. Comportamientos típicos: 1. *Medios típicos de comisión: violencia-amenaza*. 2. *Condición negativa de tipicidad: sin alzamiento público*. 3. *Los sujetos pasivos: autoridad – funcionario o servidor público*. VII. Primera modalidad delictiva: Impedir a una autoridad, funcionario o servidor público ejercer sus funciones. VIII. Segunda modalidad delictiva: Obligar a practicar a autoridad, funcionario o servidor público un determinado acto de sus funciones. IX. Tercera modalidad delictiva: Estorbar a autoridad, funcionario o servidor público, en el ejercicio de sus funciones. X. Elemento subjetivo. XI. Consumación y tentativa. XII. Penalidad. XIII. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causas de justificación*. XIV. Participación. XV. Concurso de delitos. XVI. Legislación extranjera: 1. Suiza (1918). 2. España (1870). 3. España (1995). 4. Italia (1889). 5. Italia (1930). 6. Argentina (1922).

Art. 365: «El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de éstas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años».

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente legal nacional directa es el art. 321 del Código penal de 1924 de notoria factura española ⁽¹⁰⁴⁰⁾: «*El que sin alzamiento público, por violencia o amenaza, impidiera a una autoridad o a un funcionario ejercer sus funciones o le obligara a practicar un determinado acto de sus funciones, o le estorbare en el ejercicio de éstas, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días.*

La prisión será no menor de seis meses, si el hecho se cometiera a mano armada, o por una reunión de más tres personas, o si el culpable fuera funcionario público, o si el delincuente pusiera manos en la autoridad».

Las fuentes legales extranjeras de las que se sirvió el legislador peruano son: el artículo 255 del Proyecto suizo de 1918, el artículo 237 del Código penal argentino y el artículo 263(1) del Código español de 1870 ⁽¹⁰⁴¹⁾.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

El modelo peruano de atentado es un tipo penal construido en base a un procedimiento de integración legal de diversos componentes típicos (de varias legislaciones penales) tomados del contexto comparado. Así, la frase «*sin alzamiento público mediante violencia o amenaza*» proviene de la legislación penal española, la frase «*le estorba en el ejercicio de éstas*» tiene su fuente en la legislación penal argentina, mientras que el núcleo del tipo penal tiene como fuente de origen el aludido proyecto suizo de 1918 ⁽¹⁰⁴²⁾.

En relación al modelo de 1924 la actual figura vigente ha incluido además como sujeto pasivo al «*servidor público*», y ha distribuido las circunstancias agravantes del segundo párrafo del art. 321 de 1924 en un tipo penal complementario del actual código (el art. 367).

⁽¹⁰⁴⁰⁾ A su vez, el Código penal de 1863, en su art. 149, estableció que: «*Cometen atentado contra la autoridad, los que emplean sobre ella, sin alzamiento público, intimidación o fuerza, al tiempo de practicar sus funciones o por consecuencia de haberlas practicado.*

Si el número de reos pasare de tres el delito será motín o asonada, según los casos».

⁽¹⁰⁴¹⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽¹⁰⁴²⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

En el derecho comparado, códigos penales como el colombiano de 1980 han suprimido la mención a este delito.

Nuestra figura penal del art. 365, por las características de procedencia anotadas líneas atrás, se diferencia del delito típico de atentado español, siendo más bien una figura de coacción especial por la calidad de los destinatarios de la acción y por poseer una orientación finalista que se expresa en el acto de impedir.

III. EL NOMEN IURIS

En los códigos penales sumillados, de los varios que se han publicado en el país, y en el texto del doctor PORTOCARRERO HIDALGO⁽¹⁰⁴³⁾ se denomina a esta figura «*atentado contra autoridad*» o «*atentado a la autoridad*», a semejanza de la nomenclatura empleada en el Código penal español y la utilizada por algunos penalistas argentinos (CREUS, SOLER, etc.). Sin embargo, ni los contenidos típicos españoles y argentinos de atentado son los mismos que los que contempla nuestro artículo 365, ni aluden exclusivamente a comportamientos de coacción típica⁽¹⁰⁴⁴⁾. Resulta incorrecto, e inadecuado, por lo mismo, el *nomen iuris* «*atentado contra autoridad*», pues se trata más propiamente de coacción contra autoridad, funcionario o servidor público.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal es el normal funcionamiento de la administración pública. El interés específico protegido es garantizar la libre formación de la voluntad estatal, encarnada en autoridades, funcionarios y servidores públicos, es decir, el libre ejercicio de la función y realización de los servicios públicos.

Es evidente que se trata de un delito pluriofensivo.

(1043) Véase PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública*, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1996, p. 43; ÁNGELES GONZÁLES / FRISANCHO APARICIO: *Código penal*, cit., T. VII, p. 3149.

(1044) Ver Legislación Extranjera. Para una noción del concepto "atentado", revísese VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, Madrid, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1890, T. II, pp. 303 y 304. El Código penal español construye su figura de "*atentado propio*" en base a la noción de acometimiento contra la autoridad.

V. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo cualquiera, un particular, un militar o un funcionario o servidor público.

El Estado encarna al sujeto pasivo genérico del delito.

Los sujetos especiales directamente agredidos constituyen sujetos pasivos específicos.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Estamos frente a una figura penal que de no mediar la calidad especial de los sujetos pasivos directos se trataría de un típico delito genérico de coacciones.

Nuestra figura penal ha integrado tres modalidades delictivas en un mismo tipo penal: a) impedir a una autoridad, funcionario o servidor público ejercer sus funciones; b) obligar a autoridad, funcionario o servidor público a practicar un determinado acto de sus funciones; y c) estorbar a dichos sujetos en el ejercicio de sus funciones.

Los núcleos rectores son:

- impedir ejercer (primera modalidad).
- obligar a practicar (segunda modalidad).
- estorbar (tercera modalidad).

1. Medios típicos de comisión: violencia-amenaza

Los medios objetivos de comisión usados por el sujeto activo del delito para obtener los fines típicos son dos: la *violencia* y la *amenaza*.

Violencia es el empleo de la fuerza o energía física sobre las personas especiales señaladas en el tipo legal para el logro de los resultados establecidos en la figura penal, tratándose por tanto de una violencia instrumental. La noción de violencia también abarca la fuerza física sobre las cosas, cuando ésta es usada como medio para dificultar o imposibilitarle (al sujeto público) el ejercicio de sus funciones. Cabe considerar aquí, y en función al supuesto de impedir ejercer, la llamada *violencia impropia* (narcotizaciones, privación del estado de vigilia

por medios sofisticados) ⁽¹⁰⁴⁵⁾. Se trata, como señala MANZINI, de una violencia pública, ya que el hecho agresivo debe haberse realizado para determinar al sujeto público según la voluntad del delincuente ⁽¹⁰⁴⁶⁾. De tal forma que violencias ejercidas para obtener propósitos o efectos distintos carecerán de relevancia típica (por ejemplo, la ejercida para el cobro de una deuda, por un asunto personal, rivalidades profesionales, etc.). La violencia puede ser ejercida antes del desarrollo de los actos funcionales en la primera modalidad delictiva. Asimismo, la violencia puede ser ejercida directamente sobre el sujeto pasivo o de forma indirecta por medios mecánicos (u otros) dirigidos sin requerir la presencia del sujeto activo del delito, o empleando instrumentos (casos de autoría mediata en las que se hace uso de terceras personas). La violencia física debe ser idónea para producir los efectos deseados, pero no debe llegar hasta el grado de ocasionar lesiones graves, pues implicaría rebasar el tipo 365 subsumiéndose el supuesto de hecho en la agravante del artículo 367 (inciso 4). El grado mínimo de violencia requerida deberá ser evaluada judicialmente, tomando en cuenta criterios promedios exigibles de vencibilidad de la violencia ejercida.

La violencia puede ser ejercida sobre el sujeto pasivo o personas muy allegadas a él, pero siempre con una finalidad: el lograr determinar o imponer sobre la voluntad del funcionario, servidor o autoridad, la del sujeto activo.

Son casos de violencia, la denominada puesta de manos o vía de hechos sobre el funcionario (golpes, bofetada, lesiones mínimas), además los cierres de locales, incendios, secuestros temporales, etc. ⁽¹⁰⁴⁷⁾. No así el intercambio de palabras entre los imputados y los funcionarios públicos que puede llegar incluso la faltamiento de respeto ⁽¹⁰⁴⁸⁾.

⁽¹⁰⁴⁵⁾ Igual opinión tiene CEREZO MIR, para quien incluso el suministro de bebidas alcohólicas y la hipnotización están incluidas en la agresión.

⁽¹⁰⁴⁶⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 9, Vol. IV, p. 94.

⁽¹⁰⁴⁷⁾ Ejecutoria suprema de 4 de noviembre de 1996, Exp. N° 2964-95-B, Lima; asimismo, la Ejecutoria superior del 12 de enero de 1998, Sala de Apelaciones de Lima con Reos Libres).

⁽¹⁰⁴⁸⁾ En tal sentido la Ejecutoria Superior de 13 de julio de 1998, Exp. N° 137-98, en BACA CABRERA, Denyse y otros Jurisprudencia penal procesos sumarios, Gaceta Jurídica, 1999, p. 493, véase en las sumillas jurisprudenciales.

El segundo medio típico de coacción es la *amenaza*, que consiste en la intimidación o el anuncio de un mal probable y posible, de ocurrencia futura que afectará al sujeto pasivo especial. La amenaza, al igual que la violencia, tiene un fin determinado: tratar de imponer la voluntad delictiva del sujeto activo del delito por sobre la voluntad funcional de la autoridad, funcionario o servidor público con el argumento del temor de un mal anunciado. Así los disparos al aire que realiza el sujeto activo con la finalidad de impedir que el Secretario de Juzgado lleve a cabo la diligencia de lanzamiento ordenada sobre su inmueble ⁽¹⁰⁴⁹⁾.

La amenaza deberá ser, igual que la violencia, idónea para obtener el efecto buscado; es decir, tener aptitud causal para inducir o determinar al sujeto pasivo, ser grave, seria, posible, y de real e inminente realización. Las amenazas pueden ser directas o indirectas ⁽¹⁰⁵⁰⁾.

2. Condición negativa de tipicidad: sin alzamiento público

El comportamiento del agente deberá estar al margen de *alzamiento público*. Con esta frase típicamente castellana se quiere enfatizar que el atentado o coacción ejercido sobre los sujetos públicos no deberá poseer el contenido ilícito de una sedición pública. Este alzamiento en la legislación española no es sinónimo necesariamente de alzamiento armado ni supone la existencia obligatoria de daños materiales. En palabras de RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, «alzamiento público» presupone que los rebeldes expresen declaradamente, abiertamente su hostilidad o enemistad, sea con hechos, ora con proclamas, concitando los ánimos para lograr los fines buscados ⁽¹⁰⁵¹⁾.

Entonces si la conducta del sujeto activo se practica en situaciones de alzamiento público, es decir, secundado por otras personas, con hostilidad declarada y de modo público, la figura dejará ser típica del

⁽¹⁰⁴⁹⁾ Ejecutoria Superior del 1 de octubre de 1998, Exp. N° 137-98, en BACA CABRERA, obra citada, p. 496.

⁽¹⁰⁵⁰⁾ Un detallado estudio sobre la violencia y la amenaza instrumentales véase, en ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra el patrimonio*, Volumen I, Lima, Grijley, 2000, pp. 365 a 391.

⁽¹⁰⁵¹⁾ Véase de dichos autores *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 841.

art. 365, para pasar a constituir el delito previsto en el artículo 347 del Código penal (sedición). Los delitos de rebelión y sedición contemplados en nuestro código requieren la presencia del componente material de las armas: alzamiento armado. Por lo mismo la frase «*alzamiento público*» en tales hipótesis legales subsume el «*alzamiento armado*».

3. Los sujetos pasivos: autoridad – funcionario o servidor público

La norma penal ha querido ser en exceso detallista al nominar las tres más usuales clases de sujetos públicos afectados directamente. La autoridad es una clase especial de funcionario público caracterizada por estar dotada además del poder de decisión de todo funcionario de capacidad de mando y jurisdicción. En la cúspide del rango autoridad se halla el Presidente de la República y a nivel de base como la célula básica del poder político, el teniente gobernador. Tanto sobre autoridad funcionario y servidor público se ha discurrido con cierto detalle y abundamiento en la primera parte de esta obra, a la que remitimos ⁽¹⁰⁵²⁾.

VII. PRIMERA MODALIDAD DELICTIVA: IMPEDIR A UNA AUTORIDAD, FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EJERCER SUS FUNCIONES

La violencia o amenaza que no implique alzamiento público ejercida por el sujeto activo del delito tiene una finalidad específica: impedir que los sujetos pasivos (uno de ellos, o todos) ejerzan sus funciones. Es obvia la existencia de una relación entre conducta ilícita y efecto deseado (lograr la omisión material de un acto).

Impedir es un verbo de acción que implica el hacer no realizable el ejercicio de las funciones propias de la «autoridad», «funcionario» o «servidor». Por lo tanto, esta primera modalidad de coacción al sujeto público es de naturaleza activa y de resultado. No basta, para ser típica, que se produzca el intento o que el sujeto activo del delito desarrolle una simple actividad tendiente a impedir, debe impedir; obstaculizar, imposibilitar. Todo lo que no acceda al resultado es tentativa ⁽¹⁰⁵³⁾.

⁽¹⁰⁵²⁾ Ver *supra*, p. 28 y p. 45.

⁽¹⁰⁵³⁾ ANGELES-FRISANCHO conceptúan que el impedir no es un resultado sino una actividad por sí misma consumativa del tipo. Idea que no compartimos (*Código penal*, cit., T. VII, p. 3155).

No es requerible la publicidad de los actos de consumación del delito, así como resulta irrelevante que el fin deseado por el sujeto activo del delito al impedir responda a un motivo justo o injusto. Lo que sí es imprescindible es que el acto que se impide sea un acto de función, es decir, un acto propio del cargo, establecido por ley, reglamento, mandato u orden legítima bajo el estricto marco de la competencia del sujeto especial. Si es que el sujeto activo trata o impide un acto abusivo o ilícito a ser cometido por el sujeto público, habrá una causal que tornará justificado su comportamiento⁽¹⁰⁵⁴⁾.

El momento de la comisión de los actos violentos o amenazantes ejercidos sobre el sujeto público también es un elemento de importancia para distinguir esta modalidad delictiva de la figura penal del art. 366 y de la misma tercera modalidad del art. 365 en estudio; y dicho momento comisivo tiene que producirse necesariamente antes de que se dé comienzo al ejercicio de los actos funcionales, pues de no ser así se generaría la tipicidad del artículo 366.

Ejercer funciones es desarrollar los cometidos propios que nacen del ámbito de las competencias de funcionarios, autoridades y servidores públicos.

El *lugar* de la comisión del ilícito penal se halla determinado por la del ejercicio de la función, es decir, puede ser tanto en el local u oficinas del sujeto pasivo directo, como en los sitios donde estén funcionarios, autoridades o servidores públicos cumpliendo sus atribuciones.

VIII. SEGUNDA MODALIDAD DELICTIVA: OBLIGAR A PRACTICAR A AUTORIDAD, FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO UN DETERMINADO ACTO DE SUS FUNCIONES

A diferencia de lo que ocurre en la primera modalidad delictiva, aquí el sujeto activo direcciona sus actos de violencia o amenaza (o ambos) para constreñir y lograr que el funcionario o servidor realice un acto funcional propio de la competencia de su cargo o empleo. Esta-

⁽¹⁰⁵⁴⁾ En este punto, como bien observa FONTÁN BALESTRA, puede presentarse la situación de que el acto funcional sea legal, lícito, pero su aplicación o ejecución revista ilicitud (*Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 156).

mos así ante un acto voluntarista de carácter delictivo que, imputable al sujeto activo, busca acelerar de forma arbitraria la realización por parte del sujeto público de un acto funcional que quedaba a su determinación -dentro de los plazos legales- cuando hacerlo. Ejemplos: Fiscal que se ve obligado por violencia o amenaza a formular denuncia, y bajo circunstancias de tiempo que quedan a capricho del agente coactor; Juez que se ve obligado (por violencia o amenaza) a sentenciar; Prefecto que es constreñido por el sujeto activo (particular o un colectivo humano) a otorgar permiso para un mitin, etc. También en esta modalidad el sujeto activo puede obligar al sujeto pasivo a realizar un acto de oficio que retarda, omite o rehúsa. Como se observa y se remarca nuevamente tiene que tratarse de actos propios del cargo; obligarle al sujeto público a practicar actos que no son de su competencia no configura el delito en examen. La validez de los actos practicados así bajo circunstancias de coacción comprobada carece de juridicidad o, con palabras de ANGELES-FRISANCHO, carecen de eficacia legal, no pudiendo ser tenidos como verdaderos actos funcionales ⁽¹⁰⁵⁵⁾.

Puede suceder que los actos de demora, que le puedan ser imputables extrapenalmente al sujeto público para decidir, impulsar o proveer, provoquen daños o perjuicios al sujeto activo, quien opta por actuar en el sentido del tipo penal; situación que puede generar una causal de justificación de la antijuridicidad del hecho. Pero es inherente a las características de la figura penal, en esta segunda modalidad, la circunstancia de que el sujeto público dispone libremente y a su criterio de los plazos legales para actuar; siendo por lo mismo inadmisibles para el derecho penal y para el ejercicio funcional que el particular u otro haga uso de medios antijurídicos (violencia y/o amenaza) para constreñir al sujeto público al cumplimiento de los actos de su función.

IX. TERCERA MODALIDAD DELICTIVA: ESTORBAR A AUTORIDAD, FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO, EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Es evidente que «*estorbar*» es una acción delictiva de menor gravitación que la conducta «*impedir*» y «*obligar a practicar*». No obstante, recibe el mismo trato punitivo que las dos primeras modalidades. Esto

(1055) ANGELES-FRISANCHO, *Código penal*, cit., T. VII, p. 3156.

contradice naturalmente el principio de culpabilidad por el hecho y la proporcionalidad de las penas. Cabe indicar que la fuente extranjera, el inciso 2 del artículo 241 argentino, castiga con prisión de 15 días a 6 meses, mientras que la figura de atentado mediante coacción para exigir la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones es castigado con prisión de 1 mes a 1 año (art. 237, Código penal argentino). Como se observa, una de las fuentes extranjeras de la cual el legislador peruano copió el modelo observa estrictamente el principio de proporcionalidad de las penas en función a la cantidad de injusto penal de los comportamientos, principio que no ha sido respetado por nuestros legisladores.

Estorbar en el ejercicio de funciones mediante violencia o amenaza es poner obstáculos no insuperables, dificultar, incomodar o molestar a los sujetos especiales que se hallan ya en ejercicio en sus funciones. En esta modalidad, como bien señala SOLER, el autor del delito no intenta hacer ejecutar su voluntad por medio del órgano del Estado y por lo mismo no ejerce presión alguna sobre la facultad de determinación de éste ⁽¹⁰⁵⁶⁾. El motivo que tenga el sujeto activo del delito puede ser de orden múltiple, siendo por lo mismo irrelevante (por diferencias políticas, personales, etc.), así como la modalidad o forma desplegada de estorbo.

X. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso en las tres modalidades del tipo. El dolo requerido es el dolo directo, dado que el sujeto activo busca una específica finalidad que tiene que ser lograda. El dolo supone el conocimiento por parte del agente de la calidad especial del sujeto pasivo, y de que impide, obliga a practicar o estorba el ejercicio funcional, así como presupone voluntad de acción libremente decidida.

El error de tipo invencible torna inexistente la tipicidad y, por lo mismo, el delito mismo, dejando subsistentes los delitos comunes de coacción (art. 151) y, según el caso, contra la vida, el cuerpo y la salud.

⁽¹⁰⁵⁶⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 113.

XI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito de coacción pública es de naturaleza activa en sus dos primeras modalidades. La tercera modalidad puede ser cometido por acción u omisión (estorbar el ejercicio de la función). Se trata de un delito de resultado en sus dos primeras modalidades: impedir el ejercicio funcional y obligar al sujeto público a la realización de un acto funcional. La tercera modalidad es de simple actividad: estorbar. Todas las modalidades requieren de la presencia de violencia o amenaza.

La tentativa es perfectamente admisible en los dos primeros supuestos.

XII. PENALIDAD

Pena privativa de libertad de 2 días a dos años. Penalidad mínima. Delito de baja criminalización.

XIII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Ni los engaños, ardides, persuasiones u obsequios hechos al funcionario, autoridad o servidor público generan tipicidad delictiva de la figura 365. Las amenazas o violencia tienen que reunir condiciones de idoneidad causal; no son amenazas típicas las de imposible realización, las amonestaciones, reprimendas ni las amenazas leves.

El impedir actos que no son ejercicio funcional, obligar a practicar actos diversos desvinculados de las funciones o el estorbar, carecen de tipicidad.

La resistencia puesta a la propia detención no es una hipótesis negativa subsumible en este delito, sino de la figura 368. Igualmente existe atipicidad por inexistencia de la titularidad funcional.

2. Causas de justificación

Legítima defensa: cabe invocar esta causal de justificación cuando el acto funcional o de servicio que se impide o estorba es de carácter ilegítimo o abusivo.

Estado de necesidad: cuando el «*obligar a practicar*» permite preservar bienes jurídicos valiosos que de otro modo se verían lesionados (obligar al policía a actuar, a los bomberos, salvavidas, etc.). Lo mismo ocurre con la modalidad «*impedir*».

XIV. PARTICIPACIÓN

Caben todas las formas de participación (complicidad, instigación) tanto de particulares como de sujetos públicos especiales.

XV. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de daños (art. 202).
- Con el delito de lesiones (art. 122).
- Con el delito de violencia y resistencia (art. 366). En el supuesto de que fracase en obtener el resultado consumidor (tentativa de coacción pública).

XVI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Suiza (1918)

«Proyecto de Código penal suizo (1918), art. 255:

1. *El que mediante violencia o amenaza impidiere a una autoridad o a un funcionario realizar algún acto que corresponda a sus funciones, o le obligare a realizar dicho acto, o lo maltratare de obra durante la realización del mismo, será castigado con prisión o multa.*
2. *Si el delito se cometiere por una muchedumbre amotinada, serán castigados con prisión todos cuantos formaren parte de aquella».*

2. España (1870)

«C.P. de España (1879), art. 263: Cometen atentado:

1. *Los que sin alzarse públicamente emplearen fuerza o intimidación para alguno de los objetos señalados en los delitos de rebelión o sedición (atentado impropio).*
2. *Los que acometieran a la autoridad o a sus agentes, o emplearen fuerza contra ellos, o los intimidaren gravemente o los hicieren resistencia tam-*

bién grave, cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellos (atentado propio)».

3. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 550: Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas».

4. Italia (1889)

«C.P. de Italia (1889), art. 187: El que emplee la violencia o profiriera amenazas contra un miembro del Parlamento o un funcionario público, para obligarle a que haga o deje de hacer un acto de su cargo, será castigado con reclusión de 3 a 30 meses. La reclusión será:

1. De seis meses a cinco años, si el hecho se cometiere con armas.
2. De dos a quince años, si se cometiere por un grupo de más de cinco personas con armas, o por más de 30 personas aunque sin armas y previo concierto».

«C.P. de Italia (1889), art. 192: Cuando el funcionario público haya provocado el hecho traspasando con actos arbitrarios los límites de sus atribuciones, no se aplicarán las disposiciones de los artículos anteriores».

5. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 336: Quien usa violencia o amenaza contra un oficial público o contra un encargado de un servicio público para constreñirlo a hacer un acto contrario a los propios deberes o a omitir un acto de oficio o del servicio será castigado con reclusión de 6 meses a 5 años.

La pena será de reclusión hasta de 3 años, si el hecho es cometido para constreñir a alguna de las personas mencionadas a cumplir un acto del propio oficio o servicio, o para influir sobre ella».

6. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 237: Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario pú-

blico o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones».

«C.P. de Argentina (1922), art. 241: Será reprimido con prisión de 15 días a 6 meses:

(...)

- 2. El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones».*

2

Atentado-coacción específico contra funcionario y su asistente

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal y el derecho comparado. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. El asistente del funcionario público. VI. Comportamientos típicos: Actos materiales: 1. *Medios comisivos: intimidación – violencia*. 2. *El objeto del comportamiento ilícito: impedir o trabar un acto funcional específico*. VII. Impedir la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones. VIII. Trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones. IX. Elemento subjetivo. X. Consumación y tentativa. XI. Participación. XII. Penalidad. XIII. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causales de justificación*. XIV. Legislación extranjera: 1. *Italia (1889)*. 2. *Italia (1930)*. 3. *Argentina (1922)*. 4. *Portugal (1982)*.

Art. 366: (Ley 27937 de 12 feb. 2003, Art. Único). – «*El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas*».

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente legal peruano más próximo e indirecto se halla en el artículo 322 del código de 1924: «*El que resistiera o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que*

le prestare asistencia por demanda de éste en virtud de obligación legal, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días».

La fuente penal extranjera utilizada es la argentina. En efecto el legislador peruano a través de las comisiones redactoras del Código penal de 1991 ha transcrito con leves variaciones el modelo contenido en la Ley N° 21338 (25 de junio de 1976), que reformara temporalmente el artículo 238 del Código penal argentino y que después fuera derogado, que a la letra decía: «*Será reprimido con prisión de 2 meses a 3 años el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia en virtud de un deber legal a requerimiento de aquél para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones*».

Observe el lector una reiterada costumbre de las comisiones redactoras-revisoras de nuestra legislación penal: cambiar el tiempo de los verbos rectores (del futuro condicional al presente: *empleare* por *emplea*) y aumentar la penalidad. Luego viene el transcribir o copiarse los tipos penales íntegros (como en este caso o adulterándolo en otros) de procedencia extranjera.

La frase «*acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones*» tiene su origen, en el proyecto de Código penal portugués de 1966 que sería aprobado y entrara en vigencia en 1982.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

La figura penal 366 es un caso específico de atentado-coacción cometido contra el funcionario público o contra su asistente, caracterizado por la naturaleza especial del objeto de la acción ilícita (en relación al texto genérico del tipo penal anterior), por extender la tutela penal a la persona particular que ayuda al funcionario para la ejecución de un acto funcional y por la exigencia que el acto funcional a ejecutar sea legítimo.

En el derecho comparado se trata de una descripción típica que no ha merecido consenso, razón que explica que sean muy pocos los códigos que mantienen esta fórmula legal-penal casuística.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es, al igual que en el delito anterior, el normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública. El bien jurídico específico es garantizar la libertad de acción pública del funcionario de los actos de coacción de terceros. Mientras que en el delito anterior se protege penalmente la libertad de determinación o de formación de la voluntad pública del sujeto especial, aquí se tutela la decisión o voluntad ya formada de dicho sujeto.

Es principio consustancial de la función pública la aplicación o cumplimiento de sus decisiones.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo puede ser cualquiera, el particular, militar, un funcionario o servidor público. La autoría puede ser directa o mediata, simple o mediante coautoría.

El Estado es el sujeto pasivo del delito. El funcionario resulta un sujeto pasivo específico o directo; por excepción, la titularidad específica del sujeto pasivo se torna extensible al asistente.

V. EL ASISTENTE DEL FUNCIONARIO PÚBLICO ⁽¹⁰⁵⁷⁾

El que presta asistencia al funcionario público. El tipo amplía la calidad de sujeto pasivo a un tercero que no es funcionario público pero que dada la importancia de su papel de apoyo, auxilio o presencia para el cumplimiento o aplicación del acto funcional, requiere se le brinde una tutela idéntica que al funcionario. Dicho asistente puede ser un auxiliar dependiente del ámbito administrativo de influencia del funcionario (técnico, secigrista, auxiliar) u otro que pertenezca a la estructura estatal (por ejemplo, el soldado) o un particular que para tal efecto ha sido requerido.

⁽¹⁰⁵⁷⁾ Véase una crítica a la inclusión del "asistente" en la norma penal de coacción específica en TOZZINI, Carlos, "Los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, enero-marzo, Buenos Aires, 1969, p. 59.

El tipo legal establece dos requisitos para el otorgamiento de la tutela penal al «*asistente*»: a) que preste la ayuda en razón a un deber legal y b) que haya sido su participación requerida por el funcionario. Deber legal de asistencia tienen los servidores públicos, vigilantes asimilados a la órbita del cargo o función y todos aquellos que por ley o reglamento asisten de modo usual al funcionario en la ejecución de los actos funcionales. El requerimiento implica la orden o solicitud intimatoria dirigida al personal de otro ente estatal (las fuerzas armadas, policiales).

En el caso del particular que asiste al funcionario, si éste es requerido en situaciones excepcionales le cabe también la tutela penal. Si el particular de acto propio interviene para colaborar con el funcionario, el tipo no lo considera sujeto pasivo, situación esta última que puede generar cuadros de injusticia normativa.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS: ACTOS MATERIALES

Los verbos rectores son:

- impedir
- trabar

1. Medios comisivos: intimidación – violencia

Los medios de los que necesariamente tendrá que valerse el autor para que se perfeccione el delito son, al igual que con la figura anterior, la violencia y la intimidación. El contenido *material* de la primera y probalística y *moral* de la segunda ya fue tratado en el capítulo anterior al cual nos remitimos.

La diferencia reside no en la naturaleza de los medios que van a servir para cometer el delito, sino en la circunstancia del direccionamiento o finalidad propia del comportamiento del agente a través de tales medios. Es decir, se trata aquí de: a) hacer imposible la realización de un acto funcional específico y propio de las atribuciones del funcionario; y b) entorpecer o dificultar la puesta en práctica de un acto funcional legítimo.

El uso por el legislador peruano del sustantivo «*intimidación*» en lugar de «*amenaza*», enfatiza más el efecto *temor* o *miedo* que el agente

procura obtener mediante su accionar sobre el funcionario público y su asistente (por ejemplo, la sola presencia de matones, el dirigirle cartas amenazantes contra su vida o la de los suyos, el colocarle una bomba detonante en su casa, etc.). Por lo mismo, la simple amenaza no es suficiente para consumir este tipo penal. La violencia tiene que incidir en el momento del acto mismo de ejecución, ya sea en sus actos preparadores o propiamente durante su desarrollo; toda violencia anterior, conociéndose ya la resolución de cumplimiento futuro, implica un amedrentamiento o intimidación.

2. El objeto del comportamiento ilícito: impedir o trabar un acto funcional específico

El sujeto activo del delito deberá circunscribir su comportamiento en los dos ámbitos de acción específicos que posibilitan los verbos rectores *impedir* y *trabar*, para que le sea imputable objetivamente la tipicidad penal:

Estudiaremos en ítems separados cada modalidad delictiva.

VII. IMPEDIR LA EJECUCIÓN DE UN ACTO PROPIO DE LEGÍTIMO EJERCICIO DE SUS FUNCIONES ⁽¹⁰⁵⁸⁾

Impedir es hacer no viable la concreción del acto funcional; en términos prácticos es imposibilitarlo. Ello supone tres requisitos:

- Primer requisito necesario de esta modalidad es que exista una resolución adoptada por el funcionario y que el acto de ejecución se haya ya iniciado materialmente para que el sujeto activo trate de impedir su cumplimiento, sobre todo en la modalidad delictiva que hace uso de la violencia. La acción delictiva puede desarrollarse a lo largo del acto de ejecución ⁽¹⁰⁵⁹⁾.

⁽¹⁰⁵⁸⁾ Ejecutoria superior de 9 de enero de 1998 de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima, Exp. N° 7024-97: diligencia de lanzamiento que es impedida por diversos sujetos que profiriendo frases hirientes y golpeando a policías logran la suspensión de dicha medida.

⁽¹⁰⁵⁹⁾ Al respecto véase SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 100 y ss.

- Segundo requisito: que el acto a ejecutar sea propio del cargo o de la función ⁽¹⁰⁶⁰⁾, es decir, que corresponda a la competencia legal (o delegada) del funcionario, y que observe las formalidades sustanciales y adjetivas que amerita ejecutar un acto de autoridad.
- Tercer requisito: que el acto sea legítimo, es decir, que no importe arbitrariedad o abuso por parte del funcionario y su asistente.

Tales condiciones hacen de la conducta asumida por el sujeto activo del delito una respuesta intolerable para el sistema jurídico. De no existir alguno de los requisitos típicos, los actos imputables al sujeto activo devendrán atípicos o legitimados o, en todo caso, la resistencia puesta al acto arbitrario o abusivo resultará no sancionable.

No se requiere para la tipicidad del delito que el sujeto activo logre su propósito, es decir el resultado impedir, basta que se haya actuado en tal dirección. La sola amenaza o violencia no consuma el delito, tiene que probarse su orientación o direccionamiento ⁽¹⁰⁶¹⁾.

VIII. TRABAR LA EJECUCIÓN DE UN ACTO PROPIO DE LEGÍTIMO EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Trabar es obstaculizar, dificultar, hacer difícil, buscar aplazar la realización del acto. No existe aquí el propósito de impedir la ejecución, se trata en muchos casos de ganar tiempo, de diferir para más adelante lo que es ya inminente. *Trabar* expresa así un grado material ejecutivo menor que *impedir* y presupone necesariamente la intimidación o la violencia como medios para concretarlo.

El acto a ejecutar debe tener su origen en el legítimo ejercicio de funciones del funcionario. Esto implica que éste debe poseer competencia para ejecutar y deberá de observarse estrictamente las formalidades que el caso amerite. No podrá ser necesariamente legítimo ejer-

⁽¹⁰⁶⁰⁾ Sobre la noción de "acto propio de la función o cargo", véase *supra* p. 275 y p. 484.

⁽¹⁰⁶¹⁾ Es conceptualmente correcta la diferenciación que hace ABANTO VÁSQUEZ (obra citada, p. 157) cuando aprecia en el término «impedir» una cuestión de resultado, sin embargo cuando el tipo penal le antepone la preposición «para», modifica sustancialmente su significante, para connotar un objetivo orientado al futuro.

cicio de funciones los actos discrecionales sujetos a la simple voluntad del funcionario, mucho menos los actos abusivos o arbitrarios.

Se trata, al igual que en la conducta anterior, de impedir comportamientos orientados a fines determinados (actos teleológicos), los mismos que para su consumación no requieren que se produzca el efectivo impedimento o la traba del acto en mención.

El acto de trabar implica, no sólo el buscar su no feliz terminación sino también la posibilidad, como sostiene Carlos CREUS, de que el acto se realice como lo desea el sujeto activo ⁽¹⁰⁶²⁾.

IX. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito supone dolo directo, es decir, además de la voluntad de obrar que impulsa el *iter criminis*, debe estar presente el conocimiento que debe poseer el sujeto activo de la calidad del sujeto especial y la legitimidad del acto al cual impide o traba. El supuesto de hecho supone que el sujeto activo debe orientar conscientemente los medios causales (intimidación o violencia) hacia la búsqueda de los objetivos: *impedir* o *tratar*. Es aquí donde se establece la diferencia esencial entre ambas modalidades de delito, pues un dolo que busca impedir es distinto de aquel que sólo tiene como objetivo obstaculizar.

Resulta posible el error del tipo invencible.

X. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito en sus dos variantes (*impedir* y *trabar*) es un delito de simple actividad, no es de resultado y se consuma con la realización de la intimidación y violencia orientadas o en vínculo causal hacia las finalidades típicas de obstaculizar el acto funcional. No siendo requerible que el sujeto activo obtenga su propósito, esto es, que se produzca el impedimento o la traba del acto funcional, el delito igual se habrá consumado si la ejecución del acto se lleva a término. La posibilidad de que la violencia sea fraccionable abonará la tesis de la tentativa, de no ser ello posible, la tentativa y sus modalidades devendrán impracticables.

⁽¹⁰⁶²⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 226.

XI. PARTICIPACIÓN

Caben todas las formas de participación, complicidad, instigación de particulares como de sujetos públicos.

XII. PENALIDAD

La sanción a diferencia de la contenida en el tipo penal 365, es alternativa y de más gravedad: la pena privativa de libertad oscila entre 2 a 4 años o puede optar el juez por aplicar prestación de servicio comunitario de 80 a 140 jornadas.

Tiene una sanción más elevada que el tipo 365, pues la pena oscila entre 1 a 3 años de privación de la libertad.

XIII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad*

- Por error de tipo invencible.
- Por ausencia de los medios comisivos típicos: intimidación, violencia.
- Por ausencia de dolo.
- Por tratarse de funcionario que no actúa en legítimo ejercicio de sus funciones.

2. *Causales de justificación*

- Por legítima defensa (discutible).
- Estado de necesidad.

XIV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. *Italia (1889)*

«C.P. de Italia (1889), art. 190: *El que apele a violencias o amenazas para oponerse a un funcionario público en el cumplimiento de los deberes de su cargo o a los que, requeridos, le presten ayuda, será castigado con la reclusión de 1 mes a dos años.*»

La reclusión será:

1. *De tres a treinta meses, si el hecho se cometiera con armas.*
2. *De uno a siete años, si el hecho se cometiere por un grupo de más de cinco personas con armas, o de más de diez personas aunque sin armas y previo concierto.*

Si el hecho tuviere por objeto sustraerse de la prisión a sí mismo o a un pariente cercano, la pena será de reclusión o prisión hasta veinte meses, o de confinamiento por tres meses a los menos».

2. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 337: Quien usa violencia o amenaza para oponerse a un oficial público o a un encargado de un servicio público, mientras cumple un acto de oficio o servicio, o a quienes siendo requeridos, le presten asistencia, será castigado con reclusión de seis meses a cinco años».

3. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 238 (derogado, véase supra pp. 739-740).

4. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 384:

1. *Quien empleare violencia o amenaza grave contra funcionario, o miembros de las fuerzas armadas o de las fuerzas militarizadas, para oponerse a que practique o continúe practicando acto legítimo propio de sus funciones o para constreñirlo a que practique o continúe practicando acto relativo de sus funciones, pero contrario a sus deberes, será penado con prisión de hasta 2 años y multa de hasta 100 días.*
2. *Si la violencia o amenaza grave produjere el efecto querido la pena se elevará hasta 2 años y la multa hasta 150 días».*

3

Circunstancias agravantes de los artículos 365 y 366

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. Circunstancias agravantes: 1. El hecho se realiza por dos o más personas (concurso de personas). 2. El autor es funcionario o servidor público. 3. Cuando el hecho se comete a mano armada. 4. El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever. 5. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Miembro Público, en el ejercicio de sus funciones. 6. Caso de muerte previsible. III. Penalidad. IV. Concurso de delitos. V. Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. Portugal (1982).

Art. 367: «En los casos de los artículos 365° y 366°, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.

2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.

2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.

3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones.

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de quince años.» [Texto según la modificación efectuada por el artículo 1º de la Ley 28878 de 17 de agosto de 2006]

Tipo penal sustituido

Art. 367.— *“En los casos de los artículos 365º y 366º la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:*

- 1. El hecho se realiza por dos o más personas.*
- 2. El autor es funcionario o servidor público.*

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

- 1. El hecho se comete a mano armada.*
- 2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.*

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de quince años”. [Texto según la modificación efectuada por el artículo único de la Ley 27937 de 12 de febrero de 2003]

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El legislador peruano de 1991 ha insertado a través de un tipo complementario una serie de circunstancias que aumentan el injusto de las conductas básicas descritas en los artículos 365 y 366 del Código penal y por lo mismo también la penalidad. El objetivo político criminal es ofrecer una mejor tutela penal a los actos funcionales y de servicio, garantizando su viabilidad ante el ostensible peligro que suponen, para el bien jurídico, la comisión de los ilícitos penales 365 y 366 realizados bajo tales circunstancias.

La Ley Nº 27937 del 12 de febrero de 2003 ha reestructurado la ubicación de las circunstancias agravantes, que observaba la fórmula original de 1991, sin afectar su contenido, pero sí incrementando mínimamente las penas. Ahora el tipo penal exhibe tres niveles de agravación que en la anterior redacción sólo eran dos. El primer nivel está dado por el hecho cometido en número plural y cuando el autor es un sujeto público; el segundo nivel cuando se comete a mano armada o cuando se causa lesión grave previsible; mientras que el tercer nivel corresponde a la causación de muerte por el autor.

Las agravantes tienen contenido diverso, por el concurso de personas, la calidad del agente, el medio empleado para la comisión del delito y las consecuencias físicas previsibles; las mismas que han sido copiadas (las tres primeras) de la legislación penal argentina y (la última) de la legislación penal española de 1973 y portuguesa de 1982. Por lo general, ha recibido cuestionamientos en la doctrina española esta forma de agra-

var los tipos penales especiales de atentado y coacción ⁽¹⁰⁶³⁾. CEREZO MIR, por ejemplo, refiriéndose al art. 233 del Código penal español que agrava la pena de producirse lesiones o muerte, considera censurable la introducción de tales figuras de delitos calificados por el resultado ⁽¹⁰⁶⁴⁾.

En el Código penal de 1924 las tres primeras circunstancias en estudio se hallaban contenidas en el segundo párrafo del art. 321, siguiendo sin variantes el modelo argentino. Con la puesta en vigencia del código de 1991 se suprime la circunstancia *poner manos en la autoridad* ⁽¹⁰⁶⁵⁾ y se la sustituye por la de *producir lesiones graves y resultado de muerte*, en base al modelo español. El Código penal de 1863, consideró en el segundo párrafo del art. 150, el atentado cometido con armas como agravante de la pena.

II. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

1. *El hecho se realiza por dos o más personas (concurso de personas)*

La razón de esta agravante sigue siendo el mayor efecto intimidante del número de personas y la posibilidad real de incrementar el grado de violencia, con resultados de mayor vulnerabilidad del bien jurídico tutelado.

Dos o más personas alude a un concurso de personas ejercitando actos de violencia o intimidación mediante concierto (acuerdo previo) o sin él pero con voluntad, conocimiento y finalidad comunes (caso de coautoría). Si es que los intervinientes realizan aportes de distinto grado de ilicitud estaremos frente a las figuras de autoría y complicidad. La legislación penal argentina habla de reunión de tres o más personas (eventual o accidental).

La circunstancia hace alusión a dos o más autores del delito circunstanciado, se entiende por ello que tiene que tratarse de sujetos activos actuando juntos, lo que dadas las características típicas exigirá presencia física y acción conjunta ⁽¹⁰⁶⁶⁾.

⁽¹⁰⁶³⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

⁽¹⁰⁶⁴⁾ CEREZO MIR, José, "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XXII, enero-marzo, Madrid, 1996, p. 364.

⁽¹⁰⁶⁵⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽¹⁰⁶⁶⁾ El disparar arma de fuego no tiene una tipificación expresa en nuestro Código penal, en cambio en el Código penal argentino si lo contempla taxativamente en el artículo 104.

2. El autor es funcionario o servidor público

La calidad especial del sujeto activo agrava el injusto penal y aumenta la penalidad. Basta el hecho de ser funcionario o servidor público, sin mayores precisiones, no interesa el nivel, la jerarquía, competencia o jurisdicción, en ejercicio efectivo o latente (licencias, vacaciones, etc.), por cuanto lo que cuenta es el quebrantamiento de los deberes genéricos funcionales o de servicio.

De la positivización de esta circunstancia se colige que los comportamientos de intimidación o violencia imputables a funcionario o servidor público para obtener o intentar obtener los propósitos ilícitos de los delitos 235 y 236 no sean reconducibles a ninguna forma de delito especial cometido por funcionario o servidor público.

3. Cuando el hecho se comete a mano armada

Esta tercera y la cuarta circunstancia forman parte del segundo nivel de agravación que presenta el tipo penal

La amenaza o violencia ejercida sobre el funcionario (incluido la autoridad) o servidor público para el logro de los propósitos del autor del delito se comete a mano armada cuando éste hace uso intimidatorio del arma que lleva en la mano, blandiéndola o apuntando con ella o incluso efectuando disparos ⁽¹⁰⁶⁷⁾ no direccionados al cuerpo del sujeto pasivo como reforzante del efecto intimidatorio.

La razón legal del aumento de la penalidad reside en el mayor efecto intimidante y en el peligro real que corre la vida y la integridad del sujeto pasivo. Se trata así de un incremento del riesgo en la producción del resultado en relación a la violencia o amenaza simple, lo que va a explicar la mayor sanción punitiva.

El hecho cometido a mano armada puede presuponer su uso en diversas modalidades: mostrándola, haciéndola patente, blandiéndola en forma difusa, dirigiendo la boca del arma (si es de fuego) hacia arriba, disparando, apuntando, abocándola, acometiendo, etc. Como se observará se trata de diversos niveles de uso, bastando para consumar el delito el nivel mínimo de mostrarlo en efecto intimidatorio.

(1067) Véase SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 106; *idem* TOZZINI, "Los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad", cit., p. 62.

Las armas empleadas pueden: a) *armas propias* (de disparo: revólveres, pistolas, fusiles, ametralladoras, escopetas, etc.; blancas: instrumentos punzo-cortantes y contuso cortantes: cuchillos, puñales, machetes, hachas, etc.; explosivas: granadas, bombas, gases asfixiantes, lanzallamas, etc.); b) *armas impropias* (martillos, fierros, palos, piedras, vidrios, desarmadores, cadenas, pirulos, porras, llaves inglesas o manoplas, etc.); c) *armas aparentes* (armas de fuego descargadas, deterioradas, imitaciones de armas), pero que posean evidente efecto intimidatorio y le confieran a quien los usa mayor poder ofensivo.

El concepto de arma alude a todo instrumento que tenga poder real para agredir, produzca intimidación o que facilite la comisión del delito. En tal sentido, no es correcto circunscribir su significado tan sólo al arma de fuego.

4. El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever

Es presupuesto necesario que la lesión grave no haya sido querida por el autor para que se dé esta figura preterintencional. Las posibilidades de previsión del resultado «lesión grave» (art. 121) debieron estar presentes al momento de ejercer la violencia sobre el sujeto pasivo y resultar de criterios de estimación promedio.

Debe existir un nexo causal que vincule el resultado lesión grave con la conducta de violencia ejercida sobre el sujeto pasivo, a título de culpa lo primero y de dolo lo segundo. En suma, resulta criticable la inclusión de esta agravante en el texto de un delito contra la administración pública.

5. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones

Esta agravante incorporada en el tipo penal obedeció a la necesidad de otorgar un marco punitivo disuasor, dirigido a los infractores de las normas penales 365 y 366, que brinde un relativo marco de garantías a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, de modo de prevenir coacciones, actos de fuerza o en general conductas obstruccionistas.

La circunstancia agravante solo se activará, para incrementar el injusto del supuesto penal y la penalidad, de tratarse los afectados di-

rectos de funcionarios o servidores públicos que se hallen al momento de los hechos practicando sus funciones.

Sujetos públicos específicamente designados y que no contemplan a los secretarios ni auxiliares jurisdiccionales en el extremo de los funcionarios del Poder Judicial y Ministerio Público, hipótesis que implicará concreción del tipo básico 366 o 367.

6. Caso de muerte previsible

Nuevamente aquí el legislador peruano ha incluido innecesariamente una circunstancia agravante, que por sí sola constituye un delito común (homicidio).

La muerte tiene que producirse como efecto de la violencia practicada contra el funcionario, e incluso contra su asistente. Muerte que deberá ser previsible *ex ante*, es decir, al momento de los actos de violencia. De ser imprevisible dicho resultado no podrá aplicarse esta causal no obstante se produzca la muerte.

Las agravantes «lesiones graves» y «muerte» de naturaleza previsible, plantean inadecuadamente un estado de concurso con los tipos penales 123 y 111 del Código penal, al carecer nuestra legislación penal de aquella previsión del código portugués (art. 386) que señala que sólo serán de aplicación las penalidades agravadas si al hecho no correspondiere pena más grave en virtud de otra disposición legal ⁽¹⁰⁶⁸⁾.

La preterintencionalidad de dichas agravantes significa dos casos de responsabilidad penal agravada por el resultado o más técnicamente dos casos de delitos calificados por el resultado ⁽¹⁰⁶⁹⁾.

III. PENALIDAD

El tipo complementario 367 plantea tres niveles punitivos:

1. Privación de libertad de 3 a 6 años en el caso que los actos imputables al sujeto activo del delito se adecuen a las dos primeras circunstancias referidas.

⁽¹⁰⁶⁸⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽¹⁰⁶⁹⁾ Al respecto una severa crítica sobre la validez técnico-sistemática de las circunstancias lesiones y muerte véase en CEREZO MIR, "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", cit., p. 364.

2. Privación de libertad de 4 a 7 en las dos subsiguientes circunstancias agravadas.
3. Privación de libertad de 7 a 15 años si como consecuencia previsible para el agente el sujeto pasivo físico muere.

IV. CONCURSO DE DELITOS

Con los delitos de homicidio, lesiones, daños en la propiedad o secuestros. La tenencia ilícita de armas está subsumida en el tipo agravado.

Puede existir, de ser el sujeto activo un funcionario, concurso con el delito de abuso de autoridad y tentativa de usurpación de funciones.

V. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 238: *La prisión será de 6 meses a 2 años:*

1. *Si el hecho se cometiere a mano armada.*
2. *Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas.*
3. *Si el culpable fuere funcionario público.*
4. *Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.*

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo de la condena».

2. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 233: *El que atentare contra un Ministro en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, aun cuando hubiere cesado en ellas, incurrirá en la pena de reclusión mayor en su grado máximo si a consecuencia del hecho resultare muerte o lesiones de las comprendidas en los arts. 418, 419 o 421. Y en la de reclusión mayor en los demás casos»* ⁽¹⁰⁷⁰⁾.

⁽¹⁰⁷⁰⁾ El art. 418 se refiere a las lesiones graves (mutilaciones, inutilizamiento de órganos principales, etc.). El art. 419 alude a las lesiones menos graves (mutilaciones de órganos no principales, esterilidad o deformidad). El art. 421 alude a circunstancias de uso de armas, torturas, etc.

3. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 386: *Si en los casos de los arts. 384 y 385 la infracción fuere cometida con arma o provocare la muerte o grave peligro para la vida, grave daño o grave peligro de daño para la salud o integridad física o síquica de la víctima, la pena será de prisión de 1 a 6 años, si al hecho no correspondiere pena más grave en virtud de otra disposición legal*».

4

Desobediencia o resistencia a la autoridad

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal y el derecho comparado. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Comportamientos típicos: 1. *La orden impartida*. 2. *Primera modalidad delictiva: Desobediencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones*. 3. *Segunda modalidad delictiva: Resistencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones*. VI. Causa de atipicidad legal. VII. Elemento subjetivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Penalidad. X. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causas de justificación*. XI. Concurso de delitos. XII. Legislación extranjera: 1. *Argentina (1922)*. 2. *España (1973)*. 3. *España (1995)*. 4. *Portugal (1982)*.

Art. 368: «El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con la pena privativa de libertad no mayor de dos años».

I. ANTECEDENTES LEGALES

Tal y como está redactada la figura penal, no tiene antecedentes en la legislación nacional.

El modelo ha sido copiado directamente de la Ley Nº 21338 del 25 de junio de 1976 que reformara temporalmente el artículo 240 del Código penal argentino. El texto de dicho artículo es el siguiente: «Será

reprimido con prisión de 2 meses a 2 años, el que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención».

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Es esta una figura autónoma de desobediencia o resistencia caracterizada por la ausencia de medios coactivos relevantes (violencia o amenaza). Por lo general es la de mayor ocurrencia en el ámbito jurisdiccional penal.

Nuestra figura penal se diferencia de la española por cuanto esta última hace uso de un tipo penal incompleto que remite parte de sus componentes típicos al delito de atentado y por referirse expresamente, el texto extranjero, a la desobediencia grave. La legislación penal italiana por su parte no criminaliza la desobediencia y resistencia que se efectúa sin violencia o intimidación.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La administración pública. El objeto específico de la tutela penal busca garantizar penalmente la eficacia que deben poseer los mandatos de autoridad que emanen de funcionario público en ejercicio de sus atribuciones.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo cualquiera, un particular, otro funcionario público o un servidor público,⁽¹⁰⁷¹⁾ contra quien vaya dirigida la orden y esté obligado a cumplirla, también un colegiado o colectivo de personas. Por cierto cabe la posibilidad que no todo el colegiado o el colectivo sea sujeto activo sino sólo aquellos que manifiesten expresa o implícita desobediencia.

El Estado es el sujeto pasivo.

⁽¹⁰⁷¹⁾ Correcta la apreciación de ABANTO VÁSQUEZ (obra citada, p. 169) en cuanto considera que posee mayor injusto penal la desobediencia del funcionario o servidor público, debiendo ello ser objeto de un desdoblamiento de tipicidad que castigue con mayor pena dicha circunstancia.

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los verbos rectores son:

- desobedecer
- resistir.

El tipo penal contiene dos modalidades delictivas integradas en un solo tipo penal: a) la desobediencia a una orden impartida por funcionario público y b) la resistencia a una orden impartida por funcionario público⁽¹⁰⁷²⁾. Para ambas modalidades es requisito esencial la existencia de una orden dada en el ejercicio de las atribuciones propias del cargo de funcionario. Finalmente el tipo legal contiene una causal de atipicidad legal del comportamiento: que la resistencia o desobediencia derive del acto de detención.

1. La orden impartida

Requisito fundamental para que los actos del sujeto activo del delito sean reputados subsumidos en la tipicidad del delito tanto en su modalidad desobediencia o resistencia es que exista una «orden», no una simple citación, declaración, petición o notificación no conminatoria. Una orden que tiene que ser notificada a su destinatario. La omisión de este requisito no permite configurar delito⁽¹⁰⁷³⁾.

La orden, es el mandato de carácter intimatorio de cumplimiento obligatorio que debe ser acatada y observada⁽¹⁰⁷⁴⁾. Dicho mandato tie-

⁽¹⁰⁷²⁾ Sostiene RODRÍGUEZ DEVESA que la desobediencia es el género y la resistencia una especie de desobediencia (*Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 878).

⁽¹⁰⁷³⁾ Así la Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 1/9/98: «Al no existir certeza de que el encausado haya sido notificado de manera oportuna de los requerimientos oficiales, o que deliberadamente haya desobedecido o resistido la orden impartida por el representante del Ministerio Público, no se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito imputado, revocándose la sentencia condenatoria y absolviéndose la procesado» (en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta jurídica, 1999, p. 838).

⁽¹⁰⁷⁴⁾ Al respecto la Ejecutoria suprema de 21 de febrero de 1985, Exp. N° 290-85, Piura: «el delito de desobediencia a la autoridad presupone la ejecución actual o inminente de un mandato u orden dictada por la autoridad en ejercicio de sus funciones» [*Sumilla* N° 17, p. 1063].

ne que ser legal, no importa que sea justa o injusta (según las susceptibilidades o a juicio del destinatario), es decir, debe ser impartida por el funcionario en virtud a las facultades o atribuciones de las que goza por su cargo o función. La orden debe ser expresa, **concreta**, sin ambigüedades, debe estar dirigida y puesta en conocimiento a un destinatario preciso individual o colectivo al que se le conmina hacer o dejar de hacer algo ⁽¹⁰⁷⁵⁾, y poseer un contenido posible de realización, en el marco de las relaciones jurídicas. Por lo mismo, tanto como la asertividad de la orden, interesa también la legalidad de la misma (observancia de las formalidades que el caso amerite y dación en el estricto marco de competencia del funcionario) que le confiere legitimidad y validez jurídica. Por lo tanto, no son típicas las órdenes genéricas y vagas.

La orden puede ser verbal o escrita. La publicidad de la orden no es un requisito del tipo penal basta que sea notificada y su contenido requerido legalmente. Como bien indica VIVES ANTÓN, la desobediencia a las normas no constituye tipicidad de este delito ⁽¹⁰⁷⁶⁾ correspondiendo a un acto atípico.

2. Primera modalidad delictiva: Desobediencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones

Desobedecer una orden impartida significa no aceptar, negarse a admitir, incumplir el mandato (de hacer o no hacer) dictado por autoridad competente en ejercicio de sus funciones. Supone voluntad de no cumplir por parte del destinatario de la orden, lo cual afecta el bien jurídico protegido ⁽¹⁰⁷⁷⁾.

⁽¹⁰⁷⁵⁾ La orden debe ser notificada debidamente a su destinatario de forma que éste tome conocimiento de lo allí mandado. Al respecto, véase la Ejecutoria suprema de 20 de septiembre de 1985, Exp. N° 392-85, Lima [*Sumilla* N° 16, p. 1063]; Ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 665-97, Piura [*Sumilla* N° 3, p. 1060].

⁽¹⁰⁷⁶⁾ VIVES ANTÓN-COBO DEL ROSAL, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990, p. 156.

⁽¹⁰⁷⁷⁾ Así la Ejecutoria Superior de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash, de 5 de abril de 1999, Exp. N° 9800032: «El mantener en funcionamiento una academia preuniversitaria, que había sido clausurada por funcionarios del Ministerio de Educación, constituye delito de desobediencia y resistencia a la autoridad» (en Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 4, Lima, 2003, p. 403).

Estamos aquí frente a un comportamiento omisivo simple imputable al sujeto activo del delito (el destinatario de la orden) que estando obligado a acatar el mandato lo inobserva o desobedece. Pero también la figura penal admite la posibilidad que se desobedezca realizando una acción prohibida (delito de omisión por acción), es decir, incumpliendo la orden del funcionario. Por lo general, existen términos o plazos legales o señalados en la orden que el destinatario deja correr sin acatar la conminación a actuar o a dejar de hacer.

El momento de la consumación típica se produce en un acto posterior a la dación de la orden, y una vez vencido el plazo legal o el plazo dado; también puede ser casi simultáneo a la orden, cuando ésta sea perentoria.

La obediencia a la orden del funcionario público, dirigida de manera correcta con destinatario individualizado y especificando el contenido de la misma, radica en el deber que tienen los ciudadanos, también los sujetos públicos de respetar las decisiones funcionales de la administración pública, una vez que hayan tomado conocimiento legal y lo mandado sea lícito y posible. La desobediencia a órdenes abusivas, arbitrarias (ilegales), incluso dictadas en ejercicio de atribuciones está justificada. La desobediencia a órdenes ilegítimas por incompetencia del funcionario que las emite es atípica. En ambos casos se excluye del deber de obediencia debida a los ciudadanos, incluso a los funcionarios de menor jerarquía en relación a las órdenes de sus superiores ⁽¹⁰⁷⁸⁾. La desobediencia a decisiones reputadas de injustas (recurribles) no son materia de atipicidad o que puedan merecer una justificación, queda sujeto el tema a ponderación del juez o en caso extremo a valoración en fase de determinación de pena.

El ámbito de aplicación de las órdenes de funcionarios abarca tanto el marco de la administración pública, como el civil común. La desobediencia a la orden de autoridad resulta imputable a título de falta (art. 452-3) cuando revista poca importancia. Se entiende esto cuando no trascienda o comprometa mayormente el ejercicio funcio-

⁽¹⁰⁷⁸⁾ Una sucinta e interesante exposición sobre la desobediencia a las órdenes de autoridad, véase en ANGELES GONZÁLES / FRISANCHO APARICIO, *Código penal*, cit., T. VII, pp. 3169 a 3176.

nal, esto es, cuando no ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal ⁽¹⁰⁷⁹⁾.

3. Segunda modalidad delictiva: Resistencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones

La omisión a la orden impartida por el funcionario público, revisite ya aquí un grado superior de compromiso comisivo que la simple desobediencia. El sujeto no sólo se limita a no cumplir sino que se resiste, es decir, trata de impedir el cumplimiento de la orden que está siendo aplicada o concretada, se opone a ella a través de actos de resistencia (de hostilidad o de fuerza) que no deben de llegar a la violencia o a la intimidación (resistencia activa) ⁽¹⁰⁸⁰⁾. En la resistencia hay una respuesta activa, que como bien indica HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ implica una terca y tenaz porfía que obstaculice (más bien se oponga aún cuando lo sea livianamente) a la acción de los órganos o representante del poder público ⁽¹⁰⁸¹⁾. Así, el detenido por orden judicial que se opone (forcejea, trata de huir), y obstaculiza su conducción a prisión; el embargado que se aferra a sus cosas o bienes. Se habla en estos casos de una resistencia activa, no violenta.

La diferencia entre la resistencia de la figura 368 y la resistencia contenida en la figura 366 radica justamente en la presencia del factor instrumental como componente objetivo: en la figura de coacción-aten-

⁽¹⁰⁷⁹⁾ La jurisprudencia española ha dado los siguientes referentes para hacer de la desobediencia una falta según la importancia de la materia sobre la que versa: jerarquía del funcionario de quien emana, condiciones del que desobedece, persistencia en el incumplimiento, daño producido y desprestigio causado a la autoridad o funcionario con la conducta negativa (Sentencia de 24 de mayo de 1979, art. 2152). Véase VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 156.

⁽¹⁰⁸⁰⁾ Al respecto véase la Ejecutoria superior de 29 de octubre de 1997, Exp. N° 4234-97-B, Sala de Apelaciones con Reos Libres. Caso en que la Sala confunde la hipótesis de desobediencia por la de resistencia, ante la reiterada negativa del empresario Baruch Ivcher de concurrir a dar su declaración testimonial ante la justicia militar, supuesto que se adecua más a la figura 371 de incumplimiento de deberes procesales].

⁽¹⁰⁸¹⁾ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto M., «Delitos contra el orden público», en BENEYTES MERINO, Luis; BURKHAKLTER THIÉBAUT, Joaquín, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otros, *Código penal doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, Editorial Trivium, 1997, p. 4735.

tado se produce una resistencia que hace uso de la violencia o intimidación, mientras que en la resistencia simple de la figura 368 deben inexistir tales medios de realización delictiva; a lo sumo se ha considerado que la norma puede admitir actos moderados o mínimos de violencia o intimidación, es decir, «una oposición tenaz, defensiva, resuelta, decidida, con utilización de fuerza real (física o síquica) frente a la actuación del funcionario agredido» ⁽¹⁰⁸²⁾. Los jueces peruanos han resuelto diversos casos en tal orientación conceptual. Así, por ejemplo, en el caso 482-96 (Primera Sala Penal Superior de Lima), sentencia de 10 de febrero de 1998, en el cual una familia hizo tenaz resistencia al operativo policial, atacando incluso con un sable a los efectivos policiales, arrojando piedras y botellas. La resolución final de la Sala Penal calificó el hecho como una acción de entorpecimiento de la diligencia policial ante un caso de microcomercialización de drogas, indicando que el empleo de la violencia, intimidación o amenaza debe tener idoneidad para imponer la voluntad del autor a la del funcionario.

En la jurisprudencia española se distingue entre resistencia activa o grave y resistencia pasiva o no grave, la primera propia del delito de atentado (similar a nuestro artículo 366), caracterizada por el uso de acometimiento violento, el ataque o embestida impetuosa la agresión para la vida o la integridad física (STS 4 de noviembre 1986); mientras que la resistencia no grave es vista cuando es meramente pasiva, renuente o inerte, aunque en este caso es necesario, que sea manifiesta y tenaz (STS 14 septiembre 1989). En otra sentencia del Tribunal Supremo español se define mejor las características de esta «resistencia no grave»: la resistencia menos grave ofrece un carácter más pasivo, simbolizada por un no hacer inequívoco y merma del principio de autoridad, cuya diferenciación exige un examen de las circunstancias de acción, modo, lugar, tiempo y personas concurrentes en cada caso. Suponiendo pues la resistencia no grave no sólo una oposición al mandato o actuación de la autoridad, de sus agentes o de los funcionarios públicos, sino una traba u obstrucción, en persistente y declarada porfía, en manifiesta rebeldía, en actitud, frecuentemente desafiante, de contrafuerza física o material contrarrestadora o deliberante; sin alcanzar la beligerante agresividad y la forma iniciativa violenta, paten-

⁽¹⁰⁸²⁾ Véase al respecto VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 149.

te en su hostilidad y relevante en sus consecuencias, características de la resistencia grave, ello sin perjuicio de que en la primera pueda concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de todo moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede en el supuesto más característico del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad (STS 18 enero 1988).

VI. CAUSA DE ATIPICIDAD LEGAL ⁽¹⁰⁸³⁾

Se halla excluida de la relevancia penal del artículo 368 la resistencia puesta en práctica ante la orden de detención ⁽¹⁰⁸⁴⁾. Por la naturaleza del hecho material de la detención la exclusión no se compatibiliza con la figura de la desobediencia, puesto que el mandato u orden de detención es de naturaleza coactiva, no está sujeta a la posibilidad de que el sujeto lo cumpla o no (esquema de la desobediencia). Considerar que el destinatario de la orden de detención la desobedece si se opone a ella es hacer un uso inadecuado de los conceptos jurídicos penales. Se trata de órdenes sólo susceptibles de resistencia. Obviamente, cuando esta resistencia rebasa la de la detención, ¿cuál es la razón que justifica la exclusión de tipicidad del acto de resistencia cometida por el sujeto a quien se ha ordenado su detención? El modelo extraído de la legislación penal argentina ⁽¹⁰⁸⁵⁾, halla argumentación sólida, a decir de FONTÁN BALESTRA, en el siguiente razonamiento jurídico: «si el que ha sido tomado puede todavía fugar impunemente, si no se vale para ello de fuerza en las cosas o de intimidación o violencia

⁽¹⁰⁸³⁾ Véase Ejecutoria suprema de 27 de agosto de 1997, Exp. N° 717-96, Lima [Sumilla N° 5, p. 1060]; Ejecutoria suprema de 14 de febrero de 1994, Exp. N° 06-93, Lima [Sumilla N° 13, p. 1062]; Ejecutoria suprema de 9 de junio de 1994, Exp. N° 2371-93, Callao [Sumilla N° 14, p. 1063].

⁽¹⁰⁸⁴⁾ Incluso en circunstancias de comisión *in fraganti* de delito. Así la Ejecutoria Suprema del 22 de abril de 2002, Exp. N° 3220-2001 Lima: Aparece de autos que el procesado al pretender darse a la fuga luego de colisionar su vehículo contra una móvil que se hallaba estacionada, fue intervenido por un efectivo policial, resistiéndose a ser conducido a la delegación policial, negándose a mostrar sus documentos; conducta que se configura en el delito de resistencia a la autoridad, sin embargo este dispositivo legal establece la salvedad cuando se trate de la propia detención, lo que ha ocurrido en el presente caso (en SALAZAR SÁNCHEZ, obra citada, p. 4).

⁽¹⁰⁸⁵⁾ Una amplia exposición del tema véase en DONNA, obra citada, p. 63 y ss.

en las personas, *a fortiori* (con más razón) es impune el que aún no ha sido detenido»⁽¹⁰⁸⁶⁾. Efectivamente, el Código penal argentino no tipifica penalmente la conducta del que se fuga del lugar donde se halla detenido legalmente, si lo hace sin violencia en las personas o fuerza en las cosas. Nuestro Código penal vigente, igualmente determina lo mismo en su artículo 413. Esta identidad de dispositivos legales hace valedero el argumento dado para la exclusión de tipicidad en la resistencia puesta por quien va a ser detenido o está siendo conducido a prisión.

Considero errónea la posición que ve aquí una exención de penalidad o una excusa absolutoria.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo penal es doloso. Resulta suficiente que el autor obre con dolo eventual. El dolo implica el conocimiento de lo mandado en la orden del funcionario y en su licitud, y que se está desobedeciéndola o resistiéndola así como la voluntad de desobedecer o resistir⁽¹⁰⁸⁷⁾.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

En la modalidad de desobediencia, el delito se consuma al vencerse el plazo para cumplir la orden. Los actos posteriores de acatamiento no cancelan la tipicidad del delito, pues éste ya se ha consumado⁽¹⁰⁸⁸⁾.

⁽¹⁰⁸⁶⁾ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, pp. 169-170. El artículo 280 del Código penal argentino dice lo siguiente: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas".

⁽¹⁰⁸⁷⁾ La ausencia de dolo hace atípica la figura. Véase la Ejecutoria superior de la Sala de Apelaciones con Reos Libres de Lima de 25 de julio de 1997: acusado que desobedece cumplir orden de juez en proceso de alimentos, actuando sin dolo en su conducta, Exp. N° 2166-97, CAYO RIVERA-SCHREIBER [ponente], ALBERCA POZO, LA ROSA GÓMEZ.

⁽¹⁰⁸⁸⁾ Ejecutoria superior de 28 de octubre de 1997: "Que, si bien es cierto que mediante acta de reposición se da cumplimiento al mandato judicial, sin embargo este hecho es posterior a la iniciación de la presente acción lo cual en modo alguno implica que la conducta imputada al procesado deje de ser delito" (Exp. N° 4133-97, BACA CABRERA [ponente], PRÍNCIPE TRUJILLO, LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE); Ejecutoria superior de la Sala de Apelaciones con Reos Libres de Lima de 19 de enero de 1998: "El tipo penal de

En la modalidad de resistencia, el delito queda consumado al producirse el primer acto material de resistencia, asumiendo permanencia.

Se trata de un delito de simple actividad, cometible por omisión en la primera modalidad y por acción en la segunda. El delito es instantáneo que asume permanencia en la segunda modalidad delictiva. La realización del acto omisivo y la ejecución del acto de resistencia consuman ya el delito, es difícil que se presenten casos de tentativa.

IX. PENALIDAD

Penalidad mínima: de 2 días a 2 años de privación de libertad.

X. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad* ⁽¹⁰⁸⁹⁾:

- No son típicas las órdenes genéricas, vagas, difusas.
- No son actos típicos la desobediencia a las normas.

desobediencia a la autoridad, sólo describe la producción del estado (delito de estado) y no su mantenimiento, en consecuencia, aparece el delito desde que el agente se muestra renuente a acatar la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio regular de sus funciones, no pudiendo condicionarse la desaparición del acto antijurídico a que el sujeto cumpla posteriormente el mandato que en su momento oportuno había desacatado" (Exp. N° 4133-97, SAQUICURAY SÁNCHEZ [ponente], BACA CABRERA, MAC RAE THAYS).

⁽¹⁰⁸⁹⁾ Véase un caso de atipicidad por faltar el elemento constitutivo del tipo penal, referido al sujeto pasivo obligado a obedecer, en la Ejecutoria superior de 23 de octubre de 1997, que declaró sobreesida la causa por no tener los funcionarios ediles procesados, competencia para cumplir con lo ordenado en las resoluciones del Consejo Metropolitano de Lima (Exp. N° 5332-97, PRÍNCIPE TRUJILLO [ponente], LA ROSA GÓMEZ, CAYO RIVERA).

La ausencia de notificación debida constituye, asimismo, un elemento negativo del delito, que imposibilita la imputación objetiva. Así, la Ejecutoria superior de 21 de enero de 1998: "Que de autos no aparece elemento alguno que vincule el procesado con el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, toda vez que de estos actuados no aparece haber sido el procesado notificado formalmente en la vía civil correspondiente para el cumplimiento de la medida cautelar de su referencia" (Exp. N° 4334-97-F, MARTÍNEZ MARAVÍ [ponente], BÁSCONES GÓMEZ, CAVERO NALVARTE).

- Por error de tipo invencible.
- Por órdenes nulas de derecho.

2. Causas de justificación:

- Legítima defensa (derecho a la resistencia ante órdenes arbitrarias o injustas, o que adolecen la nulidad).
- Estado de necesidad justificante.

XI. CONCURSO DE DELITOS

- Con el art. 366 (atentado-coacción específica).
- Con el delito de abuso de autoridad (art. 376).
- Con el art. 367 (atentado-coacción agravadas).
- Con el art. 202 (daños).

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 239: *Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año, el que resistiera o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia legal a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal*».

2. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 237: *Los que, sin estar comprendidos en el artículo 231 ⁽¹⁰⁹⁰⁾, resistieren a la autoridad o a sus agentes, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de su cargo, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 100,000 a 500,000 pesetas*».

3. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 556: *Los que sin estar comprendidos en el artículo 550 resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gra-*

⁽¹⁰⁹⁰⁾ Se refiere a los comportamientos de atentado impropio y propio del delito de atentado del código español.

vemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de 6 meses a 1 año».

4. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 388:

- 1. Quien faltare a la obediencia debida a una orden o mandato legitimo que hayan sido regularmente comunicados y emanados de autoridad o funcionario competente, será penado con prisión de hasta 1 año y multa de hasta 30 días.*
- 2. La misma pena será aplicada si otra disposición legal conminare a la pena de desobediencia simple.*
- 3. La pena será de prisión de hasta dos años y multa de hasta 100 días si otra disposición legal conminare a la pena de desobediencia calificada».*

5

Violación de fueros de autoridad

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Comportamiento típico. VI. Elemento subjetivo. VII. Consumación y tentativa. VIII. Penalidad. IX. Concurso de delitos. X. Legislación extranjera: 1. *Puerto Rico* (1975). 2. *España* (1995).

Art. 369: «El que impide a los Senadores o Diputados o a los miembros de las Asambleas Regionales o a los Alcaldes o Regidores el ejercicio de las funciones propias de sus cargos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2'.

I. ANTECEDENTES LEGALES

En la legislación penal peruana encontramos un antecedente aproximado en el artículo 323 del código de 1924 que circunscribió la acción típica en función al ingreso y concurrencia al parlamento, y tomando como sujeto activo del delito, de forma excluyente, al funcionario público.

En la legislación extranjera no existe un modelo igual al peruano. El artículo 251 del Código penal de Puerto Rico castiga la coacción que impide la reunión de la Asamblea Legislativa o de cualquiera de sus

cámaras o de sus miembros ⁽¹⁰⁹¹⁾. Lo mismo acontece en la legislación penal española bajo el modelo de atentado.

II. LA FIGURA PENAL

El esquema peruano es un caso específico de coacción-atentado ejercido sobre funcionarios públicos investidos de un nivel alto de autoridad (de acceso democrático al poder) y que tienen un significado especial para un régimen democrático y constitucional. El tipo penal en la actualidad resulta impracticable en parte, en cuanto los sujetos pasivos (senadores, diputados, miembros de las asambleas regionales) sobre los cuales el autor del delito comete la coacción, ya no existen formalmente; no obstante, siendo evidente el objetivo político criminal y el sentido de la norma penal, por interpretación teleológica y sistemática se da por entendido que el tipo se está refiriendo a los actuales parlamentarios o congresistas.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es objeto de la tutela penal garantizar el normal desarrollo de la administración pública en sus niveles democráticos de decisión. Específicamente se busca proteger la libertad de acción y decisión de dichos funcionarios, así como el prestigio y respeto debido a los mismos.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Cualquiera puede ser sujeto activo, incluso un funcionario público o servidor.

Es sujeto pasivo el Estado. Se consideran sujetos pasivos específicos los funcionarios señalados en el tipo penal: congresistas, alcaldes y regidores. Los miembros de las Asambleas Regionales, así como los senadores y diputados, en la actualidad no existen como funcionarios.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Verbo rector: impedir.

El tipo penal es uno de clasificación simple, ya que posee un único verbo rector.

⁽¹⁰⁹¹⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

El comportamiento típico puede ser cometido por acción u omisión.

Impedir el ejercicio de las funciones de los indicados funcionarios implica hacer imposible el inicio de sus actividades regulares definidas por ley y sus reglamentos, o hacer no viable la continuidad de dicho ejercicio colectivo de funciones a través de actos de boicot, entorpecimientos, etc., que ocasionen impedimento ⁽¹⁰⁹²⁾.

El tipo penal no ha empleado los términos violencia o intimidación como medios de comisión típica de la coacción ejercida, por lo cual no existe razón suficiente para considerar que la ley los incluye necesariamente pese a no nombrarlos ⁽¹⁰⁹³⁾; razonar de modo distinto implicaría hacer analogía *in maiorem partem*, es decir, prohibida expresamente por el artículo III del Título Preliminar del Código penal, máxime si la técnica legislativa empleada en el Código (Sección II) positiviza expresamente la violencia o la intimidación. En el caso de producirse el impedimento con uso de violencia o intimidación se trataría de un vacío de tipicidad agravada, no cubierto expresamente por la norma penal para aumentar la penalidad; por cierto, el art. 365, además de referirse en singular al funcionario público, establece una penalidad menor que el art. 369 resultando proporcionalmente incompatible con injusto penal del delito de la figura penal 369 como para resultar aplicable.

La norma penal ha creado un tipo de impedimento especial circunscrito a los funcionarios de las esferas públicas aludidas como colectivos, no en atención a sus individualidades. El uso del plural genérico es ilustrativo al respecto. El impedimento va dirigido a las reuniones o plenos funcionales, en nexo directo con las funciones derivadas de los cargos públicos sustentados, no al ejercicio individual de las funciones que el cargo amerite, ni mucho menos a actividades extrafuncionales.

El cierre de puertas injustificado del local atribuible a particulares, servidores públicos o funcionarios; el corte de luz dolosamente

⁽¹⁰⁹²⁾ Al respecto, véase la Ejecutoria suprema de 9 de julio de 1998, Exp. N° 290-98, Cono Norte, Sala C (violación del fuero municipal de Comas).

⁽¹⁰⁹³⁾ Véase PORTOCARRERO HIDALGO, quien efectúa una interpretación extensiva para indicar que el delito igual se consuma con violencia o sin ella (*Delitos contra la administración pública*, cit., p. 68). Interpretación, por cierto, que considero errónea.

practicado; el ingreso de una multitud que impide la continuidad, etc., son casos que ilustran esta figura delictiva, incluso de ser efectuados violentamente.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso. El agente actúa con voluntad y con conocimiento de la calidad de los sujetos colectivos. El objetivo es impedir el ejercicio de funciones, lo que se puede realizar con dolo eventual o directo. Cabe el error de tipo invencible.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito es de resultado, es decir, requiere para su consumación que se haya producido el impedimento del ejercicio funcional que corresponde a los funcionarios señalados. Que el impedimento sea temporal o permanente no es relevante, igual se consuma el delito. Resulta perfectamente admisible la tentativa y el desistimiento.

La existencia de violencia o amenaza no agrava el delito, ni tampoco es condición para la consumación del delito.

VIII. PENALIDAD

La pena establecida para el particular es privativa de libertad de 1 a 4 años.

La pena establecida para el funcionario o servidor público es de naturaleza conjunta: privación de la libertad de 1 a 4 años; inhabilitación de 1 a 3 años que comprende: a) privación de función, cargo o comisión ejercido por el condenado, aunque provenga de elección popular y b) incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

IX. CONCURSO DE DELITOS

- Con el art. 375, si se causa desorden en los recintos de los entes colectivos señalados.
- Puede igualmente existir concurso con delito de daños, lesiones, homicidio.

X. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Puerto Rico (1975)

«C.P. de Puerto Rico (1975), art. 251: *Toda persona que valiéndose de intimidación, violencia o fraude impidiere el reunirse a la Asamblea Legislativa, o a cualquiera de las cámaras que la componen, o a cualquiera de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión por un término de tres años. De mediar circunstancias agravantes, la pena establecida podrá ser aumentada hasta un máximo de 5 años; de mediar circunstancias atenuantes, podrá ser reducida hasta un máximo de dos años.*».

2. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 551: *No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra los que se atentare fuera miembro del gobierno, de los Consejos de Gobierno, de las comunidades autónomas, del congreso de los diputados del senado o de las asambleas legislativas, de las comunidades autónomas, del consejo general del poder judicial o magistrado del tribunal constitucional, se impondrá la pena de prisión de 4 a 6 años y multa de 6 a 12 meses.*».

6

Violación de distintivos oficiales

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. *Acción típica: destruir o arrancar.* 2. *Objeto de la acción ilícita: Envolтура, sellos y marcas.* 3. *Relación funcional: Conservación o identificación de objetos por la autoridad.* VII. Elemento subjetivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad.* 2. *Causas de justificación.* X. Participación. XI. Concurso de delitos. XII. Legislación extranjera: 1. *Italia (1889).* 2. *Italia (1930).* 3. *Argentina (1922).* 4. *México (1931).* 5. *Portugal (1982).* 6. *Austria (1973).* 7. *España (1973).*

Art. 370: «El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas».

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente nacional directo se halla en el art. 325 del Código penal de 1924 del cual el actual tipo penal 370 es una transcripción: «El que destruyera o arrancare envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con la multa de la renta de tres a treinta días».

Las fuentes extranjeras se remiten directamente al art. 201 del Código penal italiano de 1889 que definió técnicamente la figura penal ⁽¹⁰⁹⁴⁾, los arts. 254 del Código penal argentino y 398 del Código penal portugués. Nuestro código se diferencia de la legislación española de 1973 que sólo castiga al funcionario público y ubica el tipo como variedad de delito de infidelidad en la custodia de documentos (art. 365) ⁽¹⁰⁹⁵⁾.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Para otras legislaciones penales, la figura penal en estudio es considerada como una forma de ultraje al Estado (Italia, 1930), acción punible contra el poder del Estado (Austria) u ocupa un *nomen iuris* propio de delito contra la autoridad (México: quebrantamiento de sellos; Portugal: violación de disposiciones públicas).

En el derecho comparado existe una gran diversidad de verbos rectores para definir el comportamiento antijurídico: remover, romper, dejar ilegible (Italia), violar (Argentina), abrir, romper o inutilizar (Portugal).

El código peruano ha escogido los verbos *destruir* o *arrancar* aplicados sobre sellos o marcas, para expresar la certificación pública de objetos que debe merecer la debida observancia y respeto tanto de la sociedad civil como de la misma administración pública. El tipo penal, más que proteger, busca simbolizar, poner de manifiesto la voluntad estatal.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto específico de la tutela penal consiste en garantizar la eficacia de uno de los actos funcionales de la administración pública: el poder de certificación oficial de objetos, a la vez que afirma el respeto debido a la colocación de distintivos oficiales.

⁽¹⁰⁹⁴⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽¹⁰⁹⁵⁾ El código español de 1995, a través de su art. 414, castiga también al particular que destruye o inutiliza los documentos custodiados.

IV. SUJETO ACTIVO

Cualquiera, un particular (el involucrado o un tercero), militar, servidor o funcionario público. El hecho es cometible por autoría directa, también por autoría mediata.

V. SUJETO PASIVO

El Estado.

La entidad pública agraviada directamente.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los verbos rectores son: *destruir* y *arrancar*.

La acción típica de destruir o arrancar sellos o marcas oficiales, obviamente expresa el desprecio del autor para con la disposición estatal.

Los componentes materiales del delito son tres: a) acción de destruir o arrancar; b) objeto de la acción ilícita: envolturas, sellos o marcas; y c) relación funcional: conservación e identificación de objetos por la autoridad. Cada verbo rector posibilita una modalidad autónoma de delito.

1. Acción típica: *destruir* o *arrancar*

Destruir y *arrancar* son verbos de acción directa que expresan la naturaleza quebrantadora de la voluntad oficial de los actos delictivos imputables al sujeto activo.

Sólo se puede destruir o arrancar lo que está colocado o puesto sobre el objeto, por lo que para que se den los actos ejecutivos materiales señalados debe preexistir una situación de hecho: la colocación por orden oficial (pública) de envolturas, sellos o marcas sobre objetos determinados.

Destruir es tornar inservible el distintivo, inhabilitarlo, de modo total para el fin que cumplía. Es arruinar, destrozarse sellos, marcas, sin extraerlos del todo del objeto con notoria inutilización. Ensuciar, colocar un sello distinto encima o borrar la marca se asimilan a la noción del verbo activo «*destruir*», si con ello se lo anula como distintivo.

Arrancar es sacar, quitar el distintivo del objeto, de modo tal que éste pierda su característica de identificación o conservación oficial. La acción de arrancar concuerda con la naturaleza de las envolturas o distintivos adheridos al objeto.

No es acción típica de destruir o arrancar, el rasgar o abrir la envoltura, o escribir sobre ella (de forma que no anule su función de conservación o distintiva), mancharla parcialmente, colocar un afiche encima, etc. De acuerdo al dolo con que se actúe tales actos pueden quedar como actos de tentativa.

La acción típica resulta imputable a quien con dolo destruya o arranque. Pudiendo ser sujeto activo del delito el directamente involucrado con la medida o una tercera persona interesada en manifestar su desprecio al acto estatal implícito en el distintivo puesto sobre el objeto. El funcionario que delinque en esta figura penal puede actuar en abuso de su función o al margen de ella.

2. Objeto de la acción ilícita: Envoltura, sellos y marcas

El legislador peruano ha pretendido comprender los distintivos oficiales en torno a estos tres sustantivos. Otras legislaciones penales, emplean el término único de «sellos» (Argentina), «escritos o diseños» (Italia) o sólo «marcas y sellos» (Portugal).

- *Envolturas*. Es todo distintivo de material diverso (papel, tela, plástico, etc.) que es adherido al objeto cumpliendo función protectora.
- *Sello*. Es un signo o símbolo oficial estampado o fijado sobre el objeto y que expresa la voluntad estatal. El contenido del signo distintivo de naturaleza estatal, puede ser variado (un emblema o gráfico, dibujos simbólicos, iniciales, palabras, etc.). El sello o la marca pueden ir sobre el objeto mismo o sobre sus envolturas oficiales o convencionales.
- *Marca*. Es un distintivo genérico, es decir, la señal de cualquier índole que permita identificar el objeto (una inicial, siglas, pica-duras, cortes, adhesiones, etc.).

Las envolturas, sellos y marcas simbolizan la voluntad estatal de distinguir o conservar.

Las cosas u objetos que sirven de receptáculo del distintivo quedan a discreción de la autoridad estatal, y son de múltiple naturaleza: muebles o inmuebles, mercancía; cuerpos del delito, locales comerciales, objetos requisados, cosas secuestradas (instrumentos de trabajo, electrodomésticos, etc.), documentos, libros, objetos en remate, animales, etc. El lugar o espacio de fijación es igualmente indiferente con tal de que cumpla su función de identificación-conservación.

3. Relación funcional: Conservación o identificación de objetos por la autoridad

Los distintivos típicos tienen que llevar una representación estatal, un simbolismo determinado de lo cual el Estado quiere dejar expresa certificación exponiéndolo ante el público, o conservando los objetos para fines ulteriores y diversos.

Los distintivos deben ser colocados por autoridad o por orden de ella, en manifestación de un acto de su competencia reglada, o ya sea que obedezca dicho acto a una facultad discrecional en concordancia con sus funciones.

Si los distintivos no expresan el acto de voluntad estatal consistente en garantizar o asegurar la identificación o conservación de la cosa u objeto, es decir, si son adheridos o fijados para otros fines, la acción de destruirlos o arrancarlos no asumirá relevancia delictiva (por ejemplo, distintivos puestos con fines estéticos, de colección, para acreditar un pago, etc.). Tampoco los distintivos colocados bajo la arbitrariedad o incompetencia del funcionario ameritan otorgarle carácter delictivo a los actos señalados.

Identificar un objeto es reconocerlo de otros similares o parecidos. Conservar es colocarlo en situación de cuidado y observancia de modo de mantenerlo en buen estado para los propósitos de ley.

La relación funcional de los distintivos puestos radica así en la conservación o identificación estatal de dicho objeto, lo que le hace merecedor de respeto y de la debida observancia. Esta conservación o identificación fija en el tiempo y ubica en el espacio la cosa, objeto de interés estatal.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso. El dolo supone voluntad de violar la voluntad estatal del distintivo y conocimiento del simbolismo oficial del mismo. Por lo cual, actos de destrucción o arrancamiento culposos harán atípica la figura ⁽¹⁰⁹⁶⁾.

Nuestro Código penal no castiga la acción típica culposa (negligencia, imprudencia, impericia).

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Se trata de un delito de acción y de peligro para la administración pública, de carácter instantáneo, que se consuma cuando se destruye o arranca las envolturas, sellos o marcas oficiales. Es decir, requiere resultados materiales concretos.

Admite tentativa si la acción no completa el significado encerrado en los verbos rectores, así como el desistimiento voluntario.

IX. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad*

No será delito el deteriorar, rayar, manchar, rasgar las envolturas, sellos o marcas. En el caso de probarse intento doloso, constituirán tales actos tentativa o actos preparatorios, estos últimos impunes.

Serán igualmente atípicos los arrancamientos o destrucciones culposas o por actos de ligereza ⁽¹⁰⁹⁷⁾, pues el delito es esencialmente doloso. Dolo que implica el desprecio por parte del sujeto activo al simbolismo estatal.

Incluso no será típico el actuar con dolo, si los distintivos han sido colocados arbitrariamente (sin razón pública legal o judicial que

⁽¹⁰⁹⁶⁾ MANZINI plantea que este tipo de delito supone un desprecio a la autoridad en sentido amplio, no referido necesariamente a la que ordenó el acto. Lo que implica dolo directo en los actos del sujeto activo (*Tratado de derecho penal*, cit., T. 9, Vol. IV, p. 245).

⁽¹⁰⁹⁷⁾ Nuestro Código penal no castiga el arrancamiento o destrucción culposa, que sí lo hace, por ejemplo, el Código penal argentino en su artículo 254-A. Tampoco ha criminalizado el acto a título de faltas, como sí lo han hecho otras legislaciones (por ejemplo, el art. 664 del Código penal italiano vigente, que castiga con pena de multa).

legitime la actitud del funcionario) o por funcionario incompetente, pues faltará en este caso un elemento objetivo de carácter normativo.

2. Causas de justificación

Destruir o inutilizar envolturas, marcas o sellos por orden obligatoria de autoridad.

X. PARTICIPACIÓN

Cabe todas las formas de participación: complicidad e instigación.

El autor del delito puede valerse de instrumentos (autoría mediata), o actuar en coautoría.

XI. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de abuso de autoridad (art. 376).
- Con el delito de hurto (art. 186) si sustrae el objeto.
- Con el delito de falsificación de sellos y marcas oficiales (art. 435).

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1889)

«C.P. de Italia (1889), art. 201: *El que rompa o viole de cualquier modo los sellos, puestos por disposición legal o por orden de la autoridad, a fin de asegurar la conservación o la identidad de una cosa, incurrirá en la pena de 3 meses a 2 años de reclusión y multa.*

Si el culpable fuere el funcionario público que ha ordenado o ejecutado el cierre o tiene en custodia o en depósito la cosa cerrada, la reclusión será de 30 meses a 5 años y multa.

Si el delito se hubiere cometido por descuido o imprudencia del funcionario público o del guardador, será éste castigado con multa».

2. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 345: *Quien por desprecio hacia la autoridad, saca, rompe o de otro modo hace ilegible o inservible escritos o diseños fijados*

o expuestos al público por orden de la autoridad, será castigado con multa de hasta un millón de liras».

3. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 254: Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa.

Si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo».

4. México (1931)

«C.P. de México (1931), art. 187: Al que quebrantare los sellos puestos por orden de la autoridad pública se le aplicará de 3 meses a 3 años de prisión o de 30 a 90 días multa. En caso de reincidencia se impondrá siempre pena privativa de libertad».

5. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 398: Quien abriere, rompiere o inutilizare total o parcialmente, marcas o sellos puestos legítimamente por funcionario competente, para identificar, mantener inviolable cualquier cosa o para certificar que sobre ésta recayó alguna de las providencias indicadas en el artículo anterior, será penado con prisión de hasta 2 años o multa de hasta 100 días».

6. Austria (1973)

«C.P. de Austria (1973), art. 272:

- 1. Será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis meses o con pena de multa de hasta 300 fracciones de un día, al que dañe o desprece un sello colocado por un funcionario en el ejercicio de sus funciones para cerrar, incautarse de una cosa o marcarla, y el que haga ineficaz en todo o en parte la incautación producida por un sello de tal clase.*
- 2. Se aplicará en su caso lo dispuesto en el § 200, apartado 4.*
- 3. No se impondrá la pena prevista en el apartado 1, al que voluntariamente y antes de que tenga noticia de su culpabilidad un órgano público hace*

que la cosa se recupere sin daños esenciales para los fines de la incautación o embargo».

7. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 365: El funcionario que, teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere su quebrantamiento, será castigado con las penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 100,000 a 500,000 pesetas».

Incumplimiento de deberes procesales

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo. V. Sujeto pasivo. VI. Comportamientos típicos: a) *Abstenerse de comparecer a prestar declaración, informe o servicio*. b) *Abstenerse de prestar declaración, informe o servicio*. VII. La legalidad del requerimiento. VIII. Elemento subjetivo. IX. Consumación y tentativa. X. Penalidad. XI. Participación. XII. Concurso de delitos. XIII. Legislación extranjera: 1. *Francia (1810)*. 2. *Italia (1889)*. 3. *Alemania (1871)*. 4. *Argentina (1922)*.

Art. 371: *El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas. El perito, traductor o intérprete será sancionado, además con inhabilitación de seis meses a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4".*

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente nacional directa es el artículo 326 del Código penal de 1924 que contiene idéntica redacción (con la acostumbrada diferencia del empleo del verbo en tiempo futuro y la penalidad menor) ⁽¹⁰⁹⁸⁾.

⁽¹⁰⁹⁸⁾ Código penal de 1924, art. 326: "El testigo, perito, traductor o intérprete que legalmente requerido por la autoridad se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración, informe o servicios respectivos, será reprimido con prisión no mayor de 3 meses o multa de la renta de 3 a 30 días.

A nivel de legislación extranjera el artículo 243 del Código penal argentino es el modelo básico que fue utilizado para la redacción del tipo penal peruano.

Otras legislaciones penales como la francesa, alemana, italiana tienen también un apreciable nivel de influencia ⁽¹⁰⁹⁹⁾, pero la técnica de redacción deriva del modelo argentino que no establece ninguna condición o razón legal de punición (expresa, notoriamente falsa, falso pretexto, excusa falsa), que sí contienen los tipos legales de las citadas legislaciones europeas.

II. LA FIGURA PENAL

Estamos ante un tipo penal de autores bien delimitados, quienes dolosamente omiten con cumplir un deber para con la administración pública. El tipo es de un espectro amplio en cuanto al sujeto pasivo, pues no se reduce al solo ámbito jurisdiccional, abarca también el administrativo y legislativo incluso.

La figura penal es un caso específico (en referencia a los autores y al hecho material) de desobediencia a la autoridad del funcionario público (art. 368), de la que se diferencia por el no empleo de la palabra «orden». Otras legislaciones como la italiana de 1889 circunscribían la comparecencia al ámbito judicial.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Objeto de la tutela penal es proteger el normal desarrollo de los procesos de la administración pública en sentido amplio, que se verían afectados en su viabilidad al no poder concretarse los aportes de los sujetos mencionados en el tipo penal, lo que obstaculizaría o en algunos casos paralizaría las investigaciones y procesamientos.

IV. SUJETO ACTIVO

Exclusivamente el testigo, perito, traductor o intérprete no oficiales.

El perito, traductor o intérprete, sufrirán, además, inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 por tiempo igual al de la condena".

⁽¹⁰⁹⁹⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

- *Testigo*: es quién teniendo conocimiento de hechos es llamado o requerido a declarar en un proceso pudiendo ser un particular (mayor o menor de edad) o un sujeto especial por el cargo público o militar.
- *Perito*: es el que posee conocimientos técnicos o especiales de naturaleza diversa, y quien es convocado para dictaminar o ratificarse en su dictamen.
- *Intérprete*: es la persona que sirve de intermediaria para entender lo dicho por quien habla un idioma distinto al oficial y con el que se desarrolla el proceso.
- *Traductor*: es el especialista que convierte al idioma oficial lo que está escrito en idioma o dialecto distinto (extranjero o nacional).

V. SUJETO PASIVO

La administración pública en general.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El delito, como indica Carlos CREUS, «es un delito de omisión, ya que con él se viola un mandato que impone una determinada conducta, no realizándola» ⁽¹¹⁰⁰⁾.

El verbo rector es *abstenerse de*.

La figura penal está compuesta por dos tipos: **a)** el abstenerse de comparecer a prestar declaración, informe o servicio y **b)** el abstenerse de prestar declaración, informe o servicio.

El comportamiento típico de evidente naturaleza omisiva asume dos formas o modalidades delictivas.

a) Abstenerse de comparecer a prestar declaración, informe o servicio

1. *El abstenerse de comparecer*. El testigo, perito traductor o intérprete desobedece la intimación (notificación con carácter de cumplimiento obligatorio) hecha legalmente de comparecer, es decir, de pre-

⁽¹¹⁰⁰⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 237.

sentarse ante el funcionario que le ha requerido en el lugar, día y hora señaladas. Dicho comportamiento constituye una omisión simple (llamada también omisión propia) que infringe el mandato contenido en el requerimiento.

El momento típico generalmente se sujeta a lo dispuesto en los respectivos ordenamientos procesales o procedimientos que por lo general requieren, luego de citaciones regulares, bajo apercibimiento en caso extremo de efectuar la denuncia penal.

b) Abstenerse de prestar declaración, informe o servicio

El comportamiento típico está precedido aquí de una acción: el comparecer físicamente ante la presencia del funcionario. La omisión delictiva se presenta al negarse el sujeto activo (testigo, perito, traductor o intérprete) a dar su declaración (en el caso del testigo), brindar su informe (en el caso del perito) o prestar su servicio (en el caso del traductor o intérprete). El momento de la negativa se puede dar al comenzar el acto procesal y ser invocado a cumplir con el contenido del requerimiento o antes de iniciado éste (al negarse a admitir las formalidades del caso). La negativa no requiere ser total, pues el agente puede cumplir en parte y negarse en el resto de su declaración, informe o servicio ⁽¹¹⁰¹⁾.

El efecto de desobediencia es el mismo: el entorpecimiento de la labor procesal administrativa o jurisdiccional y la no colaboración o auxilio con la labor funcional, el proceso y la verdad.

VII. LA LEGALIDAD DEL REQUERIMIENTO

El requerimiento, es decir, la orden dirigida al testigo, perito traductor o intérprete, debe haber sido dada en observancia estricta de la competencia del funcionario (de no darse este requisito la negativa a concurrir o cumplir deviene atípica); así como haberse cumplido lo determinado en las reglas o procedimientos sobre notificaciones y apercibimientos.

⁽¹¹⁰¹⁾ En ambas situaciones igualmente se habrá consumado el delito.

Finalmente, como condición que igualmente puede restarle tipicidad al hecho, debe existir obligación o deber de comparecer y cumplir con la declaración, informe o servicio. Sobre este último requisito las leyes procesales han establecido limitaciones al poder del Estado en su facultad de requerir al cumplimiento de la concurrencia física o a declarar. En el ámbito de la jurisdicción penal están contempladas legalmente las siguientes limitaciones al deber de concurrir o declarar:

Código de Procedimientos Penales, art. 141: «No podrán, ser obligados a declarar:

1. Los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetrices respecto de secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión.
2. El cónyuge del inculpado, sus ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas políticos.

Las personas comprendidas en estos incisos serán advertidas del derecho que les asiste para rehusar la declaración, en todo o en parte» ⁽¹¹⁰²⁾.

El inciso 1 del art. 141 contiene el llamado secreto profesional del que están facultados determinados profesionales, mientras que el segundo inciso responde a pautas mínimas de humanidad fundadas en convenios y tratados internacionales.

El delito en estudio por lo general observa cierto trato contemplativo y aplicación restrictiva por parte de los funcionarios judiciales, ya que efectivizar la acción penal por dicha omisión generaría que, como recuerda FONTÁN BALESTRA, serían pocos los testigos sin condena ⁽¹¹⁰³⁾.

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso, las irregularidades administrativas se sustentan en sus vías respectivas. El dolo implica el conocimiento del reque-

⁽¹¹⁰²⁾ Léase además los artículos 147, 148, 149, 150 y 151 que regulan circunstancias específicas para la declaración de sujetos especiales (enfermos, funcionarios de alto nivel, diplomáticos, residentes en otras provisiones, etc.).

⁽¹¹⁰³⁾ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 195.

rimiento oficial y la voluntad de abstenerse de concurrir, o cumplir el deber si se ha concurrido ante el funcionario.

El error de tipo invencible excluye la tipicidad del delito.

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Al tratarse de un delito de desobediencia específica por omisión propia, el delito se consuma, sin requerir resultado, con la no concurrencia de los sujetos pasivos; o si concurren (segundo supuesto), al negarse a declarar, informar o prestar el servicio indicado.

La tentativa en el delito de omisión propia (o de simple desobediencia) es controvertible ⁽¹¹⁰⁴⁾.

El desistimiento voluntario de persistir en la omisión, después de haberse consumado el delito, no surte efectos legales de excluir la responsabilidad penal.

X. PENALIDAD

Penalidad alternativa para los sujetos activos de delito: privación de libertad de 2 días a 2 años o prestación de servicios comunitarios de veinte a treinta jornadas.

Penalidad complementaria de carácter obligatorio para el perito, traductor o intérprete. Cada una de las penas aplicadas alternativamente al sujeto activo llevarán además anexada la inhabilitación de seis meses a dos años con: a) privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado aunque provenga de elección popular; b) incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; y c) incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria.

Ya hemos dado posición de tajante rechazo a este tipo de inhabilitaciones anulatorias de la personalidad social del condenado, pues colisionan con los principios tutelares del derecho penal peruano ⁽¹¹⁰⁵⁾.

⁽¹¹⁰⁴⁾ Al respecto ver ROJAS VARGAS, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, cit., p. 282 y ss.

⁽¹¹⁰⁵⁾ Véase *supra*, pp. 757, 770.

XI. PARTICIPACIÓN

La modalidad usual de participación es la instigación a la omisión al requerimiento.

XII. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de falso testimonio (art. 409).
- El delito 371, por principio de especialidad, no puede concursar con el delito 368.

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Francia (1810)

«C.P. de Francia (1810), art. 236: *Los testigos y miembros del jurado que hubiesen alegado una excusa notoriamente falsa, serán condenados por la no comparecencia, a una prisión de 6 días a 2 meses, además de las multas contra ellos pronunciados por la misma causa*».

2. Italia (1889)

«C.P. de Italia (1889), art. 210: *El que llamado por la autoridad judicial como testigo, perito o intérprete, no comparezca alegando para ello un falso pretexto, o habiéndose presentado, se niegue a declarar o a servir de perito o intérprete, incurrirá en la pena de reclusión hasta seis meses o de multa*.

Esta disposición se aplicará también a los jurados, cuando alegando una circunstancia falsa eludan el cumplimiento del deber.

Si se tratase de un perito, la condena llevará consigo la suspensión en el ejercicio de la profesión o arte durante un tiempo igual al de la prisión».

3. Alemania (1871)

«C.P. de Alemania (1871), art. 138: *Todo el que, citado como testigo, jurado o escabino, alegare una excusa falsa, será castigado con la pena de prisión de dos meses a lo sumo, sin perjuicio de las demás penas dictadas en caso de no comparecencia*.

Esta disposición será también aplicable al perito llamado para un servicio legalmente obligatorio».

4. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 243: *Será reprimido con prisión de 15 días a 1 mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete se impondrá además, al reo, inhabilitación especial de 1 mes a 1 año*».

8

Violación de medios de prueba

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: a) *Las acciones típicas: Sustraer, ocultar, cambiar, destruir o inutilizar*. b) *El objeto de la acción ilícita*. c) *La existencia de un proceso*. d) *La custodia oficial*. VII. Elemento subjetivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Penalidad. X. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causas de justificación*. 3. *Causa de exculpación*. XI. Violación culposa de medios de prueba. XII. Concurso de delitos. XIII. Legislación extranjera: 1. Italia (1889). 2. Argentina (1922). 3. Portugal (1982). 4. Austria (1973). 5. Panamá (1982).

Art. 372: «El que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la destrucción o inutilización es por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte o cuarenta jornadas».

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente legal nacional directo es el artículo 327 del Código penal de 1924 ⁽¹¹⁰⁶⁾.

⁽¹¹⁰⁶⁾ Código penal de 1924, art. 327: "El que substrajera, ocultare, destruyere o inutilizare objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o docu-

El modelo extranjero del cual fuera copiado íntegramente a través del código de 1924, es el artículo 255 del Código penal argentino. El legislador de 1991 alteró el orden de algunos componentes típicos, pero mantuvo en lo esencial el modelo argentino, aunque sin incluir la inhabilitación para el caso de que el autor fuera el mismo custodio.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Igual como ocurre con el tipo penal anterior, aquí el contexto de amplitud típica de la figura penal comprende tanto el ámbito judicial como el administrativo. Dada la importancia del objeto de la acción ilícita se ha otorgado relevancia penal (es decir, se ha criminalizado y sancionado penalmente) a las acciones culposas de destrucción o inutilización, siguiendo el susodicho modelo argentino. Tal extensión de tipicidad penal está también contemplada en otras legislaciones penales ⁽¹¹⁰⁷⁾, las que como la italiana (art. 335), y la portuguesa (art. 396-3) atenúan la pena cuando no resultare perjuicio para el Estado o el perjuicio fuere de pequeña gravedad.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto específico de la tutela penal se orienta a proteger la naturaleza pública oficial de la custodia de bienes muebles a ser utilizados como prueba. Por lo mismo, el bien jurídico genérico es el correcto desarrollo de la administración pública. Se ha debatido a nivel doctrinario el carácter pluriofensivo del delito en cuanto indirectamente se tutelaría igualmente el patrimonio del propietario de los bienes. No obstante tal opinión, en la presente figura la tutela penal no está dada en función de intereses privados.

mentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público, sufrirá prisión no mayor de cuatro años y multa de la renta de tres a treinta días. Si el culpable fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena.

La pena será simplemente de multa, si el delincuente hubiere obrado por negligencia".

⁽¹¹⁰⁷⁾ Ver *infra* Legislación extranjera.

IV. SUJETO ACTIVO

Cualquier persona, un particular (el propietario o cualquier otro), un funcionario o un servidor público. La figura prevé también el caso de que el autor del delito sea el propio custodio de los bienes (funcionario o un tercero).

El hecho puede ser cometido en autoría simple o coautoría. Cabe también la figura de la autoría mediata y la determinación a delinquir.

V. SUJETO PASIVO

- El Estado.
- Específicamente los entes administrativos o judiciales que sustentan procesos.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los verbos rectores son: *sustraer, ocultar, cambiar, destruir o inutilizar*.

El tipo penal contiene cinco modalidades comisivas de delito, todas referidas a cosas que se hallan secuestradas y dejadas en custodia oficial y destinadas a aportar medios de prueba en un proceso.

Los componentes materiales y objetivo-formales del tipo penal son cuatro: a) la acción típica; b) el objeto de la acción ilícita; c) existencia de un proceso; y d) la custodia oficial.

a) Las acciones típicas: Sustraer, ocultar, cambiar, destruir o inutilizar⁽¹¹⁰⁸⁾

Las acciones típicas contempladas por la norma penal peruana son fundamentalmente conductas de acción pudiéndose cometer por omisión sobre todo las modalidades por ocultamiento y destrucción. Sin embargo todas suponen contacto físico directo o indirecto con las

⁽¹¹⁰⁸⁾ Ejecutoria Superior de 19 marzo de 1999, Exp. N° 5814-98: El delito contra la administración pública previsto en el artículo 372 del Código penal se configura cuando se perpetra la sustracción, ocultamiento, destrucción o inutilización de objetos o documentos que obran en poder de persona distinta al agente (en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal y procesal penal*, obra citada, p. 772).

cosas objeto de protección oficial y evidencian la forma como se materializa el delito. Por principio de legalidad sólo dichas modalidades, que quebrantan el vínculo de custodia oficial, son las que tipifican el delito ⁽¹¹⁰⁹⁾.

- *Sustraer* es quitar sacar la cosa del lugar donde se hallaba, de forma tal que se la aleje de la esfera de custodia oficial a la que está sometida. El tipo no requiere necesariamente que el sujeto activo se apodere o disponga del bien. Basta la simple sustracción (la *amotio*).

La sustracción de la cosa tiene que ser dolosa, es decir, existir en el agente la voluntad de sustraer rompiendo el vínculo de custodia. Esto tanto en función al particular o funcionario como al custodio.

El sustraer para luego restituir puede convertirse en un hecho irrelevante si no es descubierto, detectado y denunciado. Por lo mismo, no le quita tipicidad, ni mucho menos excluye de responsabilidad penal el uso arbitrario momentáneo de la cosa que ha sido sustraída por el custodio o un tercero. El sustraer los frutos de la cosa, según amerite el caso es igualmente típico de la figura en estudio ⁽¹¹¹⁰⁾.

- *Ocultar* es esconder la cosa (objetos, registros o documentos) de la vigilancia del custodio. A diferencia de la acción de sustracción, aquí la cosa puede no ser removida del lugar físico donde se hallaba, esto es, el agente lo coloca, en el mismo ámbito de influencia en situación que no pueda ser vista o encontrada por el custodio. También es posible que sea dicho custodio quien oculte la cosa para no entregarla al serle solicitada por la autoridad.
- *Cambiar*. La acción de cambiar es la de sustituir el objeto, registro o documento por otro similar de igual menor o mayor valor, so-

⁽¹¹⁰⁹⁾ Al respecto véase PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale parte speciale: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 320; NEPPI, Modona, "Interpretazione letterale e interpretazione teleologica a propósito della sottrazione di cose pignorate", en *Rivista Italiana di Diritto*, 1968, Roma, p. 519 y ss.

⁽¹¹¹⁰⁾ MANZINI, *Tratado de derecho penal*, cit., T. 9, Vol. IV, p. 70.

bre los cuales (o sobre el cual) no existe la vinculación jurídica de custodia, careciendo, asimismo, del fin típico de servir como medio de prueba o para probar algo.

Resulta notorio en este caso el dolo específico con el que actúa el autor del delito, al no sólo quebrar un real vínculo de custodia, sino de burlar u ofender los fines propuestos con dicha custodia.

- *Destruir o inutilizar* ⁽¹¹¹⁾. Ambas acciones típicas aluden a la idea de anulación o cancelación definitiva del poder de prueba de la cosa. *Destruir* es aniquilar la cosa (quemarla, disolverla con medios químicos, triturarla, hacerla añicos, borrarla electrónicamente, etc.). *Inutilizar* es privarle al objeto, archivo o documento de sus cualidades probatorias, es hacerle inviable o inidóneo para el fin que motivó su custodia oficial (raspar la serie de un motor, pulir las fibras estriadas del cañón del revolver, alterar las facturas, títulos, etc.), pero conservando la consistencia material del objeto, registro o documento.

El contenido de los verbos *sustraer*, *ocultar* o *cambiar* tienen equivalencia en cuanto no implican lesión o daño material de la cosa, a diferencia de la *destrucción* e *inutilización*. No obstante todas las referidas acciones hacen impracticable el fin probatorio de las cosas, e implican un claro atentado a la administración pública.

b) El objeto de la acción ilícita

La figura penal peruana hace gala de una técnica legislativa de estilo complejo, ya que utiliza por un lado un término genérico: objetos, y por otro lado hace uso de dos vocablos de menor generalidad: archivos y documentos.

Objetos: son todos los cuerpos materiales sensibles y apreciables que pueden servir de elemento de prueba o conducir a probanza una vez actuados ante el funcionario administrativo o judicial competente. El término «*objetos*» es de lo más genérico y que sin problemas de semántica jurídica pudo haber comprendido los registros y documentos. Pese a ello, el legislador peruano, siguiendo el ejemplo de la técnica

⁽¹¹¹⁾ Véase *supra*, p. 1025.

legislativa argentina, ha hecho la discriminación pertinente con fines casuísticos.

La palabra «objetos» alude, en el sentido de la norma penal, a los bienes muebles o semovientes (mas no así a inmuebles), de comercio o no, y que poseen materialidad, incluso a cosas desprovistas de valor de cambio. *Objetos* se refiere a *cosas* no a *derechos* o *competencias*.

Pueden tener valor en sí mismos considerados, o carecer de valor material, pero necesariamente deben tener valor probatorio penal, civil o administrativo (armas, manchas, mercancías, escritos, etc.).

El uso del término *objeto* en esta figura penal sirve para delimitar el contenido más preciso de la palabra documento.

- *Registros*: son los espacios físicos instrumentalizables que gozan de extensión y donde se anotan, declaran o se hace constar hechos, cuentas, actos jurídicos, etc., presentes o pasados, oficiales o particulares (registros de propiedad, protocolos, inventarios, planillas, libros, registros de actas de reuniones, registros contables, catálogos, etc.).
- *Documento*: el término documento tiene actualmente una concepción material funcional, es decir, es conceptualizado jurídicamente en cuanto a la capacidad probatoria de los signos gráficos, colores, sonidos o dispositivos tecnológicos incorporados o contenidos en una cosa natural o creada por el hombre, rústica o artificialmente sofisticada (por ejemplo, en este último caso el documento informático). La norma penal al referirse separadamente a objetos, registros y documentos ha delimitado el ámbito de alcance del vocablo *documento* («*instrumento*» en derecho civil), vale decir, a «toda escritura o distintivo fijado sobre un medio idóneo debido a un autor determinado o determinable y que permitirá expresar una pretensión jurídica o probar un hecho jurídicamente relevante» ⁽¹¹¹²⁾. No es la acepción amplia de documento el que emplea aquí el Código penal, tampoco su acepción ontologista que se reduce a la calidad material, sino un concepto restringido y funcional.

⁽¹¹¹²⁾ DELPINO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 421.

Tales son los objetos sobre los cuales actúa ilícitamente el agente o sujeto activo de delito.

c) La existencia de un proceso

El destino de los objetos, registros o documentos es el de servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, de allí nace su relevancia e importancia de los mismos para la administración pública. El tipo penal no hace referencia a la clase de proceso de que se trate, pudiendo ser de naturaleza jurisdiccional (civil, penal, laboral, etc.), administrativa, parlamentaria, etc. La ubicación sistemática del tipo penal, no precisamente en la sección de delitos contra la función jurisdiccional, hace del proceso uno de carácter amplio, el mismo que deberá estar en curso, es decir, en desarrollo.

El funcionario competente que dispone la custodia de la cosa, puede ser un funcionario policial, el fiscal, autoridad administrativa o parlamentaria, también y usualmente el juez que sustancia el proceso.

d) La custodia oficial

El cuidado y la vigilancia de las cosas mencionadas en el tipo deben estar a cargo de un funcionario público, o en su defecto por otra persona (un servidor público o un particular). La delegación del cuidado y vigilancia de la cosa es un acto oficial formal y acreditable por la cual un funcionario delega en otro o en un tercero tal función de cuidado. Es justamente esta relación jurídica entre la autoridad y el custodio la característica que define este delito contra la administración pública. El tercero, que el código llama «otra persona», puede ser un particular a quien el Estado confía la custodia de la cosa, o una institución de custodia.

La cosa (objeto, documento o registro) puede pertenecer al Estado o a particulares; ello resulta irrelevante, pues lo esencial es que exista el acto funcional dado por autoridad competente que confía la custodia. De no estar presente tal acto funcional o de tratarse de un acto privado de custodia perderán su relevancia penal de violación de medios de prueba las acciones contempladas en el tipo 372.

El momento de la comisión delictiva podrá ocurrir a partir del acto de entrega oficial hasta cuando la orden formalizada de funciona-

rio público competente determine su restitución. Acciones de la naturaleza contenida en el artículo 373 cometidos antes o después de tal vínculo son atípicos de este delito.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito asume dos formas: a título doloso y culposo. El delito para ser doloso requiere conocimiento del vínculo oficial de custodia de la cosa y de que la acción típica realizada viola o quebranta dicho vínculo. No interesa el interés o intención con que actúa el sujeto activo, es relevante sí que tenga voluntad de eludir o quebrar la custodia.

El error de tipo invencible hace atípica la figura.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito es de naturaleza activa y de consumación instantánea. La posibilidad de comisión omisiva puede ser factible en el caso de destrucción o inutilización producida por efecto natural evitable por acción del custodio (sujeto activo que teniendo el deber de cuidar de la cosa, dolosamente deja que se deteriore hasta su inutilización como medio de prueba) ⁽¹¹¹³⁾.

El delito exige un resultado en el significado de los verbos rectores, no obstante que no se requiere un resultado de lesión o daño a la administración pública (administración o judicial).

El delito se consuma al producirse las acciones típicas señaladas en cuanto ellas supongan violación o quebrantamiento de la custodia oficial.

La tentativa y el desistimiento son admisibles.

IX. PENALIDAD

Pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años:

⁽¹¹¹³⁾ Cabe aquí la aplicación del art. 13 del Código penal que prevé la sanción de los casos de omisión impropia o también llamados delitos de comisión por omisión.

X. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. *Atipicidad*.⁽¹¹¹⁴⁾

- La ausencia de acto funcional de autoridad competente que confía la custodia hace atípica la figura por ausencia de uno de los elementos fundamentales del tipo.
- Igualmente si los objetos, archivos o documentos no están destinados a servir de prueba.
- El ocultamiento inidóneo o absurdo no constituye acción típica. El ocultamiento de idoneidad relativa puede constituir tentativa.
- El deterioro natural de la cosa (que lo inhabilita) es figura atípica. Incluso el deterioro imputable al custodio sino lo inhabilita en su destino probatorio, es un acto atípico.
- El uso hecho de la cosa por el custodio no constituye acción típica de esta figura penal.
- El rehusamiento a la entrega no constituye delito de violación de medios de prueba.

2. *Causas de justificación*:

- Estado de necesidad, sustracción urgente del bien para evitar su destrucción o deterioro sin aviso a la autoridad. Sustracción y venta de algún objeto para salvar otros.
- Las sustracciones para cambio de local, del objeto, registro o documentos, con fines de dar un mejor servicio de custodia, son acciones justificables. Asimismo, la sustracción de la cosa con fines de reparación o cambio de domicilio.

3. *Causa de exculpación*:

- El error de prohibición invencible.

⁽¹¹¹⁴⁾ Un caso de atipicidad decidido a nivel de la Corte Suprema véase en la Ejecutoria de 26 de diciembre de 2000, Exp. N° 2289-2000, en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal y procesal penal*, obra citada, p. 771, véase el sumillado en sumillas jurisprudenciales.

XI. VIOLACIÓN CULPOSA DE MEDIOS DE PRUEBA

Se ha criminalizado la comisión culposa de destrucción o inutilización de los objetos, archivos y documentos, sea por acción u omisión. Es decir, cuando tal situación se produzca por negligencia o imprudencia imputable al custodio o a otro sujeto. Resulta evidente que destrucciones o inutilizaciones que de todas maneras se hubieran producido con los actos debidos de cuidado no podrán ser imputados a título de culpa al custodio. El segundo párrafo, en la forma como está redactado, también incluye a otros sujetos activos de delito culposo: particular o funcionario distintos del custodio que destruyan o inutilicen por culpa.

La penalidad es alternativa, en este caso: o pena privativa de libertad de dos días a 1 año o prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

XII. CONCURSO DE DELITOS

- Con el art. 405 (delito de encubrimiento real), cuando el dolo del agente se haya orientado en tal dirección ilícita.
- Con el art. 427 (falsedad material de documento).
- Con el art. 430 (supresión, ocultamiento o destrucción de documento).
- Con el art. 387 (peculado), si el objeto con valor económico es apropiado por funcionario.
- Con el art. 377 (incumplimiento de obligación), si el custodio funcionario rehúsa entregar los objetos, archivos o documentos.
- Con el art. 370 (violación de distintivos oficiales colocados por autoridad).

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1889)

«C.P. de Italia (1889), art. 202: *El que sustraiga, arrebate, destruya o altere cuerpos de delito o documentos custodiados en oficina pública o por*

un funcionario público por razón de su cargo, será castigado con reclusión de 1 a 5 años.

Si el culpable fuere el mismo funcionario público que, por razón de su cargo, tenía en depósito los cuerpos del delito o las actas o documentos, la pena será de inhabilitación perpetua para cargos públicos y de reclusión de 2 a 7 años.

Si el daño fuere leve o si el culpable restituyese sin alteración el acta o documento sin haberse aprovechado de él y antes del procesamiento, la pena, en el caso de la primera parte será de reclusión de 6 meses a 3 años y en el caso del aparte anterior, la reclusión será de 1 a 5 años e inhabilitación temporal para cargos públicos».

2. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 255: Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que sustrajere, ocultare, destruyere o inutilizare objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público. Si el culpable fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos».

3. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 396 (Alteración o destrucción de objetos colocados bajo el poder público):

- 1. Quien destruyere, dañare, inutilizare o de cualquier forma sustrajere al poder público, al cual está sujeto, documento o cualquier otro objeto móvil, puesto bajo la guarda de funcionario competente, o por éste confiado a su guarda o a la de un tercero, será penado con prisión de hasta 4 años y multa de hasta 200 días.*
- 2. Si el autor del delito fuere funcionario a cuya guarda el objeto hubiese sido confiado, será penado con prisión de 1 a 5 años y multa de 200 días.*
- 3. Cuando del delito no resultare perjuicio para el Estado u otra persona, o el perjuicio fuere de pequeña gravedad, la pena será de hasta un año de prisión o de hasta 60 días de multa».*

4. Austria (1973)

«C.P. de Austria (1973), art. 273:

1. *Será reprimido con pena privativa de libertad de hasta seis meses o con pena de multa de hasta 300 fracciones de un día, el que destruya, dañe, quite o modifique un escrito del que sabe que ha sido fijado o expuesto por un órgano público para general conocimiento o lo haga en todo o en parte ilegible y de este modo dificulte o impida la finalidad de que llegue a ser conocido el documento.*
2. *Se aplicará en su caso lo dispuesto en el art. 269, apartado 4.*
3. *No se impondrá la pena prevista en el apartado 1 al que voluntariamente y antes de que tenga noticia de su culpabilidad un órgano público consiga que se logre la finalidad perseguida por el edicto o bando sin perjuicio esencial».*

5. Panamá (1982)

«C.P. de Panamá (1982), art. 348: *El que sustraiga, suprima, destruya o altere algún instrumento, acta o documento que pertenezcan o reposen bajo la custodia de una oficina pública, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.*

Si el autor fuere el mismo servidor público que por razón de sus funciones tenía la custodia de los instrumentos, actas o documentos la sanción será por uno a cuatro años de prisión.

Si el perjuicio causado ha sido leve o si el autor ha restituido íntegro el instrumento, acta o documentos, sin haber derivado provecho de ellos y antes de que se dicte la providencia cabeza del proceso, la sanción será reducida hasta las tres cuartas partes.

Si la entrega se verifica en las condiciones expresadas en el párrafo anterior, después de iniciado el sumario y antes de que se haya dictado el auto de enjuiciamiento, la sanción se reducirá hasta la mitad».

9

Sustracción de objetos requisados

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Comportamiento típico: a) *La existencia de objeto requisado por autoridad*. b) *La sustracción de los objetos*. VI. Elemento subjetivo. VII. Consumación y tentativa. VIII. Penalidad. IX. Participación. X. Concurso de delitos. XI. Legislación extranjera: 1. *Proyecto de Código penal suizo (1918)*. 2. *Portugal (1982)*.

Art. 373: «El que sustrae objetos requisados por la autoridad será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años».

I. ANTECEDENTES LEGALES

El Código penal de 1924 a través del artículo 324 tenía la siguiente redacción: «El que substraiera objetos requisados por la autoridad o puestos bajo su custodia, será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de tres a treinta días».

La fuente extranjera de donde se extrajo el modelo tanto para la figura del código de 1924 y de 1991 está constituido por el artículo 258 del proyecto de Código penal suizo de 1918⁽¹¹¹⁵⁾.

(1115) Véase *infra* Legislación extranjera.

II. LA FIGURA PENAL

Estamos ante una figura especial de hurto, donde la cosa objeto de la acción ilícita se halla bajo la esfera de posesión pública. El hurto en estas condiciones ha merecido una elevación de sanción punitiva. Es solitaria la presencia normativa de esta figura especial en el contexto de las legislaciones comparadas. Sólo el singular celo maximalista del legislador peruano ha permitido la existencia de este tipo penal específico, vinculado al efecto requisamiento.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal está específicamente representado por el interés del Estado de garantizar la existencia bajo custodia de determinados objetos, que son, o lo serán en un futuro, de utilidad para la administración pública.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo cualquiera: un particular (dueño, poseedor o no), funcionario o servidor público. La autoría puede ser simple o en coautoría. El autor puede valerse de instrumentos ⁽¹¹¹⁶⁾ para cometer el hecho, situación en la que responderá a título de autoría mediata, o puede el sujeto determinar la comisión de delito (imputación a título de determinador).

Es sujeto pasivo el Estado. La norma penal menciona como sujeto exclusivo o la autoridad, por lo mismo, no puede ser cualquier funcionario quien ordena la requisa: de no ser autoridad el que dispone, el hecho será atípico.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El tipo penal es de contenido simple, pues posee un solo verbo rector: el verbo sustraer. Sus componentes materiales son dos: a) la

⁽¹¹¹⁶⁾ Es decir de personas que actúan sin conocimiento, ni dominio real del hecho ilícito, y que son utilizadas por el sujeto activo del delito. Véase PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Lima, Grijley, 1997, p. 340 y ss.; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Editorial San Marcos, 1998, p. 297 y ss.

existencia de objeto requisado por autoridad y b) la sustracción de los objetos.

a) *La existencia de objeto requisado por autoridad*

La figura penal presupone que existan objetos que hayan sido requisados por la autoridad. Esto define un estado previo material de existencia de objetos para que pueda ser típica la acción de sustraer. De forma que si los objetos sustraídos no son producto de requisa por autoridad, la acción deviene atípica en el caso de la figura 373, pudiendo subsumirse en la tipicidad de la figura 372, o del hurto simple (art. 185).

- *La requisa.* Es un procedimiento técnico de carácter policial o judicial y por la cual se confiscan o incautan objetos de diversa procedencia o en relación específica con actividades delictivas (producto del contrabando, del tráfico ilícito de drogas, instrumentos relacionados a delitos contra la vida, bienes muebles producto de delitos económicos, etc.).
- *La autoridad que requisa.* La requisa puede ser ordenada por autoridad policial, penitenciaria, judicial, administrativa (fiscal-aduanera, etc.). La figura legal no ha agregado al término *autoridad*, el predicado *competente*, no obstante tal omisión, es de lógica jurídica subsumirla en el tipo. No se requiere que exista necesariamente proceso en trámite, ni que se haya iniciado judicialmente (lo que explica las requisas hechas post-proceso, o las iniciadas antes de proceso a nivel policial o por orden del Ministerio Público).
- *El objeto requisado.* Dichos objetos corresponden pues a los obtenidos mediante tales operativos o procedimientos técnicos. No constituirá objeto requisado el embargado o el dado en custodia a un funcionario público o tercero, pues no obstante el origen (que puede provenir de requisa) la situación jurídica de la tenencia o posesión jurídica del objeto ha cambiado de naturaleza y calidad. El destino de los objetos requisados es asunto irrelevante para la figura delictiva.
- *Requisa, decomiso o incautación.* El decomiso o comiso es una sanción accesoria contemplada a nivel de consecuencias jurídicas del delito (arts. 102 y 103 del Código penal), que implica la pérdida de los objetos (o efectos) incautados provenientes de la infracción

penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Pero para ser aplicada dicha consecuencia accesoria necesariamente debe haberse producido la incautación respectiva de dichos objetos. De ahí concluimos que el elemento común que es utilizado para que se genere el objeto requisado o el decomisado es la incautación a nivel de confiscación (requisa) en sentido restrictivo o confiscación en sentido amplio (decomiso). Resumiendo, la requisa y el decomiso son especies del genero incautación, que tiene naturaleza jurídica distinta.

b) La sustracción de los objetos

Cabe aquí lo dicho en capítulos anteriores sobre el sentido y amplitud de la acción típica ⁽¹¹¹⁷⁾. La sustracción, es decir, la remoción o desplazamiento del objeto ⁽¹¹¹⁸⁾ de la esfera de dominio oficial debe ser de objetos requisados por autoridad. No es relevante para la consumación de la figura qué es lo que hace con el objeto el sujeto activo: si lo destruye, regala, deja tirado, lo vende, esconde, etc. En este último caso (esconder), si el objeto tenía en la esfera pública un destino de medio de prueba, habrá concurso con la figura 372.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

La acción de sustraer, para constituir actividad delictiva tiene que ser necesariamente dolosa. De ahí que las remociones o desplazamientos del objeto carentes de tal componente subjetivo (por culpa, fuerza mayor) son irrelevantes para el derecho penal. El tipo no requiere una finalidad especial, por lo mismo el dolo eventual perfecciona la tipicidad a nivel subjetivo.

El error de tipo invencible, hace atípica la figura por falta del elemento cognoscitivo del delito. El error de tipo vencible atenúa la penalidad.

⁽¹¹¹⁷⁾ Véase *supra*, p. 1043 y ss.

⁽¹¹¹⁸⁾ Sobre el concepto "*objeto*", véase *supra*, pp. 1026-1027.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito es de simple actividad, de naturaleza activa, de carácter instantáneo, que se consuma con la actividad de alejamiento del objeto de la esfera de custodia oficial. El tipo no requiere necesariamente que el sujeto activo haya tenido capacidad de disposición.

Admite formas de tentativa, pues el acto de sustraer admite fraccionamiento, pudiendo ser objeto de inacabamiento (tentativa inacabada), frustración del acto (delito frustrado o tentativa acabada) o desistimiento voluntario.

VIII. PENALIDAD

Pena simple: privativa de libertad de 2 a 4 años.

IX. PARTICIPACIÓN

Cabe toda forma de participación. Complicidad primaria, complicidad secundaria, instigación al acto doloso de sustracción. La participación en los actos de tentativa son igualmente reprimibles a título de complicidad en tentativa de delito. La tentativa de participación es irrelevante penalmente.

X. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de hurto (art. 185) si el objeto no es requisado por autoridad, o lo es en parte.
- Con el delito de violación de medios de prueba (art. 372).
- Con el delito de peculado (art. 387).
- Con el delito de robo agravado (art. 189).

XI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. *Proyecto de Código penal suizo (1918)*

«Proyecto de Código penal suizo (1918), art. 258: *El que sustrajere objetos requisados por la autoridad o puestos bajo su custodia será castigado con prisión o con multa*».

2. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 397: *Quien destruyere, dañare, inutilizare o sustrajere cosa que hubiese sido legalmente embargada, secuestrada, aprehendida u objeto de providencias cautelares, de forma tal que perjudicare, total o parcialmente, la finalidad de estas providencias, será penado con prisión de hasta 3 años o multa de hasta 100 días*».

DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

1. EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN DECLARADA INFUNDADA POR EXISTENCIA DE FALLO SUPREMO EN VÍA DE AMPARO

«El art. 5 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 126 establece que la excepción de naturaleza de acción procede cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable; pero estando a la Resolución Judicial emitida por la Corte Suprema de 07 de junio de 1995 que confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la acción de garantía de amparo y ordena que la demandada INADE pague las pensiones y demás beneficios económicos que como pensionistas, le corresponde a cada agraviado, de lo que han hecho caso omiso; consecuentemente se debe declarar infundada la excepción de naturaleza de acción interpuesta» (Ejecutoria Suprema de 5 de marzo de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2777-97, Exp. N° 2311-97, Lima).

2. VIOLENCIA Y RESISTENCIA, ENCUBRIMIENTO REAL Y DENEGACIÓN RETARDO DE JUSTICIA: NO HABER MÉRITO PARA PASAR A JUICIO ORAL

«La desaparición de cuatro denuncias atribuidas al procesado durante el período en que se desempeñó como encargado de la mesa de partes de la 19ª Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, originadas por desconocimiento de la forma correcta en que debía proceder, sin que existan elementos de prueba idóneas y suficientes que denoten intención dolosa de desobedecer las órdenes impartidas por el Fiscal Provincial, ni de ocultar pruebas y documentos que sirvan de prueba, o de dificultar la acción de la justicia; por lo que se estima que lo resuelto por el colegiado en el sentido de no haber

mérito para pasar a juicio oral, está arreglado a Ley» (Ejecutoria Suprema de 4 de marzo de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema, Exp. N° 3238-97, Lima).

3. DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA: CONDUCTA ATÍPICA

«El volver a ingresar al terreno del cual fue desalojado el acusado, vía reivindicación y entrega de terrenos, no se adecua a la hipótesis legal de desobediencia a la autoridad, resultando por lo mismo atípica de esta figura delictiva» (Ejecutoria Suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 665-97, Piura).

4. DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: MERA INCRIMINACIÓN DE PARTE AGRAVIADA ES INSUFICIENTE PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD PENAL

«La mera incriminación de la agraviada de que el acusado se arroga funciones de administrador, es absolutamente insuficiente para acreditar los cargos formulados en su contra, si es que no se ha acreditado fehacientemente que se haya resistido o haya obstruido la labor del nuevo administrador, conforme lo había dispuesto el juzgado agrario» (Ejecutoria suprema de 7 de octubre de 1997, Exp. N° 5109-96).

5. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA

«La conducta de los acusados que se circunscribió a impedir sus propias detenciones, queda dentro de los alcances de la excusa legal absolutoria prevista en el artículo 368 del Código penal, al reconocer que una persona puede resistirse a su detención, más aún cuando en autos no se ha establecido que los encausados fueran intervenidos en circunstancias de flagrante delito» (Ejecutoria Suprema de 27 de agosto de 1997, Exp. N° 717-96, Lima).

6. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD: IGUALDAD DE SITUACIÓN JURÍDICA, IGUALDAD DE DERECHO Y ABSOLUCIÓN A AUSENTES

«La situación jurídica de los acusados ausentes es similar a la de los absueltos, a quienes no se les encontró responsabilidad por los hechos materia de juzgamiento, por lo que es del caso absolverlos» (Ejecutoria Suprema de 16 de julio de 1997, Exp. N° 3713-96, Huánuco).

7. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:

INTEGRACIÓN DE SENTENCIA

«La Sala Penal Superior al dictar la sentencia e imponer al procesado pena privativa de libertad de ejecución suspendida condicionalmente no ha precisado las reglas de conducta a que se encuentra sujeto conforme al artículo 58 del Código penal, resultando procedente integrar dicho fallo conforme a la facultad conferida por el penúltimo párrafo del art. 298 del Código de Procedimientos Penales, modificado por Decreto Legislativo N° 126: le impusieron las siguientes reglas de conducta...» (Ejecutoria Suprema de 12 de noviembre de 1996, Exp. N° 5086-95-B, Callao).

8. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:

LA REPARACIÓN CIVIL NO ES REGLA DE CONDUCTA

«En los casos en que se imponga pena privativa de libertad de ejecución suspendida condicionalmente no es procedente que se fije como regla de conducta el pago de la reparación civil, pues su ejecución está normada por el artículo 101 del Código penal» (Ejecutoria Suprema de 31 de octubre de 1996, Exp. N° 5302-95-B, Puno).

9. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:

GRADUACIÓN DE PENA Y SUJETO PASIVO

«La graduación de la pena debe ser el prudente resultado del análisis lógico jurídico de la prueba actuada, en función de la gravedad de los hechos cometidos, de la responsabilidad del agente y de sus condiciones personales como lo establecen los artículos 45 y 46 del Código penal.

Que de otro lado, siendo el Estado el ente agraviado en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad y contra la función jurisdiccional deviene impropio tenerse también como agraviados a la Policía Nacional del Perú y a los policías víctimas de la agresión» (Ejecutoria Suprema de 14 de octubre de 1996, Exp. N° 4649-95-B, Arequipa).

10. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:

NO CONSTITUCIÓN EN PARTE CIVIL NO DA PERSONERÍA PARA INTERPONER RECURSOS

«Al no haberse los agraviados constituido en parte civil, no tienen la personería que confiere el artículo 58 del Código de Procedimientos Penales para interponer los recursos a que se refiere dicho numeral; declararon insubsistente el concesorio e improcedente el recurso de nulidad» (Ejecutoria Suprema de 10 de setiembre de 1996, Exp. N° 3763-95-B, Puno).

**11. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:
APLICACIÓN DE RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO**

«La reserva del fallo condenatorio previsto en el art. 62 del Código penal viene a ser una figura jurídica que constituye una alternativa a las penas privativas de libertad, siendo aplicable a los agentes que por la modalidad del hecho punible y su personalidad, hicieran prever que esta medida les impedirá cometer delito, sujetándose a las reglas de conducta y al régimen de prueba que establezca el juzgador» (Ejecutoria Suprema de 1 de diciembre de 1995, Exp. N° 2583-95 [*Normas Legales*, diciembre, 1996, p. A-25]).

**12. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA
AUTORIDAD—USURPACIÓN DE INMUEBLE: ATIPICIDAD**

«No se han dado los presupuestos para la realización del delito de desobediencia o resistencia a la autoridad si los encausados cumplieron con la orden impartida por el Juez Penal, es decir, desocupar el inmueble materia de la litis; que éstos hayan ingresado nuevamente a dicho inmueble sin mandato o autorización expresa, constituye el delito de usurpación» (Ejecutoria Suprema de 1 de septiembre de 1995, Exp. N° 2240-94-B [ROJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Lima, Legrima, 1997, p. 233]).

13. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: HECHO NO PUNIBLE

«La violencia o resistencia desplegada con el objeto de impedir la propia detención no constituye hecho punible» (Ejecutoria del 14 de febrero de 1994, Exp. N° 06-93-Lima [*Normas Legales*, octubre, 1995, p. J-41]).

14. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: EXIMENTE DE PENA

«Si bien el artículo 368 del Código penal establece que se incurre en dicho ilícito cuando se desobedece o resiste a una orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, también lo es que el propio tipo penal incluye una eximente o acto permitido, que se da cuando se trata de la propia detención, que, habiendo los acusados evitado su aprehensión aun mediante el desobedecimiento y la resistencia, no les alcanza responsabilidad por este delito» (Ejecutoria Suprema de 9 de junio de 1994, Exp. N° 2371-93, Callao).

15. DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«Si el agraviado fue restituido en sus derechos como socio del Club de la Unión en cumplimiento a lo ordenado en la Ejecutoria Suprema que otorgó

la acción de amparo interpuesta por el agraviado, ello indica que la Institución referida ha acatado el mandato del órgano jurisdiccional; que, dicho mandato sólo se refiere a respetar los derechos del ciudadano accionante, pero que de ninguna manera implica que la institución, a través de los cauces legales preestablecidos pueda reiniciar el procedimiento» (Ejecutoria Suprema de 14 de agosto de 1992, Exp. N° 1176-91-A, Lima).

16. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«No incurre en la comisión del delito de violencia y resistencia a la autoridad la persona que no fue legalmente notificada con la orden de entregar determinados bienes decomisados» (Ejecutoria Suprema de 20 de septiembre de 1985, Exp. N° 392-85, Lima [*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 273]).

17. RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD: PRECISIONES CONCEPTUALES

«El delito de resistencia o desobediencia a la autoridad previsto y sancionado en el art. 322 del Código penal (de 1924), presupone la ejecución actual o inminente de un mandato u orden dictada por la autoridad en ejercicio de sus funciones; que no puede haber resistencia o desobediencia basada en el incumplimiento de una resolución que crea un estado, pues una cosa es resistir o desobedecer a un funcionario y otra es violar un deber jurídico» (Ejecutoria Suprema de 21 de febrero de 1985, Exp. N° 290-85, Piura).

18. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD: DEFINICIÓN

«La desobediencia es la rebeldía u oposición abierta, hostil y maliciosa acompañada de actos de contradicción decidida y resuelta, al cumplimiento de un mandato u orden en curso de ejecución, expreso y personal de la autoridad en el ejercicio de sus funciones» (Ejecutoria Suprema de 16 de octubre de 1981, Exp. N° 922-81 [*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1982, p. 139]).

19. DELITO DE DESOBEDIENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: COMISIÓN DE DELITO DIFERENTE

«Si los encausados cumplieron con la orden del Juez Penal al desocupar el inmueble materia de litis, quedando el agraviado en posesión del mismo, no constituye delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, si éstos ingresan nuevamente a dicho inmueble sin mandato o autorización expresa, toda vez que ello constituye delito de usurpación (Ejecutoria Suprema del 1/9/95, Exp. N° 2240-94 La Libertad. ROJASSI PELLA, Carmen, Ejecutorias Supremas Penales 1993-1996, Lima, Legrima, 1997, p. 223).

20. DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:

DEPOSITARIO JUDICIAL

«En autos existen suficientes elementos probatorios que acreditan la participación de la acusada en la comisión del acto ilícito materia de juzgamiento, quien fue nombrada depositaria judicial de unos artefactos eléctricos, pues al ser requerida bajo apercibimiento de ley se negó a devolver dichos artefactos, lo que se encuentra corroborado con las actas de entrega, resolución de requerimiento así como por su propia declaración instructiva donde reconoce en parte los hechos (Ejecutoria Suprema del 4 de noviembre de 2002, Exp. N° 58-2000 Lima. Salazar Sánchez, Nelson Delitos contra a administración pública jurisprudencia penal, Lima Jurista editores, 2004, p. 74).

21 RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: PROPIA DETENCIÓN.

EXCUSA ABSOLUTORIA

«Aparece de autos que el procesado al pretender darse a la fuga luego de colisionar su vehículo contra una móvil que se hallaba estacionada, fue intervenido por un efectivo policial, resistiéndose a ser conducido a la Delegación policial, negándose a mostrar sus documentos, conducta que se configura en el delito de resistencia a la autoridad, sin embargo este dispositivo legal establece la salvedad cuando se trate de la propia detención, lo que ha ocurrido en el presente caso (Ejecutoria Suprema del 22 de abril de 2002, Exp. N° 3220-2001 Lima. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, Delitos contra a administración pública jurisprudencia penal, Lima Jurista editores, 2004, p. 84).

22. VIOLACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

«El delito contra la administración pública, previsto en el artículo 372 del Código penal, se configura cuando se perpetra la sustracción, ocultamiento, destrucción o inutilización de objetos o documentos que obran en poder de persona distinta al agente; circunstancia que no se da en el presente caso; que, conforme aparece del expediente, el acusado fue absuelto en el proceso que se le siguió por delito de apropiación ilícita del que deriva estos autos y siendo así no habría tenido obligación de entregar los libros a que se refiere el acotado proceso conexo, y además no se ha probado que actuó en forma dolosa (Ejecutoria Suprema del 26 de octubre de 2000, Exp. N° 2289-2000 Lima. ROJAS VARGAS, Fidel jurisprudencia penal procesal penal, Lima, Idemsa, 2002, p. 77, Sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa para procesos ordinarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 5 de octubre de 1998, Exp. N° 211-98, p. 79).

TÍTULO TERCERO

DELITOS DE DESACATO

SUMARIO: I. Aspectos históricos. II. Modelos legislativos de desacato. 1. España. 2. Francia. 3. Italia. 4. Alemania. III. Desacato o injurias: Tendencias de derecho comparado. IV. Aspectos de técnica legislativa en el Código penal peruano. V. Relevancia jurídica del desacato en el Perú.

I. ASPECTOS HISTÓRICOS

El desacato en el derecho romano era un delito de «lesa majestad», vale decir, que ofendía o injuriaba a la dignidad de los magistrados y pontífices, siendo por lo mismo un ilícito de suma gravedad. Como ya hemos referido, magistrados eran, en el pensamiento jurídico y de poder romano, tanto el cónsul, el pretor, cuestor, tribuno, como el príncipe y mandatario. Por lo mismo, la dirección de la injuria propia del desacato abarcaba a la totalidad del Estado romano, que en el lenguaje del *Digesto* se representaba con la frase «contra el pueblo romano o contra su seguridad»: *Maiestatis autem crimen illud est, quod, adversus populum Romanum, vel adversus securitatem eius committitur* ⁽¹¹¹⁹⁾. La injuria, como el contenido fundamental del delito, tenía en Roma una denotación más amplia que su significación actual. En palabras del notable jurista LABEON, citado por ULPIANO, «se hace injuria o me-

⁽¹¹¹⁹⁾ *Digesto*, Lex Julia relativa a la majestad, Libro XLVIII, Título IV.

diante una cosa o con palabras; mediante una cosa siempre que se emplean las manos, pero con palabras cuando no se emplean las manos y se hace afrenta. Y toda injuria o es inferida al cuerpo, o se refiere a la dignidad» ⁽¹¹²⁰⁾. Era injuria matar o lesionar al magistrado o emperador u ofender su honor, siendo merecedoras dichas conductas –que necesariamente debían cometerse con dolo malo, es decir, con intención de dañar– de sanciones de gran severidad que llegaban hasta la pena de muerte.

Tenemos así producto del derecho penal romano los dos elementos históricos del desacato: la violencia física y la ofensa. Los códigos modernos sólo rescataron la ofensa como elemento constitutivo del desacato y agregaron la intimidación o amenaza como modalidad atenuada de violencia, además de otros componentes particulares como el desorden. Asimismo, se ha despersonalizado el contenido de la ilicitud del desacato, de tal forma que es la función y no la persona el centro del interés político de la norma penal.

II. MODELOS LEGISLATIVOS DE DESACATO

1. España

Los antiguos códigos españoles de 1822, 1848-50, 1870 y 1928 y los más recientes de 1940 y el refundido de 1973 trataron el desacato como una de las diversas figuras delictivas de los «Delitos contra la seguridad interior del Estado» (sólo el de 1870 lo consideró «contra el orden público»). En el código de 1822 aún no existía una definición normativa estricta del desacato, el cual hallábase confundido con otras conductas de atentado y coacción contra funcionarios públicos. La autonomía típica se producirá con el Código penal de 1850, que en su artículo 192 ofreció un esquema paradigmático interesante ⁽¹¹²¹⁾ que sería tomado como modelo para los subsiguientes códigos.

⁽¹¹²⁰⁾ *Digesto*, Libro XLVII, Título X.

⁽¹¹²¹⁾ Código penal de España de 1850, art. 192: “Cometen desacato contra las autoridades: 1) los que perturbaren gravemente el orden de las sesiones en los cuerpos colegisladores, y los que injurian, insultan o amenazan: Primero. A un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el senado o en el congreso. Segundo. A los ministros de la corona o a otra autoridad en el ejercicio de sus cargos. Tercero. A un superior suyo con ocasión de sus funciones. En todos estos casos la provocación al duelo, aunque sea privada o embozada, se reputará amenaza grave para todos los efectos de este artículo”.

El Código penal español de 1973 volvió a ubicar el desacato como un delito contra la seguridad interior del Estado, aunque ya en el texto de 1940 se había regresado a tal sistematización (arts. 240 a 245).

La historia legislativa penal española nos ofrece, en un marco de excepción, las repercusiones de los vaivenes políticos en los diseños político-criminales de las normas penales, vaivenes siempre oscilantes entre posiciones conservadoras (1850-1928-1973) y liberales (1822-1870-1995). El código de 1995 producto de las presiones político-democráticas ha derogado de su texto legislativo la mención al desacato, conservando la modalidad de perturbación grave del orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos de cualquier autoridad en oficina o establecimiento público ⁽¹¹²²⁾. El desacato por lo general ha sido contemplado, en la legislación penal española que corre de 1822 hasta antes de la vigencia del Código penal de 1995, con una penalidad muy moderada, no superando los dos años de prisión más multa.

2. Francia

El derecho penal francés, a través de sus fórmulas de ultrajes (*outrage*) y violencias contra los depositarios de la autoridad y la fuerza pública recogida en los arts. 222 al 233 del código de 1810, ofreció a la comunidad jurídica mundial un modelo ampliamente casuístico sobre desacato, en función a los *medios* (palabras, imágenes, escritos, amenazas, gestos, actos de violencia, golpes y demás vías de hecho), a los *resultados producidos* (heridas, efusión de sangre, enfermedad, o muerte), el *lugar* (audiencia de tribunal), la *calidad de los afectados* (magistrados, miembros del jurado, oficial ministerial, agente depositario de la fuerza pública, ciudadano encargado de un ministerio de servicio público, comandante de la fuerza pública) y el *modo* (en ejercicio de funciones o con motivo de dicho ejercicio). Recoge el paradigma francés, de dicha manera, el legado romanista de las injurias reales y verbales como contenidos básicos del desacato. Las penalidades variaban desde las más tenues de 15 días a dos años para el ultraje de palabra al honor o delicadeza del Magistrado, hasta la de trabajos forzados a perpetuidad y pena de muerte en los casos más graves.

⁽¹¹²²⁾ Véase *infra* Legislación extranjera, el modelo legal español derogado de desacato.

El actual Código penal francés vigente desde 1993 ha resumido en un solo artículo su modelo de *outrage* o desacato, estableciendo 5 modalidades atenuadas y agravadas en el texto del art. 433, sancionadas exclusivamente con multa o con un sistema doble de privación de libertad y multa respectivamente, siendo notorio el contraste punitivo con lo señalado en el código de 1810, por cuanto el máximo de pena privativa es de 1 año en el de 1993.

3. Italia

El esquema italiano de desacato de 1889 (arts. 194 al 200) con un rigor punitivo superior a los modelos españoles del siglo XIX también sigue la tendencia casuística del código francés, pero contiene un dispositivo singular en su art. 199 que excluye la tipicidad de los delitos de *oltraggio* (ultraje o desacato) cuando el funcionario público haya dado motivo al hecho ultrajante, traspasando con actos arbitrarios los límites de sus atribuciones.

El Código penal italiano vigente (1930) contempla cinco clases de desacato en función al destinatario de la ofensa:

- 1) El desacato por ofensa al honor o prestigio del funcionario público (art. 341).
- 2) El desacato por ofensa al prestigio de un organismo corporativo público (art. 342).
- 3) Desacato por ofensa al honor o prestigio de un magistrado en audiencia (art. 343).
- 4) Desacato al empleado público (art. 344).
- 5) Desacato por desprecio, sacando o rompiendo los escritos y dibujos fijados o expuestos al público por orden de la autoridad (art. 345).

El código de 1930, en vigencia, conforme a lo ya mencionado, mediante los arts. 341 al 345 ha criminalizado el ultraje a funcionario público, a un cuerpo político, administrativo o judicial, al magistrado en audiencia y al empleado público. Las penas oscilan de 15 días a 4 años. El núcleo del injusto penal para el código italiano es la ofensa al honor o el prestigio del funcionario público a causa o en el ejercicio de sus funciones. La extensión del desacato a los actos contra el

empleado está considerada como una forma atenuada del delito. El art. 345 regula una específica modalidad de desacato consistente en quitar, romper o hacer ilegible o inservible de cualquier otra forma, y en manifiesto desprecio a la autoridad, escritos o diseños fijados o expuestos al público por orden de la autoridad, la cual castiga con multa.

4. Alemania

La legislación penal alemana actual no contempla la figura del desacato considerando su contenido de ilicitud como un caso de injurias que se reconducen mediante los tipos comunes 185 al 187 de su texto penal vigente. Idéntica orientación político criminal siguen los códigos penales de Austria, Suiza y, en menor proporción, el español vigente.

III. DESACATO O INJURIAS: TENDENCIAS DE DERECHO COMPARADO

Son ya varios los códigos europeos que han derogado sus figuras penales de desacato por considerar que la permanencia de una figura de tal naturaleza contribuye a establecer diferencias no justificadas entre las personas, quebrando ello principios de igualdad ante la ley al crear ciudadanos privilegiados protegidos por el Estado mediante conminaciones penales más severas que las reservadas para las injurias comunes.

El reciente texto penal español refuerza esta tendencia al decriminalizar la conducta de desacato contra los funcionarios públicos, sumándose así a los ejemplos alemán, austriaco y suizo. En el fondo entran en juego no tan sólo cuestiones de contenido penal (de bien jurídico) sino también y principalmente temas de naturaleza constitucional-social como la libertad de expresión y de crítica. Los funcionarios públicos no pueden ser considerados sujetos al margen de las vicisitudes de los ciudadanos comunes, en cuanto a ser pasibles de cuestionamientos severos por sus actos o a consecuencia de los mismos. La figura del desacato tradicionalmente ha sido utilizado como un mecanismo de presión autoritaria que no concuerda con los principios que sustentan un sistema democrático de convivencia. El debate rebasa así los estrechos marcos de si es el honor o la administración

pública el bien jurídico tutelado ⁽¹¹²³⁾. QUERALT, por citar un autor, es de la opinión que los delitos de desacato son incasables con un planteamiento propio de un Estado Democrático, pues suponen una transpersonalización, es decir, atribuir a las instituciones y no a las personas los atributos de éstas ⁽¹¹²⁴⁾.

El contenido de ilicitud del desacato se subsume perfectamente en las figuras comunes de injuria o calumnia, que es ahí donde, de *lege ferenda*, deberían contemplarse cuando la ofensa va dirigida al funcionario público ⁽¹¹²⁵⁾. Sobre esto último el Código penal alemán, a diferencia del suizo y el austriaco que no hacen diferencias, mediante el art. 187-A ha considerado como una circunstancia agravante del delito de injurias, cuando la ofensa va dirigida contra personas que desarrollan su actividad en «la vida política del pueblo» ⁽¹¹²⁶⁾, eufemismo empleado para no referirse directamente a los funcionarios públicos y en cierto modo también a los servidores públicos.

La reforma alemana al texto común de las injurias y difamaciones, se fundamenta en la idea de que «la finalidad de la norma se encamina a la protección del sujeto en su obrar público, teniendo en cuenta que el riesgo de padecer determinadas agresiones contra su honor aumenta considerablemente respecto a ciudadanos particulares. Por ello la permisividad de estas conductas puede llegar a poner en peligro la libertad del comportamiento político, por tanto los fun-

⁽¹¹²³⁾ Al respecto, véase ANGELES GONZÁLES / FRISANCHO APARICIO, *Código penal*, cit., T. VII, p. 3195, quienes defienden la permanencia del desacato como figura penal, proponiendo su perfeccionamiento técnico-legislativo.

⁽¹¹²⁴⁾ QUERALT, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., Vol. II, p. 642.

⁽¹¹²⁵⁾ “Por lo tanto, con carácter general, los insultos a autoridades, sus agentes o funcionarios públicos, deberán tratarse en su caso como delitos comunes de injuria o calumnia, y por ello, sometidos al régimen de persecución a instancia de parte, si bien las ofensas dirigidas a funcionarios públicos por hechos concernientes al ejercicio de sus cargos sólo requerirán de la previa denuncia del ofendido” (QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, cit., p. 356, en referencia al caso español).

⁽¹¹²⁶⁾ Sobre el tema véase en amplitud en ALVAREZ VISCAYA, Maité, *Libertad de expresión y principio de autoridad: El delito de desacato*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 88 y ss.

damentos de la democracia» ⁽¹¹²⁷⁾. Razones, obviamente, nada desatendibles.

En América Latina, el Código penal de Colombia de 1980 no regula la figura del desacato al funcionario, figura que sí se hallaba presente en el art. 286 del viejo código de 1837. Sin embargo, mantiene el desacato por perturbación de actos oficiales (art. 165 del código de 1980).

El Congreso peruano se ha pronunciado recientemente por considerar al desacato ofensivo un supuesto comprendido en los alcances de tipicidad del delito de injurias, presupuesto que fundamenta la dación de la Ley N° 27975 que elimina del Código penal el artículo 374 referido al desacato ofensivo.

IV. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO ⁽¹¹²⁸⁾

La Sección III del Capítulo I (Título XVIII) que contiene las figuras delictivas peruanas de desacato presentan las siguientes características técnico-legislativas.

El *artículo 374*, hoy derogado por la Ley N° 27975, era un tipo de desacato ofensivo cuyo núcleo rector era el agravio a la dignidad o el decoro del funcionario público. Los medios de comisión podían ser diversos, precisando la norma dos formas: la *amenaza* y la *injuria*.

Se trataba de un tipo penal que estaba condicionado al ejercicio de funciones por parte del sujeto público, poseyendo naturaleza genérica.

Era un tipo penal de actividad y peligro de comisión activa que podía asumir naturaleza omisiva. Poseía cierta complejidad en cuanto a las modalidades de comisión: *ofender con la amenaza* –ofender con la injuria– u *ofender de cualquier otra manera*.

⁽¹¹²⁷⁾ Sentencia del 30 de noviembre de 1955 del Tribunal Constitucional alemán, citado por ALVAREZ VISCAYA, *Libertad de expresión y principio de autoridad: El delito de desacato*, cit., p. 94.

⁽¹¹²⁸⁾ La dación de la Ley N° 27975 (29 de mayo de 2003) al derogar la figura penal de desacato ofensivo del artículo 374, ha dejado como única figura de desacato los comportamientos descritos en el tipo penal 375. Se ha preferido dejar intacto los comentarios y análisis sobre el tipo penal 374 a efectos de un marco de referencia.

Era un tipo penal, que en cualquiera de sus tres modalidades se consumaba instantáneamente.

Poseía una forma agravada en el caso de ser el ofendido presidente de alguno de los poderes del Estado. La penalidad era elevada bajo tal circunstancia considerando lo contemplado en otros códigos extranjeros.

El *artículo 375* que contiene el desacato por desorden y por intromisión armada es una figura penal de dos modalidades delictivas, de resultado la primera y de actividad la segunda, ambas de naturaleza comisiva activa. No admiten formas de realización omisiva.

Se trata de un tipo penal simple. Los verbos rectores son: *causar desorden y entrar armado*.

Es un tipo penal específico circunscrito a determinados espacios públicos. Su penalidad es mínima y alternativa.

V. RELEVANCIA JURÍDICA DEL DESACATO EN EL PERÚ

La figura penal del desacato tiene en el Perú un mínimo rango de vigencia práctica, a diferencia de lo que ocurrió con el anterior Código penal de 1924.

El que los funcionarios y jueces raramente denuncien y procesen (estos últimos) por actos de desacato tiene dos explicaciones, ambas acertadas. La *primera* radica en la labor de prevención que juegan los dispositivos de control administrativo-disciplinario, que hacen innecesaria la aplicación de las normas penales. La *segunda* razón es inherente a la pérdida de vigencia histórica de una medida político-criminal autoritaria (sobre todo en la primera modalidad de desacato del Código penal peruano).

Los pocos casos de desacato que ingresan al ámbito jurisdiccional penal, usualmente son resueltos a nivel de juzgado. Son muy escasos los expedientes que ingresan a la Corte Suprema por este delito, los cuales por lo general van en concurso con otros tipos penales.

1

Desacato ofensivo ⁽¹¹²⁹⁾

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo: Autoría. V. Sujeto pasivo. VI. Comportamientos típicos: 1. *La ofensa y los medios comisivos: amenazas, injurias o de cualquier manera ofender*. 2. *El objeto del accionar delictivo: la dignidad y el decoro del funcionario público*. 3. *El nexo funcional y el momento de comisión típica*. VII. Elemento subjetivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Penalidad. X. Participación. XI. Fases negativas del delito. XII. Concurso de delitos. XIII. Circunstancia agravante. XIV. Jurisprudencia extranjera: 1. *Jurisprudencia española*. 2. *Jurisprudencia italiana*. XV. Legislación extranjera: 1. *Argentina (1922)*. 2. *España (1973)*. 3. *Italia (1930)*. 4. *Francia (1993)*. 5. *Brasil (1940)*. 6. *Guatemala (1973)*. 7. *Bolivia (1972)*.

Art. 374.- «*El que amenaza, injuria o de cualquier manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años*».

Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena no será menor de dos ni mayor de cuatro años». [Texto derogado por el Artículo Único de la Ley 27975 de 29 de mayo de 2003]

⁽¹¹²⁹⁾ Este tipo penal ha sido derogado por el artículo único de la Ley N° 27975 del 29 de mayo de 2003. De este modo, el desacato ofensivo ha pasado a ser un supuesto comprendido en los alcances de los delitos contra el honor regulados en el Capítulo Único del Título II del Libro Segundo del Código Penal (art. 130 y ss.). Mantenemos este subcapítulo por cuestiones didácticas.

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente directo inmediato es el artículo 328 del Código penal de 1924 ⁽¹¹³⁰⁾: «*El que provocara a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier manera ofendiera la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de tres a treinta días*».

La fuente extranjera de donde se copió el modelo, tanto en 1924 como en 1991, fue el artículo 244 del Código penal argentino de 1922, el mismo que es idéntico en sus componentes típicos al artículo 328 de 1924. Con la dación del código de 1991 fue suprimida la mención de la provocación a duelo y aumentada la penalidad, que en el código argentino es de quince días a seis meses.

II. LA FIGURA PENAL

El legislador peruano, tanto de 1924 como de 1991, ha optado por un paradigma escueto y genérico, a diferencia de otros esquemas como el español o italiano que reproducen en varios artículos diversas modalidades de desacato en atención a la calidad de los funcionarios y a las jerarquías ⁽¹¹³¹⁾, pero ha guardado distancias con modelos muy sintéticos como el del Código penal brasileiro (art. 331) ⁽¹¹³²⁾.

Cabe destacar que sólo se brinda tutela penal al funcionario público, mas no al servidor público, situación que sí es contemplada por ejemplo en el artículo 344 del código italiano vigente. Asimismo, tam-

⁽¹¹³⁰⁾ Por su parte el primer código peruano, el Código penal de 1863, ofreció el siguiente modelo: "Art. 152: *Cometen desacato contra la autoridad:*

1. Los que provocan a duelo, injurian o amenazan a un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones.
2. Los que causan grave perturbación del orden en los juzgados o tribunales, y en donde quiera que las autoridades públicas estén ejerciendo sus funciones.
3. Los que entran armados, manifiesta u ocultamente, al salón del Congreso o de cualquiera de las cámaras.
4. Los que impiden que un representante o funcionario público concurra a su cámara o despacho.
5. Los que resisten o desobedecen abiertamente a la autoridad".

⁽¹¹³¹⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

⁽¹¹³²⁾ Véase *infra* Legislación extranjera.

poco se ha incorporado una figura de desacato de ente o institución pública, más conocida como desacato corporativo.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal es proteger la dignidad y el prestigio de la función pública, garantizando jurídico-penalmente el debido respeto a los funcionarios públicos en ejercicio. Modernamente no se enfatiza la figura personal del funcionario, sino su representatividad jurídica como el objeto de la tutela ⁽¹¹³³⁾.

Es obvio que en el terreno práctico no sólo se lesiona a la función pública, sino al ser humano *funcionario*, en su honor o dignidad personal, no obstante a que la ubicación sistemática del tipo penal enfatice el bien jurídico «administración pública».

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Cualquiera puede serlo: un particular o un funcionario o servidor público, también un militar. No interesan los rangos o jerarquías.

V. SUJETO PASIVO

El Estado (sujeto pasivo genérico).

El funcionario ofendido (sujeto pasivo directo).

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El núcleo rector típico es: *ofender*.

El comportamiento típico del agente se desarrolla o ejecuta con el uso de medios ofensivos expresados con los verbos «amenaza», «injuria» o «de cualquier otra manera ofende».

1. La ofensa y los medios comisivos: amenazas, injurias o de cualquier manera ofender

No es la desobediencia sino la ofensa el contenido principal del desacato típico del artículo 374. La ofensa es el ultraje, el irrespeto cau-

⁽¹¹³³⁾ Así, véase en la doctrina francesa: MERLE, Roger y VITU, André, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, Paris, Editions Cujas, 1982, p. 321 y ss.

sado a la majestad oficial encarnada en el funcionario público. Al dañar o herir al funcionario se está lesionando indirectamente a la administración pública. El destinatario directo especial de la ofensa (el funcionario) y la lesión a la administración pública, ha originado que en la doctrina jurídico penal ⁽¹¹³⁴⁾ se hable del desacato como una variedad singular de la injuria de la cual tiene todos sus componentes objetivos y subjetivos, además de las circunstancias específicas aludidas que lo distinguen.

Nuestro Código penal, siguiendo el modelo argentino, técnicamente imperfecto, ha incluido dos medios comisivos específicos de ofensa (la amenaza y la injuria) y un complemento viabilizador delictivo genérico («o de cualquier manera»).

- *La amenaza* es el anunciar o poner sobre aviso al funcionario la probabilidad de ocasionarle un mal o perjuicio futuro, con el objeto de infundirle temor o intimidarle. Que esta amenaza pueda o no influir en el funcionario público es irrelevante, interesa tan sólo el valor objetivo de la amenaza anunciada que se convierte en una ofensa a la dignidad del funcionario público. Tiene que tratarse de amenazas directas, es decir, dirigidas a la persona del funcionario, personaje depositario y representante de la administración pública.
- *La injuria* en nuestra legislación penal está descrita en términos de ofensa o ultraje a la persona, mediante palabras, gestos o vías de hecho. Dicho concepto es restrictivo en cuanto a los medios ofensivos utilizados en relación a la ofensa propia del desacato que prevé el uso de cualquier otro medio. La ley penal peruana no diferencia entre injurias leves y graves. Se puede definir la injuria con palabras de MERLE-VITU, como toda expresión ultrajante en términos de menosprecio o invectiva que contiene la de-

(1134) Para una exposición amplia y mejor análisis véase ALVAREZ VISCAYA, *Libertad de expresión y principio de autoridad: El delito de desacato*, cit., p. 113 y ss. RODRÍGUEZ DEvesa considera que el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y la dignidad de la función (*Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 889). Véase, asimismo, la Ejecutoria suprema de 10 de septiembre de 1997, Exp. N° 634-96, Cusco, que delimita el ámbito de protección de la norma penal en el delito de desacato al regular desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado.

claración de un hecho preciso ⁽¹¹³⁵⁾. El insulto es subsumible dentro de la injuria.

- *De cualquier otra manera.* Al hacerse uso de este complemento comprensivo y abierto se quiere aludir a todos los mecanismos que sin constituir necesariamente amenaza o injuria ofenden la dignidad o el decoro del funcionario público. Así: las silbatinas, empujones, desplantes arrogantes de carácter público, calumnias ⁽¹¹³⁶⁾, etc.
- *Los modos de la ofensa.* Las injurias, amenazas u ofensas indeterminadas de carácter típico pueden ser hechas frente al funcionario, o sin la presencia de éste ⁽¹¹³⁷⁾, pero llegando a conocimiento del mismo, haciéndose uso para ello de las más diversas modalidades: por escrito o a través de mensajes televisivos, radiales o cualquier medio de prensa; telefónicamente, de forma pública (difamándolo) o con el solo concurso de ofensor y ofendido; por insultos verbales o por medio de actos y gestos de parodia marcadamente ostensibles y agraviantes; por telegramas, dibujos o carteles; con el uso de la computadora, redes electrónicas, fax, etc. Es necesario, como indica SOLER, que exista dirección sub-

⁽¹¹³⁵⁾ MERLE / VITU, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, cit., p. 231.

⁽¹¹³⁶⁾ Autores argentinos como CREUS (con ciertas dudas), SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA y otros consideran que la calumnia no ingresa en el componente típico del desacato, en base a dos razones: "1) en la calumnia es siempre admisible la prueba de la verdad, y 2) porque la pena de la calumnia es siempre más grave, y no existe razón para que la calumnia tenga pena más leve cuando va dirigida a funcionario". Véase por todos FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, pp. 204-205. Cabe indicar que la calumnia en el Código penal argentino tiene pena de 1 a 3 años (art. 109), mientras que el desacato tiene pena de prisión de 15 días a 6 meses (art. 244). En la legislación penal peruana, en cambio, la calumnia tiene pena menor a la del desacato (art. 131: 90 a 120 días-multa; art. 374: 3 a 4 años), y la prueba de verdad del art. 134 hace referencia al delito de difamación, no al de calumnia. Por estas razones no son válidos los argumentos de los aludidos tratadistas argentinos, para nuestra doctrina jurídico penal, siendo, por lo mismo, perfectamente admisible considerar también la calumnia dentro de la frase "*de cualquier otra manera ofende*".

⁽¹¹³⁷⁾ El art. 341 del Código penal italiano exige en su estructura típica, la presencia del funcionario a quien se ofende. Requisito que no se plantea en la legislación penal peruana o argentina. En tal sentido la norma penal peruana es más criminalizadora que la italiana.

jetiva de la acción ⁽¹¹³⁸⁾, es decir, que el que comete desacato dirige la ofensa al funcionario público.

El contenido de la ofensa es irrelevante, se puede aludir con ella a vicios o cualidades negativas del funcionario (ser adúltero, borracho, coímero), a defectos físicos del mismo pero siempre que estén relacionados o conectados a su desempeño funcional. Igualmente, el contenido puede estar referido a insuficiencias profesionales o funcionales, etc.

Por regla general, las ofensas contra el funcionario público son de naturaleza activa, es decir, por intermedio de actos ejecutivos, asertivos, positivizados. La posibilidad que sean cometidos por omisión es discutible y sólo referible a específicos y contados casos que afecten el decoro del funcionario, y cuando existe obligación por parte de los que ofenden de comportarse de manera distinta.

2. El objeto del accionar delictivo: la dignidad y el decoro del funcionario público

La ofensa típica va dirigida a lesionar la dignidad y el decoro del funcionario, obsérvese que no se habla de prestigio o reputación, ni de honor en forma expresa. Estas omisiones deliberadas del legislador ponen de manifiesto la naturaleza de la injuria del desacato, ya que no están en juego aquí consideraciones subjetivas (honor) o valoraciones públicas positivas poseídas por el funcionario (prestigio, reputación), sino consideraciones objetivas propias de la función que encarna el funcionario público.

Dignidad es la merituación objetiva poseída y debida a todo funcionario público, que nace de la investidura del cargo, con prescindencia de sus calidades personales (autoestima) o del prestigio que éste tenga ganado. *Decoro* ⁽¹¹³⁹⁾ es el respeto, merecido por la función que ejerce, a todo funcionario. Se trata como se observará de valores objetivos que han prescindido de las consideraciones subjetivas propias del honor.

(1138) SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p. 120.

(1139) El término "*decoro*" tiene usos lingüísticos afines, pero que según el contexto de uso pueden connotar significantes distintos. En derecho penal (específicamente en materia de desacato) se hace alusión al respeto que impone el cargo y función del funcionario público, no así a las nociones de reserva, cautela o recato.

Es equívoco identificar los méritos subjetivos personales del honor con la «dignidad» contemplada en el desacato⁽¹¹⁴⁰⁾, o lo que es peor asimilar el decoro al honor.

No es condición ni elemento típico que el accionar del sujeto activo dañe o afecte la dignidad o decoro personal del funcionario público, ni requiere que se investigue o verifique el efecto lesivo; es suficiente con el direccionamiento de la ofensa efectuada por el sujeto activo del delito contra la dignidad o decoro (valores objetivos) del funcionario público, lo cual supone que la ofensa llegue a su destino, sea conocida por el destinatario. Obviamente que no serán típicas de desacato las afrentas dirigidas a las instituciones o entes públicos.

La referencia exclusiva al funcionario pública es genérica, es decir, puede ser cualquiera sin distingo de nivel, jerarquía o jurisdicción.

3. El nexo funcional y el momento de comisión típica

Requisito fundamental del desacato es que la ofensa se produzca a causa del ejercicio de las funciones del funcionario público o al tiempo de ejercerlas. Si la ofensa se realiza fuera de estos nexos o vínculos causales, no existirá delito de desacato, pudiendo subsistir la injuria o calumnia común o ser irrelevante el supuesto de hecho.

- *A causa del ejercicio de sus funciones.* Es este el primer momento de comisión típica requerida por la norma penal. Y ello alude a que la ofensa lanzada por el sujeto activo tenga como motivo y antecedente previo la realización de actos de función por parte del funcionario público y que tales actos motiven la ofensa. Este nexo de causalidad necesario entre ofensa y función practicada, requiere un acto propio del cargo. Al respecto, sostiene Luigi DELPINO que en esta hipótesis el delito se configura como una agresión a la cualidad del funcionario público o como una reacción al ejercicio

⁽¹¹⁴⁰⁾ Así, CREUS y quienes en el país suscriben acriticamente sus opiniones. El “honor” es un valor de difícil precisión conceptual que se presta a inacabables debates e interpretaciones justamente por su naturaleza subjetiva y opinable. Habrá tanta diversidad de conceptos de honor conforme sea la moral dominante en sectores o estratos sociales, grupos o etnias. El término “honor” está en la actualidad, en el lenguaje jurídico penal, en franca retirada.

de la función ⁽¹¹⁴¹⁾. La ofensa puede abarcar, incluso, la vida privada o referirse a la personalidad del funcionario, siempre y cuando ello esté relacionado a la actividad funcional ⁽¹¹⁴²⁾.

La frase típica no puede ser ampliada a la situación de la ofensa efectuada a un sujeto pasivo que ha perdido ya la calidad de funcionario público, pues bajo esta circunstancia, como indica CREUS faltará la trascendencia de la ofensa a la administración pública ⁽¹¹⁴³⁾.

- *Al tiempo de ejercer las funciones.* Este segundo momento independiente del anterior exige, a decir de ANTOLISEI, contemporaneidad entre la ofensa y el ejercicio de la función ⁽¹¹⁴⁴⁾. La ofensa puede ser proferida ante la presencia del funcionario o sin ella, pero con la condición de que llegue a su conocimiento para ser típica y cuando dicho funcionario ejerce atribuciones las que motivan o producen la ofensa. El nexo causal es igualmente indispensable, la ofensa tiene que producirse a consecuencia refleja e inmediata del acto funcional.

En ambos momentos tiene que existir una relación funcional, un nexo entre ofensa y ejercicio de funciones, de no ser así, el hecho deja ser típico de desacato para pasar a ser una simple injuria.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso pudiendo ser cometido con dolo eventual o con dolo directo; en este segundo caso cuando no basta que el sujeto activo ofenda de modo genérico o impersonal, teniendo que direccionar

⁽¹¹⁴¹⁾ DELPINO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 173.

⁽¹¹⁴²⁾ ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 647.

⁽¹¹⁴³⁾ CREUS: *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 243. En este punto existe debate y división de criterios. Tratadistas italianos como ANTOLISEI, RANIERI, DELPINO y otros sostienen la tesis que se consuma el delito pese a que no conserve ya la calidad de funcionario público el sujeto pasivo, pues lo principal no es el momento en que se presenta la ofensa sino a causa de qué. En tal sentido, si la ofensa tuvo como causa el ejercicio funcional del que ahora ya no es funcionario, existirá delito de desacato. Este exceso de celo en la protección del bien jurídico tiene en realidad su *ratio legis* en el artículo 360 del Código penal italiano que expresamente indica que la cesación de la calidad de oficial público no excluye la existencia del delito.

⁽¹¹⁴⁴⁾ ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 649.

sus actos ofensivos en función de tal o cual funcionario, conociendo tal cualidad y deseando ofender. El dolo eventual es admisible en la modalidad «*de cualquier manera*».

El error de tipo invencible sobre la calidad del funcionario (el sujeto activo desconoce que está ofendiendo a un sujeto público), convierte la figura en un hecho atípico de desacato, pudiendo subsistir el tipo penal de injurias.

El tipo no requiere necesariamente del elemento subjetivo del «*animus iniuriandi*».

No se castiga formas culposas de desacato.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma cuanto la ofensa llega a conocimiento del sujeto pasivo (el funcionario público). No es exigible que el funcionario público se haya ofendido.

Las formas de tentativa son admisibles en las modalidades que consten de actos fragmentables. Así, en las ofensas a distancia, o las realizadas fuera de la presencia directa del funcionario público (por medio de la prensa, telegramas, cartas, televisión, etc.).

IX. PENALIDAD

Pena privativa de libertad de 2 días a 3 años.

X. PARTICIPACIÓN

Cabe todo tipo de complicidad de particulares, funcionarios servidores, al tratarse el delito de desacato de un delito atribuible a particulares, es decir, a particulares *per se* y a funcionarios o servidores que jurídicamente son considerados como particulares a efectos de estos delitos.

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

- No constituyen actos de desacato las críticas severas formuladas a los funcionarios públicos, por el medio que se trate, sobre su rendimiento y deficiencias funcionales.

- No constituyen delito de desacato las discusiones y la amenaza de una de las partes de denunciar al funcionario por la comisión de delito ⁽¹¹⁴⁵⁾.
- Igualmente no constituyen actos ejecutivos de desacato las censuras públicas o privadas a los actos funcionales del funcionario.
- Tampoco es hecho típico de desacato las ofensas personalísimas que afecten el honor o la intimidad del funcionario desligadas de un acto funcional ya sean hechas en el local del servicio o fuera de él.
- Las ofensas hechas al funcionario público a causa o en el ejercicio de sus funciones tienen que observar características de idoneidad lesionadora, no pueden estar sujetas a criterios subjetivos o voluntaristas, ni tratarse de leves desplantes, miradas, gestos de disgusto o reprobación (principio de lesividad).
- Opera como causal de justificación de la antijuridicidad del hecho el actuar en cumplimiento de un deber (por ejemplo, el deber de informar o de expresión) o en ejercicio legítimo de un oficio o cargo.
- El desacato administrativo no es típico de la figura penal en estudio, por tratarse de infracciones a título de faltas disciplinarias.

Nuestro Código penal no contempla la «*exceptio veritatis*», es decir, la prueba de la verdad del contenido de la ofensa que exoneraría de responsabilidad penal, que sí se halla en el Código penal de Guatemala (art. 413) y en una versión derogada del código argentino (Ley N° 17567 y Ley N° 21338), así como en la versión de 1870 y 1928 del Código penal español.

XII. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de injuria (art. 130).
- Con el delito de calumnia (art. 131).

⁽¹¹⁴⁵⁾ Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones con Reos Libres de Lima, de fecha 13 de junio del 2000, Exp. 11-00.

- Con el delito de difamación (art. 132).
- Con el delito de violación de la intimidad (art. 156).

XIII. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

Agrava el injusto de la figura de desacato el hecho que el sujeto pasivo directo del delito sea el presidente del Estado, del poder legislativo, electoral o judicial, lo que aumenta los extremos mínimo y máximo de la pena de 2 a 4 años.

XIV. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Por considerarlo de interés reproducimos aquí algunos lineamientos jurisprudenciales españoles e italianos sobre el tema del desacato. Los primeros corresponden a los anotados en la obra de CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte general* (T. I, 1936), mientras que los segundos han sido extraídos de un repertorio jurisprudencial italiano publicado bajo la dirección de Luigi ALIBRANDI (1995).

1. *Jurisprudencia española*

- No hay desacato en las ofensas entre autoridades.
- Si el ofensor, aun siendo autoridad, obra como persona privada, hay desacato.
- Comete este delito el que en acto público arroja un tomate contra persona que encarna autoridad.
- No hay desacato si el ofendido no es autoridad en el momento del hecho.
- Puede cometerse delito de desacato aun después de hacer cesado la autoridad en su cargo, cuando la calumnia, injuria o insulto se le infiere con ocasión de las funciones que ejerció.
- Sin la presencia del ofendido no hay desacato, aun cuando la ofensa tenga lugar en público.
- No constituyen desacato las expresiones ofensivas para un juez que se consignan en el escrito de queja dirigido a la audiencia.

- Si las palabras injuriosas han sido empleadas por el acusado no con ánimo de injuriar, sino con el de defender sus derechos no hay desacato.

2. *Jurisprudencia italiana*

a) *El elemento subjetivo*

- En el tema del ultraje al oficial público, el *elemento subjetivo está constituido por la conciencia* que tiene el agente de la potencialidad ofensiva de la frase pronunciada y de la voluntad de dirigirla al sujeto pasivo del delito, no siendo relevante el motivo o los fines a los cuales tiende la ofensa, los cuales pueden ser tomados en consideración únicamente a los fines de conceder las atenuantes genéricas (Cass. pen., sez VI, 3 febbraio 1986, n. 1227).
- Para la consumación del delito del ultraje al oficial público *no se requiere la deliberada intención de ofender el honor o el prestigio* del oficial público, es suficiente la conciencia del significado ofensivo del propio comportamiento (Cass. pen., sez VI, 20 gennaio 1992, n. 475).
- El hecho que una expresión ofensiva sea frecuente en el lenguaje popular, no la priva de su contenido ultrajante, siendo suficiente para el delito el dolo genérico (Cass. pen., sez VI, 3 marzo 1984, n. 2044).
- En el delito de ultraje a oficial público las expresiones ofensivas pronunciadas en *estado de embriaguez* son de todos modos idóneas para ofender, porque el estado de embriaguez no excluye la imputabilidad ni el dolo, en la hipótesis en la cual el sujeto activo –a causa de su estado– no habría tenido la conciencia de encontrarse en presencia de un oficial público (Cass. pen., sez VI, 12 ottobre 1985, n. 9015).

b) *El elemento objetivo*

- El delito de ultraje al oficial público se configura *como delito pluriofensivo* que lesiona el prestigio tanto de la administración pública cuanto de la persona física que la representa (Cass. pen., sez VI, 19 aprile 1993, n. 116).

- En tema de ultraje el *nexo causal entre la ofensa y el ejercicio de la pública función* subsiste todas las veces que, sobre el plano objetivo, exista correlación entre la actividad ultrajante del reo y la actividad en concreto desarrollada por el funcionario, independientemente del contexto más o menos ocasional o del motivo que puede haber provocado o determinado la intervención y el ejercicio de la función (Cass. pen., sez VI, 29 ottobre 1985, n. 9966).
- El mero enlace de frases *injuriosas al estatus militar* no hace funcionar la hipótesis del delito de ultraje, si tal conexión no se inserta al específico ejercicio de aquellas públicas funciones que, en la actividad militar, son expresiones del cumplimiento de una función pública (Cass. pen, sez VI, 12 maggio 1989, n. 7102).
- Para la existencia del delito de ultraje es suficiente la posibilidad de escuchar, de parte del oficial público, las expresiones ofensivas a él dirigidas (Cass. pen., sez VI, 30 dicembre 1985, n. 12547).
- Uno de los elementos constitutivos del delito de ultraje es la presencia del sujeto pasivo, para lo cual no es indispensable el contacto físico o visible entre ofensor y ofendido, es suficiente que este último se encuentre a una distancia que le permita percibir, también estando en otro ambiente vecino, la ofensa a él dirigida (Cass. pen., sez VI, 12 giugno 1972, n. 883).

XV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 244: *Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que provocare a duelo, amenazar, injuriar o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas.*

La prisión será de un mes a un año, si el ofendido fuere el Presidente de la Nación, un miembro del Congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas nacionales o un juez».

2. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 240: *Cometen desacato los que, hallándose un Ministro o una Autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de*

ellas, los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, en su presencia o en escrito que les dirijan.

Si la calumnia, la injuria, el insulto o la amenaza fueren graves, se impondrán las penas de prisión menor y multa de 100,000 a 500,000 pesetas, y si no lo fueren, las de arresto mayor y multa de 100,000 a 200,000 pesetas.

Si el culpable fuere funcionario público, jerárquicamente subordinado al ofendido, se le impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo anterior, y si no existiera subordinación jerárquica, se impondrán en su grado máximo aquellas penas».

«C.P. de España (1973), art. 241: El funcionario público que, hallándose su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo, lo calumniare, injuriare, insultare o amenazare de hecho o de palabra en su presencia o en escrito que le dirija, será castigado con la pena de prisión menor, si la calumnia, insulto, injuria o amenaza fueren graves, y con la de arresto mayor si no lo fueren.

Si el funcionario culpable no estuviere subordinado jerárquicamente al ofendido, se impondrán en su grado mínimo las penas señaladas en el párrafo anterior».

«C.P. de España (1973), art. 242: Incurrirán en la pena de prisión menor los que injuriaren o amenazaren gravemente a los ejércitos o a sus instituciones, armas, clases o cuerpos determinados.

Cuando las injurias o amenazas a que se refiere el párrafo anterior no fueren graves se impondrá al culpable la pena de arresto mayor o multa de 250,000 a 500,000 pesetas».

«C.P. de España (1973), art. 244: Los que, hallándose un Ministro o una Autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, fuera de su presencia o en escrito que no estuviere a ellos dirigido, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 100,000 a 1,000,000 de pesetas».

«C.P. de España (1973), art. 245: Se impondrá la pena de arresto mayor a los que injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra a los funcionarios públicos o a los agentes de la Autoridad, en su presencia o en escrito que les dirigieren».

3. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 341: Oltraggio a un pubblico ufficiale.— *Chiunque offende l'onore o il prestigio di un pubblico ufficiale, in presenza di lui e a causa o nell' esercizio delle sue funzioni, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.*

La stessa pena si applica a chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritto o disegno, diretti al pubblico ufficiale, e a causa delle sue funzioni.

La pena è della reclusione da uno a tre anni, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Le pene sono aumentate quando il fatto è commesso con violenza o minaccia, ovvero quando l'offesa è recata in presenza di una o più persone».

«C.P. de Italia (1930), art. 342: Oltraggio a un Corpo politico, amministrativo giudiziario.— *Chiunque offende l'onore o il prestigio di un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o di una rappresentanza di esso, o di una pubblica Autorità costituita in collegio, al cospetto del Corpo, della rappresentanza o del collegio, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.*

La stessa pena si applica a chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica, o con scritto o disegno, diretti al Corpo, alla rappresentanza o al collegio, a causa delle sue funzioni.

La pena è della reclusione da uno a quattro anni se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Si applica la disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo precedente».

«C.P. de Italia (1930), art. 343: Oltraggio a un magistrato in udienza.— *Chiunque offende l'onore o il prestigio di un magistrato in udienza è punito con la reclusione da uno a quattro anni.*

La pena è della reclusione da due a cinque anni, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Le pene sono aumentate se il fatto è commesso con violenza o minaccia.

«C.P. de Italia (1930), art. 344: Oltraggio a un pubblico impiegato.— *Le disposizioni dell'articolo 341 si applicano anche nel caso in cui l'offesa è recata a un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio; ma le pene sono ridotte di un terzo».*

«C.P. de Italia (1930), art. 345: Offesa all'Autorità mediante danneggiamento di affissioni.– *Chiunque, per disprezzo verso l'Autorità, rimuove, lacera, o, altrimenti, rende illeggibili o comunque inservibili scritti o disegni affissi o esposti al pubblico per ordine dell'Autorità stessa, è punito con la multa fino a lire un milione*».

4. Francia (1993)

«C.P. de Francia (1993), Section 4 – De l'outrage, art. 433–5: *Constituent un outrage puni de 500 000 F d'amende les paroles, gestes ou menaces, les écrits ou images de toute nature non rendus publics ou l'envoi d'objets quelconques adressés à une personne chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exerce de sa mission, et de nature à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont elle est investie*.

Lorsqu'il est adressé à une personne dépositaire de l'autorité publique, l'outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 50 000 F d'amende.

Lorsqu'il est commis en réunion, l'outrage prévu au premier alinéa est puni de six mois d'emprisonnement et de 50 000 F d'amende, et l'outrage prévu au deuxième alinéa est puni d'un emprisonnement et de 100 000 F d'amende».

5. Brasil (1940)

«C.P. de Brasil (1940), art. 331: *Desacatar funcionário publico no exercício da função o em razão dela:*

Pena – detenção, de 15 (quinse) dias a 6 (seis) meses, e multa».

6. Guatemala (1973)

«C.P. de Guatemala (1973), art. 411: *Quien ofendiere en su dignidad o decoro, o amenazare, injuriare o calumniare a cualquiera de los presidentes de los organismos del Estado, será sancionado con prisión de 1 a 3 años*».

«C.P. de Guatemala (1973), art. 412: *Quien amenazare, injuriare, calumniare o de cualquier otro modo ofendiere en su dignidad o decoro, a una autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será sancionado con prisión de 6 meses a dos años*».

«C.P. de Guatemala (1973), art. 413 (Prueba de la imputación): *Al acusado de injuria contra funcionario o autoridades públicas se le admi-*

tirá prueba sobre la verdad de la imputación si se tratare de hechos concernientes al ejercicio de su cargo. En este caso será absuelto si probare ser cierta la imputación».

7. Bolivia (1972)

«C.P. de Bolivia (1972), art. 162: El que por cualquier medio calumniare, injuriare o difamare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas, será sancionado con privación de libertad de 1 mes a 2 años.

Si los actos anteriores fueren dirigidos contra el Presidente o Vice-Presidente de la República, Ministros de Estado o de la Corte Suprema, o de miembro del Congreso, la sanción será agravada en una mitad».

2

Desacato mediante desorden

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo. V. Sujeto pasivo. VI. Comportamiento típico: Actos ejecutivos: a) *Causar desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas de las Asambleas Regionales de los Concejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones.* b) *Entrar armado en dichos lugares.* VII. Elemento subjetivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Participación. X. Penalidad. XI. Concurso de delitos. XII. Legislación Extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. Colombia (1980).

Art. 375: «*El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Concejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichos lugares, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas*».

I. ANTECEDENTES LEGALES

El art. 329 del Código penal de 1924 contempló el desacato por desorden pero circunscrito de manera específica a las salas de sesiones de las cámaras y de los tribunales de justicia, agregando luego un complemento genérico «o dondequiera que las autoridades estuvieren ejerciendo sus funciones» ⁽¹¹⁴⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁶⁾ Código penal de 1924, art. 329: «*El que causare desorden en las salas de sesiones de las Cámaras de los Tribunales de Justicia o dondequiera que las autoridades públicas estuvieren*

Las fuentes extranjeras que sirvieron de base legal de inspiración para la fórmula peruana fueron el art. 241 (inciso c) del Código penal argentino y 246 bis del Código penal español.

II. LA FIGURA PENAL

La figura penal peruana contempla dos modalidades especiales de desacato (por desorden y por intromisión armada) a imagen del código de 1924, pero ha incluido otros objetos de la acción delictiva (Sala de sesiones de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales). En realidad, el tipo penal, con las transformaciones constitucionales y la no implementación de la regionalización política, ha quedado como un modelo penal de cumplimiento parcial, aplicable sólo a la sala de sesiones del Congreso, Consejos Municipales y Tribunales de Justicia además del complemento genérico: «u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones».

Es necesario indicar que el primer supuesto típico del art. 375 está considerado como un atentado contra la administración pública en el Código penal argentino, y como figura de «desorden público» (diferente por naturaleza y ubicación sistemática al desacato, en el Código penal español de 1973).

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico o, en otras palabras, el objeto de la tutela penal, es garantizar el regular y normal funcionamiento de la administración pública, protegiéndolo de los comportamientos ofensivos señalados que obstaculicen su desarrollo. Específicamente se busca cautelar el debido respeto y el prestigio de los entes públicos señalados.

IV. SUJETO ACTIVO

Es sujeto activo cualquiera, un particular, un funcionario o servidor público y de estos últimos, incluso el funcionario o servidor que

ejerciendo sus funciones, o el que entrare armado en dichos lugares, será reprimido con prisión no mayor de 1 año o multa de la renta de 3 a 30 días”.

Véase también el texto del art. 152 del Código penal de 1863.

pertenezca a algunos de los cuerpos colectivos públicos designados en el tipo penal. Cabe coautoría y autoría mediata.

V. SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo es el Estado.

Los entes institucionales mencionados en el tipo –no los funcionarios públicos– constituyen en específico los órganos agraviados.

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO: ACTOS EJECUTIVOS

El tipo ha integrado específicamente dos modalidades de ofensa a la dignidad de los entes colectivos pertenecientes a la administración pública que pueden darse juntos o por separado.

a) Causar desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas de las Asambleas Regionales de los Concejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones

- *El núcleo rector:* Causar desorden es la alteración o perturbación del estado normal del desenvolvimiento de la actividad funcional en los recintos públicos señalados. El núcleo rector expresa un resultado de desorden, esto es, de confusión, desasosiego, ocasionado con el comportamiento del sujeto activo del delito, y que indispone el desarrollo de las prácticas habituales de la función pública. No interesa la forma como el sujeto activo del delito cause el desorden, anunciando la presencia de una bomba, ingresando a viva voz, efectuando mítines, dirigiendo el desorden desde fuera, etc. De ahí se deriva la importancia de precisar mediante el análisis de tipicidad si realmente el comportamiento causó el desorden (consumación del delito) o sólo produjo una tentativa de desorden (actos ejecutivos de tentativa).
- *Lugar físico de la comisión delictiva:* El tipo penal ha circunscrito el espacio físico del comportamiento típico a la sala de sesiones de los mencionados entes o instituciones públicas y a otros lugares donde las autoridades públicas ejercen sus funciones. Esta taxatividad hace atípica la figura penal si el desorden se produce en lugar distinto o cuando no exista aún ejercicio de funciones en

los lugares señalados (congreso aún no reunido, cuerpo de regidores que todavía no ingresan a sesión, audiencias de tribunal aún no iniciadas, etc.). La frase «*otros lugares*» es subsidiaria, es decir, suple la deficiencia de no existir sala de sesiones por otro recinto o lugar donde estas sesiones o reuniones se realicen, o en un sentido más amplio también comprende a los lugares donde los funcionarios públicos ejercen sus funciones de forma regular o excepcional (cárceles en el caso de los tribunales, plazas públicas en el caso de los concejos municipales, etc.).

Por lo tanto, el lugar físico donde deberá de producirse el desorden típico es tanto la sala de sesiones de los entes públicos nominados (ámbito restrictivo) o también el lugar donde la autoridad (funcionario público de decisión y poder) ejerza sus funciones; se entiende en este segundo caso las oficinas públicas y los lugares *ad hoc* o extraordinarios que designen las autoridades de los entes señalados.

- *La taxatividad de los sujetos pasivos institucionales:* El tipo penal es uno especialmente elaborado para garantizar el orden, conminando con penas alternativas cuando los hechos de desorden se produzcan en los entes públicos taxativamente designados (tipo penal cerrado), es decir, en el Congreso, los Consejos Municipales y Tribunales de Justicia. Incluir otras instituciones en el contenido del tipo resulta erróneo, dado el carácter restrictivo del tipo penal. Las Cámaras Legislativas y las Asambleas Regionales han devenido entidades inexistentes en la actualidad, ante el régimen unicameral del Congreso y la desactivación de los gobiernos regionales.

El problema de interpretación que suele presentarse al analizar el sentido de la norma es si la frase «*u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones*» es un referente agregado a los entes públicos contenidos en el tipo penal, de tal manera que aumente en forma amplia y genérica su número, o, en cambio sea una prolongación por defecto de la frase «*sala de sesiones*», con la cual se halla vinculada directamente. Obviamente que ni el Congreso ni la Asamblea Regional es un lugar. No queda dudas que la segunda interpretación es la más pertinente.

El desorden es un resultado provocado por el sujeto activo del delito, esto es, una realidad objetiva, una perturbación de la actividad funcional ya iniciada, no un exceso de susceptibilidad de los servido-

res o funcionarios que laboran en el recinto. Si pese a la idoneidad de los actos causales tendientes a producir desorden, éste no se produce el delito quedará en fase de tentativa.

b) *Entrar armado en dichos lugares*

¿A cuáles lugares hace mención el segundo supuesto de hecho típico de la figura 375 del Código penal?

La respuesta es evidente y está contenida en la descripción de los lugares o ámbitos determinados especiales hecha en el tipo penal, no siendo aquí requerible que se produzca el resultado desorden.

Entrar armado es el acto de ingresar a dichos recintos premunido de un arma ⁽¹¹⁴⁷⁾, es decir, de un instrumento cualquiera que reúna requisitos de suficiencia e idoneidad para atacar o defenderse físicamente, ya sea armas de fuego, armas blancas o instrumentos que puedan servir como tal (fierros; combas, martillos, etc.). No resulta subsumible en la frase *entrar armado*, las armas aparentes por inidoneidad absoluta ⁽¹¹⁴⁸⁾. Se sobreentiende que para los efectos del tipo penal rige un concepto amplio y no restrictivo de arma.

No interesa que el sujeto haya tenido o no la intención de hacer uso o servirse de su arma, ni que lo lleve oculto o lo tenga en la mano, blandiéndolo, cogiéndolo o apuntando; el delito igualmente se habrá consumado ⁽¹¹⁴⁹⁾.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

Ambas modalidades requieren de dolo eventual. Es decir, el tipo no ha previsto ninguna intención en particular ni ningún reforzante

⁽¹¹⁴⁷⁾ Véase *supra*, 999 y ss.

⁽¹¹⁴⁸⁾ El tipo penal se refiere al hecho de entrar armado, sin hacer alusión expresa al efecto amenazante o intimidante, por lo mismo, será relevante penalmente que el arma se halle escondida o jamás se use. La majestad del escenario público de por sí es incompatible con la presencia no autorizada de armas.

⁽¹¹⁴⁹⁾ Véase *supra*, pp. 736-737. A diferencia de lo que ocurre con el uso de armas aparentes que juegan un efecto intimidatorio en los alcances de la primera agravante del art. 367, aquí, en el desacato por intromisión, sería sobrecriminalizador considerarlas incluidas en la comprensión del término "*armas*" si es que no se va a dar la posibilidad real de su uso.

subjetivo («a sabiendas», «con el fin de», «para», etc.), que abonen la idea del dolo directo.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El causar desorden es una modalidad delictiva de naturaleza activa, instantánea y de resultado, no requiere propósito de ofender, la ofensa esta implícita en el acto mismo en la objetividad del desorden. Admite tentativa.

El entrar armado es un delito de peligro de simple actividad de naturaleza activa, es impensable modalidad omisiva. La tentativa es de difícil presentación dependiendo de que el acto de entrar armado sea fragmentable en varios actos, o que se frustre la consumación (caso de delito frustrado), quedando a criterio judicial su relevancia penal dado el mínimo de injusto contenido en esta forma imperfecta de consumación.

IX. PARTICIPACIÓN

Caben todas las formas de complicidad.

X. PENALIDAD

Penalidad alternativa: privación de libertad de 2 días a 1 año o prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

Se trata pues de un injusto penal de mínima criminalización punitiva, razón por la cual y sobre todo en el primer supuesto (causar desorden), para ciertos casos es considerado como falta en otras legislaciones penales ⁽¹¹⁵⁰⁾.

XI. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de desacato ofensivo (art. 374).
- Con el delito de atentado contra autoridad (arts. 365 y 368).
- Con el delito de tenencia ilegal de armas (art. 279).

⁽¹¹⁵⁰⁾ Véase, por ejemplo, el art. 569 del Código Penal español de 1973.

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 241: Será reprimido con prisión de quince días a seis meses:

1. El que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;
2. El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones».

2. España (1973)

«C.P. de España (1973), art. 246 bis: Los que produjeran tumulto o turbaren gravemente el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado, en los actos públicos propios de cualquier Autoridad o Corporación, en algún colegio electoral, oficina o establecimiento público, en espectáculos, solemnidad o reunión numerosa serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 100,000 a 500,000 pesetas.

Los que sin pertenecer a un centro docente realizaren en el mismo actos que perturben o tiendan a perturbar su normal actividad, a menoscabar la libertad de enseñanza o a provocar la desobediencia a la Autoridad académica, serán castigados con la pena de prisión menor».

3. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 165: Perturbación de actos oficiales. El que por medio de violencia, o simulando autoridad, invocando falsa orden de la misma o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años».

Anexos
JURISPRUDENCIA PENAL

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

1) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA (*)

I. COHECHO

1. DELITO BILATERAL

En nuestra legislación, como es bien sabido, el cohecho es un delito de carácter bilateral que exige el convenio o cooperación entre las dos personas que necesariamente han de intervenir en él y el conocimiento por parte de ellas del acto punible, justo o injusto, de donde se infiere que tal especie delictiva no puede tener existencia real si faltan o no concurren esos actos conjuntos, voluntarios y maliciosos que suponen la dádiva o promesa, solicitada u ofrecida, de ejecutar o abstenerse de cumplir o practicar un funcionario público los cometidos concernientes al ejercicio de su cargo; y como esto es lo que ocurre en el caso de la presente contienda en la que con todo lujo de detalles se describen las conductas observadas por

el recurrente y por el otro procesado, que en síntesis consistieron en limitarse éste a entregarle a aquél en dos ocasiones distintas la cantidad total de tres mil pesetas para que activase en una agencia o gestoría administrativa la cancelación de sus antecedentes penales, lo que era imprescindible para la renovación del permiso de armas que le estaba a punto de caducar, es claro que con tales hechos no cometió el primero el delito de cohecho que la Sala sentenciadora califica y pena con error, puesto que si los actos de tal cancelación, que fueron para los que el dinero se entregó, no entraban dentro de las competencias funcionales de aquél, es indudable que falta en este punto el acuerdo de ir destinada tal cantidad a graficar la ejecución de un cometido propio del desempeño del cargo de policía, y, por lo

(*) Los extractos jurisprudenciales españoles han sido tomados de Enrique BACIGALUPO, Luis BENEYTES, *et. al. Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, T. III, Madrid, Trivium, 1997, pp. 4004 a 4167.

tanto, no existe el contrato o convenio ilícito a que el cohecho se contrae que es el de realizar o el de abstenerse de ejecutar o cumplir un funcionario público un acto propio de competencia.

(STS 18 septiembre 1986)

2. FAVOR CARNAL

Para estimar viable el recurso e infringido por el Tribunal *a quo* el artículo 386 del CP sería preciso, en primer lugar, materializar absolutamente las provisiones del precepto, entendiendo que toda la multiplicidad de conceptos referidos al medio utilizado para corromper por cohecho, dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, se reduce a uno solo: dinero o cosa material valorable directamente, lo que la Ley no; dijo por el contrario, la variedad de términos es mucho más amplio y se refiere en general a todo aquello que puede ser buscado por los apetitos humanos y si aun materializado la dádiva, que es a la única que a los artículos 385 y 386 enlazan con un valor económico, los otros tres conceptos, ya en el texto legal, no son engarzados con tasación alguna, tipo para la multa, debiendo atenderse, también a que presente en su significado idiomático es tanto como don o regalo y el don nunca se limitó a materiales o económicas configuraciones, ni menos el ofrecimiento, o la promesa; tan amplios que para limitarlos habría que incluir en el precepto legal una demarcación reducida a ofertas o promisiones de cosas materiales y si, pues, la LP maneja en el capítulo IX, Título VII del Libro II unos conceptos tan latos que abarcan a percepciones, peticiones o asechanzas de todo género encaminados al cohecho, no puede quedar fuera la solicitud, realizada por un funcionario, de favores carnales, no tipificado en otros lugares más concretos

del Código, para remunerarlos con la realización de un acto relacionado directamente con el ejercicio de un cargo oficial por el peticionario, siquiera su función fuese interina y accidental, pero no por ello menos cierta y real.

(STS 25 octubre 1961)

3. EXAMEN DE CONDUCIR

Sostiene que su conducta, en relación con el delito de cohecho, ha sido indebidamente conceptuada como autoría, habiendo debido serlo como complicidad. Pretensión, por cierto, inacogible si se recuerda la definición legal de una constante doctrina emanada de esta Sala, y se repasan brevemente los actos imputados a este recurrente en el resultado de hechos probados de la sentencia impugnada. Manuel P., tras aceptar la sugerencia de José Ángel T. (y cerrar con él, en consecuencia el inicial y decisivo pacto remuneratorio) puso su condición de profesor de una autoescuela y las facilidades que su situación le brindaba al servicio de la empresa delictiva entre ambos urdida y, a tal efecto, buscaba a los individuos que, por estar adecuadamente preparados, podrían presumiblemente superar los exámenes teóricos, les entregaba el impreso oficial en que habían de redactar las contestaciones al cuestionario y los documentos de quienes eran suplantados en su personalidad, avisaba a T. Quiénes habían de ser admitidos pese a llevar documentación ajena, recibía el dinero que entregaban los que de este modo fraudulento aprobaban el examen (aunque a veces les indicaba a quién habían de entregárselo) y finalmente repartía el ilícito lucro, ora con el funcionario corrompido, ora con el mismo y el intermediario José Luis R. No es necesaria una larga reflexión para

rechazar enérgicamente la tesis de que los actos relatados no pertenecen al núcleo esencial del delito de cohecho ni confieren al que los lleva a cabo el verdadero y más pleno señorío de la acción en su globalidad, por ejercicio de un cargo oficial por el peticionario, siquiera su función fuese interina y accidental, pero no por ello menos cierta y real.

(STS 25 octubre 1961)

4. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Se sostenía que no puede corromper a un funcionario público quien ofrece o entrega dádiva al ya corrompido, ahora se alega que, no habiendo sido determinante, por dicha razón, la intervención del recurrente, su conducta no debe incardinarse en la categoría de la autoría sino en la complicidad. La pretensión es inacogible por la imposibilidad dogmática de identificar la actuación de este recurrente con la propia del cómplice. En primer lugar, como ya se ha dicho en el párrafo anterior, lo decisivo para que una conducta presuntamente constitutiva de cohecho sea integrable en el tipo delictivo que describe el artículo 391 del CP, no es que aquélla provoque la corrupción del funcionario público, a modo de «estado» en que el mismo quedaría a consecuencia de la acción, ya que el mismo desvalor jurídico se realiza cuando se incide, reforzándolo y manteniéndolo, en el comportamiento, ya venialmente corrompido, del funcionario como lo demuestra, por otra parte, la misma dicción del mencionado precepto que equipara a los que corrompen o intentan corromper a los funcionarios públicos y a los que aceptan sus solicitudes, pues es innegable que quien solicita dádiva o presente por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo es ya un funcionario corrompido. En

segundo lugar, la complicidad ha de consistir siempre, desde un punto de vista objetivo, en el desempeño de funciones accesorias o secundarias con respecto a la conducta y al resultado descrito en el tipo legal (SS 17 febrero 1983 y 9 julio 1984, entre otras muchas) y no en la realización de actos que, como los atribuidos a este recurrente, se inscriben en el núcleo más definitorio y esencial de la figura delictiva.

(STS 28 octubre 1986)

5. SOBORNOS A POLICÍAS

Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos, es incuestionable que el hecho atribuido al recurrente de pretender, sin conseguirlo, sobornar a los Guardias Civiles del puesto de Requejada, lo fue en grado de consumación, ya que el empleo del vocablo «intentaren», de que hace uso el precepto citado, no requiere de la aceptación de la dádiva por parte del funcionario, sino la simple pretensión de que la acepte por abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, y esto sentado es claro que, habiéndolo entendido así la Sala sentenciadora, que lo hizo con apoyo en una reiterada doctrina jurisprudencial contenida entre otras en SS 11 de diciembre de 1950, 14 de abril de 1952, 31 de octubre y 8 de noviembre de 1955 y 16 de enero de 1967, resulta inconcuso que no quebrantó la Ley, sino que la aplicó como debía.

(STS 7 octubre 1985)

6. CONSUMACIÓN

Se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 358 del CP.

alegando... que el delito de cohecho es un delito bilateral que presupone un convenio entre las personas que necesariamente han de intervenir en él y que la falta de bilateralidad en el caso de autos lo demuestra el hecho de que no hayan sido condenados los receptores o destinatarios de la petición de dádiva y además, porque el procesado no pidió el dinero para él, sino para entregárselo a los perjudicados por los anteriores delitos contra la propiedad, más la procedencia de desestimar el motivo se halla plenamente justificada por las razones siguientes: a) Porque frente a lo que alega el recurrente, es lo cierto que la doctrina mayoritariamente hoy día entiende que aunque para cometer el delito de cohecho se requiere la intervención de más de una persona, no puede reputarse como un delito bilateral que requiere el acuerdo de voluntades, pues se debe entender cometido el delito en grado de consumación (en cuanto que no es posible, dada su estructura, admitir formas imperfectas de ejecución), en cuanto se atenta al bien jurídico protegido como es la confianza de los ciudadanos en la correcta administración de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, de modo que la lesión y, en consecuencia, la consumación se ha de reputar producida, en cuanto se hace la petición o se recibe la dádiva, como condición para omitir el cumplimiento del deber, o en cuanto se ofrece con la misma finalidad y del relato fáctico aparece que el recurrente solicitó de los autores de los anteriores delitos contar la propiedad y de sus familias la entrega de la cantidad de cuarenta y cinco mil pesetas a cada uno de los dos autores de dichos delitos, como «única forma de evitar la cárcel y arreglar las cosas»; y b) porque consumado el delito es irrelevante el destino posterior que pueda darse a la dádiva recibida, pero además, el motivo al alegar

el destino que pensaba darle el recurrente incurre en la causa de inadmisión del artículo 884.3 de la LECrim, que en este momento procesal se convierte en causa de desestimación, dado que en la sentencia recurrida se sienta como dato fáctico, el que el propósito del inculpado «era el de obtener un beneficio inmediato» y que «el único propósito del acusado consistía en lucrarse».

(STS 18 enero 1993)

7. MOMENTO CONSUMATIVO

En todo caso y con independencia de los distintos momentos en los que se produce la consumación del delito de cohecho en los respectivos supuestos o modalidades de cohecho activo y pasivo, existe un momento consumativo común a las dos modalidades referidas como es aquel en el que tiene lugar la aceptación o recepción de la dádiva, por lo que al parecer del resultado de hechos probados que tal recepción tuvo lugar, carece de trascendencia los términos en los que se haya producido la petición, es decir, según que se haya hecho en forma más o menos intimidativa, aparte de que todo supuesto de solicitud de dádiva por el funcionario conlleva en sí mismo un elemento de coacción o de intimidación ya sea expreso o tácito.

(STS 4 octubre 1988)

8. RELACIÓN CON LA EXACCIÓN ILEGAL

Dada la estrecha relación que el delito de exacciones ilegales tiene con los cohechos y estafa, ya que de estos últimos, el primero de ellos se comete cuando se exige el pago al particular dándole a conocer la ilegalidad del mismo, y el segundo cuando a la persona

a quien el pago le es exigido se le hace creer, con engaño, que es legítimo o debido, un extendido sector doctrinal entiende que los Tribunales deben de encajar los hechos delictivos en alguna de las dos referidas modalidades delictivas siempre que las circunstancias lo permitan en vez de en la figura que contempla el artículo 402 del CP, ya que la aplicación de este precepto implica, indudablemente, un trato de privilegio para el funcionario.

(STS 12 febrero 1986)

9. ACTO RELACIONADO CON EL CARGO

Aunque el motivo se centra en la aplicación del artículo 391 y no en la del 385, ambos del CP, siendo en este último en el que fue subsumida la conducta del recurrente A, y estando el primero aplicado en relación con dicho artículo 385, es lo cierto que la fundamentación del recurso se basa en la propia inexistencia del delito de cohecho penado, al entender que los actos ejecutados lo fueron al margen de la condición de funcionario de dicho A, y de las actividades propias de su cargo, por lo que la voluntad impugnativa habrá de extenderla a la aplicación indebida de ambos artículos 385 y 391 del CP.

Lo primero que debe resaltarse es que los términos y correspondientes contenidos materiales que en las respectivas hipótesis típicas de los artículos 302 y 385 (y siguientes) del CP se contienen, son diferentes.

10. COHECHO POR ABSTENCIÓN DE ACTO

El artículo 387 del CP, en virtud del cual viene condenado el recurrente exige

que sobre la concurrencia del sujeto activo del delito propio del de cohecho, regulado en el capítulo IX, del Título VII del Libro II del CP bajo la rúbrica general de «delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», éste solicite o reciba dádiva por abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo. De forma que en el primer supuesto, su conducta tiene una doble faceta: 1º Solicitar. 2º Abstenerse. Por tanto, en este supuesto el delito quedaría integrado por tres elementos: 1º Solicitar dádivas, regalos o presentes. 2º Abstenerse de un acto propio de su servicio o función o atribución. 3º Que el mismo acto lo debiera realizar en el ejercicio de los mismos. En suma habría una actividad y una omisión, ambas dolosas, teñidas del conocimiento del motivo de la entrega o de la solicitud del regalo, consumándose el delito, bien con la solicitud, bien con la conformidad con la oferta del regalo, conocimiento, pues, y voluntad de incurrir en la deslealtad que supone la abstención del ejercicio de las funciones que según su cargo debe practicar, con fines corrupción (ver SS 30 enero 1950, 28 junio 1962, 7 abril 1981, 15 marzo 1982 y 16 mayo 1984, entre otras).

(STS 30 abril 1985)

11. ABSTENCIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO

No se contenta el Tribunal sentenciador con afirmar que ha existido un «reiterado comportamiento abstencionista» de todo el proceso constructivo, sino que alude seguidamente a la trasgresión de dichos deberes a favor de la concesionaria y constructora al señalar que todos los informes fueron favorables, desde el emitido para la adjudicación de la concesión, hasta las propuestas de

modificaciones sin adoptar ninguna medida para vencer su renuncia a presentar el necesario proyecto técnico, reiteradamente exigido por el Ayuntamiento, y el evacuado para la sustitución de la mediana arbolada que obedecía más al interés de la empresa que a la conveniencia del interés público.

No es tarea ardua establecer la relación o conexión de estas complacientes abstenciones, que permitieron a la empresa constructora realizar las obras sin obstáculo alguno y con infracción de las condiciones establecidas, y la actitud obsequiosa de la constructora que se concretó en el regalo del vehículo con la finalidad de premiar o recompensar la laxa conducta del ingeniero en sus funciones de control y supervisión, de suerte que aparecen perfectamente dibujados los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal aplicado.

(STS 16 septiembre 1994)

12. ENTREGA DE PRESENTES A FUNCIONARIO CON POSTERIORIDAD AL ACTO

Si bien es harto censurable y merece reprobación en el orden moral el hecho de ofrecer presentes a los funcionarios públicos en consideración a sus cargos, no entra en consideración a sus cargos, no entra dentro del campo de lo ilícito penal si la dádiva se hace después de realizada la actuación del funcionario a quien ya no puede corromperse, porque sobornar es corromper a uno con dádivas para conseguir de él una cosa y como no se dice en los hechos probados que la dádiva admitida por los funcionarios municipales fue previamente convenida con éstos para el incumplimiento de sus deberes, ni que se entregó para captar sus voluntades y tenerles propicios a tolerancias y condescendencias ilícitas con la donante en ulteriores actuaciones, el hecho escapa al sentido estricto del precepto legal.

(STS 6 noviembre 1943)

II. MALVERSACIÓN DE FONDOS

13. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La malversación de caudales públicos supone una infracción de evidente trascendencia patrimonial que, sin embargo, en más de una ocasión se ha movido dentro de la mayor confusión cuando no del desconcierto que su propia naturaleza jurídica comporta.

Aunque se ha llegado a definirla como un delito contra la propiedad cualificado por el abuso de confianza estatal, finalmente se ha impuesto su considera-

ción autónoma e independiente, desligado de otras infracciones punibles.

Contemplándose el patrimonio a la luz de una función puramente administrativa, tampoco cabe duda que el objetivo perseguido con su sanción es la protección de bienes jurídicos, diferentes. Son los diversos intereses económicos de las Administraciones Públicas, o entes públicos, lo que prima cuando de estudiar la malversación se trata.

(STS 27 septiembre 1991)

14. QUEBRANTAMIENTO DE LA LEALTAD DEL FUNCIONAMIENTO

Los diversos tipos legales de malversación propia de caudales públicos, ofrecen como nota común a todos ellos, la afección general a los intereses patrimoniales del Estado, o de los demás entes públicos al patrimonio público, quebrantándose en aquéllos, el deber de fidelidad o lealtad del funcionario respecto a la Administración de la que depende.

(STS 12 enero 1990)

15. DIFERENCIA ENTRE EL USO Y LA APROPIACIÓN DEFINITIVA

Dentro de la malversación se incluyen aquellas conductas de apropiación definitiva cantidades públicas y, separadamente, las que suponen un apartamiento de la finalidad a que estaban asignadas, aplicándolas a usos distintos, pero sin intención de hacerlas suyas.

La diferencia entre el delito del artículo 396, que la recurrente pretende se aplique, y el del 394 radica, básicamente, en el elemento subjetivo. En este último el sujeto activo del delito quiere apropiarse definitivamente de los caudales y su reintegro constituiría, o podría constituir, en su caso, una circunstancia de atenuación, la 9ª del artículo 9, que actuará como simple o como cualificada según la intensidad y la extensión de la misma.

En cambio, en el supuesto del artículo 396 del CP, el funcionario distrae los caudales, no con ánimo de hacerlos suyos, sino de usarlos durante un cierto tiempo. Cuando, en este último supuesto, no se produce el reintegro, el hecho no cambia de naturaleza. Se tratará de un hurto de uso que, por razones de política de protección de la Hacienda Pública, se

punirá con la misma pena que si la sustracción hubiera tenido una intencionalidad de hacer definitivamente suyos los caudales. Pero el reenvío penológico no cambia en absoluto la significación del hecho, en el mismo sentido que, por vía de ejemplo, sucedería si un supuesto de hurto mandara el legislador que se castigue con la pena del robo.

(STS 23 noviembre 1993)

16. DOCTRINA GENERAL

El delito de «malversación de caudales», recogido en el capítulo X del Título VII del Libro II del CP mediante el establecimiento o tipificación de varias disparejas figuras delictivas, como infracción cualificada por el «abuso de confianza estatal, oficial o pública» y por la protección de los diversos intereses económicos de los también distintos entes públicos, centrando la atención en su «poliforma tipificación», según indica pacífica y reiterada doctrina de la Sala y así, *ad exemplum*, la contenida en las SS de 2 de marzo de 1992, 25 de septiembre de 1992 y 25 de enero y 6 de junio de 1994 y Auto de 4 de mayo de 1994, requiere para su apreciación y nacimiento a la vida jurídica de los siguientes elementos: a) un funcionario público como «sujeto activo» (con la excepción del caso previsto en el art. 399 del CP), cualidad funcional suministrada por el artículo 119 del CP, bastando a dichos efectos penales, con la participación en una función pública, siendo indiferente o inocuo, por puramente tangencial, la temporalidad del cargo y la vía o vehículo empleado para el nombramiento, siempre que éste sea legal con arreglo a la normativa vigente (Ley de la Función Pública); b) unos «caudales» (o efectos «públicos» (susceptibles de evaluación

económica), como «objeto material» sobre el que se desarrolla la «acción» descrita en cada figura, y c) la especial relación del «sujeto», en el sentido de que aquél ha de tener éste a su cargo o a su disposición por razón de sus «funciones», con facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en primer caso, que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; pudiendo consistir el desvío de los caudales, bien la «sustracción» o «consentimiento» para ello (art. 394 del CP), bien en un «abandono» o «negligencia inexcusable», que dé ocasión a que se efectúe la sustracción por otra persona (art. 395), una aplicación a «usos» propios o ajenos (art. 396), «negativa a hacer entrega» de la cosa a la autoridad que la embargó o depositó (art. 398) y, por fin, «disposición» de los caudales embargados por el «depositario», sin orden de la autoridad que acordó la traba (art. 399).

17. ELEMENTOS DEL DELITO

Respecto al delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el artículo 394 del CP y se relacione, o no, con el artículo 399 de dicho cuerpo legal, este Tribunal, en la importante S de 29 de febrero de 1988, tiene declarado que los presupuestos de la mencionada infracción, son los siguientes: a) la cualidad de funcionario público del agente, concepto suministrado por el artículo 119 del CP bastando, a efectos penales, con la participación en una función pública; b) una facultad decisoria jurídica o de detención material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal en primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad

material; c) los caudales (dinero, valores o efectos) han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, o para la adscripción producida por la receptación de aquéllos por parte de funcionario legitimado (órgano o representante de la mentada Administración), sin que se precise su efectiva incorporación al erario público; y d) «sustrayendo» o «consintiendo que otro sustraiga», equivaliendo, sustracción, a apropiación sin propósito de ulterior reintegro, apartando los bienes de su destino, o desviándoselos del mismo, no exigiéndose (aunque normalmente le acompañe), un ánimo de lucro.

(STS 31 enero 1991)

18. CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Se olvida que la cualidad de funcionario público del agente es un concepto jurídico-penal cuya interpretación auténtica facilita el propio CP en el artículo 119 bastando, a estos efectos, con la participación legítima en la función pública que en el procesado concurría indiscutiblemente como se demuestra por las facultades que tenía sobre los caudales a los que la sentencia se refiere, sin que, por otra parte, se discuta la relación existente entre los caudales o efectos dispuestos y las facultades a él atribuidas, como ya quedó dicho.

19. INNECESIDAD DE QUE EN EL NOMBRAMIENTO SE CONSIGNE LA TENENCIA A SU CARGO DE CAUDALES PÚBLICOS

El delito de malversación requiere que la aprobación de caudales o efectos públicos sea realizada por un funcionario

que los tenga a su cargo. Por el contrario, no es requisito de este delito que el nombramiento del funcionario exprese de una manera particular que entre las funciones a desempeñar estaba la de tener a su cargo caudales o efectos públicos. Una exigencia como ésta no se desprende ni del artículo 119 del CP, que define al funcionario, ni del texto del artículo 394 del CP, en él se caracteriza el hecho punible. El artículo 119 del CP requiere simplemente la participación del ejercicio de funciones públicas de una manera genérica y el artículo 394 no impone como condición más que de ser funcionario y tener a cargo los caudales o efectos. La argumentación básica de la Defensa sugiere que este «tener a cargo» no puede ser considerado como un elemento de hecho, sino como consecuencia de una función específica del cargo ocupado. Pero, este punto de vista no puede ser aceptado, dado que el delito de malversación constituye un hecho punible cuyo elemento decisivo es el quebrantamiento de la confianza depositada por la Administración en el funcionario, lo que no depende de que los caudales estuvieran a su cargo por decisión contenida en el nombramiento, sino de que, en su condición de funcionario, haya tenido de hecho una función de custodia de los mismos.

Por otra parte, es preciso distinguir entre el nombramiento de funcionario y la función específica que el funcionario debe cumplir, esta función específica opera con un factor concreción de sus deberes en relación a su especial situación administrativa. El «tener a cargo» los caudales constituye, en este sentido, una de las funciones posibles que un oficial administrativo puede cumplir. Cuando se da tal situación, se concreta respecto de él la especial relación de confianza cuyo quebrantamiento genera

la infracción del deber que caracteriza al delito del artículo 394 del CP.

(STS 4 abril 1991)

20. CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE CAUDALES PÚBLICOS

Es constante la doctrina de esta Sala (entre otras anteriores, SS 29 febrero 1988, 26 junio y 10 octubre 1989) en orden a que la condición pública de los caudales se deriva de igual modo tanto cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al patrimonio público tras el cumplimiento de las formalidades prescritas como cuando, percibidas las cantidades por el funcionario, surge en el ente público el derecho expectante a su entrega y real ingreso en las arcas públicas.

(STS 11 mayo 1990)

21. IRRELEVANCIA DEL TÍTULO DE POSESIÓN DE LOS CAUDALES

Cuestión de especial relieve, es la referencia a si la tenencia de los caudales, por parte del funcionario ha de provenir de una competencia específica por razón del ámbito de sus funciones atribuidas, o si es suficiente que aquéllos se hallen a disposición del funcionario en atención a sus atribuciones generales, habiéndose producido la entrega como incidencia y en relación con el ejercicio de la función pública. Aun cuando existe alguna resolución discordante, es doctrina reiterada de esta Sala (cfr. SS 17 enero 1966, 23 diciembre 1967 y 20 octubre 1970), la de que no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo

administrativo al que pertenezca o al servicio al que figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

La última de la resolución citadas, comprende en el tipo de la malversación, aquellos caudales que el funcionario poseyere de hecho, aunque no se le estuviere atribuido de derecho la custodia, pues la ostentaba en virtud de sus funciones generales, por resultar suficiente el que fuera un mero servidor de la posesión oficial, siendo bastante que el funcionario que ejerce un servicio y detente unos bienes públicos, abuse de la confianza en él depositada y deje indefenso al organismo.

(STS 26 junio 1989)

22. PAPEL DE PAGOS DE MULTAS DE TRÁFICO

Gira el desarrollo de la alegación, en que el procesado no tenía encomendada la custodia de los expedientes despojados del papel de pagos, por lo que el acceso a los mismos fue materialmente como el que cualquiera pueda tener a algo ajeno que esté a su alcance.

Este razonamiento es sofisticado, los expedientes no fueron saqueados por cualquiera, sino por un funcionario de la oficina en que obraban y lo que posibilitó su acceso a aquéllos fue su empleo en dicha dependencia. El motivo debe respetar los hechos probados, y de ellos tenemos el carácter de funcionario de la Jefatura de Tráfico, que los expedientes se referían a multas de Tráfico, que el recurrente los cogió y retiró los efectos representativos de valor numerativo, y que los vendió, que estaban a su alcance

por razón de su empleo, y que concurre el supuesto de tenerlos a su disposición (uno de los dos que se configuran en el artículo 394) lo demuestra el que, en efecto, dispuso de ellos. Concurren todos los elementos, el carácter de funcionario, el tener a su disposición efectos públicos y el apropiárselos con móvil lucrativo.

23. CONTRIBUCIONES Y EXACCIONES MUNICIPALES

Los importes correspondientes a las contribuciones, exacciones municipales y créditos liquidados y derivados de la ejecución de obras y servicios junto a otras percepciones, unas en periodo voluntario y otras en la vía de apremio, como las multas, siempre según el contenido del nombramiento que al acusado se le hizo, tienen y adquieren tal naturaleza desde que se incorporan y pasan directamente al erario público o desde que percibidos por el funcionario surge en el Ayuntamiento, o ente correspondiente, el derecho a que se les entregue e ingrese en el patrimonio estatal, comunitario, provincial manifiesta, lógica y consecuentemente, con la intervención del Tribunal de Cuentas.

(STS 27 septiembre 1991)

24. INAPLICABILIDAD DE LA ATENUANTE DE ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO

La aplicación de dicha circunstancia no es compatible o conciliable con la semiexcusa o atenuante específica del párrafo 2º del artículo 396 del texto penal: el reintegro de los caudales o efectos aplicados a usos propios dentro de los diez días siguientes al de la incoación del sumario, constituye un objetivado arrepentimiento que no puede tener doble

eficacia atenuatoria, lo que no es óbice para que pueda apreciarse la circunstancia 9ª del artículo 9 en el marco del artículo 394 si se dieran las condiciones o requisitos que la misma reclama (*vid.* SS 15 abril 1943 y 19 diciembre 1981).

(STS 6 abril 1989)

25. ATENUANTE ANALÓGICA POR SEPARACIÓN EXTEMPORÁNEA

Por regla general la doctrina de esta Sala ha venido alzaprímado el elemento temporal o cronológico, pero no lo es menos que no faltan precedentes jurisprudenciales de aplicación de la circunstancia analógica a la reparación tardía, tanto con carácter general (S 3 mayo 1978) cuanto con relación al delito de malversación tipificado en el artículo 394 del CP (S 13 abril 1965). Lo decisivo es que en la atenuante específica de arrepentimiento su fundamento esencial radica en razones de política criminal y este mismo fundamento es el que evidentemente existe en la norma contenida en el párrafo 2º del artículo 396 del CP. Obviamente, la reparación extemporánea no puede operar la aplicación de la semiexcusa absolutoria contemplada en el precepto últimamente citado; pero sí puede y debe actuar como atenuante analógica muy cualificada con la intensidad prevista en la regla 5ª del artículo 61 del CP y que se concertará en la segunda sentencia a dictar a continuación; por lo que procede la estimación de este primer motivo impugnativo.

26. ERROR DE PROHIBICIÓN

Como señala la S de 2 de noviembre de 1987, el error es por su propia naturaleza una situación personal en la que se encuentra el que lo sufre, pero

aunque ello sea en sí algo subjetivo, sin embargo, no se puede admitir sin más, su existencia, sino que, para su apreciación, tendrán que valorarse tanto las circunstancias subjetivas, facultades cognitivas y perceptivas del agente, como, y singularmente, las circunstancias objetivas concurrentes en el caso enjuiciado, y, con ambas, se verificará un juicio de referencia, con el hombre medio, es decir, la generalidad de las personas colocadas en idéntica situación que permitirá apreciar el grado de vencibilidad del error, a efectos de determinar si éste es invencible, es decir, el que cualquier persona hubiese padecido, si se encontrase en la situación del sujeto activo, o por el contrario, vencible en tanto en cuanto pudo haber sido evitado, informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes o del significado del hecho.

Cualquier funcionario municipal que desempeñe unas actividades semejantes a las que ostentaba el recurrente, hubiera podido conocer sin más esfuerzos que el que se deriva de un ordenado desempeño de su cargo, todas las disposiciones vigentes en materia de retribuciones y no resulta ni verosímil ni admisible que actuase en la creencia de que le correspondía el coeficiente y los trienios. Resulta su tesis todavía más increíble si tenemos en cuenta que era el propio procesado el que confeccionaba las nóminas y el que se asignó (según se desprende indestructiblemente del hecho probado), un sueldo que no le correspondía, por lo que no le cabe ampararse en el error ni vencible ni invencible, lo que provoca la desestimación del motivo.

27. DELITO CONTINUADO

Puede sostenerse que se dé un supuesto de malversación continuado

con una pluralidad de acciones, el cobro de los tres talones, cuando aquéllos encierran un solo acto (no se realizó en tres ocasiones), sin que pueda distinguirse tampoco lapsos de tiempo en la percepción de aquéllos, al verificarse en el propio establecimiento bancario, y con cargo a las mismas cuenta corriente, por lo que mal puede hablarse de la figura del delito continuado, que exige diversidad de acciones, y en un ámbito temporal, que no concurre en el comportamiento del procesado, mas en todo caso, tendrían que sumarse las cantidades de cada uno de los tales, al ser el global resultante, el perjuicio total causado, pues sin poder asimilarse técnicamente a los delitos contra la propiedad, tiene un indudable carácter patrimonial, incluso con una modalidad del delito de apropiación indebida, cualificado por la cualidad del sujeto y la naturaleza de lo sustraído (cfr. STS 29 febrero 1988), y, por tanto, llegaríamos al mismo resultado primitivo.

(STS 26 junio 1989)

28. RELEVANCIA DE ÁNIMO DE APROPIACIÓN DEFINITIVA O PROVISIONAL

La diferencia entre el delito del artículo 394 y el del artículo 396 reside en el elemento subjetivo, dolo, propósito, intención que, como interno hay que inferir de la conducta exteriorizada, con criterios razonables conforme a la sana lógica y experiencia común. Entre ambas figuras delictivas existen elementos comunes: el sujeto funcionario (en el amplio sentido del art. 119), el objeto caudales públicos (en el momento de apropiárselos, etc.), la acción de detraerlos de su custodia y fin públicos para desviarlos al área de disponibilidad privada del funcionario infiel (propia o

ajena). Pero en el segundo caso y es ésta la causa esencial de la distinción, tal desviación es transitoria, temporal no hay (o el legislador lo presume así a favor del agente, deduciéndolo de su actuación posterior) intención de incorporación irreversible al peculio personal, sólo un uso limitado temporalmente. En ese lapso uso limitado temporalmente. En ese lapso se confundieron con su patrimonio.

En rigor lo que hay en este artículo 396 es un estímulo de política penal para que el amor rectifique a tiempo, una excusa ya que no absolutoria si atenuatoria con el fin de primar con una pena no privativa de libertad sino de derecho concretos la restitución, con el fin manifiesto de evitar perjuicios definitivos a la Hacienda Pública. Si en el caso más grave del 394 no importan las aplicaciones privadas en que se volatilizaron los fondos, menos aún importa en éste en que tendrían menor significación pues que en fin de cuentas serían pasajeras, recuperándose el efectivo, aunque el sujeto haya extraído de otros capítulos de su actividad económica (incluso de préstamo o donación ajena); lo que cuenta en la recuperación, aunque venga forzada por la reclamación oficial.

En los hechos están todos los elementos del delito, todo, incluso ese dolo atenuado de disponibilidad temporal. Al legislador le importa que el dinero vuelva al área pública de la que no debió salir, no por qué canales discurrió en el entretanto; uso propio es hasta ponerlo bajo un ladrillo en previsión de necesidades futuras imaginarias (o en poder de una monja para que no lo roben, como aquí se ha dicho en el proceso).

En el fondo, la experiencia común y la psicología penal saben que el malversor más normal empieza siempre por el tipo del 396, como un «préstamo» a corto

plazo, luego se va engolfando en una cadeneta de extracciones, incluso en la ilusa esperanza de desquitarse y reponer y va entrando en la espiral del artículo 394 para al verse descubierto tratar de volver al supuesto del 396 si puede por sí o por ayuda de otros (S 9 de febrero 1989, por ejemplo). Pero la Ley cierra los ojos y se da por contenta con que este «hijo pródigo» administrativo reintegre lo así «distráido»; la pena viene así a ser simbólica y más bien medicinal y preventiva de recaídas inmediatas.

Frente al *animus rem sibi habendi* del 394, de lucro propiamente dicho (S 26 junio 1989), hay sólo un *animus utendi* en el 396. Pero es intrascendente el uso concreto que no es elemento *sine qua non* del delito y mucho menos esencial como pretende el recurrente.

La calificación se ha ajustado a Derecho y si en la sentencia hay «deducciones» sucesivas como se arguye no serían precisamente contra el reo sino a su favor, como sostiene en su recurso la parte acusadora, como veremos. Y no hace falta ninguna presunción para concluir que el funcionario que retuvo en su ámbito privado fondos ajenos durante años cometió este delito, es la consecuencia lógica de un hecho probado notorio.

(STS 10 abril 1992)

29. MALVERSACIÓN IMPROPIA O EXTENSIVA. FUNDAMENTO DEL DELITO

La llamada malversación impropia que tipifica el referido proceso, tiene su inicial fundamento en que las personas inculpadas han de carecer de esa cualidad funcional, rompiendo así con la regla general establecida en el capítulo X, del Título VII, relativo a la «Malversa-

ción de caudales públicos», bastando por ello que la persona inculpada realice actos de gestión de fondos públicos; en segundo término, es indiferente la procedencia de esa labor de gestión, pues a estos efectos; la norma no distingue cuando expresa que el encargo ha de ser «por cualquier concepto», es decir, da igual que el nombramiento o designación del gestor se haga de forma reglamentaria o de manera informal, ya que el tipo delictivo incluido en el precepto tiene su verdadera *ratio* sancionadora, no en la raíz o procedencia de un determinado nombramiento, sino en el hecho de que la persona designada para esa gestión (con nombramiento regular o irregular) después incurra en la acción delictiva que de manera genérica establece el artículo 394 del CP (sustraer caudales o efectos públicos que tenga a su cargo).

(STS 6 junio 1989)

30. DIFERENCIA ENTRE LA MALVERSACIÓN PROPIA Y LA IMPROPIA

Como es sabido, dentro del delito de malversación de caudales públicos, existe la propia referida a quienes tienen la consideración de tales caudales y a funcionarios públicos como sujeto activo del delito, y la impropia que sólo por una doble ficción se extiende a bienes que naturalmente no tienen la consideración de públicos, y a personas como sujeto pasivo que son particulares y que sólo a los efectos de su puntual intervención como depositarios judiciales, se les atribuye la bendición de funcionarios públicos (S 22 octubre 1986, entre las recientes).

Por consiguiente, tal distinción de especies delictivas bajo un mismo *nomen iuris*, que ya remontan al peculado romano y al crimen de *residuis*, sólo tiene de común el deber de fidelidad a la

función en el manejo de fondos públicos o a ellos asimilados (S 27 marzo 1987, entre otras). Es decir, que así como en la primera de dichas especies malversadoras predomina el carácter patrimonial del delito, aunque no se agota en ello su contenido, como lo comprueba la posibilidad de cometerlo por acción u omisión, dolosa o culposamente, lo que niega el ánimo de lucro fundamental en todas las especies de delitos patrimoniales de enriquecimiento, en la malversación impropia lo que en realidad es más relevante, es aquel deber de fidelidad, deber que se refiere pensando que se trata de un depósito judicial sobre bienes asimilados a los públicos con expresa obligación ya no sólo de conservarlos bajo custodia y vigilancia (deber inherente a todo depositario), sino de tenerlos en todo momento a disposición del Juez que decretó su embargo o secuestro, de modo que la traslación de lugar de los bienes, sobre todo si no se da cuenta de ello en tiempo oportuno al Juez que constituyó el depósito, y no se obtiene la autorización del mismo, quebranta tal deber de conservación del depositario y la obligación de puesta a disposición cuando sea requerido para su entrega por la Autoridad judicial.

(STS 13 febrero 1990)

31. REQUISITOS CONFIGURADORES DE LA MALVERSACIÓN IMPROPIA

Constituye una doctrina pacífica de esta Sala que la extensión que el artículo 399 del CP realiza a los «administradores o depositarios o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, junto con otros supuestos que el precepto menciona, supone la denominada «malversación impropia», en que el sujeto no tiene la condición de funcionario público, y falta en los

caudales su condición pública. El legislador ha «extendido» las disposiciones de la malversación propia en que el autor es funcionario, al menos en el sentido del artículo 119 del CP, y los efectos o caudales son públicos, a otros supuestos en que ni el sujeto activo ostenta tal condición, ni los bienes alcance tal carácter. Tal es el caso del depositario de un bien propio o ajeno embargado. Pues bien, según una reiterada doctrina jurisprudencial (SS 2 marzo 1992; 943/93, 30 abril; 503/94, 10 marzo, y 1668/94, 20 septiembre, por citar entre las recientes) constituyen los requisitos configurados de tal «malversación impropia»: a) un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque tales bienes sean de pertenencia de particulares; b) una persona designada depositaria de los bienes, en este caso 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, tras ser informado de su nombramiento y debidamente advertido de las obligaciones contraídas, con obligación de conservar los bienes a disposición del Juez, luego que los recibe para su custodia y depósito; y d) un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo, pudiendo consistir, bien en la «sustracción» o «consentimiento» para ello (art. 394), bien en un «abandono o negligencia inexcusable» que da ocasión a que se efectúe la sustracción por otra persona (art. 395), una aplicación a «usos» propios o ajenos (art. 396), «aplicación diferente» a aquella a que estuvieran destinados (art. 397), «negativa a hacer entrega de la cosa a la autoridad que la entregó o depósito» (art. 398) y cuantas formas más específicas puedan imagi-

narse para sustraer tales bienes del destino que por razón de la traba tenían reservados en el procedimiento, en donde se acordó el embargo, secuestro o depósito.

Esta tipicidad impone, pues, la aceptación del cargo por parte del depositario de los bienes embargados. Se trata de un administrador, infiel, al igual que en el artículo 394 del CP (SS 23 marzo 1991, 25 septiembre 1992 y 326/94, 14 febrero): por otra parte, el principio de culpabilidad, como expresó la S de 8 de febrero de 1990, a la luz de la redacción operada por el artículo 1 del CP por LO 8/83, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP, requiere respecto a este delito un conocimiento completo de los elementos integrantes de la infracción penal [art. 1.6 bis a) del mismo texto] y exige, en definitiva, que el depositario actúe con conocimiento y voluntad del alcance de su acción para lo cual debió ser informado de manera clara y precisa y de forma expresa de la naturaleza del cargo asumido y de sus correspondientes obligaciones.

(STS 26 mayo 1995).

32. QUEBRANTAMIENTO DE DEPÓSITOS Y ALZAMIENTO DE BIENES

El embargo trabado, la designación de depositario, la aceptación del cargo con todas sus consecuencias, y el ilícito acto dispositivo llevado a cabo en cuanto al objeto trabado, son y constituyen requisitos imprescindibles y constituyentes de la figura delictiva que, con un manifiesto impulso expansivo, traslada los efectos y consecuencias del tipo base a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares (SS 9

febrero y 13 y 25 octubre 1993; 10 marzo, 30 septiembre y 15 octubre 1994; y 26 mayo 1995, entre otras muchas).

En resumen, la designación, la aceptación, el conocimiento y la disposición son los ejes necesarios y precisos para saber exactamente, como debe ser en el Derecho penal, del delito de malversación impropia.

De otro lado, el alzamiento de bienes del artículo 519, como delito de mera actividad y de riesgo, o de resultado cortado, no precisa en modo alguno de la presencia de un depositario de bienes concretos, por la sencilla razón de que ahora no existen bienes depositados. En esta infracción se considera, por medio de la actividad que desarrolla el sujeto activo, la fuga de bienes, la falsedad de una conducta, el engaño a terceros y el perjuicio en fin respecto de quienes son legítimos acreedores.

Una conducta que pretende la desaparición engañosa del propio caudal, bien entendido que la infracción subsiste a pesar de que la ocultación, o las operaciones pertinentes para configurar, enmascarar o camuflar la intención dolosa, se originen en el momento en el que el crédito todavía no fuera vencido ni exigible. De ahí que en tal sentido nada impida que ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, se realice un verdadero alzamiento de bienes a medio o por medio de cualquier preparación previa para disimular o facilitar ese fraude (SS 26 febrero 1990 y 6 marzo 1991).

Se ha dicho que independientemente de que se proteja indirectamente al acreedor respecto de las ilícitas disposiciones patrimoniales provocadas generalmente por el deudor, es suficiente la intención de perjudicar a los acreedores a través de fraudulentas obstaculizaciones en la vía de apremio, en tanto que el

perjuicio real pertenece no a la fase de consumación y perfección delictiva, sino a la de su agotamiento. Lo que ocurre es que, como en tantas infracciones, el ánimo, la intención o el deseo de defraudar legítimos derechos de los acreedores, ha de inferirse, como elemento subjetivo del injusto, de cuantos datos, externos e internos o signos reveladores, fundamenten el dolo criminal (S 7 abril 1992). Ahora son otros los elementos integradores de la infracción. El crédito, generalmente preexistente, la ocultación del activo, real o ficticiamente, la intención de defraudar las legítimas expectativas del acreedor, y la total o parcial insolvencia con la disminución, también real o ficticia del propio patrimonio que dificulta el cobro crediticio (SS 19 febrero y 20 enero

1993), son los elementos constitutivos del tipo penal. Obviamente la sustracción o la desaparición de los bienes nada tiene que ver con la necesidad de un previo depositario. Luego tal depositario o la ausencia de pruebas en cuanto a la actividad desarrollada por el acusado para hacer desaparecer los bienes, son los objetivos a los que los dos motivos interpuestos con base en el artículo 849.2 procesal se dirigen.

Al efecto, ha de tenerse presente la doctrina consolidada en virtud de la cual la Sala Segunda regula y condiciona cuanto se refiere al error en la valoración de las pruebas según documento que no sólo han de ser válidos, sino que además no han de estar contradichos por otros medios legítimos de prueba.

(STS 20 febrero 1996)

III. FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

33. CONCIERTO PARA DEFRAUDAR A UN ENTE PÚBLICO

Es delito de fraude del artículo 400 del CP, mediante uso de artificio por funcionario público que interviene, por razón de su cargo, en comisión de suministros, obtener el procesado, jefe del Servicio de Importaciones del Instituto Español de Moneda Extranjera, tres licencias de importación de vehículos automóviles sin entrega de divisa alguna procedente de venta de valores ni, respecto de la tercera licencia, del pago de 130 por 100 en concepto de impuesto de retorno, todo ello en virtud del delito de falsedad del artículo 302.4º

consistente en presentar en el Registro del referido Instituto una declaración de valores en el extranjero, que puso a la firma de su hija de 12 años, la cual la suscribió sin leerla y en la que manifiesta inexactamente que existían dichos valores y los había adquirido por herencia de la persona que designaba.

34. CONCIERTO CON INTERESADOS

Tales elementos del delito son los siguientes:

1) Sujeto activo que necesariamente ha de ser un funcionario público que interviene en el hecho en el ejercicio de

sus funciones. Nos hallamos ante un delito especial que plantea los problemas propios de la participación de un extraño en el que no concurre la cualidad exigida en el tipo, a los que nos referiremos luego al examinar el motivo 4º del recurso de R.

2) La intervención del funcionario ha de realizarse en alguna de las materias que aparecen relacionadas en el propio artículo 400 del CP con criterio cerrado *numerus clausus*, a saber, «comisión de suministros, contrataciones, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos». Constituye una limitación objetiva expresamente exigida en la norma y que no puede violarse so pena de lesionar el principio de legalidad penal, lo que ocurriría si se aplicara a supuestos análogos a los expresados pero no comprendidos en el tenor de la norma.

3) El núcleo de la conducta delictiva aparece determinado por la expresión verbal «se concertare con los interesados o especuladores». Prescindimos aquí de la otra modalidad de delito prevista en el mismo artículo 400 del CP cuando dice «o usare de cualquier otro artificio», por que ésta no interesa al caso presente.

La concertación no es otra cosa que el ponerse de acuerdo al funcionario con el interesado (la referencia a los especuladores nada añade porque parece evidente que todo especulador es interesado), conjunción de voluntades con la finalidad que constituye el 4º de los elementos del tipo.

4) Tal concertación ha de ser «para defraudar al Estado, Provincia o Municipio». La no modificación en los últimos años de esta norma penal ha impedido incluir como sujetos pasivos de tal defraudación a las Comunidades Autónomas y a la Unión Europea. También los funcionarios de estas últimas pueden concertarse con los interesados o usar de

cualquier otro artificio para defraudar a la Hacienda a la que sirven.

Constituye un elemento del tipo que sirve de límite objetivo para esta infracción penal e impide su comisión por imprudencia.

Defraudar equivale a perjudicar económicamente al patrimonio de la entidad a la que el funcionario presta sus servicios.

Adviértase que en el tipo del artículo 401 del CP el interés se halla del lado del funcionario, mientras que en el definido en el artículo 400 del CP el interés se coloca en la persona con la que el funcionario se concierta. Queremos decir con esto para el delito que ahora examinamos no es necesario interés personal alguno en el sujeto activo. Puede actuar sin ánimo de beneficio propio.

Nos hallamos ante un delito de mera actividad que se consuma simplemente con que exista la tan repetida concertación con la mencionada finalidad de defraudar. La producción efectiva del perjuicio patrimonial, que aquí sí existió, pertenece a la esfera del agotamiento del delito, no al de su perfección.

Se trata de una norma penal escasamente aplicada cuyos perfiles hemos de ir precisando ante las necesidades que caso a caso se nos van presentando. Ciertamente que, como dice el letrado recurrentemente, parece que esta norma penal está pensada para los casos en los que el funcionario interviene de la entidad a la que sirve, concertándose con la persona con la que el contrato se celebra o con alguna otra interesada en la operación que se trate.

Pero no hay por qué limitar el precepto al ámbito de la contratación. Hay casos como el presente que nos hacen ver que la norma que nos ocupa puede tener una aplicación más amplia.

En efecto, entendemos que la liquidación de un impuesto encaja en el supuesto de liquidación de haberes públicos, pues esta última expresión (haberes públicos) no tiene que entenderse reducida, como parece pretender el recurrente, a los sueldos de los funcionarios.

Hay otra aceptación de la palabra «haber», usada habitualmente en plural (haberes) que es la primera que aparece en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, referida a «hacienda, caudal, conjunto de bienes que pertenecen a una persona natural o jurídica», es decir, lo que constituye el patrimonio de alguien. Entendemos que es claro que los derechos que corresponden a una persona forma parte, según tal aceptación, de sus haberes. Haberes públicos sería algo así como el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona pública. Desde luego, los impuestos que cobra esa persona pública forman parte de sus haberes y en tal sentido hemos de decir que la liquidación de un impuesto de plusvalía constituye una liquidación concerniente a los haberes públicos del municipio correspondiente.

(STS 16 febrero 1995)

35. CONTRATACIÓN ECONÓMICA CON PARTICULARES

La jurisprudencia de esta Sala ha dicho reiteradamente que, pese al lugar donde sistemáticamente aparece encuadrado este delito, capítulo IX del Título VII del Libro II del CP, bajo la rúbrica designada como «de los fraudes y exacciones ilegales», es lo cierto que para su consumación no se exige ni fraude ni exacción ilegal, elementos que sí aparecen en los otros preceptos del mismo capítulo, bastando, como se

deduce de su propio texto, los dos elementos objetivos antes referidos y el dolo como requisito subjetivo.

Se trata de un delito de mera actividad («se interesare») que se contenta con el daño que al bien jurídico protegido (la buena imagen de la Administración en sus relaciones de contratación económica con los particulares) se produce por el mero hecho de interesarse el funcionario como ciudadano ordinario en un negocio en el que sólo debieran encontrarse presentes los intereses públicos de la Administración, sin que se requiera, para que tal figura delictiva quede perfeccionada, el que haya perjuicio para tales intereses públicos y ni siquiera que exista intención de causarlos, pues puede tratarse de un negocio que incluso resulte beneficioso para la correspondiente entidad pública.

Tampoco este delito requiere que la operación resulte en definitiva beneficiosa para el funcionario, aunque sí que éste tenga propósito de beneficiarse (S núm. 814/1995).

(STS 22 junio 1995)

36. SUJETO ACTIVO DEL DELITO

En el mentado artículo 402, cabe distinguir entre un tipo básico, definido en el párrafo 1º del mismo, y un tipo cualificado o subtipo agravado descrito en el párrafo 2º, cuya agravación afecta «al culpable habitual» de la mencionada infracción. *Sujeto activo* de esta categoría delictiva, lo son, conforme a las SS de este Tribunal de 12 de febrero de 1883, 23 de febrero de 1894, 8 de febrero de 1854, 5 de julio de 1995, 5 de noviembre de 1960, 28 de septiembre de 1965 y 26 de octubre de 1967, los funcionarios públicos, cuyo concepto se halla en el artículo 119 del CP., especialmente capacitados para la

exacción de derechos capacitados al ejercicio de sus funciones; en lo que respecta a la acción, de conformidad con la S de esta Sala de 20 de noviembre de 1894, exigir equivale a percibir o cobrar, pudiéndose agregar que, más propiamente, significa reclamar, pedir o demandar, perfeccionándose, el comportamiento delictivo, con la sola exigencia o solicitud aunque, el funcionario, no consiga le sean entregadas las sumas reclamadas con exceso; por otra parte el hecho punible se comete exigiendo mayores derechos «arancelarios, dietas, locomoción, indemnizaciones, etc.» que los autorizados, pero también reclamando cualquier clase de emolumentos o retribuciones sin estar autorizado para ello (SS 24 junio 1909 y 3 junio 1957), si bien sea preciso reconocer que, en el segundo caso, el comportamiento del agente, podría incidir, con más propiedad, en las figuras de estafa o de cohecho; y finalmente, en el orden de la culpabilidad, se trata de un delito esencialmente doloso, siendo indispensable que, el funcionario, se represente que está exigiendo mayores derechos que los autorizados o que demanda emolumentos no permitidos por la ley, y determine libremente obrar de ese antijurídico modo, si bien, algunos sectores doctrinales, admiten que, la infracción estudiada, pueda perpetrarse de forma culposa.

(STS 14 abril 1986)

37. ELEMENTOS ESTRUCTURALES

a) El sujeto activo no es cualquier funcionario, sino tan sólo 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 partici-

pación en la recaudación de tributos, tasas parafiscales, etc. De nuevo viene aquí a jugar el exceso en la percepción pues si se exige a los contribuyentes impuestos no autorizados se está en el supuesto de los artículos 202 a 204 del CP. Es sintomático respecto a lo que hemos dicho la remisión a la estafa que hace, entre los mencionados, el artículo 203, para el caso de que el impuesto indebido y cobrado por el funcionario no entre en las Cajas del Tesoro Público. Se trata del mismo reenvío que el artículo 403, hace a los delitos de apropiación indebida y estafa como segunda forma de exacción ilegal, desplazada en la tipicidad por dichos delitos con la única adición de la pena de inhabilitación especial.

b) La acción ya hemos dicho que se condensa en el verbo exigir los mayores derechos lo que puede hacerse directa o indirectamente, esto es, por sí o a través de otra persona (empleado, subalterno, etc.). En este segundo caso se siguen las reglas de las participaciones de *extraneus* en los *delicta* propia. En cuanto al concurso con el cohecho o la estafa, por regla general el cohecho absorberá por consunción de la exacción ilegal. Lo mismo sucederá en el caso de estafa, la que operará también por absorción, ya no sólo por virtud del artículo 68 sino por el propio reenvío del artículo 403 al que, sin embargo, completa la penalidad. La excepción se dará cuando se trata de una o varias estafas constitutivas de faltas en que ya no tiene virtualidad el artículo 403 que sólo se refiere a delitos. Finalmente, la consumación, se logra con la exigencia de los derechos indebidos aunque no lleguen a cobrarse.

c) En fin, la culpabilidad se entiende comúnmente que sólo es posible en su forma dolosa, seguramente por la

conjunción que el legislador hace de este delito y de los fraudes de los funcionarios en la rúbrica del capítulo XI del Título VII del Libro II del CP. De hecho no se da en el tipo que describe la exacción ilegal (art. 402) ningún elemento subjetivo del injusto, explícito o implícito, que, impida la comisión culpable. Y no ha faltado alguna S de esta Sala que así lo ha entendido (S 28 de septiembre 1965).

La doctrina jurisprudencial se centra, de conformidad con lo dicho, en la exigencia de mayores derechos, es decir que el funcionamiento ha de estar facultado para percibir derecho en forma de arancel, participación, etc. (SS 12 marzo 1935, 5 mayo 1959, 5 noviembre 1960), si bien algunas SS, (24 junio 1909 y 3 junio 1957) han extendido el tipo a la percepción de emolumentos no debidos en absoluto. La buena doctrina ha sido definitivamente asentada por las recientes SS de 14 de abril y de 12 de diciembre de 1986, que en estos últimos casos entiende que el comportamiento del agente incide con más propiedad en las figuras de estafa o cohecho. Y por supuesto, los casos, contemplados por dichas resoluciones se refieren a percepción de

cantidades superiores a las que tenía derecho o demandar el funcionario.

(STS 27 junio 1989)

38. EXIGENCIA DE MAYORES DERECHOS

La doctrina jurisprudencial se centra, de conformidad con lo dicho, en la exigencia de mayores derechos, es decir, que el funcionario ha de estar facultado para percibir derechos en forma de arancel, participación, etc. (SS 12 marzo 1935, 5 mayo 1959, 5 noviembre 1960), si bien algunas SS (24 junio, 9 y 3 junio 1957) ha extendido el tipo a la percepción de emolumentos no debidos en absoluto. La buena doctrina ha sido definitivamente asentada por las recientes SS de 14 de abril y 12 de diciembre de 1986, que en estos últimos casos entiende que el comportamiento del agente incide con más propiedad en las figuras de estado o cohecho. Y por supuesto, los casos contemplados por dichas resoluciones se refieren a percepción de cantidades superiores a las que tenía derecho a demandar el funcionario.

(STS 27 junio 1989)

IV. NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

39. FUNCIONARIO QUE SE INTERESA POR OPERACIÓN EN QUE TIENE QUE ADOPTAR ALGUNA RESOLUCIÓN

El TS tiene declarado (S 24 abril 1989) que este delito consiste en que el

funcionario se interese en cualquier contrato u operación en que el cargo que desempeña tenga que tomar alguna resolución. No es preciso que haya engaño, artificio, ni lesión patrimonial. Es un delito de simple actividad, no de resultado, y el dolo está en la voluntad

consciente de asumir, a la vez, intervención como cargo público de la Administración y como interesado privado en la operación con aquélla. El bien jurídico que se protege es el interés de la Administración Pública, más moral que patrimonial, porque lo que al legislador le importa es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver garantizando su imparcialidad.

(STS 20 noviembre 1991)

40. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El relato histórico ha permitido que el Tribunal de instancia haya alcanzado la convicción, en modo alguno arbitraria e ilógica, de que el recurrente se benefició con la adjudicación de obras y suministros en las que intervino por razón de su cargo de Alcalde, llegando incluso a firmar un libramiento de pago con el que se abonó unas facturas encabezadas con un nombre y en él aparece como perceptora su propia esposa. Es incuestionable que ha quedado lesionado el deber de lealtad y fidelidad a la función pública, en que encarna el bien jurídico protegido por esta figura delictiva, al producirse una contradicción de intereses, el público que representa el funcionario y el suyo propio, sin que sea necesario, para la consumación del delito, que se obtenga en beneficio o lucro propuesto ni que la Administración sufra un perjuicio, puesto que se trata de un típico delito de tendencia o de mera actividad (cfr. S 6 marzo 1990). Es insostenible sostener, como pretende el recurrente, que en su conducta estuviese ausente el necesario actuar doloso, ya que en este supuesto evidentemente sí existió y estuvo representado por la voluntad consciente de asumir el doble papel de representante de la Administra-

ción y de contratante, más o menos enmascarado, con ella.

41. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN «CONTRATO U OPERACIÓN»

La expresión «contrato u operación», unida al resto del precepto, ha de entenderse a través de una interpretación literalista, en absoluto extensiva, pero sí teleológica, como cualquier actividad de naturaleza económica en la que el sujeto activo del delito se inmiscuya para el logro de un beneficio de igual naturaleza, exigencias que se extraen de su propia redacción y de su ubicación dentro del CP en el capítulo XI del Título VII titulados «de los fraudes y exacciones ilegales», aunque se trata de un delito de pura actividad, siendo indiferente que el titular de las obras fuera el Alcalde o su mujer. Si las obras no se ajustaban al proyecto autorizado por el Municipio, excediendo de lo permitido en la licencia concedida a la esposa del Alcalde, si la intervención de éste consiste en conseguir obviar, a través de una serie de comportamientos, las dificultades existentes, aun sin tomar ningún acuerdo que hubiera sido prevaricador, es indudable que el imputado incurrió en el delito por que fue condenado, hasta el punto de que, en este orden de cosas, un sector doctrinal estima que hubiera debido utilizar la expresión «negocio jurídico» para describir este comportamiento, aunque siempre con un trasfondo económico. En este sentido, en la vieja STS de 16 de enero de 1896, se condenó al Alcalde que se asoció a los arrendatarios de consumo, a pérdidas y ganancias, la S de 18 de febrero de 1980 contempla una adquisición de terreno para el municipio a precios muy superiores de los reales. En

el caso que ahora nos ocupa interviene el Alcalde para que la ejecución de la concesión de una licencia a favor de su esposa no tuviera dificultades de realización a pesar de constarle las irregularidades existentes, que la sentencia de instancia pone de relieve.

(STS 5 marzo 1992)

42. Concurren cuantos elementos integran el tipo en la segunda modalidad de conducta prevista, la del funcionario público que, con prevalimiento del cargo interviene directa o indirectamente en empresa privada con móvil de lucro. Intervenir se hace equivalente de participación en la misma, beneficiándose, en consecuencia, de los ingresos que se produzcan provenientes de la actividad social programada, aquí redacción de proyectos de ingeniería y arquitectura tanto rústicos como urbanos. El procesado, sirviéndose de su cargo de Aparejador Municipal, de modo más o menos directo, en cuanto asumía la función de informar los proyectos que presentaban

los aparejadores socios con el mismo de «T», señores A.G., favorecía la labor de éstos y, consiguientemente, los beneficios de la sociedad. El delito en cuestión (cual resalta la S de esta Sala 27 septiembre 1969) tiene como finalidad proteger la honesta actividad contra la suspicacia y el adecuado ejercicio de las funciones y servicios institucionales del Estado, efectuado a través de la gestión administrativa, de las Autoridades y funcionarios públicos, que gozan de una relevante supremacía, y de aludir en ellos conductas abusivas o riesgos, con abuso de su misión social, al menos en particular beneficio de interés propio. Nada supone que, en el supuesto que se enjuicia, no se hubiesen repartido beneficios, ya que su abstención se propendía y hacia ese fin convergían las actividades sociales. Obvio resulta que la situación creada sea sumamente propicia para la proliferación de encargos e intervenciones de los aparejadores o socios del acusado.

(STS 18 octubre 1991)

2) JURISPRUDENCIA ITALIANA (*)

I. PECULATO

A) INTERESSE TUTELATO E OGGETTO MATERIALE

1. La natura plurioffensiva del reato di peculato importa che l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del reato, atteso che rimane pur sempre leso dalla condotta dell'agente l'altro interesse – diverso da quello patrimoniale – protetto dalla norma, e cioè il buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 della Costituzione). (Nella specie il radiologo di un ospedale aveva distratto a favore di terzi delle lastre radiografiche di proprietà della Usi sostituendole con altre di marca diversa, prossime alla scadenza, che peraltro erano state utilizzate nell'ospedale aveva ritenuto che la mancanza

di un pregiudizio economico per la Usi e la fungibilità fra le varie lastre comportasse l'insussistenza del reato, ma la Cassazione ha censurato tal assunto, sulla scorta, tra l'altro, del principio di cui in massima). * Cass. Pen., sez. VI, 24 agosto 1993, n. 8009 (ud. 10 giugno 1993), Ferolla, (*C.p.*, art. 314).

2. Le cose oggetto di peculato debbono possedere un valore, per cui il reato non sussiste se le medesime cose siano prive di valore o abbiano un valore talmente esiguo da essere identico ad un valore nullo (Nella specie, relativa al prelievo da parte dell'imputato di pacchetti di boccette dalla «vetreria» di un laboratorio di analisi pubblico allo scopo di utilizzarli a fini privati, la corte ha peraltro concluso che, tenuto conto della frequenza dei prelievi e della quantità

(*) Las sumillas jurisprudenciales han sido tomadas de Luigi ALIBRANDI, *Codice Penale*, Piacenza, Editrice La Tribuna, 1995, pp. 854 a 965.

degli oggetti di volta in volta prelevati, esattamente il giudice di merito aveva ritenuto che tali beni avevano, nel loro complesso e con riguardo ai singoli atti di appropriazione, un sicuro valore economico sufficiente per la sussistenza del contestato delitto). * Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 1990, n. 5442 (ud. 16 dicembre 1989); Calabrò. (*C.p., art. 314*).

B) MOMENTO CONSUMATIVO DEL REATO

3. Il delitto di peculato si consuma nel momento in cui si perfeziona l'appropriazione, sicché è del tutto irrilevante l'avvenuta restituzione in cassa della somma sottratta, mentre non è richiesto per la configurabilità del delitto de quo, il danno della pubblica amministrazione. * Cass. pen., sez. VI 2. aprile 1990, n. 4495 (ud. 7 giugno 1989). Regio (*C.p., art. 314*).

4. Il reato di peculato è reato istantaneo, il cui momento consumativo si verifica quando il soggetto attivo del reato compie un fatto che manifesti la sua volontà di tenere la cosa come propria e cioè nel momento stesso in cui si comporta, in relazione alla cosa stessa, non più come possessore, ma come proprietario. Ed il peculato avente ad oggetto cose di quantità come il danaro si realizza nel momento in cui l'agente si appropria dolosamente delle cose o dà a queste una diversa destinazione. * Cass. pen., sez. VI, 1 luglio 1980, n. 8277 (ud. 4 febbraio 1980, n. 226). Docimo.

C) NOZIONE DI POSSESSO E DISPONIBILITÀ PER RAGIONE DI UFFICIO O SERVIZIO

5. In tema di peculato, il concetto di disponibilità si riferisce a quei soli poteri giuridici che consentono all'agente, che

sia privo del corpus del possesso, di esplicitare sulla cosa quegli stessi comportamenti, uti dominus, che vengono a sostanziare la condotta di appropriazione, elemento materiale del delitto di cui all'art. 314 c.p. Non rientrano nel concetto di disponibilità quei poteri del pubblico ufficiale che possono assimilarsi non già alle facoltà del dominus, ma a quelle del creditore un rapporto obbligatorio e che gli consentono (e, per la natura pubblica del rapporto, gli fanno obbligo) di esigere la prestazione della controparte o di adempiere alla propria, ponendo le premesse per l'adempimento altrui. Non risponde, pertanto, di peculato il pubblico ufficiale che omette di incassare un credito dell'ente che rappresenta e, tanto meno, il pubblico ufficiale che omette di adempiere o adempie irregolarmente la propria prestazione (atto di ufficio), al fine di consentire al privato di evitare il pagamento di tasse, diritti o prestazioni in genere, con ciò arrecando danno patrimoniale all'erario. In tale caso potranno eventualmente ravvisarsi i reati di abuso di atto di ufficio o di omissione di atti di ufficio. (Nella specie è stata annullata con rinvio la sentenza di condanna della corte di appello che aveva ravvisato gli estremi del peculato nel fatto che l'ufficiale giudiziario, mediante l'omessa registrazione di numerose commissioni e di altre operazioni, aveva nascosto allo Stato introiti per diverse decine di milioni, trattenendo per sé il 50 per cento, che avrebbe dovuto versare all'erario, secondo le norme dell'ordinamento degli ufficiali giudiziarie, comunque, impedendo agli organi di controllo di verificare l'ammontare complessivo dei proventi riscossi, derivandone un ulteriore danno per lo Stato che, ignorando i reali introiti dell'ufficiale giudiziario, gli corrispondeva la prevista indennità integrativa). * Cass.

pen., sez. VI, 28 aprile 1993, n. 4129 (ud. 19 febbraio 1993), Resta, (*C.p.*, art. 314).

6. Per la configurabilità del peculato non è necessario che il pubblico ufficiale abbia la materiale detenzione o la disponibilità diretta e immediata del denaro o della cosa mobile di cui si appropria, ma è sufficiente, ad integrare l'elemento del possesso, che egli ne abbia la disponibilità giuridica in conseguenza della funzione da lui esplicata, ossia la possibilità di disporre mediante un atto o un fatto rientri nella competenza dell'ufficio del quale è investito. * Cass. pen., sez. II, 19 marzo 1984, n. 2509 (ud. 22 novembre 1983). Tavernini.

D) ELEMENTO SOGGETTIVO

7. La destinazione del pubblico denaro, fissata da una norma amministrativa, deve ritenersi richiamata da quella penale integrandone il contenuto, così che la non conoscenza o l'errore del pubblico ufficiale circa i limiti di propri poteri di disporre del denaro pubblico si risolve in errore o ignoranza della legge penale e, come tale, non è idoneo ad escludere la configurabilità del reato di peculato. * Cass. pen., sez. VI, 4 agosto 1981, n. 7882 (ud. 26 marzo 1981), Zuccato.

8. L'errore del pubblico ufficiale circa la propria facoltà di disposizione del pubblico danaro per fini diversi da quelli istituzionali non ha alcuna efficacia scriminante, perché, per quanto la destinazione del pubblico danaro sia fissata da una norma amministrativa, tale norma deve intendersi richiamata dalla norma penale, della quale integra il contenuto. Pertanto, l'illegittimo mutamento di tale destinazione, anche se compiuto dall'agente per ignoranza sui limiti dei propri poteri, non si risolve in un errore di fatto su legge diversa da quella

penale, ma costituisce errore o ignoranza sua legge penale e, come tale, non vale ad escludere l'elemento soggettivo del reato di peculato. * Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 1987, n. 11451 (ud. 29 aprile 1987), Matera, (*Cod.pen.*, art. 314).

F) CONDOTTA CRIMINOSA: APPROPRIAZIONE

9. In tema di peculato (art. 314 c.p.), commette un'appropriazione e non una distrazione del denaro sia il pubblico ufficiale che intasca il danaro —di cui abbia il possesso— della pubblica amministrazione, sia il pubblico ufficiale che si adoperi affinché un complice se ne appropri, giacché anche in questo caso il primo si comporta arbitrariamente come proprietario e non si limita certo a voler indirizzare la soma verso uno scopo diverso da quello cui esoo dovena venire destinata. * Cass. pen., sez. VI 12 novembre 1992, n. 10895 (ud. 25 febbraio 1992), De Sierno, (*C.p.*, art. 314).

10. L'appropriazione nel delitto di peculato, si realizza con l'inversione del titolo del possesso da parte del pubblico ufficiale, che comincia a comportarsi uti dominus nei confronti del bene del quale ha appunto il possesso in ragione del suo ufficio. Siffatta nozione di appropriazione è rimasta invariata anche dopo la L. n. 86 del 1990 (recante modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), sicché non può evocarsi la diversa figura di reato prevista dal secondo comma dell'art. 323 c.p. qualora il denaro o la cosa della pubblica amministrazione siano stati appunto convertiti in proprietà del pubblico ufficiale o di altri. * Cass. pen., sez. VI, 24 agosto 1993, n. 8009 (ud. 10 giugno 1993), Ferolla, (*C.p.*, art. 314; c.p., art. 323).

G) PECULATO D'USO

11. Il peculato d'uso può configurarsi solo in relazione a cose di specie e non a cose di quantità, poichè con riferimento a queste ultime non sarebbe possibile la restituzione della eadem res ma solo del tantundem, che è irrilevante ai fini dell'integrazione del reato de quo. (La Cassazione ha evidenziato che una conferma del principio di cui in massima si trae proprio dal disposto del secondo comma dell'art. 314 c.p. che circoscrive il peculato d'uso ai soli casi di uso momentaneo della cosa mobile, senza fare menzione del denaro). * Cass. pen., sez. VI, 24 agosto 1993, n. 8009 (ud. 10 giugno 1993) (*C.p. art. 314*).

12. In tema di peculato, è consentito l'uso di elicottero di proprietà dello Stato, da parte di un ministro in carica, per ragioni collegate all'espletamento di funzioni pubbliche. (Fatti specie in cui un ministro ha utilizzato un elicottero dei Vigili del Fuoco per raggiungere la propria abitazione privata al termine di una cerimonia pubblica svoltasi alla presenza del Capo dello Stato). * Trib. Pen. L'Aquila, decr. 3 maggio 1993. Gaspari. (*C.p., art. 314*), motivaz. E nota in *Riv. Pen.* 1994, 767.

H) DIFFERENZA DALLA TRUFFA, DALL'APPROPRIAZIONE INDEBITA E DALLA VIOLAZIONE DELLA PUBBLICA CUSTODIA DI COSE

13. Il significato della locuzione «appartenenza» adoperata dal legislatore penale rispecchia un'indistinta condizione giuridica di disponibilità e di godimento delle cose da parte della pubblica amministrazione e cioè sia il diritto di proprietà o altro diritto reale, sia il mero potere di fatto sulla cosa stessa, nella sua

estesa fenomenologica giuridica, con evidenti riflessi nella distinzione tra il reato di peculato e la malversazione in danno di privati. (Nella specie è stato ritenuto che i ratei di pensione o gli assegni familiari o le indennità di disoccupazione non perdono il carattere di *pecunia pubblica* e restano nella sfera di appartenenza della pubblica amministrazione anche se questa abbia emesso gli ordini di pagamento in favore degli interessati trasferendo loro la titolarità attiva del credito. La pubblica amministrazione, infatti, pur avendo in tal caso disposto la liquidazione e pagamento degli emolumenti contemplati nel provvedimento contabile continua tuttavia a conservare il potere di disponibilità del denaro stesso). * Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 1980, n. 13681 (ud. 27 giugno 1980) Capone.

14. La distinzione tra il delitto di peculato e quello di truffa attiene al modo con il quale l'agente ha acquisito il possesso (inteso non già come detenzione materiale ma come disponibilità giuridica) del denaro o del bene costituente l'oggetto materiale del reato. Ne deriva che ricorre il primo quando tale possesso sia stato conseguito legittimamente per ragioni d'ufficio, mentre vi è truffa quando il responsabile si sia procurato il possesso mediante artifici o raggiri. Non assume, invece, alcun rilievo la precedenza cronologica o la contestualità della frode rispetto alla condotta appropriativa o distrattiva e cioè il fatto che quest'ultima sia stata resa possibile dalla paura, poichè, in tal caso, l'inganno o il raggiri integra una mera modalità con la quale tal condotta è stata posta in essere e quindi resta assorbita nel delitto di peculato. * Cass. pen., sez. VI, 31 ottobre 1988, n. 10680 (ud. 21 settembre 1988), Barone, (*Cod.pen., art. 314; cod.pen., art. 640*).

15. Non tutta l'attività di una banca può rientrare sotto la qualificazione pubblicistica, e tanto meno quella preposta alla raccolta e distribuzione di risparmi e di crediti. Agendo in tale settore, il dipendente della banca non opera come incaricato di pubblico servizio e, pertanto, l'attività svolta dal preposto dell'agenzia di una banca, mirata all'appropriazione di assegni emessi da clienti dell'agenzia medesima, va inquadrata sotto la fattispecie di appropriazione indebita, aggravata dal rapporto di prestazione d'opera, e non sotto quella di peculato. * Cass. pen., sez. VI 10 febbraio 1990, n. 1867 (ud. 17 ottobre 1989), Pulvirenti (*Cod.pen.*,

art. 61; *cod.pen.*, art. 314; *cod.pen.*, art. 646).

16. L'attività bancaria non è qualificabile come pubblico servizio o come pubblica funzione anche quando l'istituto di credito rivesta natura di persona giuridica pubblica e conseguentemente non è configurabile il delitto di peculato nella condotta del dipendente di un istituto di credito che si appropri o distrugga a profitto proprio o altrui il danaro di cui abbia il possesso per ragione del suo ufficio, non rivestendo l'agente la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

* Cass. pen., sez. VI, 27 luglio 1988, n. 8398 (ud. 26 novembre 1987), Giorgetto (*Cod. pen.*, art. 314; *cod. pen.*, art. 646).

II. CONCUSSIONE

A) IN GENERE

17. Il delitto di concussione ha natura plurioffensiva perché mentre da un lato porta offesa all'interesse della pubblica amministrazione, per quanto concerne il suo prestigio astratto e la correttezza e probità dei pubblici funzionari, dall'altro lato, produce *ipso facto* la lesione della sfera privatistica del cittadino, per quanto attiene alla sua integrità del patrimonio ed alla libertà del suo consenso; soggetti passivi del reato in esame, quindi, sono la pubblica amministrazione e, nello stesso tempo, la persona che dà o promette, con questa caratteristica che il pregiudizio che subisce la pubblica amministrazione è inerente intrinsecamente alle modalità di realizzazione dell'ingiusto profitto da parte del pubblico ufficiale, il quale, attraverso l'agitazione che riesce a suscitare per effetto del *metus publicae potestatis* nell'animo della vittima, vince la resistenza che il privato vorrebbe

contrapporre alla richiesta dell'indebito. * Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 1981, n. 9803 (ud. 5 febbraio 1981). Astolfi.

18. I beni giuridici protetti dall'art. 317 c.p. sono identificabili nell'imparzialità e nel buon andamento della pubblica amministrazione, che vengono vulnerati quando i pubblici ufficiali, o gli incaricati di un pubblico servizio, si valgono della loro qualità o delle loro funzioni per costringere o indurre i privati a dare o promettere loro denaro o altre utilità non dovute. Solo in via subordinata la predetta norma tutela anche il diritto del cittadino a disporre del proprio patrimonio in piena libertà e senza alcuna forma di coazione dei pubblici poteri. Di conseguenza, l'entità del vantaggio patrimoniale che sia conseguito dal colpevole per effetto della sua condotta di costrizione o induzione, non ha influenza ai fini della configurabilità del delitto di concussione, ma solo a quelli dell'applicabilità dell'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c.p. o

dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p. * Cass. pen., sez. VII, 3 marzo 1993, n. 2019 (ud. 15 dicembre 1992), Di Gioia ed altro. (*C.p.*, art. 61, n. 7; *c.p.*, art. 62, n. 4; *c.p.*, art. 317).

19. Ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 317 c.p., non è necessario che la concussione sia integrata dalla coartazione assoluta della volontà del privato, ma è sufficiente che tale volontà non si sia liberamente formata a cagione diretta o indiretta della condotta del pubblico ufficiale e dei correi. Ne consegue che sussiste al concussione anche quando sia lo stesso privato ad offrire al soggetto pubblico danaro o altra utilità, qualora l'offerta rappresenti non già l'atto iniziale bensì il logico sbocco di una situazione gradatamente creatasi attraverso allusioni o maliziose prospettazioni di danni, che possono consistere anche nella pratica impossibilità di lavorare nel settore pubblico, ovvero nella prospettiva di essere esclusi dagli appalti pubblici in favore di altre imprese. * Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 1992, n. 7876 (ud. 27 aprile 1992), Santi ed. altri (*C.p.*, art. 317).

20. L'abuso previsto dall'art. 317 c.p. (concussione), posto in essere al fine di costringere o di indurre all'indebita dazione, consiste nella strumentalizzazione da parte del pubblico ufficiale della propria qualifica soggettiva o della funzione esercitata, mentre il primo si verifica quando il pubblico ufficiale si avvale, per costringere o indurre altri a dare o promettere, della sua qualità indipendentemente dalla correlazione con atti del proprio ufficio — e l'abuso in tal caso è di facile percezione e dimostrazione —. L'abuso delle funzioni presuppone nell'agente la capacità di esercitarle legittimamente, in quanto rientranti nei limiti della sua competenza e consiste nell'esercizio della potestadi

cui il pubblico ufficiale risulta investito, in difformità di cui il pubblico ufficiale risulta investito, in difformità dallo scopo per cui la legge gliel'ha conferita. * Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 1987, n. 11662 (ud. 21 ottobre 1987), Marinaro.

21. Integra il reato di concussione anche la minaccia del pubblico ufficiale di procedere a denuncia di un reato realmente commesso da un privato, giacché la minaccia di denunciare se è lecita quando è commessa per l'attuazione della legge, diventa illegittima se è usata quale mezzo per conseguire fini illeciti. * Cass. pen., sez. VI, 1 luglio 1980, n. 8263 (ud. 21 gennaio 1980, n. 104), Carnevale.

22. In tema di concussione, se il pubblico ufficiale, avvalendosi del proprio potere, determina o tenta di determinare la libera volontà del privato, o attraverso un comportamento costringente, o attraverso un comportamento inducente, operando, così, una pressione psichica sul soggetto passivo, il reato sussiste, o nell'ipotesi del reato tentato se il privato non accolga la richiesta o del reato consumato se la promessa o la elargizione dell'utilità richiesta sia effettuata. Tale pressione psichica costringente, sussiste tutte le volte in cui al privato il pubblico ufficiale fa comprendere che nell'attività di ufficio esso pubblico ufficiale sarà determinato non dagli interessi generali della pubblica amministrazione ma dal fatto che il privato si assoggetti o non all'illegittima pretesa di corrispondere l'utilità richiesta, per cui la minaccia di orientare la propria decisione esclusivamente in funzione di ottenere la predetta utilità pone il privato in condizione di soggezione, ne coarta la libera volontà e costituisce, da un lato, il presupposto del reato e, dall'altro, l'elemento discriminante del reato medesimo da quello di corruzione. *

Cass. pen., sez. VI, 12 maggio 1986, n. 3605 (ud. 2 aprile 1986). Grieco.

23. Per la sussistenza del reato di concussione non ha alcun rilievo il fatto che l'atto sia legittimo o illegittimo, lecito o no lecito o no lecito: nel reato di concussione, infatti, viene in rilievo non l'atto —come nelle varie ipotesi di corruzione— ma solo l'abuso delle qualità o delle funzioni da parte del pubblico ufficiale. Si ha costrizione o induzione e cioè esercizio di una pressione psichica da parte del pubblico ufficiale sul privato tale da coartarne la volontà acquisti una preminente importanza prevaricatrice, creando nel soggetto passivo quella situazione di soggezione che esclude ogni possibilità di posizione paritaria tra i due soggetti e che caratterizza il reato di concussione. La mancanza di un qualsiasi personale interesse nel patto criminoso da parte del privato, o la sua recisa elezione della richiesta posta in essere dal pubblico ufficiale, dimostrano in modo evidente che vi è stata solo una posizione prevaricatrice del pubblico ufficiale e una posizione di mera soggezione da parte del privato. Ma non è vero però il contrario, e cioè che tutte le volte in cui la promessa o la dazione sia in relazione ad un atto non dovuto, o comunque non legittimo, debba di necessità escludersi la situazione di soggezione e quindi ritenersi pienamente libera la determinazione della volontà privata. L'elemento dell'illegittimità dell'atto che è la conseguenza dell'accordo non può avere un valore assoluto ma solo relativo. Cioè esso può avere un valore in qualche modo sintomatico di un interesse anche della parte privata e, quindi, della possibilità che la volontà del privato si sia determinata liberamente. * Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 1984, n. 5991 (ud. 9 marzo 1984), Avale.

24. Nella concussione per «induzione» la condotta incriminata non

è vincolata a forme predeterminate e tassative, essendo sufficiente che essa sia in concreto idonea ad influenzare l'intelletto e la volontà della vittima convincendola, anche solo con frasi indirette e persino con il mero sintomatico atteggiamento, dell'opportunità di provvedere alla immediata o differita esecuzione dell'ingiusta dazione per evitare conseguenze dannose. La condotta di «induzione», quindi, nell'irrelevanza della circostanza che il soggetto attivo sia stato contattato ad iniziativa della vittima, può essere realizzata anche attraverso comportamenti surrettizi, concretizzandosi in suggestione tacita, ammissioni o silenzi, ed anche se la vittima ha la convinzione di adeguarsi ad una prassi ineluttabile, confermata dal comportamento del pubblico ufficiale (Fattispecie in cui ad un sanitario in servizio presso il reparto di ginecologia di un ospedale civile era stato contestato il reato di cui agli artt. 81 cpv. e 317 c.p. per aver indotto alcune pazienti, abusando della suddetta qualità, a dargli indebitamente somme di denaro per l'assistenza al parto nella struttura ospedaliera; la Cassazione ha ritenuto sussistere l'elemento materiale del reato in questione, sul rilievo che le pazienti si sentivano obbligate a versare le somme al sanitario, sia pur dopo il parto, in quanto dal comportamento del medesimo la gestione dell'assistenza pubblica veniva prospettata secondo criteri privatistici, nel senso che la accorta e diligente assistenza dello stesso —suo dovere inderogabile— meritava adeguata ricompensa sull'ovvio presupposto che diversamente ci si esponeva al pericolo di incurie e disattenzione). * Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 1993, n. 2985 (c.c. 22 ottobre 1993), Fedele, (C.p., art. 317).

B) IL METUS PUBLICAE POTESTATIS

25. L'elemento del metus publicae potestatis pur essendo necessariamente presente nel reato di concussione in ogni sua forma, si atteggia in modo diverso a seconda che il soggetto passivo soggiaccia alla costrizione oppure all'induzione. Nel primo caso, il metus consiste nel timore di un danno minacciato dal pubblico ufficiale, nel secondo si risolve nella soggezione alla posizione di preminenza del pubblico ufficiale medesimo, il quale abusando della propria qualità o funzione, faccia leva su di essa, per suggestionare, persuadere o convincere a dare o promettere qualcosa allo scopo di evitare un male peggiore. In questo caso la volontà del privato è repressa dalla posizione di preminenza del pubblico ufficiale il quale, sia pure senza avanzare aperte ed esplicite pretese, operi di fatto in modo da ingenerare nel soggetto privato la fondata persuasione di dover sottostare alle decisioni del pubblico ufficiale per evitare il pericolo di subire un pregiudizio, eventualmente maggiore (induzione per persuasione). * Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 1993, n. 2985 (c.c. 22 ottobre 1993), Fedele. (*C.p., art. 317*).

C) ELEMENTI COSTITUTIVI: DENARO O ALTRA UTILITÀ

26. In tema di concussione, il termine «utilità» indica tutto ciò che rappresenta un vantaggio per la persona, materiale o morale, patrimoniale o no patrimoniale, oggettivamente apprezzabile, consistente tanto in dare quanto in un fare e ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal convincimento comune. Ne deriva che i favori sessuati rientrano nella suddetta categoria in quanto rappresentano un vantaggio per il

funzionario che ne ottenga la promessa o la effettiva prestazione. * Cass. pen., Sezioni Unite, 23 giugno 1993, n. 7 (c.c. 11 maggio 1993), Romano (*C.p., art. 317*).

27. In tema di concussione la promessa dell'utilità può mancare di precisi contorni (perché, ad esempio, il pubblico ufficiale non ha precisato la propria richiesta o il privato non ha una chiara visione delle proprie attuali disponibilità); ciò che importa è che il concusso si dichiari formalmente deciso a trasferire in caso al funzionario infedele una qualche somma o una qualche utilità. * Cass. pen., sez. VI, 23 settembre 1993, n. 8651 (ud. 1 febbraio 1993), Cardillo ed altri (*C.p., art. 317*).

28. Il delitto di concussione è configurabile anche quando sia il privato ad offrire al pubblico ufficiale denaro o altra utilità poiché l'offerta o la richiesta della somma o dell'utilità rappresentano non già l'atto iniziale dell'azione criminosa, bensì il logico sbocco di una situazione gradatamente creatasi attraverso allusioni o maliziose prospettazioni di futuri danni a causa della quale il privato si determina ad aderire alla richiesta, implicita o esplicita, al fine di evitare un danno maggiore. * Cass. pen., sez. VI, 27 febbraio 1988, n. 2720 (ud. 2 dicembre 1987), Cannone.

D) ATTEGGIAMENTO PSICOLOGICO DELLA VITTIMA E COLLABORAZIONE DI TERZI

29. Il delitto di concussione è collegato alla obiettiva qualifica di pubblico ufficiale dell'autore del reato e non alla convinzione soggettiva che la parte lesa ne abbia (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto del tutto irrilevante la circostanza che la parte offesa non avesse creduto alla qualità di pubblico ufficiale dell'autore della

costrizione o dell'induzione). * Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 1993, n. 3689 (ud. 11 febbraio 1993).

30. Nel reato di concussione —come in quello di corruzione— non è rilevante l'eventuale intenzione o riserva mentale che il privato abbia avuto al momento di promettere di consegnare il denaro o l'utilità, poiché la promessa vale per il suo significato oggettivo. * Cass. pen., sez., VI, 21 marzo 1984, n. 2613 (ud. 11 gennaio 1984), Belmonte.

31. Per la configurabilità del reato di concussione non è necessaria la consapevolezza, nella vittima, dell'illegittimità della richiesta del pubblico ufficiale. * Cass. pen., sez. II, 8 novembre 1983, n. 9259 (ud. 5 maggio 1983), Caroni.

32. La riserva mentale del soggetto passivo di non adempiere la promessa indebita fatta *metus publicae potestatis* non esclude la consumazione del reato di concussione. Né il reato viene meno per la circostanza che il soggetto passivo abbia, eventualmente, informato la polizia e ciò nonostante abbia continuato a mantenere i «contatti» con l'autore del reato. * Cass. pen., sez. VI, 18 aprile 1980, n. 4943 (ud. 19 novembre 1979), Corbi.

33. Il delitto di concussione può essere commesso anche quando il pubblico ufficiale si avvale dell'intermediazione di un terzo per indurre il privato a dare o promettere indebitamente, riscontrandosi ugualmente il rapporto di causalità tra l'abuso delle funzioni e della qualità del primo e l'induzione del privato. In tal caso la valutazione del giudice di merito sulla partecipazione del pubblico ufficiale alla consumazione del delitto di concussione non può essere circoscritta alla prova circa i contatti diretti tra il pubblico ufficiale ed il privato, ma deve piuttosto essere condotta sulla base dei principi che regolano la compartecipazione criminosa per verificare se il terzo richiedente compenso in denaro

agiva per sua esclusiva iniziativa, si puer fraudolenta, o non piuttosto quale intermediario del pubblico ufficiale sulla base di un piano concordato. * Cass. pen., sez. I, 14 giugno 1984, n. 5607 (ud. 9 aprile 1984), Sparacino.

E) CONSUMAZIONE DEL REATO E TENTATIVO

34. Il delitto di concussione si consuma non già con la dazione del denaro, ma nel momento in cui viene effettuata la promessa, essendo in tal caso la dazione un post-factum irrilevante. * Cass. pen., sez. VI, 4 giugno 1993, n. 5664 (ud. 16 dicembre 1992), Gaeta (*C.p., art. 317*).

35. In tema di concussione la promessa di denaro o di altra utilità è sufficiente per la consumazione del reato solo quando il fatto concussivo sia unico e relativo ad uno specifico atto e non quando la forza intimidatrice del pubblico ufficiale tenda non solo ad operare in relazione ad un primo atto, ma anche nel futuro in riferimento ad una pluralità di atti e di comportamento fortemente dilazionati nel tempo. (Nella specie è stato ritenuto che la promessa di dazione di una tangente, influenzata dalla incombente minaccia della rappresaglia del pubblico ufficiale ove non si aderisse alla sua pretesa, per ottenere un primo appalto aveva perfezionato il reato. È stato però precisato che l'originaria promessa per gli appalti ulteriori costituiva soltanto una generica adesione ad una proposta che, per essere operante, aveva bisogno del realizzarsi di successive condizioni: nuove occasioni di appalto; continuazione nella zona, dell'attività da parte delle imprese; convenienza del pagamento della tangente; sussistenza attuale del potere del pubblico ufficiale). * Cass. pen., sez. VI, 22 agosto 1989, n. 11204 (ud. 10 giugno 1989), Teardo, (*Cod.pen., art. 317*).

36. Per la configurabilità del tentativo di concussione è sufficiente che il pubblico ufficiale faccia la richiesta di denaro o altra utilità, avvalendosi della sua situazione di preminenza sul privato; è indifferente invece il reale verificarsi dello stato di soggezione della vittima. * Cass. pen., sez. VI, 22 agosto 1989, n. 11204 (ud. 10 giugno 1989). Teardo (*Cod.pen., art. 56; cod. pen., art. 317*).

37. Il tentativo del reato di concussione è ipotizzabile solo quando la predisposizione di un piano diretto a individuare il funzionario infedele prelude alla promessa con riserva mentale di non adempiere, fatta dal privato. * Cass. pen., sez. VI, 27 febbraio 1988, n. 2723 (ud. 2 dicembre 1987), Canino.

38. Al reato di concussione non sono applicabili le attenuanti della riparazione del danno e quella della elusione o attenuazione delle conseguenze del reato, previste dall'art. 62, n. 6, cod. pen. La prima, perché il risarcimento del danno, in senso civilistico, subito dal privato, non realizza l'integrità della riparazione, poiché il danno all'interesse pubblico non è suscettibile di integrazione economica; la seconda, perché si riferisce al danno in senso penalistico, inerente alla lesione del bene giuridico tutelato, e non riguarda, quindi, i reati contro il patrimonio o che comunque offendano il patrimonio. * Cass. pen., sez. VI, 19 aprile 1989, n. n. 5996 (ud. 14 dicembre 1988), Liotti, (*Cod.pen., art. 62, n. 6; cod. pen., art. 317; cod. pen., art. 322*).

F) ELEMENTI DISTINTIVI RISPETTO ALLA CORRUZIONE

39. Nel reato di concussione, a differenza da quello di corruzione, rileva soprattutto la condotta del pubblico ufficiale, il quale, nel caso della concussione

deve aver creato o insinuato nel soggetto passivo uno stato di paura o di timore atto ad eliderne o viziare la volontà, tanto da costringerlo o indurlo ad esaudire l'illecita pretesa al fine di evitare il nocumento. (Nella specie l'imputato in concorso tra l'altro con l'assessore comunale al patrimonio era stato riconosciuto colpevole in grado di appello di concussione aggravata per aver costretto dei privati a versare in due anni circa lire 500 milioni con la minaccia consistente nel prospettare, qualora non avessero ceduto alla richiesta di pagamento della tangente, l'avvio di una procedura espropriativa da parte del comune di un complesso immobiliare di loro proprietà in el pendente a tempo indeterminato la procedura stessa così da bloccare ogni possibilità di vendita sul mercato dell'immobile e da rinviare a tempi incerti e lontani la corresponsione delle indennità. I proprietari si vedevano costretti a piegarsi alla imposizione e a promettere tangente anche per l'impraticabilità di alternative, quali la denuncia penale o il promuovimento di vertenze in sede di esproprio, notoriamente lunghe e di esito incerto). * Cass. pen., sez. VI 2° giugno 1989, n. 8731 (ud. 27 febbraio 1989), Della Bella. (*Cod.pen., art. 317; cod. pen., art. 321*).

40. Il carattere differenziale tra il reato di corruzione e quello di concussione non va ricercato nell'origine soggettiva del patteggiamento, per cui debba ritenersi la corruzione ogni volta che l'iniziativa sia stata presa dal privato e la concussione quando l'iniziativa sia partita dal pubblico ufficiale. Il solo carattere distintivo va ricercato nel comportamento delle due parti, nella diversa posizione che assume la volontà del soggetto privato, liberamente determinatasi nella corruzione, coartata nella concussione. * Cass. pen., sez. VI 27 febbraio 1988, n. 2661 (ud. 28 ottobre 1987), Arico.

III. CORRUZIONE PER UN ATTO D'UFFICIO

A) IN GENERE

41. In tema di corruzione impropria anteriore all'atto prevista dall'art. 318, primo comma, c.p., l'atto, in vista del quale l'accordo criminoso viene stipulato, deve essere conforme ai doveri del funzionario. Ed invero l'interesse tutelato dalla disposizione in esame non è tanto quello dell'imparzialità della pubblica amministrazione, dato che l'atto da compiere è conforme ai criteri di una sana e corretta amministrazione, bensì quello della correttezza e del buon funzionamento della pubblica amministrazione, nel senso che gli atti –legittimi, corretti e dovuti– non possono essere oggetto di un privato baratto tra il privato e la pubblica amministrazione, ma debbono essere compiuti in una posizione di sostanziale e totale estaneità rispetto ad interessi privati, al di fuori di influenze diverse da quelle dettate dagli interessi generali dello Stato, cioè della collettività. * Cass. pen., sez. VI, 23 aprile 1990, n. 5843 (ud. 13 dicembre 1989), Zampini, (*C.p., art. 318*).

42. Il bene giuridico tutelato dall'art. 319 c.p. è costituito dai principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione indicati nell'art. 97, comma primo, della Costituzione. La contrarietà ai doveri d'ufficio può riguardare la condotta complessiva del funzionario, che anche tramite l'emanazione di atti formalmente regolari può venir meno ai suoi compiti istituzionali, inserendo tali atti in un contesto avente finalità diverse da quella di pubblica utilità. L'attenzione dell'interprete, per valutare la contrarietà o meno della

condotta del pubblico ufficiale ai suoi doveri, deve concentrarsi non sui singoli atti, ma sull'insieme del servizio reso al privato, per cui, anche se ogni atto separatamente considerato corrisponda ai requisiti di legge, l'asservimento costante della funzione, per denaro, agli interessi privati concreta il reato di cui all'art. 319 c.p. anziché quello di cui al precedente art. 318. * Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 1990, n. 7259 (ud. 12 gennaio 1990), Lapini. (*C.p., art. 318; c.p., art. 319*).

43. In tema di corruzione, è irrilevante che nella fattispecie legale di cui all'art. 318 cod. pen. (corruzione per un atto dell'ufficio o del servizio) e in quella di cui all'art. 319 stesso codice (corruzione per un atto contrario ai doveri dell'ufficio o del servizio) vi sia una identica condotta, dazione o promessa di denaro, e che il pubblico ufficiale compia l'atto in vista della locupletazione conseguente o promessa in quanto i caratteri comuni delle due fattispecie non escludono quello differenziale. Infatti, nella prima figura di reato il contenuto dell'atto è quello che avrebbe dovuto essere anche in assenza del prezzo della corruzione, poiché conforme alle esigenze della pubblica amministrazione, e la corruzione del privato presuppone un suo interesse alla emanazione dell'atto amministrativo (quale deve essere) e di regola un colpevole ritardo del pubblico ufficiale; nella seconda ipotesi di reato, invece, l'atto è inficiato da un vizio di legittimità o di merito imputabile alla consapevole volontà del pubblico ufficiale, in quanto formato nell'interesse esclusivo del privato corruttore in evidente contrasto

con i doveri generali di imparzialità, diligenza, scrupolosità e correttezza richiesti nell'adempimento di funzioni attribuite per il conseguimento di interessi statuali e non privati. * Cass. pen., sez., VI, 10 gennaio 1985, n. 177 (ud. 27 settembre 1984), Tana.

44. Ai fini della configurabilità del delitto di corruzione per atto di ufficio, non è necessario che quest'ultimo rientri nella competenza specifica del funzionario o dell'impiegato, essendo sufficiente che esso sia di competenza dell'ufficio al quale egli appartiene, anche se non è espressamente devoluto alle specifiche mansioni che il funzionario o l'impiegato vi adempiono. * Cass. pen., sez, VI, 23 aprile 1990, n. 5843 (ud. 13 dicembre 1989), Zampini (*C.p., art. 318*).

B) CONSUMAZIONE E TENTATIVO

45. Il reato di corruzione di cui all'art. 318 c.p. si consuma al momento della promessa del denaro, poiché la consegna di esso va considerata come esecuzione dell'illecito contratto. * Cass. pen., sez, VI, 4 luglio 1984, n. 6273 (ud. 27 marzo 1984), De Rosa.

46. Il fatto che l'azione del pubblico ufficiale non sia illegale, non rende impossibile la configurabilità del reato di corruzione impropria a carico di coloro che abbiano dato un qualsiasi contributo causale al fatto e ciò indipendentemente dalla perseguibilità in sede penale del pubblico ufficiale (Nella specie il pubblico ufficiale —membro del Parlamento, al quale era stata promessa una somma per presentare e sostenere una proposta di legge— era stato ritenuto non perseguibile ai sensi dell'art. 68, comma primo, Cost.). * Cass. pen., sez, VI, 29 gennaio 1974, n. 159, Borgognoni Vimercati ed altri.

47. È configurabile il delitto di corruzione tentata nel caso in cui la proposta del pubblico ufficiale dia luogo ad un inizio di trattative aventi ad oggetto il compenso (nella specie, relativa ad un'ipotesi di corruzione impropria susseguente, trattavasi di una richiesta, non accolta, di compenso rivolta da un medico ad una donna per l'estio positivo di una visita sanitaria cui il marito della stessa era stato sottoposto da una commissione medica invalidità civili presso una U.S.L.) * Cass. pen., sez, VI, 16 agosto 1990, n. 11461 (ud. 16 marzo 1990), Sabusco (*C.p., art. 318*).

IV. CORRUZIONE PER UN ATTO CONTRARIO AI DOVERI D'UFFICIO

A) ESTREMI

48. Il delitto di corruzione, attiva o passiva (artt. 318, 319 c.p.), può sussistere se ed in quanto il patto di corruzione coinvolga il pubblico ufficiale (o l'incaricato di pubblico servizio). Ne consegue che, ogni qual volta via sia un intermediario, l'azione corruttrice non

debe arrestarsi a quest'ultimo, ma deve, quanto meno, essere nota al pubblico ufficiale competente ad emettere l'atto di mercimonio; deve, cioè, potersi ricavare univocamente dai fatti il consenso del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio) alla pattuizione illecita. (Nella specie, la Corte ha rigettato il ricorso del difensore, in fase di indagini

preliminari, avverso provvedimento cautelare coercitivo per il reato di corruzione cautelare coercitivo per il reato di corruzione—in cui non era ancora identificato il pubblico ufficiale, ma erano accertate la corresponsione di danaro al partito politico cui il pubblico ufficiale era legato e l'aggiuicazione di appalti agli indagati erogatori delle somme—motivato sulla esistenza, ritenuta gravemente indiziante, di un nesso causale inscindibile tra le prestazioni in danaro e l'aggiuicazione degli appalti). * Cass. pen., sez. VI, 27 marzo 1993, n. 277 (c.c. 1 febbraio 1993), Binasco ed altro. (*C.p.*, art. 318; *c.p.*, art. 319).

49. Il delitto di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio o del servizio sussiste tutte le volte che l'atto d'ufficio compiuto dal pubblico ufficiale violi uno qualsiasi dei doveri connessi ufficiale violi uno qualsiasi dei doveri connessi all'esercizio delle funzioni svolte dal pubblico ufficiale medesimo. È sufficiente pertanto che la scelta discrezionale sia determinata non dalla convenienza ed opportunità della pubblica amministrazione per il miglior raggiungimento dei suoi fini istituzionali ma dall'interesse del privato corruttore. * Cass. pen., sez. VI, 6, settembre 1990, n. 12168 (ud. 27 aprile 1990), Pistoni (*C.p.*, art. 319).

50. Ai fini della distinzione fra atto contrario e atto conforme ai doveri d'ufficio, con riferimento al principio di imparzialità della p.a., nell'individuazione della qualificazione giuridica del fatto come corruzione propria od impropria, occorre accertare concretamente la sussistenza di un 'ingiustizia manifesta per disparità di trattamento, la quale si realizza soltanto in presenza di un'indebita precedenza accordata dal pubblico funzionario alla posizione di un determinato soggetto, in violazione d'un

ordine precostituito, fissato allo scopo di garantire l'uguale trattamento di uguali situazioni. * Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 1982, Desiderio.

51. Nel delitto di corruzione propria «antecedente» di cui all'art. 319 c.p., l'atto di ufficio oggetto di mercimonio non va inteso in senso formale, dovendo la locuzione ricomprendere qualsivoglia comportamento del pubblico ufficiale che sia in contrasto con norme giuridiche o con istruzioni di servizio o che comunque violi i doveri di fedeltà, imparzialità e onestà che debbono osservarsi da chiunque eserciti una pubblica funzione. * Cass. pen., sez. VU, 26 marzo 1993, n. 2991 (ud. 29 ottobre 1992), P.M. in proc. Riso ed altro, (*C.p.*, art. 319).

52. Non si realizza la fattispecie criminosa punita dall'art. 319 c.p., qualora l'attività illecita si debba esaurire e realmente si esaurisce in un mero interessamento presso i pubblici ufficiali addetti alla cognizione delle relative pratiche. * Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 1983, n. 8043 (ud. 2 maggio 1983), Amitrano.

53. Per la sussistenza del delitto di corruzione per un atto contrario ai doveri dell'ufficio o del servizio non è necessario che l'agente abbia una competenza specifica rispetto al compimento dell'atto oggetto del mercimonio, essendo sufficiente che, in virtù della sua appartenenza all'ufficio o all'organo competente, egli abbia una concreta possibilità di interferire o, comunque, di influire sull'emanazione dell'atto. * Cas. pen., sez. VI, 7 settembre 1993, n. 2390 (c.c. 14 luglio 1993), Cappellari (*C.p.*, art. 319).

54. L'elemento soggettivo della corruzione, è il dolo specifico, caratterizzato dal fine di omettere o ritardare un atto dovuto o compiere un atto contrario ai doveri di ufficio. Ai fini del

reato è irrilevante che si tratti di dovere di ufficio generico o specifico oppure che l'atto contrario ai doveri di ufficio costituisce reato o semplice mancanza disciplinare. * Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 1983, n. 8043 (ud. 2 maggio 1983), Amitrano.

55. Nel delitto di corruzione l'individuazione dell'atto e del comportamento contrario ai doveri di ufficio, da parte dei contraenti il *pactum sceleris* ricorre anche quando la controprestazione della promessa o della dazione dell'utilità sia costituito da un comportamento del pubblico ufficiale ben determinato nel suo contenuto, anche se suscettibile di specificarsi in una pluralità di atti singoli non specificamente previsti e programmati. La qualcosa può verificarsi allorché il pubblico ufficiale si impegni, nell'ambito di un rapporto di consulenza a caratte continuativo, ad aiutare il contribuente ad evadere le imposte afferenti ad una sua ben precisa e determinata attività economica. Ne consegue che se la consulenza riguarda attività che il pubblico ufficiale è pubblico ufficiale è tenuto a vigilare nell'esercizio delle sue specifiche incombenze di ufficio, una volta che questo tipo di rapporto è accertato, per escludere il reato *de quo* occorre valutare il comportamento successivo tenuto dal pubblico ufficiale. Infatti, se dal momento consumativo del delitto *de quo* esula certamente l'effettivo compimento dell'atto tanto che il reato si consuma anche se il pubblico ufficiale non faccia seguire alla promessa o alla ricezione dell'utilità l'atto che si è impegnato a compiere, l'effettiva realizzazione dell'atto stesso sostanzia un elemento di prova determinante in ordine all'effettiva portata del *pactum sceleris* (Nella specie l'imputato era accusato di corruzione propria per aver

ricevuto assegni bancari di vario importo onde omettere atti del proprio ufficio o per compiere atti contrari al proprio ufficio o per compiere atti contrari ai propri doveri di ufficio, allorché, quale ispettore fiscale aveva suggerito alla società che ispezionava alcuni stratagemmi diretti ad evadere il fisco presso cui svolgeva attività di consulenza). * Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 1985, n. 9998 (ud. 15 maggio 1985). Paolucci.

B) OGGETTO DEL REATO

56. Ai fini del delitto di corruzione, perché sia compiutamente realizzata la «promessa» è sufficiente un impegno qualsiasi ad eseguire in futuro la «controprestazione» purché questa sia ben individuata e suscettibile di attuazione. Che poi l'atto illecito non sia compiuto a causa del mancato verificarsi delle condizioni che ne avrebbero reso possibile l'esecuzione, non rivela, posto che il delitto di corruzione propria si perfeziona con l'accettazione della promessa. * Cass. pen., sez. VI, 10 luglio 1990, n. 10092 (ud. 20 marzo 1990), Paduletto. (C.p., art. 319).

C) RAPPORTO CON ALTRI REATI

57. I reati di corruzione e di truffa aggravata commessi da pubblico ufficiale, pur avendo in comune la qualità del soggetto passivo e l'abuso da parte di questi della pubblica funzione al fine di conseguire un debito profitto, si differenziano per il fatto che, nella corruzione colui che dà o promette non è vittima di un errore e agisce su di un piano di parità con il pubblico ufficiale nel concludere un negozio giuridico illecito in danno della pubblica amministrazione;

nella truffa, invece, il pubblico ufficiale si procura un ingiusto profitto sorprendendo la buona fede del soggetto passivo mediante artifici o raggiri ai quali la qualità di pubblico conferisce maggiore efficacia. Integra perciò il reato di corruzione e non quello di truffa la condotta del pubblico ufficiale che riceve una somma di denaro per un atto contrario ai doveri di ufficio consegnatagli spontaneamente e non in conseguenza di artifici e raggiri. * Cass. pen., sez. VI, 28 maggio 1988, n. 6357 (ud. 2 febbraio 1988), Simone (*Cod.pen.*, art. 319).

D) ISTIGAZIONE ALLA CORRUZIONE

58. L'elemento materiale del reato di istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 c.p. consiste nella effettiva offerta o promessa di danaro od altra utilità, ancorché non determinato nella quantità o qualità, con la quale l'agente intende compensare il pubblico ufficiale per indurlo o a compiere un atto del suo ufficio o ad ometterlo ovvero a compiere un atto contrario ai propri doveri. Occorre, cioè, una promessa seria ed idonea a conseguire lo scopo perseguito dall'agente, per cui il reato è escluso solo qualora manchi la idoneità potenziale dell'offerta o della promessa a conseguire lo scopo perseguito dall'autore per l'evidente ed assoluta impossibilità del pubblico ufficiale di tener il comportamento illecito richiestogli. * Cass. pen., sez. VI, 18 luglio 1988, n. 8093 (ud. 11 novembre 1987), Erba.

59. Agli effetti dell'idoneità potenziale della promessa di denaro, a funzionare come mezzo di corruzione del pubblico ufficiale, non è necessario che l'offerta o la promessa siano formulate al pubblico ufficiale in via diretta ed immediata, essendo parimenti incriminabile, come ipotesi di istigazione alla corruzione, la condotta della persona che si interpone, in veste di intermediario ed alla cui iniziativa, volontaria e cosciente, comunque è riconducibile la formulazione della proposta illecita. * Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 1980, n. 2950 (ud. 25 luglio 1979, n. 1468), Berti.

60. Risponde di istigazione alla corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio chi offer una somma di danaro al curatore di un fallimento per indurlo a fargli accordare la preferenza nell'acquisto di un cespite fallimentare. * Cas. pen., sez. VI, 23 ottobre 1968, n. 1354, Fringuelli.

61. Nell'istigazione alla corruzione – tipico reato di pericolo, che non cnosente il tentativo, in quanto la promessa o l'offerta rivolta al pubblico ufficiale realizza istantaneamente il reato, indipendentemente dall'atteggiamento e dal comporamento dell'istigato – non può trovare posto la figura dell'agente provocatore, perché se l'azione di cosui venisse esplicata prima dell'istigazione e ne fosse la causa, il fatto integrerebbe ipotesi delittuose diverse da quella disciplinata dall'art. 322. * Cass. pen., sez. VI, 27 marzo 1972, n. 437, Giuffrida.

V. ABUSO D'UFFICIO

A) CONDIZIONI PER LA PUNIBILITÀ. RAPPORTO CON LE PRECEDENTI FATTISPECIE DI ABUSO INNOMINATO E INTERESSE PRIVATO IN ATTI D'UFFICIO

62. In tema di reati contro la pubblica amministrazione, il bene giuridico protetto è quello stesso tutelato dall'art. 97 della Costituzione, ossia il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. L'attentato a tali beni, che l'art. 323 c.p., mod. Dall'art. 13 L. 26 aprile 1990, n. 86, intende punire, è solo quello che viene attuato con un abuso funzionale, che si evidenzia come tale sul piano oggettivo, prima ancora dell'esame dell'elemento psicologico, perché non può non riconoscersi un preciso significato di tipicizzazione del reato alla sostituzione della vecchia dizione «abusando» (dei poteri) con la nuova «abusa» (del suo ufficio) nonché alla costruzione dell'elemento psicologico del reato nella forma del dolo specifico. L'abuso d'ufficio, così inteso in senso obiettivo, prescinde dall'inquadramento dell'atto in possibili vizi amministrativi, ma va ricollegato alla deviazione di esso della causa tipica o da altro elemento essenziale previsto dal legislatore (oggetto, forma se richiesta ad substantiam, e perfino i motivi, se assumono rilievo nella tipicizzazione dell'atto), discendendo il principio della tipicità degli atti amministrativi direttamente dal principio costituzionale dell'imparzialità dell'amministrazione. * Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 1991, n. 5586 (ud. 12 marzo 1990), Cherubini. (*C.p.*, art. 323).

63. L'abuso richiesto per l'integrazione del fatto-reato previsto dall'art. 323 c.p., quale sostituito dall'art. 13 della L. 26

aprile 1990, n. 86, deve intendersi come esercizio del potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione, così, per un verso, da far conseguire all'atto comportamento uno scopo estraneo rispetto a quello preordinato dalla norma e, per un altro verso, da realizzare un verso eccesso del mezzo rispetto al fine tipico da essa presupposto. * Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 1992, n. 173 (ud. 25 ottobre 1991), P.G. in proc. Giunta (*C.p.*, art. 323).

64. L'abuso di ufficio è configurabile non solo in riferimento ad atti tipici della funzione amministrativa, ma anche in relazione ad attività soggette al diritto privato; anche nel compimento di queste attività il pubblico ufficiale persegue finalità pubbliche che, secondo la legge, possono essere realizzate più agevolmente mediante l'impiego di strumenti propri del diritto privato. In realtà, quanto meno la scelta del contraente viene effettuata nell'esercizio di poteri pubblici, giacché in nessun caso la pubblica amministrazione può prescindere dalla valutazione dell'interesse pubblico. * Cas. pen., sez. VI, 7 maggio 1991, n. 5086 (ud. 12 dicembre 1990), Petrone (*C.p.*, art. 323; *c.p.*, art. 357; *D.P.R.* 11 luglio 1980, n. 382, art. 28).

65. In tema di reati contro la pubblica amministrazione, la condotta, sinteticamente riassunta nel fatto di chi «abusa del suo ufficio», di cui alla nuova fattispecie dell'art. 323 c.p., comprende qualsiasi strumentalizzazione dell'ufficio pubblico per finalità non consentita e ricorre quando il pubblico ufficiale compie atti per uno scopo diverso da quello previsto dalla legge. * Cass. pen., sez. V, 1 febbraio 1993, n. 865 (ud. 19 novembre 1992), Felici (*C.p.*, art. 323).

66. L'abuso di ufficio, quando si concretizzi in un vero e proprio atto amministrativo, comporta necessariamente la conseguenza che quest'ultimo, ancorché suscettibile di apparire, in sé e per sé, perfettamente legittimo, sia in realtà affetto almeno dal vizio di eccesso (o sviamento) di potere. Ad un tal vizio possono, talvolta, accompagnarsi anche quelli dell'incompetenza o della violazione di legge i quali, però, di per sé, pur potendo costituire sintomo o indizio dell'abuso, non sono sufficienti a dimostrarne l'esistenza, occorrendo comunque la prova, a tal fine, che vi sia stato anche il suddetto sviamento di potere. * Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 1992, n. 9588 (ud. 14 gennaio 1992), P.G. in proc. Baccalini e altri. (*C.p., art. 323; L. 26 aprile 1990, n. 86, art. 13*).

67. Rispetto ai fatti di interesse privato in atti d'ufficio commessi prima delle modificazioni normative operate dalla L. 26 aprile 1990, n. 86, che ha abrogato l'art. 324 c.p. e sostituito l'art. 323 stesso codice, occorre accertare, a norma dell'art. 2 c.p., se secondo la legge posteriore essi costituiscano o meno reato e, in caso positivo, occorre applicare la disposizione più favorevole per l'imputato, individuata tra quella che per il fatto contestato ed accertato sarebbe stata applicabile prima e quella che sarebbe applicabile dopo l'entrata in vigore della L. n. 86 del 1990. Di conseguenza deve applicarsi l'art. 324 c.p. nei confronti di quei fatti che, nei termini in cui sono stati contestati ed accertati, rientrerebbero nel nuovo art. 323 comma secondo, c.p., dal momento che questa disposizione risulterebbe meno favorevole per la previsione di una più elevata pena minima. * Cass. pen., sez. V, 17 agosto 1990, n. 11495 (ud. 30 maggio 1990), Belleri. (*C.p., art. 2; c.p., art. 323; c.p., art. 324*).

B) PROVA DELL'ABUSO

68. Ai fini della prova dell'abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p., quale sostituito dall'art. 13 L. 26 aprile 1990, n. 86, assumono rilievo sia l'atto o il comportamento singolarmente valutato (qualora questo esprima ex se il perseguimento di un fine diverso rispetto al fine tipico) sia quegli elementi sintomatici che, apparentemente estrinseci all'atto o al comportamento, consentono una verifica di più ampio contesto. Il che si verifica dando rilievo al presupposto di fatto da cui si esprime l'abuso, attraverso il coinvolgimento di singoli comportamenti (o di singole serie comportamentali) antecedenti, contestuali od anche successivi all'atto o al comportamento che designa l'abuso stesso, donde l'irrelevanza, anche nel nuovo regime, ove la condotta si manifesti attraverso provvedimenti, della loro legittimità. * Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 1992, n. 173 (ud. 25 ottobre 1991), P.G. in proc. Giunta (*C.p., art. 323*).

C) CONDOTTA IN GENERE

69. L'arbitrarietà del fatto o dell'atto, attribuito al pubblico ufficiale nel caso di abuso innominato di atti d'ufficio, va stabilita caso per caso secondo le norme del diritto pubblico, che definiscono la sfera di competenza del pubblico ufficiale stesso tenendo, peraltro, presente che detta arbitrarietà può ricorrere anche nell'atto discrezionale, non solo quando siano violate le norme dettate dalle legge per l'esercizio del potere discrezionale, ma anche quando l'atto discrezionale sia compiuto con sviamento di potere. * Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 1983, n. 8043 (ud. 2 maggio 1983), Amitrano.

70. Il delitto di abuso di ufficio è reato di pericolo e si consuma nel momento in cui il fatto abusivo è commesso, anche se

non si verifichi un danno o non si procuri ad altri un effettivo vantaggio. * Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 1989, n. 2750 (ud. 23 dicembre 1988), D'Alessandro. (*Cod.pen., art. 323*).

71. Il giudice penale può sempre indagare sull'attività vincolata o discrezionale del pubblico ufficiale per accertare se il potere a questi conferito dalla legge fu esercitato per scopi di interesse pubblico o al fine di raggiungere, attraverso l'esercizio del pubblico potere, una finalità privata. (Applicazione in tema di abuso di ufficio ex art. 323 c.p.). * Cass. pen., sez. VI, 15 settembre 1976, n. 8825 (ud. 19 gennaio 1976), Cornelli.

72. In relazione al delitto di abuso di ufficio, il vizio di violazione di legge costituisce, di regola, il sintomo della condotta di abuso, mentre l'illegittimità che designa l'atto in cui si esprime la condotta descritta dall'art. 323 c.p. è sempre rappresentata dallo sviamento di potere: dall'esercizio, cioè, del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale, così, per un verso, da far conseguire all'atto uno scopo estraneo rispetto a quanto preordinato dalla norma e, per un altro verso, da realizzare una sorta di eccesso del mezzo rispetto al fine tipico da essa presupposto. * Cass. pen., sez. VI, 30 agosto 1993, n. 8280 (ud. 30 giugno 1993), Bisogno. (*C.p., art. 323*).

D) ELEMENTO SOGGETTIVO

73. Il reato di cui all'art. 323 c.p. richiede che il pubblico ufficiale si prospetti, con il compimento dell'atto, il fine di recare ad altri un danno o di procurare un vantaggio. Pertanto l'elemento soggettivo richiesto per la configurabilità del delitto di abuso di ufficio consiste nel dolo specifico. * Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 1990, n. 7076 (ud. 23 giugno 1989), Carmentano (*C.p., art. 323*).

74. Dalla nuova indicazione del dolo specifico contenuta nel secondo comma dell'art. 323 c.p., come modificato dalla L. n. 86/1990, rappresentata dal procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, si deduce che il vantaggio perseguito dal pubblico ufficiale, mediante deviazione dai doveri istituzionali, deve essere difforme dal diritto. (In motivazione, la Suprema Corte ha rimarcato come tale elemento differenziale risulti evidente dal rapporto con la previgente disciplina, per la quale il dolo consisteva nel fine di recare ad altri un danno o di procurargli un vantaggio, e come l'aggiunta dell'aggettivo «ingiusto» comporti una restrizione dell'area un tempo coperta dall'illecito penale, poiché ne restano fuori i comportamenti abusivi finalizzati a procurare un vantaggio conforme al diritto). * Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 1994, n. 600 (ud. 15 ottobre 1993), Montali, (*C.p., art. 323, L. 26 aprile 1990, n. 86*).

75. Nel reato di abuso di ufficio previsto nel secondo comma, dell'art. 323, c.p., nel testo risultante dalla modifica introdotta con L. 26 aprile 1990, n. 86, la sussistenza del dolo specifico, costituito dal fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale, può essere desunto anche da una pluralità di indizi quando questi siano gravi, precisi e concordanti. * Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 1992, n. 10917 (ud. 17 settembre 1992), Maggiorani. (*C.p., art. 323*).

76. Nel reato di abuso di atti di ufficio, di cui all'art. 323 c.p., l'elemento psichico è costituito non solo dal cosciente e volontario uso illegittimo dei poteri di ufficio ma anche dalla strumentalizzazione dell'atto a vantaggio del destinatario, creando in suo favore una situazione giuridico - amministrativa della quale il privato non avrebbe una legittima aspettativa. * Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 1983, n. 9554 (ud. 7 luglio 1983), Bovo.

VI. VIOLENZA O MINACCIA A UN PUBBLICO UFFICIALE – RESISTENZA A UN PUBBLICO UFFICIALE

77. Nel delitto di violenza o minaccia a pubblico ufficiale, la violenza o la minaccia costitutiva del reato viola un bene giuridico specifico, e cioè l'interesse dello Stato al normale funzionamento e al prestigio della pubblica amministrazione, oltre quello concernente la libertà morale e l'incolumità fisica dell'individuo, ed inoltre, il soggetto passivo di tal reato è essenzialmente un pubblico ufficiale. * Cass. pen., sez. I, 16 luglio 1981, n. 7097 (ud. 2 aprile 1981), Saitta.

78. Il delitto di violenza a pubblico ufficiale non ha come sua obiettività giuridica la tutela della incolumità fisica del pubblico ufficiale, bensì la libertà del medesimo al compimento degli atti del suo ufficio. Integra, pertanto, il delitto *de quo* qualsiasi comportamento palesemente o intenzionalmente aggressivo, idoneo a generare timore e a limitare la libertà morale del soggetto passivo (Nella specie è stato ritenuto delitto di cui all'art. 336 c.p. l'aver sparato im colpo di pistola contro un carabiniere in servizio di controllo, senza colpirlo e senza intenzione di colpirlo, colpo valutato come idoneo a far desistere il limite dal compimento di un atto del suo ufficio). * Cass. pen., sez. I, 14 marzo 1988, n. 3316 (ud. 4 novembre 1987). Lopardo.

79. Il delitto, di cui all'art. 336 c.p., è reato di mera condotta assistita da dolo specifico e si consuma indipendentemente dal raggiungimento dello scopo prefissosi dal reo o dalla possibilità, in concreto, da parte del pubblico ufficiale di soddisfare l'intimazione ogni volta che l'atto o il fatto

richiesto concerne l'attività amministrativa dell'ente al cui servizio è svolto il lavoro del pubblico ufficiale. * Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre, 1985, n. 10005 (ud. 22 maggio 1985), Nasta.

80. In relazione al delitto di violenza a pubblico ufficiale deve considerarsi violenza attiva non solo l'esplicazione di forza aggressiva, ma anche quella statica, purché chiaramente minacciosa e percepita come tale dal pubblico ufficiale, sì da farlo desistere dal compimento di un atto di ufficio. (Nella fattispecie è stato ravvisato il reato di violenza di cui all'art. 336 c.p. nell'attività consistita nel mettersi davanti all'ingresso della segreteria di un istituto scolastico allo scopo di impedire la presa di possesso di un custode giudiziario nominato dal presidente del tribunale). * Cass. pen., sez. III, 6 luglio 1983, n. 6293 (ud. 29 aprile 1983), Ledda.

81. Per la sussistenza del reato di cui all'art. 336 c.p. è necessaria la coscienza e la volontà di usare la violenza o la minaccia per il fine, propostosi dall'agente, di costringere il pubblico ufficiale a fare un atto contrario ai propri doveri o ad omettere un atto dell'ufficio o del servizio, fine che indica il dolo specifico che determina l'azione, non essendo necessario che la violenza consegua l'effetto di impedire in modo definitivo l'esplicazione della pubblica funzione o del servizio in relazione a un oggetto determinato. * Cass. pen., sez. VI, 27 settembre 1972, n. 1049, Verdianelli ed altro.

82. Integra il reato di minaccia a pubblico ufficiale la espressione usata dall'imputato nei confronti di un agente di custodia di «spaccargli la testa con un bastone se avesse redatto un rapporto». * Cass. pen., sez. VI, 12 aprile 1986, n. 2895 (ud. 27 novembre 1985), Mastromarino, (*Cod.pen., art. 336*).

83. Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 336 c.p. la violenza o minaccia possono essere esercitate con qualsiasi mezzo idoneo a turbare o ad impedire l'attività del pubblico ufficiale (Nella specie, l'imputato alla guida di un autocarro imbarcato su nave -traghetto senza la prescritta autorizzazione, allo scopo di sbarcare, nonostante «le contrarie avvertenze» avute dal pubblico ufficiale competente, «procedeva a scossoni nella sua direzione costringendo a spostarsi per non essere investito»). * Cass. pen., sez. VI, 29 maggio 1982, n. 5473 (ud. 23 febbraio 1982), Spumato.

84. L'efficacia intimidatrice di una frase, che la fa qualificare, a seconda dei

casi, come reato di cui all'art. 336, o all'art. 337 ovvero all'art. 612 c.p., è direttamente proporzionale all'attuabilità del danno, che ne formi oggetto. Di conseguenza, se il male minacciato si presenta ex se, non concretamente eralizzabile, non è configurabile alcuna aggressione, penalmente rilevante, alla sfera psichica del soggetto passivo. Se, però, il profferire alcune parole apparentemente minacciose manifesta, e raggiunge, l'intento dell'agente di esprimere il proprio disprezzo per l'interlocutore, esso integra, a seconda dei casi, gli estremi del reato di cui all'art. 341 o di quello di cui all'art. 594 c.p. (Nella specie la Cassazione ha ritenuto che la minaccia dell'imputato di sodomizzare gli agenti operanti non presentasse alcuna oggettiva attitudine ad intimorire, ma costituisse una plateale offesa al loro prestigio e, dunque, integrasse il reato di cui all'art. 341 c.p.). * Cass. pen., sez. VI, 24 agosto 1993, n. 8008 (ud. 10 giugno 1993), Ravidà. (*C.p., art. 336; c.p., art. 341; c.p., art. 594; c.p., art. 612*).

VII. RESISTENZA A UN PUBBLICO UFFICIALE

A) GENERALITÀ

85. Perché si realizzi il delitto di resistenza a pubblico ufficiale è sufficiente che il soggetto attivo eserciti un'energia fisica per impedire al soggetto passivo il compimento dell'atto che questi sta eseguendo, e non ha alcun rilievo la circostanza che l'energia si estrinsechi sulla persona del pubblico ufficiale si estrinsechi sulla persona del pubblico ufficiale operante o sulle cose che questi intende sequestrare. (Nella specie

l'imputato aveva strappato il fucile e le cartucce al guardiacaccia che glieli aveva sequestrati). * Cass. pen., sez. VI, 30 novembre 1974, n. 9391 (ud. 7 giugno 1974, n. 1129), Stafforini.

86. Per la configurabilità del delitto di resistenza a pubblico ufficiale non è necessario che sia intacca la libertà di azione del P.U., essendo sufficiente l'uso di violenza o minaccia per opporsi al compimento da parte dello stesso di un atto d'ufficio o di servizio, indipendentemente dall'effetto positivo o

meno di tale azione e dal concreto verificarsi di un impedimento che ostacoli il compimento di uno degli atti predetti. * Cass. pen., sez. II, 29 novembre 1986, n. 13343 (ud. 5 aprile 1986), Illiano.

87. Ad integrare l'elemento materiale del delitto di resistenza a pubblico ufficiale è sufficiente la violenza cosiddetta impropria, che può essere esercitata anche su persona diversa dal soggetto passivo o sulle cose e che comprende nella sua lata accezione ogni comportamento idoneo ad impedire o ad ostacolare l'esplicazione della pubblica funzione. (Nella specie l'autore del reato aveva minacciato di ferirsi con i vetri di una bottiglia per ottenere che gli agenti di custodia del carcere ove egli era detenuto non compissero l'atto di consegna della sua persona ai carabinieri incaricati della traduzione presso altro istituto penitenziario). * Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 1989, n. 2020 (ud. 21 novembre 1988), Tropeano (*Cod.pen., art. 337*).

88. Nel reato di resistenza a pubblico ufficiale l'elemento psicologico consiste nella coscienza e volontà di precludere al pubblico ufficiale con una condotta minacciosa e violenta l'atto d'ufficio ritenuto pregiudizievole per i propri interessi. Ne consegue che risponde del reato su indicato colui il quale abbia nei confronti di un vigile urbano in servizio e che gli richianda dei documenti per l'identificazione una condotta tanto violenta da produrgli delle lesioni personali. * Cass. pen., sez. VI, 14 marzo 1986, n. 2089 (ud. 28 novembre 1985), Marrone (*Cod.pen., art. 337*).

89. L'ignoranza della qualificazione giuridica (pubblico ufficiale) della persona offesa non vale ad escludere l'elemento psicologico del delitto di resistenza quando l'agente debba necessariamente sapere che essa

esercita, in atto, una determinata funzione pubblica. Ne consegue che nel caso in cui un carabiniere proclamatosi tale, cerchi di tutelare l'ordine pubblico, ostacolando il tentativo di un tifoso di invadere il campo da gioco, colui che gli opponga resistenza, o induca altri a farlo, non può legittimamente affermare che esuli, dal proprio comportamento, la volontà cosciente di usare violenza al pubblico ufficiale, assumendo di non avere compreso che si trovava alla presenza di un pubblico ufficiale nell'esercizio di una funzione tipica del di lui ufficio. * Cass. pen., sez. VI, 26 giugno 1992, n. 7445 (ud. 2 aprile 1992), Gori (*C.p., art. 337*).

90. In caso di violenza usata dall'imputato per sottrarsi all'arresto della parte lesa che si sia avvalsa della facoltà di arresto conferita ai privati dall'art. 242 c.p.p., per il perfezionamento del delitto di resistenza a pubblico ufficiale occorre che il privato, al quale compete in linea di principio la facoltà di procedere all'arresto, si sia avvalso di essa effettivamente ed in concreto e che l'intenzione di eseguire l'arresto, atto di imperio destinato ad addivenire alla consegna alla polizia giudiziaria della persona colta in flagranza di reato, non soltanto esista, ma in qualche modo appaia, se non con un'esplicita affermazione in tal senso, almeno con un comportamento concludente dal quale l'intenzione stessa possa essere desunta. * Cass. pen., sez. II, 16 febbraio 1985, n. 1690 (ud. 24 novembre 1984), Tenuta.

91. l'esimente di cui all'art. 4 D.L.vo Lgt. 14 settembre 1944, n. 288, postulando che il pubblico ufficiale «abbia dato causa al fatto... eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni», presuppone, da un lato, un rapporto causale tra la reazione dell'agente e la condotta arbitraria del pubblico ufficiale e che non può, quindi, farsi

consistere di una mera occasionalità dovendo costituire la ragione determinante della condotta offensiva, dall'altro lato, l'illegittimità dell'azione del pubblico ufficiale, improntata ad uno scopo di vessazione e di sopraffazione che, esauendosi di una finalità esclusivamente personale dello stesso pubblico ufficiale, intercorre il rapporto con l'ufficio pubblico in cui è inserito ed i forza del quale è conferita la qualifica pubblica. * Cass. pen., sez, VI, 9 luglio 1993, n. 6864 (ud. 3 maggio 1993), Scaduti (*C.p., art. 337; c.p., art. 341; D.L.vo. Lgt. 14 settembre 1944, n. 288, art. 4*).

B) RAPPORTO CON ALTRI REATI

92. L'art. 337 c.p. (resistenza a un pubblico ufficiale) non esige, a differenza dell'art. 336 stesso codice (violenza o minaccia a un pubblico ufficiale), che la violenza o minaccia sia usata sulla persona del pubblico ufficiale, ma richiede soltanto che sia usata per opporsi allo stesso nel compimento di un atto o di un'attività del suo ufficio. Ne consegue che, a concretare il delitto di resistenza, è sufficiente anche la mera violenza sulle cose, quando si indirizza a turbare, ostacolare o frustrare il compimento dell'atto di ufficio. (Nella specie, relativa a rigetto di ricorso, l'imputato sosteneva la non configurabilità del reato di cui all'art. 337 c.p., che sarebbe stato ravvisato dai giudici di merito nel solo fatto di avere strappato un biglietto dalle mani dei carabinieri, dando alla fuga, e tentando di ingoiarlo o comunque strapparlo). * Cass. pen., sez, VI, 12 dicembre 1992, n.11897 (ud. 9 ottobre 1992).

93. Il delitto di resistenza a pubblico ufficiale assorbe soltanto quel minimo di violenza che si concreta nelle percosse e non già quegli atti, che, esorbitando da

tali limiti, siano causa di lesioni personali. In ques t'ultima ipotesi l'ulteriore delitto di lesione, stante il suo carattere autonomo, concorre con quello di resistenza, con l'effetto, però, che se l'atto di violenza, con il quale l'agente ha prodotto consapevolmente le lesioni, non sia fine a sé stesso, ma venga posto in essere allo scopo di resistere al pubblico ufficiale, si realizza il presupposto per la sussistenza dell'aggravante della connessione teleologica. Ne consegue che risponde di entrambi i reati sopra indicati colui il quale percuota con pugni e calci e getti ammoniaca sui volti dei pubblici ufficiali, onde opporsi a che essi e un loro collega esercitino le loro funzioni e procedano al suo arresto. * Cass. pen., sez, VI, 12 maggio 1986, n. 3595 (ud. 23 aprile 1986), Peressini.

94. L'efficacia intimidatrice di una frase, che la fa qualificare, a seconda dei casi, come reato di cui all'art. 336, o all'art. 337 ovvero all'art. 612 c.p., è direttamente proporzionale all'attuabilità del danno, che ne formi oggetto. Di conseguenza, se il male minacciato si presenta ex se, non concretamente realizzabile, non è configurabile alcuna aggressione, penalmente rilevante, alla sfera psichica del soggetto passivo. Se, però, il profferire alcune parole apparentemente minacciose manifesta, e raggiunge, l'intento dell'agente di esprimere il proprio disprezzo per l'agente di esprimere il proprio disprezzo per l'interlocutore, esso integra, a seconda dei casi, gli estremi del reato di cui all'art. 341 o di quello di cui all'art. 594 c.p. (Nella specie la Cassazione ha ritenuto che la minaccia dell'imputato di sodomizzare gli agenti operanti non presentasse alcuna oggettiva attitudine ad intimorire, ma costituisse una plateale offesa al loro prestigio e, dunque, integrasse il reato di cui all'art. 341 c.p.). * Cass. pen., sez, VI, 24 agosto 1993, n.

8008 (ud. 10 giugno 1993). Ravidá (*C.p.*, art. 336; *c.p. art. 341*; *c.p.*, art. 594; *c.p.*, art. 612).

95. La distinzione tra il delitto di resistenza a pubblico ufficiale e l'oltraggio aggravato dalla violenza o minaccia sta in ciò che, nel primo, la condotta criminosa è specificamente diretta ad ostacolare o impedire l'attività d'ufficio, nel secondo la violenza o la minaccia rimangono nell'ambito della manifestazione offensiva, quale espressione di semplice malanimo o disprezzo. (Nella specie è stato ritenuto sussistente il delitto di resistenza a pubblico ufficiale nel comportamento del soggetto che, invitato da un carabiniere a consegnargli il fucile con il quale stava esercitando abusivamente la caccia, oppose un rifiuto rivolgendogli la seguente frase: «il fucile non te lo dò, piuttosto te lo rompo in testa»). * Cass. pen., sez. VI, 18 gennaio 1975 (ud. 19 novembre 1974), Valente.

96. Il delitto di resistenza a pubblico ufficiale, previsto dall'art. 337 c.p., non resta assorbito nel reato complesso di rapina, stante la diversa caratteristica dell'esercitata violenza. Ne consegue che si ha violazione, con unica azione, di due diverse disposizioni di legge, relative a distinte oggettività giuridiche protette e quindi si è in presenza di un concorso formale eterogeneo di reati. * Cass. pen.,

sez. I, 25 febbraio 1983, n. 1696 (ud. 3 dicembre 1982), Magni.

97. La circostanza aggravante del nesso teleologico è applicabile al delitto di lesioni volontarie commesso per resistere ad un atto del pubblico ufficiale, anche se il reato mezzo (lesioni) ed il reato fine (resistenza) scaturiscono da una condotta criminosa unica. In tal caso, infatti, sono diversi gli eventi ed i beni giuridici tutelati e sussiste il nesso strumentale e finalistico che collega i due reati. * Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 1985, n. 6753 (ud. 12 marzo 1985), Savasta.

98. I reati di resistenza a pubblico ufficiale e resistenza e violenza contro nave da guerra debbono considerarsi autonomi e distinti non solo nei loro elementi costitutivi, ma anche con riguardo all'interesse protetto, in quanto la prima afferisce alla tutela fisica del pubblico ufficiale soggettivamente individuato, mentre le altre, proprio per la loro collocazione legislativa, attengono alla sicurezza ed alla disciplina della navigazione con riguardo in particolare alla polizia marittima ed allo *jus imperi* esercitato dallo Stato in un ambiente come quello marino nel quale esso può agevolmente essere eluso. * Cass. pen., sez. III, 16 febbraio 1988, n. 1988 (ud. 16 dicembre 1987), Esposito.

VIII. OLTRAGGIO A UN PUBBLICO UFFICIALE

A) SOGGETTO ATTIVO DEL REATO

99. Nel reato di oltraggio a pubblico ufficiale il soggetto attivo può essere un

pubblico ufficiale e tra essi, il superiore nei confronti dell'interiore. * Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 1989, n. 7554 (ud. 9 giugno 1988), Ciurleo (*Cod. pen.*, art. 341).

100. In tema di oltraggio la locuzione —chiunque— è adoperata dall'art. 341 c.p. per indicare che offensore e responsabile della violazione può essere qualunque persona, sia o non sia pubblico ufficiale. È pertanto giuridicamente possibile la realizzazione dell'azione tipica anche ad opera di altro pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio. * Cass. pen., sez. VI, 14 gennaio 1983, n. 286 (ud. 26 ottobre 1982), Fortino.

B) ELEMENTO SOGGETTIVO

101. In tema di oltraggio a pubblico ufficiale, quale previsto dall'art. 341 c.p., l'elemento soggettivo è costituito dalla consapevolezza, nell'agente, della potenzialità oltraggiosa della frase pronunciata e dalla volontà di rivolgerla al soggetto passivo del reato, a nulla rivelando il motivo ispiratore della condotta o il fine cui tende l'offesa, che possono essere presi in considerazione unicamente allo scopo di concedere le attenuanti generiche. * Cass. pen., sez. VI, 3 febbraio 1986, n. 1227 (ud. 20 novembre 1985), Bavata.

102. Per la consumazione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, di cui all'art. 341 c.p., non è richiesta la deliberata intenzione di offendere l'onore o il prestigio del pubblico ufficiale, ma è sufficiente la consapevolezza dell'oggettivo significato oltraggioso del proprio comportamento. * Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 1992, n. 475 (ud. 20 novembre 1991), Meo. (C.p., art. 341).

103. Nel delitto di oltraggio il dolo non è necessariamente *in re ipsa*, ma, a seconda delle circostanze, occorre indagare anche sulle reali intenzioni dell'agente (con esclusione, ad esempio, del carattere ingiurioso nel caso di riferimento delle parole a situazioni contingenti non coinvolgenti direttamente

il pubblico ufficiale). Quando, invece, sia inequivoco il carattere oltraggioso delle frasi e le stesse risultino obiettivamente profferite in presenza del pubblico ufficiale ed in un contesto che necessariamente lo coinvolge, il dolo deve considerarsi integrato. * Cass. pen., sez. VI, 19 novembre 1986, n. 12956 (ud. 10 luglio 1986), Di Ghero.

104. Il fatto che una espressione oltraggiosa ricorra frequentemente nel linguaggio del volgo non vale a privarla del suo contenuto oltraggioso, essendo sufficiente per il delitto di oltraggio il dolo generico consiste nella consapevolezza nel soggetto attivo del significato oltraggioso delle parole usate. * Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 1984, n. 2044 (ud. 20 dicembre 1983), Gadoni.

105. L'ignoranza della qualificazione giuridica della persona offesa non vale ad escludere l'elemento psicologico del reato di oltraggio, quando l'agente sappia o debba necessariamente sapere che essa esercita una determinata funzione pubblica. * Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 1988, n. 9604 (ud. 3 marzo 1988), Gardoni.

106. Non costituendo il prestigio e la dignità della pubblica amministrazione beni disponibili, l'intento di scherzare, ovvero il rapporto di amicizia tra l'offensore ed il pubblico ufficiale, non escludono, allorché ricorrano gli altri presupposti, la configurabilità del reato di oltraggio. * Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 1981, n. 5952 (ud. 13 marzo 1981), Raponi.

107. Al delitto di oltraggio non è applicabile l'esercizio del diritto di critica, tanto più quando la manifestazione oltraggiosa consiste in espressioni pesantemente oscene. In tal caso, poiché il linguaggio osceno e scurrile è volto a diminuire il prestigio del pubblico ufficiale, non è configurabile neppure il reato di

turpiloquio. * Cass. pen., sez. VI, 4 agosto 1981, n. 7849 (ud. 4 marzo 1981), Ricci.

108. Nel delitto di oltraggio a pubblico ufficiale le espressioni offensive pronunziate in stato di ubriachezza sono comunque idonee ad arrecare offesa perché lo stato di ebbrezza non esclude l'imputabilità né il dolo, nell'ipotesi in cui il soggetto attivo — a causa del suo stato — non abbia avuto la consapevolezza di trovarsi in presenza di un pubblico ufficiale. * Cass. pen., sez. VI, 12 ottobre 1985, n. 9015 (ud. 10 aprile 1985), Banco.

C) ELEMENTO OGGETTIVO: CASISTICA

109. Il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale si configura come reato plurioffensivo che lede il prestigio tanto della pubblica amministrazione quanto della persona fisica che la rappresenta (parte offesa primaria: l'una; secondaria: l'altra; mediata: la prima; immediata: la seconda). Ne consegue che, a norma degli artt. 555 comma primo lett. b) e 558 comma primo e secondo c.p.p., il decreto di citazione a giudizio per il detto reato va notificato anche al pubblico ufficiale oltraggiato, in quanto soggetto passivo immediato del reato. * Cass. pen., sez. VI, 19 aprile 1993, n. 116 (c.c. 19 gennaio 1993), P.M. in proc. Pizziconi. (C.p., art. 341; c.p.p., art. 555; c.p.p., art. 558).

110. In materia di oltraggio a pubblico ufficiale l'uso di un termine obiettivamente offensivo può, in una fattispecie concreta, perdere la sua valenza negativa ed assurgere ad espressione di critica lecita dell'operato del pubblico ufficiale, ma perché ciò avvenga è necessario che il termine sia immediatamente percepibile come giudizio che investa il comportamento del pubblico ufficiale e non la sua persona. * Cass. pen., sez. VI,

4 ottobre 1982, n. 8523 (ud. 13 maggio 1982), Amabilino.

111. Nel reato di oltraggio l'offesa può manifestarsi con qualsiasi mezzo idoneo e, quindi, anche semplicemente con atti e gesti suscettivi di ledere il prestigio del pubblico ufficiale, senza che occorra che sia fatto ricorso a contumelie o che si adoperino espressioni intrinsecamente offensive. * Cass. pen., sez. VI, 15 novembre 1985, n. 10687 (ud. 4 giugno 1985), Robertone.

112. Nell'ipotesi in cui l'offensore sia un superiore gerarchico dell'offeso e l'offesa dipenda da cause inerenti l'ufficio o il servizio è ravvisabile il delitto di oltraggio. Infatti, al superiore gerarchico non può disconoscersi un potere disciplinare nei confronti dell'inferiore, che può estrinsecarsi in un rimprovero verbale, in un richiamo severo e, nei casi previsti dalla legge, nell'esercizio di un procedimento disciplinare; tuttavia l'esercizio di tale potere non consente al superiore di ledere il prestigio dell'inferiore con un comportamento che sia in contrasto con le norme della civile convivenza e della buona educazione, anche nell'ipotesi in cui l'offesa sia stata determinata da ragioni attinenti l'ufficio o il servizio. * Cass. pen., sez. VI, 16 febbraio 1990, n. 2158 (ud. 30 ottobre 1989). Interlandi (Cod.pen., art. 341).

113. In tema di oltraggio, la facilità con cui vengono usate le espressioni più volgari e il diffondersi di tale abitudine non tolgono alle espressioni stesse la loro obiettiva capacità di offendere l'altrui prestigio, mentre il dolo è implicito nel fatto stesso, qualora quelle espressioni presentino, per il loro chiaro significato, un valore offensivo preciso e insuscettibile di interpretazioni ambigue. * Cass. pen., sez. VI, 30 agosto 1993, n. 8252 (ud. 31 maggio 1993), Salvatori. (C.p. art. 341).

114. Sussiste il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, punibile ai sensi dell'art. 341 cod. pen., quando la frase, la parola, l'espressione adoperata siano tali —per il loro contenuto e per le circostanze nelle quali vennero pronunziate— da costituire offesa al prestigio del pubblico ufficiale, il quale, trovandosi nell'esercizio delle sue funzioni, rappresenta e interpreta le esigenze della P.A. Né rileva che una data locuzione ricorra ormai frequentemente nel linguaggio comune, quando essa si trova inserita in un contesto che esprime, senza possibilità di equivoci, disprezzo e disistima per le funzioni del pubblico ufficiale, in quanto tale, perde il significato anodino e quasi senza importanza acquisito nell'uso comune ed esprime tutta la valenza offensiva che le è propria. (Nella specie, relativa a ritenuta sussistenza del reato, erano state rivolte al pubblico ufficiale le frasi: «che me ne frega; tanto io ho i miliardi, e poi le vostre multe me le metto nelle balle» e «siete dei buffoni e dei pellegrini»). * Cass. pen., sez. VI, 17 gennaio 1989, n. 413 (ud. 29 novembre 1988), Strati (*Cod.pen., art. 341*).

D) RAPPORTO DI CAUSALITÀ

115. In tema di oltraggio, il nesso causale tra l'offesa e l'esercizio della pubblica funzione sussiste tutte le volte che, sul piano oggettivo, vi sia correlazione tra l'attività oltraggiosa del reo e l'attività in concreto svolta dal funzionario, indipendentemente dal contesto più o meno occasionale o dal motivo che può aver provocato o determinato l'intervento e l'esercizio della pubblica funzione. * Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 1985, n. 9961 (ud. 17 aprile 1985), De Gregorio.

116. Per la sussistenza del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale è necessario

che fra l'offesa e le pubbliche funzioni intercorra un rapporto di natura causale o meramente cronologica. Nella prima ipotesi il comportamento offensivo ripete la sua causa dalla funzione di cui è investito il soggetto passivo, ma non si richiede l'attualità delle funzioni medesime, potendo tale condotta verificarsi anche quando il pubblico ufficiale non le eserciti concretamente e sin anche a norma dell'art. 360 c.p. quando il pubblico ufficiale abbia perduto tale qualità. Nella seconda è sufficiente che l'offesa venga recata anche per motivi personali e privati mentre il pubblico ufficiale attende al suo ufficio. Nel caso in cui l'oltraggio venga consumato mediante comunicazione telegrafica, telefonica, ovvero con scritti e disegni, è indispensabile il nesso di causalità fra la pubblica funzione e l'offesa. È cioè necessario che quest'ultima sia commessa *propter officium* e non soltanto *in officium*. * Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 1985, n. 8454 (ud. 28 maggio 1985), Del Monaco.

E) SOGGETTO PASSIVO

117. In quanto reato contro la pubblica amministrazione, l'oltraggio è ipotizzabile anche se il destinatario delle espressioni ingiuriose non si sia sentito offeso nel prestigio: il bene tutelato in via principale dalla norma di cui all'art. 341 c.p. è, infatti, il decoro di cui ogni pubblica funzione deve essere circondata e non soltanto l'onore del privato cittadino che tale funzione in concreto riveste. * Cass. pen., sez. VI, 28 maggio 1985, n. 5393 (ud. 15 febbraio 1985), Ortisi.

F) PROVA LIBERATORIA

118. L'*exceptio veritatis* ammessa per i rei del delitto di ingiuria e di

diffamazione, ai sensi del terzo comma dell'art. 596 c.p., non si riferisce e non può riferirsi a quello di oltraggio, per la diversa obiettività giuridica tutelata. * Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 1980, n. 11458 (ud. 9 aprile 1980), Cucitore.

G) OLTRAGGIO AGGRAVATO: COMMA SECONDO

119. La comunicazione scritta può integrare il delitto di oltraggio solo se espressioni ingiuriose in essa contenute siano dirette in modo non equivoco al pubblico ufficiale che si vuole offendere e da questi siano percepite. (Nella specie, sono stati esclusi gli estremi del reato in una lettera ingiuriosa indirizzata al Comando dei Carabinieri con la specifica richiesta di controllo sull'operato ritenuto illegittimo di pubblici ufficiali dipendenti). * Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 1972, n. 1249, Saltarelli.

120. In tema di oltraggio a pubblico ufficiale commesso mediante scritti o disegni diretti al pubblico ufficiale, il reato sussiste qualora le frasi offensive siano state tracciate in prossimità dell'abitazione del pubblico ufficiale. Infatti, una frase scritta nel luogo in cui abitualmente si trova la persona alla quale essa si riferisce (comme negli spazi stradali o sui muri prossimi alla sua abitazione o al suo ufficio) basta a creare quel rapporto diretto tra le espressioni di oltraggio ed il pubblico ufficiale, che costituisce il presupposto del reato suddetto. * Cass. pen., sez. VI, 20 giugno 1973, n. 1211, Bosio ed altro.

H) OLTRAGGIO AGGRAVATO: COMMA QUARTO

121. La violenza può integrare un'aggravante del delitto di oltraggio, sempreché, non sia mirata, puer se

congiuntamente ad espressioni ingiuriose, a cagionare impedimento all'attività istituzionale del pubblico ufficiale onde paralizzarne l'esito; ove diretta invece a tal fine, essa assume la figura concorrente del delitto di resistenza a pubblico ufficiale. * Cass. pen., sez. I, 7 aprile 1988, n. 4195 (ud. 20 novembre 1987), Caterino.

122. In caso di oltraggio aggravato ai sensi del non viene presa in considerazione come elemento che può coartare la libera volizione del pubblico ufficiale, ma solo come elemento che tende a lederne oggettivamente il prestigio. A tali fini, pertanto, non deve essere preso in considerazione l'elemento della capacità intimidatoria della minaccia stessa. * Cass. pen., sez. VI, 6 ottobre 1984, n. 8299 (ud. 27 giugno 1984), Vavalle.

I) RAPPORTO CON ALTRI REATI

123. Nell'ipotesi in cui l'agente non solo oltraggi il pubblico ufficiale ma gli cagioni anche lesioni è aggravato dal nesso teleologico, quando si accerta che la lesione stessa è stata voluta dal reo in aggiunta alla violenza necessaria e sufficiente ad integrare l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art. 341 c.p. * Cass. pen., sez. V, 6 giugno 1984, n. 5269 (ud. 6 marzo 1984), Cordiozzi.

124. Gli artt. 186 e 189 cod. pen. Mil. Pace che reprimono il delitto di insubordinazione sia con violenza sia con ingiuria, sono in rapporto di specialità rispetto alla normativa comune di cui agli artt. 337 e 341 cod. pen. Concernenti la resistenza e l'oltraggio a pubblico ufficiale, sia per la qualifica di militari dei soggetti dei reati, sia per la specificità del bene tutelato, la disciplina militare nel primo caso, il prestigio della pubblica amministrazione in senso lato nel secondo. * Cass. pen., sez. I, 13

dicembre 1986 (c.c. 2 ottobre 1986, n. 3148), Le Rose. (Cod. pen., art. 337; cod.pen., art. 341; cod.pen. mil., art. 186; cod. pen. mil., art. 189).

125. Commette il delitto di resistenza e non quello di oltraggio colui che

minaccia il pubblico ufficiale che, dopo aver catturato un latitante, provvede al suo piantonamento in attesa di poterlo condurre in camera di sicurezza. * Cass. pen., sez. I, 30 luglio 1981, n. 7660 (ud. 11 febbraio 1981), Ursolino.

IX. OLTRAGGIO A UN CORPO POLITICO, AMMINISTRATIVO O GIUDIZIARIO

126. Il corpo (o l'autorità costituita in collegio) ipotizzato come soggetto passivo del reato di cui all'art. 342 c.p. va inteso come entità unitaria, distinta dalle persone che lo compongono, nell'integrità della composizione nella quale normalmente funziona, senza possibilità di frazionamento in gruppi, e non è perciò identificabile con la maggioranza politica o numerica che determina l'orientamento della sua deliberazione. Né una frazione del corpo (o collegio) pure se costituente la maggioranza dei suoi componenti, può essere considerato una sua rappresentanza; onde non sussiste detto

reato, ma quello di cui all'art. 341 c.p., per l'offesa recata da uno dei componenti della minoranza a quelli della maggioranza. * Cass. pen., sez. III, 19 novembre 1960, Succi.

127. In tema di oltraggio ad un corpo amministrativo, politico o giudiziario il dolo consiste nella volontà di pronunciare la frase offensiva con la consapevolezza a ledere l'onore e il prestigio del corpo, a nulla rilevando un eventuale stato di risentimento o di reazioni emotive del soggetto, cagionato da presunte ingiustizie subite. * Cass. pen., sez. VI, 12 maggio 1986, n. 3606 (ud. 2 aprile 1986), Conde.

X. OLTRAGGIO A UN MAGISTRATO IN UDIENZA

128. Nel reato di oltraggio a magistrato in udienza, di cui all'art. 343 c.p., persona offesa dal reato stesso è solo lo Stato, mentre il magistrato interessato riveste la sola qualifica di danneggiato dal reato. Pertanto, non può trovare applicazione la disciplina dell'art. 41 bis [ora 11] c.p.p., che prevede una deroga alle regole egnerali sulla competenza per territorio non suscettibile di applicazione estensiva,

poiché tale norma innovatrice ha tassativamente precisato che deve trattarsi di procedimenti in cui un magistrato assume la qualità di indiziato, di imputato o di persona offesa dal reato. * Cass. pen., sez. I, 28 novembre 1986 (c.c. 27 ottobre 1986, n. 3495), Lenza.

129. È udienza qualsiasi seduta, nella normale aula di udienza o altrove e in

qualunque fase processuale essa si svolge destinata allo svolgimento dell'attività giudiziaria del magistrato, che implichi, per previsione legislativa, l'intervento o la presenza degli altri soggetti del rapporto e dei loro difensori, anche se tale presenza in concreto non si verifichi. È pertanto configurabile il reato previsto dall'art. 343 c.p. anche se l'oltraggio al magistrato non avvenga durante un'udienza dibattimentale. * Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 1977 (ud. 29 settembre 1976), Berloco.

130. Ai sensi dell'art. 343 c.p. il magistrato deve ritenersi «in udienza» tutte le volte che si trovi ad amministrare giustizia con l'intervento delle parti. Deve ritenersi «udienza» qualsiasi seduta nella quale si svolge l'attività giudiziaria del magistrato, per cui è del tutto irrilevante che l'oltraggio sia stato commesso

durante il breve e necessario intervallo che corre tra il termine di un processo e l'inizio di un altro. * Cass. pen., sez. VI, 1 aprile 1980, n. 4482 (ud. 19 dicembre 1979). Ranchicchio.

131. In tema di delitto di oltraggio a magistrato in udienza, di cui all'art. 343 c.p., per stabilire se le espressioni usate siano idonee ad essere comunemente intese come lesive del prestigio del giudice è necessario che gli atti o le parole del soggetto attivo siano interpretate secondo il loro significato obiettivo, alla stregua dei canoni di valutazione accolti nella coscienza collettiva, e in relazione alle particolari circostanze concrete in cui tali comportamenti sono stati posti in essere. * Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 1985, n. 5970 (ud. 7 marzo 1985), Pedullà.

XI. MILLANTATO CREDITO

132. Gli estremi della condotta del reato di millantato credito, prevista dall'art. 346, primo comma, c.p., devono intendersi realizzati nel solo fatto di chi, vantando in modo esplicito o dando ad intendere di avere possibilità di influire sul pubblico funzionario, si faccia dare o promettere un compenso per la propria mediazione presso il medesimo funzionario; e cioè prescindere dalle particolari modalità della condotta, in forza delle quali egli riesca ad ottenere tale compenso, sia prospettando eventuali ostacoli od incertezze (che tuttavia non siano tali da far recedere il cosiddetto «compratore di fumo») sia promettendo il sicuro esito del suo intervento. * Cass. pen., sez. VI, 20 settembre 1990, n. 12628 (ud. 20 giugno 1990), Manuguerra. (C.p., art. 346).

A) COMMA PRIMO

133. Per la configurabilità del delitto di millantato credito non è necessario che si attribuisca falsamente al pubblico ufficiale un fatto di corruzione, essendo sufficiente far credere, al fine di carpire denaro alla vittima indotta in errore, che il pubblico ufficiale tenga una condotta scorretta e sia arrendevole a illecite inframmettenze. * Cass. pen., sez. II, 25 settembre 1985, n. 8138 (ud. 31 maggio 1985), Fleres.

134. Il delitto di cui all'art. 346 cod. pen. è configurabile anche quando il credito vantato presso il pubblico ufficiale o impiegato sia effettivamente sussistente, ma venga artificiosamente magnificato e amplificato dall'agente in modo da far credere al soggetto passivo di essere in

grado di influire sulle determinazioni di un pubblico funzionario e correlativamente di poterlo favorire nel conseguimento di preferenze e di vantaggi illeciti in cambio di un prezzo per la propria mediazione. * Cass. pen., sez. VI, 30 agosto 1989, n. 11317 (ud. 18 maggio 1989), Canz. (Cod.pen., art. 346).

135. Atteso l'interesse protetto dalla norma che punisce il millantato credito, è del tutto irrilevante l'entità della prestazione richiesta al privato per comprare il favore del pubblico ufficiale, poichè l'elemento qualificante del predetto reato è la falsa rappresentazione di chi esercita la pubblica funzione come un soggetto corrotto o corruttibile per una qualsivoglia utilità, anche di modesta entità, con la conseguente necessaria menomazione del prestigio della pubblica amministrazione e cioè del bene tutelato dalla norma. * Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 1983, n. 3448 (ud. 11 febbraio 1983), Ciavarella.

B) COMMA SECONDO

136. L'ipotesi aggravata di millantato credito previsto dal secondo comma dell'art. 346 c.p. è del tutto autonoma da quella contemplata nel primo comma e, conseguentemente, si prescrive nel termine previsto dall'art. 157 n. 3 stesso codice. (Nella specie erano state concesse attenuanti ritenute equivalenti alle circostanze attenuanti ritenute equivalenti alle circostanze aggravanti contestate). * Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 1992, n. 9740 (ud. 5 giugno 1992), Correnti. (C.p., art. 157; c.p., art. 346).

137. In tema millantato credito, il secondo comma dell'art. 346, c.p., nel prevedere la ricezione o la promessa di denaro o altra utilità col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale o di doverlo remunerare, non disciplina una

circostanza aggravante, ma un 'ipotesi autonoma di reato. Infatti nel primo comma dell'art. 346 cit. il raggiro nei confronti del privato consiste nel presentare il destinatario delle pressioni soltanto come arrendevole, mentre nel secondo il pubblico amministratore o impiegato vengono raffigurati come persone corrotte o corruttibili. * Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 1990, n. 13096 (ud. 23 maggio 1990), Pascale, (C.p., art. 346).

138. Non è configurabile il reato di millantato credito quando la richiesta di danaro rivolta alla persona offesa sia motivata non dalla necessità di comprare il favore del pubblico funzionario, ma solo dall'opportunità di effettuare donativi di trascurabile valore venale in occasione di particolari festività, escludendosi in tal modo implicitamente di dover remunerare il pubblico ufficiale attraverso la dazione di un compenso per illeciti favori ottenuti o da ottenere. * Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 1982, n. 2185 (ud. 24 novembre 1981), Rossi.

C) SOGGETTO PASSIVO E DANNEGGIATO

139. Nella figura criminosa del millantato credito la obiettività giuridica è costituita dall'offesa ad un preminente interesse pubblico, in particolare al prestigio dello Stato, sicché titolare dell'interesse speciale protetto dalla norma, e quindi soggetto passivo del reato, è la pubblica amministrazione, mentre il pubblico ufficiale, del quale si faccia credere la corruttibilità, deve qualificarsi danneggiato dal reato, essendo tale per il nocumento cagionato alla sua persona, alla sua onorabilità ed al suo prestigio. * Cass. pen., sez. VI, 5 settembre 1986 (c.c. 13 agosto 1986, n. 1450), Rampino. (Cod.pen., art. 346).

D) RAPPORTO CON LA TRUFFA

140. Il delitto di millantato credito, a differenza della truffa, è caratterizzato da un raggio del tutto particolare, consistente nelle vanterie, esplicite o anche implicite, di ingerenze o pressioni da parte del millantore presso il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, senza che, peraltro, occorra che l'agente spenda il nome o indichi la specifica funzione di quest'ultimo, bastando che la parte offesa comprenda che il presunto referente del millantore sia persona investita di dette funzioni. * Cass. pen.,

sez. VI, 30 agosto 1993, n. 8264 (ud. 17 giugno 1993), Tamborrino. (*C.p.*, art. 346; *c.p.*, art. 640).

141. L'oggettività giuridica del delitto di millantato credito si identifica con la lesione del prestigio e del decoro della pubblica amministrazione, e il danno patrimoniale subito dal privato non acquista rilievo rispetto alla norma incriminatrice, pertanto, l'attenuante del risarcimento del danno prevista dall'art. 62, n. 6, cod. pen. non è applicabile al delitto di millantato credito. * Cass. pen., sez. VI, 27 ottobre 1970, n. 1264, Mellone, (*Cod.pen.*, art. 346).

3) CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (*)

Preámbulo

LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS,

CONVENCIDOS de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;

RECONOCIENDO que, a menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos;

CONVENCIDOS de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción;

RECONOCIENDO que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente;

CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos;

PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS por los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacien-

(*) Caracas, marzo de 1996.

tes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles;

TENIENDO PRESENTE que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva; y

DECIDIDOS a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio,

HAN CONVENIDO
en suscribir la siguiente

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Artículo I Definiciones

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

«Función pública», toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

«Funcionario público», «Oficial Gubernamental» o «Servidor público», cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

«Bienes», los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intan-

gibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

Artículo II Propósitos

Los propósitos de la presente Convención son:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y

2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Artículo III Medidas preventivas

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública

de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta..

3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.

4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.

5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.

6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.

7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes.

8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.

10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y ex-

tranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.

11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.

Artículo IV Ámbito

La presente Convención es aplicable siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte.

Artículo V Jurisdicción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejer-

cer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.

4. La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional.

Artículo VI Actos de corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cuales-

quiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

Artículo VII Legislación interna

Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.

Artículo VIII Soborno transnacional

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo IX Enriquecimiento ilícito

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo X Notificación

Cuando un Estado Parte adopte la legislación a la que se refieren los párrafos 1 de los artículos VIII y IX, lo notificará al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien lo notificará a su vez a los demás Estados Partes.

Los delitos de soborno transnacional y de enriquecimiento ilícito serán considerados para ese Estado Parte acto de corrupción para los propósitos de esta Convención, transcurridos treinta días contados a partir de la fecha de esa notificación.

Artículo XI Desarrollo progresivo

1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas:

a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada.

b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte; a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.

d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, ha-

gan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.

2. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado estos delitos, éstos serán considerados actos de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

3. Aquellos Estados Partes que no hayan tipificado los delitos descritos en este artículo brindarán la asistencia y cooperación previstas en esta Convención en relación con ellos, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo XII

Efectos sobre el patrimonio del Estado

Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.

Artículo XIII

Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concluyan entre sí.

3. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado

recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

4. Los Estados Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que se puede denegar la extradición.

6. Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado Parte requerido se considere competente, éste presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que se haya convenido otra cosa con el Estado Parte requirente, e informará oportunamente a éste de su resultado final.

7. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

Artículo XIV

Asistencia y cooperación

1. Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de con-

formidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.

2. Asimismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción.

Artículo XV Medidas sobre bienes

1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

2. El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales

bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

Artículo XVI Secreto bancario

1. El Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado Parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado Parte requirente.

2. El Estado Parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado Parte requerido.

Artículo XVII Naturaleza del acto

A los fines previstos en los artículos XIII, XIV, XV y XVI de la presente Convención, el hecho de que los bienes obtenidos o derivados de un acto de corrupción hubiesen sido destinados a fines políticos o el hecho de que se alegue que un acto de corrupción ha sido cometido por motivaciones o con finalidades políticas, no bastarán por sí solos para considerar dicho acto como un delito político o como un delito común conexo con un delito político.

Artículo XVIII

Autoridades centrales

1. Para los propósitos de la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de esta Convención, cada Estado Parte podrá designar una autoridad central o podrá utilizar las autoridades centrales contempladas en los tratados pertinentes u otros acuerdos.

2. Las autoridades centrales se encargarán de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación a que se refiere la presente Convención.

3. Las autoridades centrales se comunicarán en forma directa para los efectos de la presente Convención.

Artículo XIX

Aplicación en el tiempo

Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención.

Artículo XX

Otros acuerdos o prácticas

Ninguna de las normas de la presente Convención será interpretada en el sentido de impedir que los Estados Partes se presten recíprocamente cooperación al amparo de lo previsto en otros acuer-

dos internacionales, bilaterales o multilaterales, vigentes o que se celebren en el futuro entre ellos, o de cualquier otro acuerdo o práctica aplicable.

Artículo XXI

Firma

La presente Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXII

Ratificación

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXIII

Adhesión

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXIV

Reservas

Los Estados Partes podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósitos de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo XXV

Entrada en vigor

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha

en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo XXVI Denuncia

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualesquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados Partes.

Artículo XXVII Protocolos adicionales

Cualquier Estado Parte podrá someter a la consideración de los otros Estados Partes reunidos con ocasión de la

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención con el objeto de contribuir al logro de los propósitos enunciados en su Artículo II.

Cada protocolo adicional fijará las modalidades de su entrada en vigor y se aplicará sólo entre los Estados Partes en dicho protocolo.

Artículo XXVIII Depósito del instrumento original

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro de publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.

4) CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Preámbulo

Los Estados Parte en la presente Convención,

Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley,

Preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero,

Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados,

Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional

que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella,

Convencidos también de que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción,

Convencidos asimismo de que la disponibilidad de asistencia técnica puede desempeñar un papel importante para que los Estados estén en mejores condiciones de poder prevenir y combatir eficazmente la corrupción, entre otras cosas fortaleciendo sus capacidades y creando instituciones,

Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley,

Decididos a prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de activos,

(*) Merida, México, noviembre de 2003.

Reconociendo los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales y en los procedimientos civiles o administrativos sobre derechos de propiedad,

Teniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces,

Teniendo presentes también los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley, así como la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción,

Encomiando la labor de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en la prevención y la lucha contra la corrupción,

Recordando la labor realizada por otras organizaciones internacionales y regionales en esta esfera, incluidas las actividades del Consejo de Cooperación Aduanera (también denominado Organización Mundial de Aduanas), el Consejo de Europa, la Liga de los Estados Árabes, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, la Organización

de los Estados Americanos, la Unión Africana y la Unión Europea,

Tomando nota con reconocimiento de los instrumentos multilaterales encaminados a prevenir y combatir la corrupción, incluidos, entre otros la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996¹, el Convenio 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, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997², el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997³, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999⁴, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999⁵ y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003,

Acogiendo con satisfacción la entrada en vigor, el 29 de septiembre de 2003, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁶,

Han convenido en lo siguiente:

¹ Véase E/1996/99.

² *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 195, 25 de junio de 1997.

³ Véase *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.98.III.B.18).

⁴ Consejo de Europa, *European Treaty Series*, N° 173.

⁵ *Ibid.*, N° 174.

⁶ Resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo I.

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 1 *Finalidad*

La finalidad de la presente Convención es:

a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;

b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;

c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Artículo 2 *Definiciones*

A los efectos de la presente Convención:

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

desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

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

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

d) Por «bienes» se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e) Por «producto del delito» se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

f) Por «embargo preventivo» o «incautación» se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente;

g) Por «decomiso» se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente;

h) Por «delito determinante» se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 23 de la presente Convención;

i) Por «entrega vigilada» se entenderá la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar un delito e identificar a las personas involucradas en su comisión.

Artículo 3 *Ámbito de aplicación*

1. La presente Convención se aplicará, de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.

Artículo 4 *Protección de la soberanía*

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

Capítulo II **Medidas preventivas**

Artículo 5 *Políticas y prácticas de prevención de la corrupción*

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

2. Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.

3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.

4. Los Estados Parte, según proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas en el presente artículo. Esa colaboración podrá comprender la participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción.

Artículo 6 *Órgano u órganos de prevención de la corrupción*

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su

ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como:

a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas;

b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción.

2. Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.

3. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción.

Artículo 7 Sector público

1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos:

a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud;

b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos;

c) Fomentarán una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico del Estado Parte;

d) Promoverán programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes.

2. Cada Estado Parte considerará también la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, a fin de establecer criterios para la candidatura y elección a cargos públicos.

3. Cada Estado Parte considerará asimismo la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para aumentar la transparencia respecto de la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos.

4. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas.

Artículo 8
Códigos de conducta para
funcionarios públicos

1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.

2. En particular, cada Estado Parte procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.

3. Con miras a aplicar las disposiciones del presente artículo, cada Estado Parte, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, tomará nota de las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales, tales como el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996.

4. Cada Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.

5. Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo.

Artículo 9
Contratación pública y gestión de la
hacienda pública

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;

b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;

c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;

d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;

e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

2. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas:

a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional;

b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos;

c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente;

d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y

e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.

3. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos.

Artículo 10 Información pública

Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;

b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y

c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública.

Artículo 11

Medidas relativas al poder judicial y al ministerio público

1. Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.

2. Podrán formularse y aplicarse en el ministerio público medidas con idéntico fin a las adoptadas conforme al párrafo 1 del presente artículo en los Estados Parte en que esa institución no forme parte del poder judicial pero goce de independencia análoga.

Artículo 12

Sector privado

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prevenir sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.

2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en:

a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes;

b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades pri-

vadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado;

c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas;

d) Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales;

e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo;

f) Velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción y por que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación.

3. A fin de prevenir la corrupción, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al manteni-

miento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención:

- a) El establecimiento de cuentas no registradas en libros;
- b) La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas;
- c) El registro de gastos inexistentes;
- d) El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto;
- e) La utilización de documentos falsos; y
- f) La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.

4. Cada Estado Parte denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno, que es uno de los elementos constitutivos de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15 y 16 de la presente Convención y, cuando proceda, respecto de otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto.

Artículo 13

Participación de la sociedad

1. Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con res-

pecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes:

- a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones;
- b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información;
- c) Realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios;

d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción. Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros;
- ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 14

Medidas para prevenir el blanqueo de dinero

1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación del artículo 46 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de canti-

dades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que:

a) Incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente;

b) Mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y

c) Examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.

4. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

5. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, Sub-Regional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

Capítulo III

Penalización y aplicación de la ley

Artículo 15

Soborno de funcionarios públicos nacionales

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

Artículo 16

Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una orga-

nización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Artículo 17

Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.

Artículo 18

Tráfico de influencias

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Artículo 19
Abuso de funciones

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.

Artículo 20
Enriquecimiento ilícito

Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Artículo 21
Soborno en el sector privado

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas

y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.

Artículo 22
Malversación o peculado de bienes en el sector privado

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

Artículo 23
Blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas

legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;

c) A los efectos del apartado b) *supra*, entre los delitos determinantes se inclui-

rán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplican a las personas que hayan cometido el delito determinante.

Artículo 24 Encubrimiento

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 de la presente Convención, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente tras la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención pero sin haber participado en ellos, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 25
Obstrucción de la justicia

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;

b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente artículo menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

Artículo 26
Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que

incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Artículo 27
Participación y tentativa

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, toda tentativa de cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la preparación con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 28
Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito

El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Artículo 29
Prescripción

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.

Artículo 30
Proceso, fallo y sanciones

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos.

4. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que, al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación, se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

5. Cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos.

6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia.

7. Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para:

- a) Ejercer cargos públicos; y
- b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.

8. El párrafo 1 del presente artículo no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos.

9. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que regulan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

10. Los Estados Parte procurarán promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 31

Embargo preventivo, incautación y decomiso

1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;

b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la administración, por parte de las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.

6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

7. A los efectos del presente artículo y del artículo 55 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medi-

da en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.

9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

10. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.

Artículo 32

Protección de testigos, peritos y víctimas

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales, en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero;

b) Establecer normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro la seguridad de esas personas, por ejemplo aceptando el testimonio me-

dante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos.

5. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Artículo 33

Protección de los denunciantes

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 34

Consecuencias de los actos de corrupción

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un

factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

Artículo 35

Indemnización por daños y perjuicios

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.

Artículo 36

Autoridades especializadas

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.

Artículo 37

Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las perso-

nas que participen o hayan participado en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a que proporcionen a las autoridades competentes información útil con fines investigativos y probatorios y a que les presten ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en casos apropiados, la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a toda persona que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

4. La protección de esas personas será, mutatis mutandis, la prevista en el artículo 32 de la presente Convención.

5. Cuando las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo se encuentren en un Estado Parte y puedan prestar cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato previsto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

Artículo 38

Cooperación entre organismos nacionales

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformi-

dad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre, por un lado, sus organismos públicos, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos. Esa cooperación podrá incluir:

a) Informar a esos últimos organismos, por iniciativa del Estado Parte, cuando haya motivos razonables para sospechar que se ha cometido alguno de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15, 21 y 23 de la presente Convención; o

b) Proporcionar a esos organismos toda la información necesaria, previa solicitud.

Artículo 39

Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre los organismos nacionales de investigación y el ministerio público, por un lado, y las entidades del sector privado, en particular las instituciones financieras, por otro, en cuestiones relativas a la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de alentar a sus nacionales y demás personas que tengan residencia habitual en su territorio a denunciar ante los organismos nacionales de investigación y el ministerio público la comisión de todo delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 40

Secreto bancario

Cada Estado Parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacio-

nales de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario.

Artículo 41

Antecedentes penales

Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 42

Jurisdicción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando:

a) El delito se cometa en su territorio; o

b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión.

2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:

a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;

b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátri-

da que tenga residencia habitual en su territorio; o

c) El delito sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la presente Convención; o

d) El delito se cometa contra el Estado Parte.

3. A los efectos del artículo 44 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.

5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.

6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las

competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

Capítulo IV **Cooperación internacional**

Artículo 43 *Cooperación internacional*

1. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción.

2. En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente.

Artículo 44 *Extradición*

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención en el caso de que la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, los Estados Parte cuya legislación lo permita podrán conceder la extradición de una persona por cualesquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención que no sean punibles con arreglo a su propio derecho interno.

3. Cuando la solicitud de extradición incluya varios delitos, de los cuales al menos uno dé lugar a extradición conforme a lo dispuesto en el presente artículo y algunos no den lugar a extradición debido al período de privación de libertad que conllevan pero guarden relación con los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de esos delitos.

4. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Éstos se comprometen a incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí. Los Estados Parte cuya legislación lo permita, en el caso de que la presente Convención sirva de base para la extradición, no considerarán de carácter político ninguno de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

5. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

6. Todo Estado Parte que supedite la extradición a la existencia de un tratado deberá:

a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerará o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y

b) Si no considera la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, procurar, cuando proceda, celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.

7. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como causa de extradición entre ellos.

8. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras cosas, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición.

9. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

10. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la

persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.

11. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

12. Cuando el derecho interno de un Estado Parte sólo le permita extraditar o entregar de algún otro modo a uno de sus nacionales a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se solicitó la extradición o la entrega y ese Estado Parte y el Estado Parte que solicita la extradición acepten esa opción, así como toda otra condición que estimen apropiada, tal extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 11 del presente artículo.

13. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Esta-

do Parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente.

14. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.

15. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona en razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

16. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.

17. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.

18. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

Artículo 45

Traslado de personas condenadas a cumplir una pena

Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión u otra forma de privación de libertad por algún delito tipificado con arreglo a la presente Convención a fin de que cumpla allí su condena.

Artículo 46

Asistencia judicial recíproca

1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 26 de la presente Convención en el Estado Parte requirente.

3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:

- a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
- b) Presentar documentos judiciales;
- c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
- d) Examinar objetos y lugares;

e) Proporcionar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;

f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;

g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;

h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;

i) Prestar cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido;

j) Identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención;

k) Recuperar activos de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención.

4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.

5. La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información. Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solici-

tud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado Parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. En tal caso, el Estado Parte receptor notificará al Estado Parte transmisor antes de revelar dicha información y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte transmisor. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte receptor informará sin demora al Estado Parte transmisor de dicha revelación.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.

7. Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen esos párrafos si facilitan la cooperación.

8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

9. a) Al atender a una solicitud de asistencia con arreglo al presente artículo, en ausencia de doble incriminación, el Estado Parte requerido tendrá en cuenta la

finalidad de la presente Convención, enunciada en el artículo 1;

b) Los Estados Parte podrán negarse a prestar asistencia con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. No obstante, el Estado Parte requerido, cuando ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, prestará asistencia que no entrañe medidas coercitivas. Esa asistencia se podrá negar cuando la solicitud entrañe asuntos *de minimis* o cuestiones respecto de las cuales la cooperación o asistencia solicitada esté prevista en virtud de otras disposiciones de la presente Convención;

c) En ausencia de doble incriminación, cada Estado Parte podrá considerar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan prestar una asistencia más amplia con arreglo al presente artículo.

10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:

a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;

b) Las autoridades competentes de ambos Estados Parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas.

11. A los efectos del párrafo 10 del presente artículo:

a) El Estado Parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la

obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado Parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;

b) El Estado Parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado Parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;

c) El Estado Parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado Parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;

d) El tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado Parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

12. A menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.

13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho

territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados Parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados Parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.

14. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado Parte requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado Parte determinar la autenticidad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que le son aceptables. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados Parte convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.

15. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:

a) La identidad de la autoridad que hace la solicitud;

b) El objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;

c) Un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;

d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique;

e) De ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y

f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

16. El Estado Parte requerido podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.

17. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno del Estado Parte requerido y, en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

18. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados

Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.

19. El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado Parte requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada. En este último caso, el Estado Parte requirente notificará al Estado Parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte requirente informará sin demora al Estado Parte requerido de dicha revelación.

20. El Estado Parte requirente podrá exigir que el Estado Parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado Parte requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado Parte requirente.

21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:

a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;

b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;

c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus auto-

ridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;

d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.

23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

24. El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado Parte requirente podrá pedir información razonable sobre el estado y la evolución de las gestiones realizadas por el Estado Parte requerido para satisfacer dicha petición. El Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto del estado y la evolución del trámite de la solicitud. El Estado Parte requirente informará con prontitud al Estado Parte requerido cuando ya no necesite la asistencia solicitada.

25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturba investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.

26. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará

al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá cumplir las condiciones impuestas.

27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado Parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado Parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado Parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el período acordado por los Estados Parte después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requieran su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

28. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado Parte requerido, a menos que los Estados Parte interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados Parte se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

29. El Estado Parte requerido:

a) Facilitará al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales

y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general;

b) Podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado Parte requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general.

30. Cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que contribuyan a lograr los fines del presente artículo y que lleven a la práctica o refuercen sus disposiciones.

Artículo 47

Remisión de actuaciones penales

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de remitirse a actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito tipificado con arreglo a la presente Convención cuando se estime que esa remisión redundará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

Artículo 48

Cooperación en materia de cumplimiento de la ley

1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, los Estados Parte adoptarán medidas eficaces para:

a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;

b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:

i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;

ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;

iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;

c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;

d) Intercambiar, cuando proceda, información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados para la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención, entre ellos el uso de identidad falsa, documentos falsificados, alterados o falsos u otros medios de encubrir actividades vinculadas a esos delitos;

e) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace con sujeción a acuerdos o arre-

glos bilaterales entre los Estados Parte interesados;

f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas para la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, los Estados Parte podrán considerar que la presente Convención constituye la base para la cooperación recíproca en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte aprovecharán plenamente los acuerdos y arreglos, incluidas las organizaciones internacionales o regionales, a fin de aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.

3. Los Estados Parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a los delitos comprendidos en la presente Convención que se cometan mediante el recurso a la tecnología moderna.

Artículo 49 *Investigaciones conjuntas*

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales

en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de tales acuerdos o arreglos, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

Artículo 50 *Técnicas especiales de investigación*

1. A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes o los fondos, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.

Capítulo V

Recuperación de activos

Artículo 51

Disposición general

La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.

Artículo 52

Prevención y detección de transferencias del producto del delito

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para exigir a las instituciones financieras que funcionan en su territorio que verifiquen la identidad de los clientes, adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados

en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores. Ese escrutinio intensificado deberá estructurarse razonablemente de modo que permita descubrir transacciones sospechosas con objeto de informar al respecto a las autoridades competentes y no deberá ser concebido de forma que desaliente o impida el curso normal del negocio de las instituciones financieras con su legítima clientela.

2. A fin de facilitar la aplicación de las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno e inspirándose en las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero, deberá:

a) Impartir directrices sobre el tipo de personas naturales o jurídicas cuyas cuentas las instituciones financieras que funcionan en su territorio deberán someter a un mayor escrutinio, los tipos de cuentas y transacciones a las que deberán prestar particular atención y la manera apropiada de abrir cuentas y de llevar registros o expedientes respecto de ellas; y

b) Notificar, cuando proceda, a las instituciones financieras que funcionan en su territorio, a solicitud de otro Estado Parte o por propia iniciativa, la identidad de determinadas personas naturales o jurídicas cuyas cuentas esas instituciones deberán someter a un mayor escrutinio, además de las que las instituciones financieras puedan identificar de otra forma.

3. En el contexto del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo, cada Estado Parte aplicará medidas para velar por que sus instituciones financieras mantenen-

gan, durante un plazo conveniente, registros adecuados de las cuentas y transacciones relacionadas con las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, los cuales deberán contener, como mínimo, información relativa a la identidad del cliente y, en la medida de lo posible, del beneficiario final.

4. Con objeto de prevenir y detectar las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte aplicará medidas apropiadas y eficaces para impedir, con la ayuda de sus órganos reguladores y de supervisión, el establecimiento de bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación. Además, los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a sus instituciones financieras que se nieguen a entablar relaciones con esas instituciones en calidad de bancos corresponsales, o a continuar las relaciones existentes, y que se abstengan de establecer relaciones con instituciones financieras extranjeras que permitan utilizar sus cuentas a bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación.

5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, de conformidad con su derecho interno, sistemas eficaces de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes y dispondrá sanciones adecuadas para todo incumplimiento del deber de declarar. Cada Estado Parte considerará asimismo la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes compartan esa información con las autoridades competentes de otros Estados Parte, si ello es necesario para investigar, reclamar o recuperar el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias, con arreglo a su derecho interno, para exigir a los funcionarios públicos pertinentes que tengan algún derecho o poder de firma o de otra índole sobre alguna cuenta financiera en algún país extranjero que declaren su relación con esa cuenta a las autoridades competentes y que lleven el debido registro de dicha cuenta. Esas medidas deberán incluir sanciones adecuadas para todo caso de incumplimiento.

Artículo 53

Medidas para la recuperación directa de bienes

Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención;

b) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la presente Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado Parte que haya resultado perjudicado por esos delitos; y

c) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 54

Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso

1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55, de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan dar efecto a toda orden de decomiso dictada por un tribunal de otro Estado Parte;

b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes, cuando tengan jurisdicción, puedan ordenar el decomiso de esos bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito de blanqueo de dinero o a cualquier otro delito sobre el que pueda tener jurisdicción, o mediante otros procedimientos autorizados en su derecho interno; y

c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

2. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca solicitada con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 55 de la presente Convención, de conformidad con su derecho interno:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una orden de embargo pre-

ventivo o incautación dictada por un tribunal o autoridad competente de un Estado Parte requirente que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo;

b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una solicitud que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo; y

c) Considerará la posibilidad de adoptar otras medidas para que sus autoridades competentes puedan preservar los bienes a efectos de decomiso, por ejemplo sobre la base de una orden extranjera de detención o inculpación penal relacionada con la adquisición de esos bienes.

Artículo 55

Cooperación internacional para fines de decomiso

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o

b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 31 y en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 54 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

3. Las disposiciones del artículo 46 de la presente Convención serán aplicables, *mutatis mutandis*, al presente artículo. Además de la información indicada en el párrafo 15 del artículo 46, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso, así

como, en la medida de lo posible, la ubicación y, cuando proceda, el valor estimado de los bienes y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno;

b) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden, una declaración en la que se indiquen las medidas adoptadas por el Estado Parte requirente para dar notificación adecuada a terceros de buena fe y para garantizar el debido proceso y un certificado de que la orden de decomiso es definitiva;

c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas, así como, cuando se disponga de ella, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso en la que se basa la solicitud.

4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.

5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ul-

rior que se haga de tales leyes y reglamentos o una descripción de ésta.

6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

7. La cooperación prevista en el presente artículo también se podrá denegar, o se podrán levantar las medidas cautelares, si el Estado Parte requerido no recibe pruebas suficientes u oportunas o si los bienes son de escaso valor.

8. Antes de levantar toda medida cautelar adoptada de conformidad con el presente artículo, el Estado Parte requerido deberá, siempre que sea posible, dar al Estado Parte requirente la oportunidad de presentar sus razones a favor de mantener en vigor la medida.

9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Artículo 56 Cooperación especial

Sin perjuicio de lo dispuesto en su derecho interno, cada Estado Parte procurará adoptar medidas que le faculden para remitir a otro Estado Parte que no la haya solicitado, sin perjuicio de sus propias investigaciones o actuaciones judiciales, información sobre el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención si considera que la divulgación de esa información puede ayudar al Estado Parte destinatario a poner en marcha o llevar a cabo sus investigaciones o actuaciones judiciales, o que la información así facilitada podría dar lugar a que ese Estado Parte presentara una solici-

tud con arreglo al presente capítulo de la Convención.

Artículo 57 Restitución y disposición de activos

1. Cada Estado Parte dispondrá de los bienes que haya decomisado conforme a lo dispuesto en los artículos 31 ó 55 de la presente Convención, incluida la restitución a sus legítimos propietarios anteriores, con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención y con su derecho interno.

2. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes procedan a la restitución de los bienes decomisados, al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte, de conformidad con la presente Convención, teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe.

3. De conformidad con los artículos 46 y 55 de la presente Convención y con los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el Estado Parte requerido:

a) En caso de malversación o peculado de fondos públicos o de blanqueo de fondos públicos malversados a que se hace referencia en los artículos 17 y 23 de la presente Convención, restituirá al Estado Parte requirente los bienes decomisados cuando se haya procedido al decomiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención y sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado Parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado Parte requerido;

b) En caso de que se trate del producto de cualquier otro delito comprendido en la presente Convención, restituirá al

Estado Parte requirente los bienes decomisados cuando se haya procedido al decomiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención y sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado Parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado Parte requerido, y cuando el Estado Parte requirente acredite razonablemente ante el Estado Parte requerido su propiedad anterior de los bienes decomisados o el Estado Parte requerido reconozca los daños causados al Estado Parte requirente como base para la restitución de los bienes decomisados;

c) En todos los demás casos, dará consideración prioritaria a la restitución al Estado Parte requirente de los bienes decomisados, a la restitución de esos bienes a sus propietarios legítimos anteriores o a la indemnización de las víctimas del delito.

4. Cuando proceda, a menos que los Estados Parte decidan otra cosa, el Estado Parte requerido podrá deducir los gastos razonables que haya efectuado en el curso de las investigaciones o actuaciones judiciales que hayan posibilitado la restitución o disposición de los bienes decomisados conforme a lo dispuesto en el presente artículo.

5. Cuando proceda, los Estados Parte podrán también dar consideración especial a la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos mutuamente aceptables, sobre la base de cada caso particular, con miras a la disposición definitiva de los bienes decomisados.

Artículo 58
Dependencia de inteligencia
financiera

Los Estados Parte cooperarán entre sí a fin de impedir y combatir la transferencia del producto de delitos tipificados con

arreglo a la presente Convención y de promover medios y arbitrios para recuperar dicho producto y, a tal fin, considerarán la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que se encargará de recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas.

Artículo 59
Acuerdos y arreglos bilaterales y
multilaterales

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada de conformidad con el presente capítulo de la Convención.

Capítulo VI
Asistencia técnica e
intercambio de información

Artículo 60
Capacitación y asistencia técnica

1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de prevenir y combatir la corrupción. Esos programas de capacitación podrán versar, entre otras cosas, sobre:

a) Medidas eficaces para prevenir, detectar, investigar, sancionar y combatir la corrupción, incluso el uso de métodos de reunión de pruebas e investigación;

b) Fomento de la capacidad de formulación y planificación de una política estratégica contra la corrupción;

c) Capacitación de las autoridades competentes en la preparación de solicitudes de asistencia judicial recíproca que

satisfagan los requisitos de la presente Convención;

d) Evaluación y fortalecimiento de las instituciones, de la gestión de la función pública y la gestión de las finanzas públicas, incluida la contratación pública, así como del sector privado;

e) Prevención y lucha contra las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y recuperación de dicho producto;

f) Detección y embargo preventivo de las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;

g) Vigilancia del movimiento del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como de los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto;

h) Mecanismos y métodos legales y administrativos apropiados y eficientes para facilitar la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;

i) Métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos que cooperen con las autoridades judiciales; y

j) Capacitación en materia de reglamentos nacionales e internacionales y en idiomas.

2. En la medida de sus posibilidades, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse la más amplia asistencia técnica, especialmente en favor de los países en desarrollo, en sus respectivos planes y programas para combatir la corrupción, incluido apoyo material y capacitación en las esferas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, así como capacitación y asistencia e intercambio mutuo de experiencias y conoci-

mientos especializados, lo que facilitará la cooperación internacional entre los Estados Parte en las esferas de la extradición y la asistencia judicial recíproca.

3. Los Estados Parte intensificarán, en la medida necesaria, los esfuerzos para optimizar las actividades operacionales y de capacitación en las organizaciones internacionales y regionales y en el marco de los acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales pertinentes.

4. Los Estados Parte considerarán, previa solicitud, la posibilidad de ayudarse entre sí en la realización de evaluaciones, estudios e investigaciones sobre los tipos, causas, efectos y costos de la corrupción en sus respectivos países con miras a elaborar, con la participación de las autoridades competentes y de la sociedad, estrategias y planes de acción contra la corrupción.

5. A fin de facilitar la recuperación del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, los Estados Parte podrán cooperar facilitándose los nombres de peritos que puedan ser útiles para lograr ese objetivo.

6. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de recurrir a la organización de conferencias y seminarios subregionales, regionales e internacionales para promover la cooperación y la asistencia técnica y para fomentar los debates sobre problemas de interés mutuo, incluidos los problemas y necesidades especiales de los países en desarrollo y los países con economías en transición.

7. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de establecer mecanismos voluntarios con miras a contribuir financieramente a los esfuerzos de los países en desarrollo y los países con economías en transición para aplicar la presente Convención mediante programas y proyectos de asistencia técnica.

8. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de hacer contribuciones voluntarias a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito con el propósito de impulsar, a través de dicha Oficina, programas y proyectos en los países en desarrollo con miras a aplicar la presente Convención.

Artículo 61

Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la corrupción

1. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de analizar, en consulta con expertos, las tendencias de la corrupción en su territorio, así como las circunstancias en que se cometen los delitos de corrupción.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir, entre sí y por conducto de organizaciones internacionales y regionales, estadísticas, experiencia analítica acerca de la corrupción e información con miras a establecer, en la medida de lo posible, definiciones, normas y metodologías comunes, así como información sobre las prácticas óptimas para prevenir y combatir la corrupción.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de vigilar sus políticas y medidas en vigor encaminadas a combatir la corrupción y de evaluar su eficacia y eficiencia.

Artículo 62

Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica

1. Los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la coope-

ración internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la corrupción en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular.

2. Los Estados Parte harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible y en forma coordinada entre sí, así como con organizaciones internacionales y regionales, por:

a) Intensificar su cooperación en los diversos planos con los países en desarrollo con miras a fortalecer la capacidad de esos países para prevenir y combatir la corrupción;

b) Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para prevenir y combatir la corrupción con eficacia y ayudarles a aplicar satisfactoriamente la presente Convención;

c) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la presente Convención. A tal fin, los Estados Parte procurarán hacer contribuciones voluntarias adecuadas y periódicas a una cuenta específicamente designada a esos efectos en un mecanismo de financiación de las Naciones Unidas. Con arreglo a su derecho interno y a las disposiciones de la Convención, los Estados Parte podrán también dar consideración especial a la posibilidad de ingresar en esa cuenta un porcentaje del dinero decomisado o de la suma equivalente a los bienes o al producto del delito decomisados conforme a lo dispuesto en la Convención;

d) Alentar y persuadir a otros Estados e instituciones financieras, según proceda, para que se sumen a los esfuerzos desplegados con arreglo al presente artículo, en particular proporcionando un mayor número de programas de capaci-

tación y equipo moderno a los países en desarrollo a fin de ayudarles a lograr los objetivos de la presente Convención.

3. En lo posible, estas medidas no menoscabarán los compromisos existentes en materia de asistencia externa ni otros arreglos de cooperación financiera en los ámbitos bilateral, regional o internacional.

4. Los Estados Parte podrán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre asistencia material y logística, teniendo en cuenta los arreglos financieros necesarios para hacer efectiva la cooperación internacional prevista en la presente Convención y para prevenir, detectar y combatir la corrupción.

Capítulo VII

Mecanismos de aplicación

Artículo 63

Conferencia de los Estados Parte en la Convención

1. Se establecerá una Conferencia de los Estados Parte en la Convención a fin de mejorar la capacidad de los Estados Parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de los Estados Parte a más tardar un año después de la entrada en vigor de la presente Convención. Posteriormente se celebrarán reuniones periódicas de la Conferencia de los Estados Parte de conformidad con lo dispuesto en las reglas de procedimiento aprobadas por la Conferencia.

3. La Conferencia de los Estados Parte aprobará el reglamento y las normas que rijan la ejecución de las actividades

enunciadas en el presente artículo, incluidas las normas relativas a la admisión y la participación de observadores y el pago de los gastos que ocasione la realización de esas actividades.

4. La Conferencia de los Estados Parte concertará actividades, procedimientos y métodos de trabajo con miras a lograr los objetivos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo, y en particular:

a) Facilitará las actividades que realicen los Estados Parte con arreglo a los artículos 60 y 62 y a los capítulos II a V de la presente Convención, incluso promoviendo la aportación de contribuciones voluntarias;

b) Facilitará el intercambio de información entre los Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la corrupción y sobre prácticas eficaces para prevenirla y combatirla, así como para la restitución del producto del delito, mediante, entre otras cosas, la publicación de la información pertinente mencionada en el presente artículo;

c) Cooperará con organizaciones y mecanismos internacionales y regionales y organizaciones no gubernamentales pertinentes;

d) Aprovechará adecuadamente la información pertinente elaborada por otros mecanismos internacionales y regionales encargados de combatir y prevenir la corrupción a fin de evitar una duplicación innecesaria de actividades;

e) Examinará periódicamente la aplicación de la presente Convención por sus Estados Parte;

f) Formulará recomendaciones para mejorar la presente Convención y su aplicación;

g) Tomará nota de las necesidades de asistencia técnica de los Estados Parte con respecto a la aplicación de la presente

Convención y recomendará las medidas que considere necesarias al respecto.

5. A los efectos del párrafo 4 del presente artículo, la Conferencia de los Estados Parte obtendrá el necesario conocimiento de las medidas adoptadas y de las dificultades encontradas por los Estados Parte en la aplicación de la presente Convención por conducto de la información que ellos le faciliten y de los demás mecanismos de examen que establezca la Conferencia de los Estados Parte.

6. Cada Estado Parte proporcionará a la Conferencia de los Estados Parte información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención, según lo requiera la Conferencia de los Estados Parte. La Conferencia de los Estados Parte tratará de determinar la manera más eficaz de recibir y procesar la información, incluida la que reciba de los Estados Parte y de organizaciones internacionales competentes. También se podrán considerar las aportaciones recibidas de organizaciones no gubernamentales pertinentes debidamente acreditadas conforme a los procedimientos acordados por la Conferencia de los Estados Parte.

7. En cumplimiento de los párrafos 4 a 6 del presente artículo, la Conferencia de los Estados Parte establecerá, si lo considera necesario, un mecanismo u órgano apropiado para apoyar la aplicación efectiva de la presente Convención.

Artículo 64 *Secretaría*

1. El Secretario General de las Naciones Unidas prestará los servicios de secretaría necesarios a la Conferencia de los Estados Parte en la Convención.

2. La secretaría:

a) Prestará asistencia a la Conferencia de los Estados Parte en la realización de las actividades enunciadas en el artículo 63 de la presente Convención y organizará los períodos de sesiones de la Conferencia de los Estados Parte y les proporcionará los servicios necesarios;

b) Prestará asistencia a los Estados Parte que la soliciten en el suministro de información a la Conferencia de los Estados Parte según lo previsto en los párrafos 5 y 6 del artículo 63 de la presente Convención; y

c) Velará por la coordinación necesaria con las secretarías de otras organizaciones internacionales y regionales pertinentes.

Capítulo VIII **Disposiciones finales**

Artículo 65 *Aplicación de la Convención*

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción.

Artículo 66 *Solución de controversias*

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación de la presente Convención mediante la negociación.

2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación de la presente Convención que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.

3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de la adhesión a ella, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.

4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 67

Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados del 9 al 11 de diciembre de 2003 en Mérida, México, y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 9 de diciembre de 2005.

2. La presente Convención también estará abierta a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los

Estados miembros de tales organizaciones haya firmado la presente Convención de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en la presente Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Artículo 68

Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la

fecha en que se haya depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.

Artículo 69 Enmienda

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la presente Convención, los Estados Parte podrán proponer enmiendas y transmitir las al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de los Estados Parte en la Convención para que la examinen y adopten una decisión al respecto. La Conferencia de los Estados Parte hará todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte presentes y votantes en la reunión de la Conferencia de los Estados Parte.

2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en la presente Convención. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo y viceversa.

3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

4. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.

5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones de la presente Convención, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Artículo 70 Denuncia

1. Los Estados Parte podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en la presente Convención cuan-

do la hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Artículo 71
Depositario e idiomas

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

2. El original de la presente Convención, cuyo texto en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso es igualmente auténtico, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima, Palestra, 1ª. edición, 2001; 2ª. edición 2003.
- ABASTOS HURTADO, Manuel G.: *Derecho penal. II Curso [Apuntes de clases]*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, s/f.
- ACLE, Alfredo y VEGA, Juan: *La empresa pública*, México, 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*, T. 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.
- 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.
- 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.
- ASÚA BATARRITA, Adela: *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.
- 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 illegittimità degli atti dei pubblici funzionari», en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Vol. I, Milano, 1910.
- BACA CABRERA-ROJAS VARGAS-NEIRA HUAMÁN: *Jurisprudencia penal procesos sumarios*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
- BACACORZO, Gustavo: *Diccionario de la administración pública*, T. I, Lima, Grijley, 1997.
- BACACORZO, Gustavo: *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Lima, Gaceta Jurídica, 1997.
- BACIGALUPO, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique: *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, Akal-Iure, 1991.
- 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.
- BALLEN, Rafael: *Derecho administrativo disciplinario*, Bogotá, Temis, 1998.
- BASAVILVASO, Benjamín: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1949.

- BENUSSI, Carlo: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, T. I (I delitti dei pubblici ufficiali), en Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI, *Tratatto di diritto penale. Parte speciale*, Padova, Cedam, 2001.
- BENUSSI, Carlo: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, T. I, Padova, Cedam, 2001.
- BERNAL PINZÓN, Jesús: *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Bogotá, Temis, 1965.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *La Constitución de 1993: Análisis comparado*, 4ª ed., Lima, Rao, 1998.
- 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*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 1964.
- BOQUERA OLIVER, José María: *Derecho Administrativo*, 9ª ed., Madrid, Civitas, 1992.
- BRAMONT-ARIAS-TORRES, Luis. A.: «La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias», en *Actualidad Jurídica*, T. 127, junio, Lima, 2004.
- BRUCHI, A.: «Concussione», in *Il Digesto Romano*, Torino, 1986.
- 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.
- 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*, 1963-VI, nov.-dic., Buenos Aires, 1963.
- CANCINO / TOSCANO: *El delito de enriquecimiento ilícito*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1986.

- CAPARROS, Eduardo Fabián (coord.): *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, 2000.
- 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, «El delito de enriquecimiento ilícito», en SAN MARTÍN CASTRO –CARO CORIA-REAÑO PESCHIERA, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Lima, Jurista Editores, 2002.
- 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 *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima, 2003.
- CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho criminal*, Vol. V, T. 7, Bogotá, Temis, 1993.
- 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, noviembre, Lima, 2000.
- CASTILLO ALVA, José Luis: «El delito de corrupción de magistrados, fiscales, miembros del tribunal administrativo, árbitros y peritos», en *Actualidad Jurídica*, T. 89, abril, Lima, 2001.
- CASTILLO ALVA, José Luis: «El caso Joy Way: sus connotaciones penales y tributarias», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 33, junio, Lima, 2001.
- 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.
- CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, Editorial Bayer Hnos., 1999.
- CEREZO MIR, José: «Los delitos de atentado propio; resistencia y desobediencia», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XXII, enero-marzo, Madrid, 1996.

- CHIRINOS SOTO, Enrique: *Constitución de 1993: Lectura y comentario*, 4ª ed., Lima, Antonella Chirinos Montalbetti Editora, 1997.
- CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner; VALLADOLID ZETA, Víctor: Lima, *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2002.
- CHOCLAN MONTALVO, José Antonio: *El delito de intrusismo*, Barcelona, Bosch, 1998.
- COBO DEL ROSAL / ORTS BERENGEL / ET AL.: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990.
- CONFUCIO (Kung Tsé): *Los cuatro libros clásicos*, Barcelona, Editorial Bruguera, 1978.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: *Compendio Normativo del Sistema Nacional de Control*, Lima, Contraloría General de la República-Gaceta Jurídica Editores, 1998.
- CONTRERAS, Carlos y CUETO, Carlos, *Historia del Perú contemporáneo*, Lima, IEP, 2000.
- CORNEJO, Angel Gustavo: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, Lima, Editorial Librería Peruana.
- CORTINA, Adela: *Ética de la sociedad civil. Un antídoto contra la corrupción*, y de LOPEZ CALERA, Nicolás: «Corrupción, ética y democracia», en ARROYO, Luis; AUGER, Clemente; GARZÓN, Ernesto y otros: *La corrupción política*, Madrid, Alianza editorial, 1997.
- CORTINA, Adela; PECES BARBAS, Gregorio; ZARZALEJOS, José Antonio y VELASCO, Demetrio, *Corrupción y ética*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996.
- CREUS, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, 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 y ZEGARRA VALDIVIA, Diego, en *El procedimiento de ejecución coactiva*, Lima, Gaceta Jurídica.
- DE LA MATA, Norberto y ETXEBARRIA, Xavier: *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995.
- 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.
- DELAHAYE, Pedro: «Le trafic d'influence», en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Nº 5, Paris, 1946-1947.
- DELGADO-GUEMBES, César: «Transfuguismo y crisis post-electoral en el proceso de reinstitucionalización democrática», en *Derecho-PUC*, Nº 53, Lima, 2001.
- DELPINO, Luigi: *Diritto penale. Parte speciale*, Napoli, Edizioni Simone, 1995.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «El delito de cohecho», en ASÚA BATARRITA: *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.
- DIEZ-PICASO, 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*, Año VII-VIII, Nº 11, Lima, Idemsa, 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*, Nº 429, enero-febrero, Lima, 1988.
- DUVERGER, Maurice: *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962.
- ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, T. IV, Bogotá, Temis, 1977.
- ESPINO PÉREZ, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2000.

- 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* (José Urquiza Olaechea- Director), Año IV, N°7/8, Lima.
- FERREIRA DELGADO, Francisco: *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Temis, 1995.
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo: *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 2ª ed., Bologna, Zanichelli Editore, 1999.
- FIORINI, Bartolomé: *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, T. VII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito penal. Parte especial*, T. II, Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- FRANCO, Bruno; MUÑOZ, Italo; 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.
- FRIED, Robert: «Administración Pública comparada: la búsqueda de teorías», en Naomi B. LYNN y Aarón WILDAVSKY: *Administración pública, el estado actual de la disciplina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999,
- FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA-CABRERA, Raúl: *Delitos contra la administración pública*, Lima, Fecat, 1999.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal y constitucional*, Lima, RAO Editora, 2004.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: *Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, Idemsa, 2001.
- GANZEMÜLLER/ESCUDERO/FRIGOLA (coords.): *Delitos contra la administración pública*, Barcelona, Bosch, 1998.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: «Algunas consideraciones en torno al delito de tráfico de influencias», en *Actualidad Jurídica*, T. 88, marzo, Lima, 2001.

- GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de la imputación*, Barcelona, Bosch, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª ed., T. I, Madrid, Civitas, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1998.
- GARCÍA NAVARRO, Edgard, «La imputación en el delito de usurpación de funciones. Análisis del artículo 361 del Código penal», en *Actualidad Jurídica*, Nº 142, Lima.
- GARCÍA NAVARRO, Edgard: «La imputación de la usurpación de funciones: delitos contra la administración pública cometidos por particulares», en *XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, Ara, 2005.
- 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.
- GELLES, Richard y LEVINE, Ann: *Introducción a la Sociología*, 5ª. ed., México, Mac Graw Hill, 1996.
- GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, T. II, Lima, Idemsa, 1996.
- GÖSSEL, Karl Heinz: *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Bogotá, Temis, 1984.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *El actuar en lugar de otro en derecho penal. I, Teoría general*, Universidad de Zaragoza, 1985.
- GRAU, Emilio: «Licitación», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XVIII, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964.
- 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, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- HABERMAS JURGEN: «Ética discursiva», en Carlos GÓMEZ (editor), *Doce textos fundamentales de la Ética*, Madrid, Alianza Editorial.

- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto. M.: «Delitos contra el orden público», en BENEYTES MERINO, Luis; BURKHAKTER THIÉBAUT, Joaquín, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido *et al.*: *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, T. III, Madrid, Trivium, 1997.
- HUERTA ACUÑA, Teófilo Martín: «Breve estudio del enriquecimiento ilícito», en XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Lima, Ara Editores, 2006.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.: «El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal», en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 76, enero, Lima, 2005.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.: *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, Lima, Gaceta Jurídica, 2000.
- HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima, EDDILI, 1987.
- HURTADO POZO, José: «Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias», en *Anuario de Derecho penal 2005*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2006.
- INCHAUSTI, Miguel A.: *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001.
- 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.
- JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 2 vols. Barcelona, Bosch, 1981.
- JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Granada, Comares, 1993.
- 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 y SIMAS SANTOS, Manuel: *Código Penal Anotado*, 3ª edição, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2000.

- LEVENE, Ricardo: «El delito de enriquecimiento ilícito», en *La Ley*, T. 112 oct.-dic., Buenos Aires, 1963.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, T. III, Madrid, Trivium, 1997.
- MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho penal. Parte especial*, Vol. III, Bogotá, Temis, 1955.
- MALINVERNI, Alexandre: *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penal*, Torino, 1951.
- MANFRONI, Carlos: *La Convención Interamericana Contra la Corrupción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- MANZINI, Vincenzo: *Tratado de derecho penal*, Ts. 8 y 9, Vols. III y IV (*Delitos contra la administración pública*), Buenos Aires, EDIAR, 1961.
- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio: *Régimen jurídico de los funcionarios*, 2ª. ed., Madrid, Tecnos, 2001.
- MAYNTZ, Renata: *Sociología de la administración pública*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- MÉNDEZ, José Luis: «Estudio introductorio» a la obra de B. GUY PETERS, «La política de la burocracia», México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- MENDO RUBIO, Celso: *Los empleados de confianza*, Lima, Tricelm, 1990.
- MENDOZA TROCONIS, José Rafael: *Curso de derecho penal venezolano compendio de parte especial*, Caracas, Empresa el cojo, 1967.
- MERLE, Roger y VITU, André: *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, Paris, Editions Cujas, 1982.
- MERTEHIKIAN, Eduardo: *La responsabilidad pública, análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001.
- MESSNER, Johannes: *El funcionario en la sociedad pluralista*, Madrid, Rialp, 1962.
- MILLÁN, Alberto S.: «El delito de negociaciones incompatibles», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 1, enero-marzo, Buenos Aires, 1970.
- MIR PUIG, Carlos: *Delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, Bosch, 2000.

- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, 7ª. ed., Montevideo, Editorial ILB de F, 2004.
- MOLINA ARRUBLA, Mario: *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Diké, 1995.
- MONTENEGRO, Marino: *Derecho Administrativo*, Lima, Antara, 1982.
- MONTESQUIEU, Charles Luis de: *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Sarpe 1984.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, Cohecho, en CARMONA SALGADO, Concepción, COBO DEL ROSAL, Manuel, GONZALES RÚS, Juan y otros, *Compendio de derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- MORÓN URBINA, Juan: *La vía administrativa en el derecho peruano*, Lima, Grijley, 1992.
- MOYNA MÉNGUEZ, José; GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio; LUZÓN CUESTA, José María; ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo y TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: *Código Penal*, 5ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*, 13ª. ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2001.
- 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, Lexis Nexis, 2005.
- NAKAZAKI SERVICÓN, César Augusto: «La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por falta de modificación en la legislación penal interna», en *Advocatus* 9, 2003-II, Universidad de Lima.
- NAKAZAKI SERVICÓN, César Augusto: «Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria», en *Ius et Praxis*, Nº 33, enero-diciembre, Lima, 2002.
- NAKAZAKI SERVICÓN, César Augusto: «La actuación de los ejecutores coactivos municipales: ¿delito de abuso de autoridad?», en *Ius et Praxis*, enero-diciembre, Nº 31, Lima, 2000.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Madrid, Colex, 2001.

- 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.
- NÚÑEZ BORJA, Humberto: *Breve Tratado de Derecho administrativo*, T. II, Arequipa, 1973.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.
- 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.
- PABÓN PARRA, Pedro Alfonso: *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1997.
- PAGLIARO, Antonio: *Principi di diritto penale. Parte speciale: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1995.
- 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 et al.: *Derecho administrativo*, Lima, Jurista Editores, 2004.
- PARADA, Ramón: *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- 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.
- 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 y FRANCIA ARIAS, Luis: *Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1993.
- PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, Lima, Grijley, 1997.
- PEÑA OSSA, Erleans de Jesús: *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.
- PINATEL, Jean: *La sociedad criminógena*, Madrid, Aguilar, 1979.
- PLATÓN: *La República*, Lima, Peisa, 1976.
- 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-MORALES GARCÍA, Oscar: *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- RAGUES I VALLÉS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.
- RAMOS MEJÍA, Enrique: *El delito de concusión*, Buenos Aires, Depalma, 1963.
- RANIERI, Silvio: *Manual de derecho penal*, Tomo III, Parte especial, Bogotá, Temis, 1975.

- REAÑO P. José Leandro; CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTÍN C., César Eugenio: «Aspectos sustantivos y procesales del delito de tráfico de influencias con relación al caso Montesinos», en *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Jurista Editores, 2003.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro: «Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos», en *Ius et Veritas*, Año XII, Nº 23, Lima, 2001.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro: *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, Jurista Editores.
- RECASÉNS SICHES, Luis: *Tratado general de Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1970.
- RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Lima, Idemsa, 1994.
- 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 amministrazione*, Torino, UTET, 1955.
- ROCA AGAPITO, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, Bosch, 1999.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; 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 DELGADO, Julio, *La reparación como sanción jurídico penal*, Lima, Editorial San Marcos.
- RODRÍGUEZ DEVESEA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 1994.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y CONTRERAS ALFARO, Luis: *Prevención y represión de la corrupción en el estado de derecho*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y CONTRERAS ALFARO, Luis: *Prevención y represión de la corrupción en el estado de derecho*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.

- RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- ROJAS VARGAS, Fidel, «Ubicación dogmática-normativa y rol que juegan los interesados en el delito de colusión desleal», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 34, julio, Lima, 2001; también en *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Jurista Editores, 2005.
- 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*, Nº 27, diciembre, Lima, 2000; también en *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Jurista Editores, 2005.
- 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*, Nº 26, noviembre, Lima, 2000; también en *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Jurista Editores, 2005.
- 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 *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 30, marzo, Lima, 2000; también en *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Jurista Editores, 2005.
- ROJAS VARGAS, Fidel: «La complicidad en los delitos especiales de función: Dogmática penal y jurisprudencia nacional», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 32, mayo, Lima, 2001; también en *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Jurista Editores, 2005.
- 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*, Nº 45, junio, Lima, 2002; también en *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Jurista Editores, 2005.
- 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*, Nº 31, abril, Lima, 2001; también en *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Jurista Editores, 2005.

- 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.
- ROSE-ACKERMAN, Susan: *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 2001.
- ROSINI, Bárbara, *Il pubblico ufficiale, l'incaricato di pubblico servizio e l'esercente un servizio di pubblica necessità*, Padova, Cedam, 1998.
- ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, T. I, Fundamentos. *La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª. ed., Granada, Editorial Comares, 2002.
- 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*, N° 7, Bogotá, Legis, abril-junio, 2004.
- RUIZ ELDREDGE, Alberto: *Manual de derecho Administrativo*, Lima, 1990.
- SABÁN GODOY, Alfonso: *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 SÁNCHEZ, Nelson: «El delito de cohecho pasivo propio en el Código penal peruano», en *Actualidad Jurídica*, N° 147, febrero, Lima, 2006.

- 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.
- SALLES JUNIOR, Romeu: *Curso completo de direito penal*, 3ª. ed., Sao Paulo, Editora saraiva, 1993.
- SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro: *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, El Jurista, 2002.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 1997.
- SÁNCHEZ RAMÍREZ, Fortunato: *Ciencias del Estado y administración pública*, Lima, Talleres Gráfico de J.C. Editores, 1987.
- 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.
- SANCINETTI, Marcelo: *El delito de enriquecimiento de funcionario público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.
- 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.
- SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, T. V, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978.
- TASSANO VELAUCHAGA, 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.

- TOLIVAR ALAS, Leopoldo: *Derecho administrativo y poder judicial*, Madrid, Tecnos, 1996.
- TOZZINI, Carlos: «Los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, enero-marzo, Buenos Aires, 1969.
- TRIGOSO BAGACETA, Diómedes: *Justicia administrativa, faltas disciplinarias y sanciones*, Lima, Editorial San Marcos 1996.
- ÜBERHOFEN, Michael: *La corrupción en el derecho comparado*, Buenos Aires, Ciedla, 1997.
- 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 ÁLVAREZ, Inma: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, Madrid, Edersa, 1996.
- 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 RUESTRA, Javier: *La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado*, Lima, Benítez Rivas & Montejo Editores Asociados, 1988.
- VELÁSQUEZ CALDERÓN, Juan y VARGAS CANCINO, Wilfredo: *Derecho tributario moderno. Introducción al sistema tributario peruano*, Lima, Grijley, 1997.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis 1995.
- VENEGAS GAMARRA, César: *Derecho y administración pública*, Lima, Idemsa, 1989.
- 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.
- VILLA STEIN, Javier: *Derecho penal. Parte general*, Lima, Editorial San Marcos, 1998.
- VILLADA, Jorge Luis: *Delitos contra la función pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

- 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.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho administrativo*, T. 3, Buenos Aires, TEA, 1949 (1951).
- VILLORIA MENDIETA, Manuel: *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Madrid, Tecnos, 2000.
- VIVES ANTÓN-COBO DEL ROSAL: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *Delitos contra la administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, Editorial Comares, 2003.
- WASSMER, Martín Paul: «Sistemas penales comparados Tratamiento jurídico penal de la corrupción política y administrativa», en *Revista Penal*, Nº 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.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5 vols., México, Editorial Cárdenas, 1988.

