



MANUAL SOBRE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Yvan Montoya Vivanco

Investigadores:

Erick Guimaray Mori | Yvana Novoa Curich

Julio Rodríguez Vásquez | David Torres Pachas



**OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS**



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

MANUAL SOBRE **DELITOS** CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Yvan Montoya Vivanco

Investigadores:

Erick Guimaray Mori | Yvana Novoa Curich

Julio Rodríguez Vásquez | David Torres Pachas



Manual sobre delitos contra la administración pública

Coordinador

Yvan Montoya Vivanco

Investigadores:

Yvana Novoa Curich

Julio Rodríguez Vásquez

David Torres Pachas

Colaboradores:

Rafael Chanjan Documet

José Luis Rímac Narro

Julia Takagi Bonilla

Primera edición: diciembre 2015

Tiraje: 500 ejemplares

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP)

Calle Tomás Ramsey 925, Lima 17 – Perú

Teléfono: (51-1) 261-5859

www.pucp.edu.pe/idehpucp

© Open Society Foundations

224 West 57th Street

New York, NY 10019

United States

Teléfono: +1-212-548-0600

<http://www.opensocietyfoundations.org/>

Corrección de estilo: Daniel Salas

Impresión: Gráfica Columbus S.R.L.

Jr. Pedro Ruiz Gallo 292, Lima 5 – Perú

Teléfono: (51-1) T. 423 4433

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de este documento por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°2015 - 18575

ISBN:

INDICE

Introducción

Capítulo 1. El fenómeno de la corrupción en el Perú

1.1 Estadísticas y medición de la corrupción en el Perú

1.1.1 Cuestiones previas

1.1.2 Los cuadros de percepción

1.2 Marco teórico de la corrupción: perspectivas de enfoque

1.2.1 Concepto de corrupción

1.2.2 Los enfoques sobre la corrupción

1.3 La corrupción en los tratados internacionales y como violación de los derechos humanos

1.4 Clases de corrupción

1.5 La corrupción en el sistema de administración de justicia

1.5.1 Actores corrupción

1.5.2 Técnicas de corrupción

1.6 La ética de la función pública

1.6.1 Los códigos de ética de la función pública

1.6.2 La naturaleza de los códigos de ética

1.6.3 El Código de Ética de la Función Pública en el Perú

1.6.4 El Código de Ética del Poder Judicial

1.6.5 El Código de Ética del Ministerio Público

Capítulo 2. La Parte general de los delitos contra la administración

2.1 El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

2.2 Titularidad del bien

2.3 Concepto de funcionario público

2.3.1 Autonomía del concepto de funcionario público

2.3.2 Concepto de funcionario público

2.3.3 Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano a la luz de los tratados

2.4 Los delitos contra la administración pública como delitos especiales

2.4.1 Delitos especiales: concepto simple vs. concepto complejo

2.4.2 Clasificación de los delitos especiales en propios e impropios

2.5 Comisión por omisión

2.5.1 Comisión por omisión y posición de garante del funcionario público superior

2.5.2 Funcionario que ocupa cargos de poder

2.6 El problema de los delitos de encuentro

2.6.1 Los delitos de intervención necesaria

2.6.2 Los delitos de convergencia y los delitos de encuentro

2.6.3 Supuestos de delitos de encuentro

2.6.4 Consecuencias contra el interviniente necesario en delitos que favorecen sin regulación específica de su conducta en la parte especial del Código Penal

2.7 La autoría y participación: el problema de la intervención del particular

2.7.1 Las teorías de la impunidad

2.7.2 Las teorías de la responsabilidad

2.8 El título de imputación de la intervención del particular

2.8.1 Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación

2.8.2 Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación

2.8.3 Las teorías mixtas

Capítulo 3. Las consecuencias jurídicas de los delitos contra la administración pública

- 3.1.1 Clasificación
- 3.1.2 Pena privativa de libertad
- 3.1.3 Pena de multa
- 3.1.4 Pena de Inhabilitación
 - 3.1.4.1 Marco teórico
 - 3.1.4.2 Inhabilitación en los delitos de corrupción
 - 3.1.4.3 Ejecución de la pena de inhabilitación
- 3.1.5 Pena de prestación de servicios a la comunidad
- 3.2 La prescripción
- 3.3 La reparación civil como elemento integrante de la sentencia penal
 - 3.3.1 Naturaleza jurídica
 - 3.3.2 La responsabilidad civil extracontractual: definición y contenido
 - 3.3.3 Breve referencia a la reparación civil en el caso de los delitos contra la administración pública

Capítulo 4. Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios

- 4.1 Los delitos de cohecho
 - 4.1.1 Los cohechos pasivos
 - 4.1.1.1 Cohecho pasivo propio
 - 4.1.1.2 Cohecho pasivo impropio
 - 4.1.2 Cohecho activo genérico
 - 4.1.3 Elementos problemáticos de los delitos de cohecho
 - 4.1.4 Problemas concursales
- 4.2 El delito de peculado
 - 4.2.1 El bien jurídico específico
 - 4.2.2 Elementos problemáticos
 - 4.2.3 Problemas concursales
- 4.3 El delito de malversación de fondos
 - 4.3.1 El bien jurídico específico
 - 4.3.2 Elementos problemáticos
 - 4.3.3 Problemas concursales
- 4.4 El delito de enriquecimiento ilícito
 - 4.4.1 El bien jurídico específico
 - 4.4.2 Elementos problemáticos
 - 4.4.3 Problemas concursales
- 4.5 El delito de negociación incompatible
 - 4.5.1 El bien jurídico específico
 - 4.5.2 Elementos problemáticos
 - 4.5.3 Problemas concursales
- 4.6 El delito de colusión desleal
 - 4.6.1 El bien jurídico específico
 - 4.6.2 Elementos problemáticos
 - 4.6.3 Problemas concursales
- 4.7 El delito de tráfico de influencias
 - 4.7.1 El bien jurídico específico [OJO: En el machote hay un error: la numeración debería ser 4.7.1 y ss. Pero dice 4.6.1 y ss. Se está cambiando aquí en el índice. Debe cambiarse en el cuerpo del libro también].
 - 4.7.2 Elementos problemáticos
 - 4.7.3 Problemas concursales

INTRODUCCIÓN

El poder público es encargado, sea mediante elección, selección, designación o nombramiento, a determinadas personas con el objeto de dar cumplimiento a los fines públicos que se establecen en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho. La corrupción se produce cuando el ejercicio de este poder público es desviado de tales fines públicos y es utilizado para satisfacer intereses privados. De esta manera, la corrupción desnaturaliza los fines de nuestro modelo de Estado, toda vez que obstaculiza que la administración pública cumpla con sus funciones orientadas al bienestar general y a posibilitar el desarrollo igualitario de los ciudadanos. En esta línea, la corrupción es un problema grave de cualquier sociedad y su mayor reproche recae en la vulneración de derechos fundamentales que aquella genera, especialmente para las personas con menos capacidad económica.

A finales del año 2000 se gestó el sistema penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios en el Perú, con la finalidad de enfrentar la impunidad de los casos de alta corrupción que reflejaban, muchas veces, el carácter sistemático y generalizado de este fenómeno en la sociedad peruana. Este sistema –siempre perfectible– demostró por mucho tiempo capacidad valiosa para investigar, procesar y sancionar casos graves de corrupción de funcionarios públicos descubiertos al final de los años 90. No obstante, desde hace unos pocos años este panorama esperanzador ha venido cambiando. Así, actualmente el sistema anticorrupción atraviesa nuevamente una cierta situación de ineficiencia para enfrentar la grave corrupción de los últimos tres gobiernos democráticos y de los gobiernos regionales y locales.

El Proyecto Anticorrupción del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), desde hace cinco años, viene sumando esfuerzos a la lucha contra la corrupción, procurando apoyar al sistema de impartición de justicia, brindándole insumos de calidad que puedan ser empleados en la investigación y procesamiento eficiente y de calidad de los casos de corrupción. En el marco de esta labor, se ha reelaborado el Manual sobre Delitos contra la Administración Pública, el cual busca ser un texto actualizado con la últimas reformas legislativas y mejorado respecto del Manual de Capacitación para Operadores de Justicia en Delitos contra la Administración Pública que fue publicado en 2013. La presente publicación es fruto de los debates surgidos en el seno del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De igual forma, este nuevo manual es producto del esfuerzo y colaboración de diversas personas e instituciones a las que es necesario agradecer y mencionar. En primer lugar, agradecer a Open Society Fundation, financista del Proyecto Anticorrupción desde su inicio, en el 2011. En segundo lugar, es imperativo agradecer a Patricia Barrantes, Julia Takagi, Renata Bregaglio y Aída Ugarte, por su invalorable colaboración en el proceso de elaboración y publicación de este manual. Asimismo, es necesario agradecer a la Dra. María del Rosario Amorós, Coordinadora del Área de Sistematización de Jurisprudencia del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial (CIJ), quien en más de una ocasión ha apoyado a los investigadores del Proyecto Anticorrupción brindándoles jurisprudencia, en el marco del convenio suscrito entre IDEHPUCP y el CIJ.

Finalmente, el equipo del Proyecto Anticorrupción espera que la presente publicación sea de utilidad, como lo ha sido el anterior Manual, para todos los operadores jurídicos interesados en enfrentar eficientemente la investigación, procesamiento y debida sanción de los delitos contra la administración pública más recurrentes en nuestra administración pública.

Yvan Montoya Vivanco
Coordinador

CAPITULO 1. El fenómeno de la corrupción en el Perú

1.1 ESTADÍSTICAS Y MEDICIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

1.1.1 Cuestiones previas

Resulta problemático determinar un método preciso para medir el grado de corrupción en el Perú, su validación social y los ámbitos donde esta se desenvuelve. Para llevar a cabo una óptima medición se han utilizado distintos indicadores, como el de la percepción general o de los grupos focalizados sobre corrupción, la medición de la incidencia de las actividades de corrupción, el uso de estimaciones elaboradas por expertos sobre el nivel de corrupción existente y la utilización de indicadores objetivos acerca del fenómeno en cuestión.¹

Instituciones internacionales como el Banco Mundial señalan que, recientemente, ha habido una especie de explosión en lo referente a las técnicas de medición de la corrupción. Estos nuevos mecanismos se concentrarían en crear indicadores sobre la base de encuestas de expertos y en medir, a través de encuestas aplicadas a empresas y a particulares, la magnitud de impacto de las irregularidades en la administración pública. Dicha institución también destaca el importante papel que, en los últimos años, han cobrado este tipo de datos de acuerdo a lo que ellos llaman *revolución en la tecnología de la información*.

1.1.2 Los cuadros de percepción

En el Perú, organizaciones de la sociedad civil como Proética, han tenido un papel destacado en el impulso de la medición de la corrupción a través de la *Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú*, que se realiza cada dos años desde 2003.³

Desde sus inicios, esta encuesta sobre percepción arroja que la corrupción ha tenido un constante incremento como uno de los principales problemas del país. Así, en 2010, la corrupción se erigió como el principal problema del Perú⁴. En el resultado de 2013⁵ se aprecia que la corrupción, a pesar de que ha sido desplazada por la delincuencia, ocupa el segundo lugar.

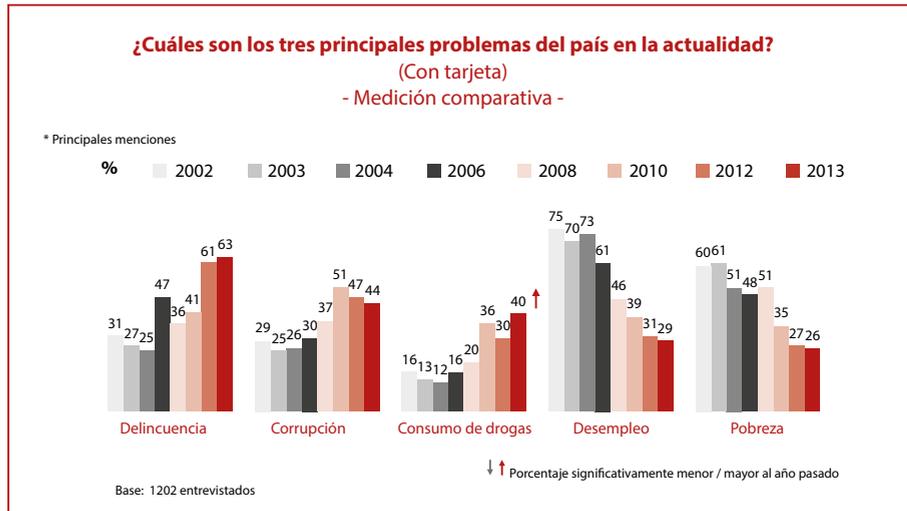
¹ JIMÉNEZ MÉNDEZ, Claudia. Corrupción y crecimiento económico: Un análisis para México, a nivel estados. En: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lec/jimenez_m_c/capitulo2.pdf, p.3. Consulta: 19/02/13.

² El artículo completo puede revisarse en <http://www.bancomundial.org/temas/anticorrupcion/medir.htm> con el nombre de: La revolución de los datos: cómo medir la gobernabilidad y la corrupción. Consulta: 20/02/13.

³ La última encuesta corresponde al año 2013.

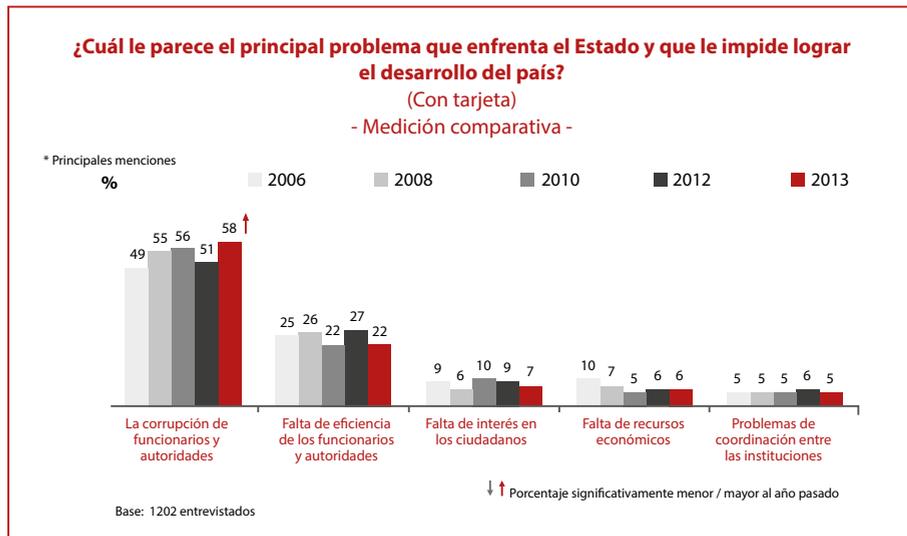
⁴ Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/46759836/Sexta-Encuesta-Nacional-sobre-Corrupcion-2010>. Consulta: 07/10/15.

⁵ Disponible en: <http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2013/08/VIII-Encuesta-20131.ppt>. Consulta: 07/10/15.



Fuente: PROÉTICA. VIII Encuesta Nacional sobre la percepción de la Corrupción en el Perú (2013).

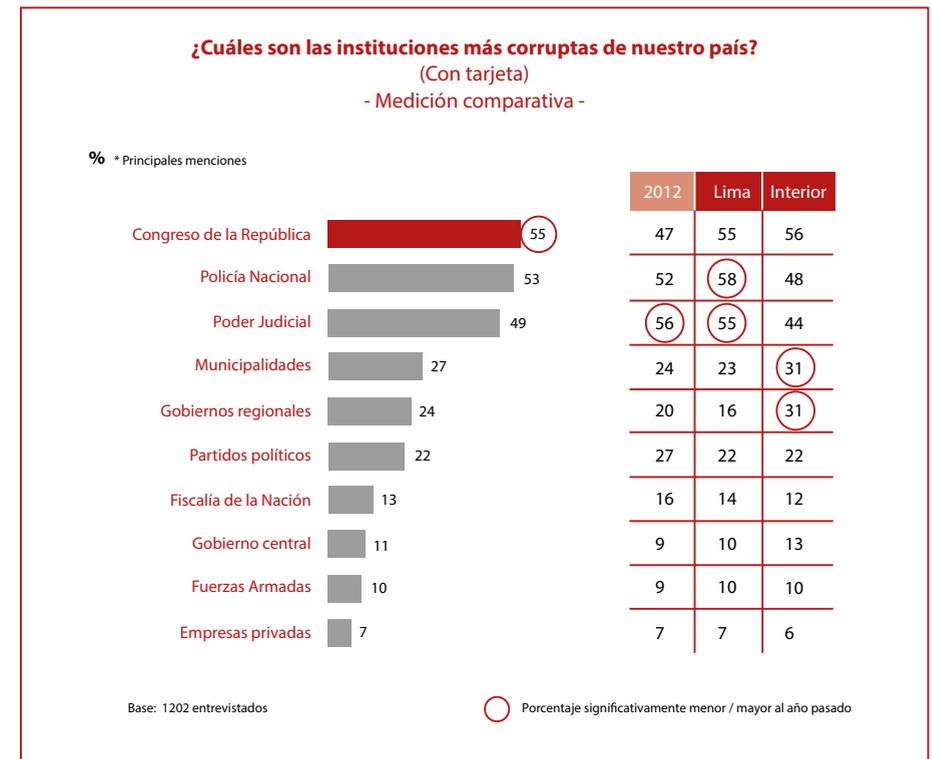
Además, según la apreciación social, la corrupción de funcionarios y autoridades es el principal problema que enfrenta el Estado y que impide lograr el desarrollo del país.



Fuente: VIII Encuesta Nacional sobre la percepción de la Corrupción en el Perú (2013)⁶.

Finalmente, en los resultados de la encuesta, las instituciones “más corruptas” para la población son el Congreso de la República, la Policía Nacional del Perú y el Poder Judicial; justamente aquellas instituciones llamadas a tutelar las afectaciones de nuestros derechos producidas, entre otros, por actos de corrupción.

⁶ La encuesta completa se puede revisar en: <http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2013/08/VIII-Encuesta-20131.ppt>. Consulta: 07/10/15.



Fuente: VIII Encuesta Nacional sobre la percepción de la Corrupción en el Perú (2013).

No obstante, es necesario señalar que las encuestas de percepción de la corrupción, por su propia naturaleza, no informan sobre niveles precisos o reales de este fenómeno. Sin embargo, arrojan indicios sobre su situación, su tendencia, sus ámbitos posiblemente más problemáticos y su nivel de tolerancia.

Cabe señalar, también, que las estadísticas y los resultados obtenidos por las organizaciones de la sociedad civil mencionadas coinciden y se complementan con aquello vertido por las mediciones realizadas por las instituciones internacionales. Estos estudios se hacen de manera más focalizada y contrastando la situación de otros países de la región. Es así como, sobre la base de los resultados de una encuesta llevada a cabo en 2010⁷ por *Transparency International*, se puede señalar que la población peruana tiene una persistente sensación de aumento progresivo del clima de corrupción en el país. En esta, el 79% de los encuestados señaló que percibía un aumento en los casos de corrupción acaecidos dentro del territorio nacional en los últimos tres años. Con este resultado, el Perú se ubicaba en dicho momento, en segundo lugar dentro de los países latinoamericanos encuestados en la percepción de incremento de la corrupción.

⁷ La encuesta completa se puede revisar en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorruption/barometro-global/> Consulta: 07/04/13.

CUADRO 1

¿Cómo cree que ha evolucionado el nivel de corrupción en éste país en los últimos tres años?

PAÍS	DISMINUYO	SE MANTUVO IGUAL	AUMENTÓ
Venezuela	7%	7%	86%
Perú	9%	12%	79%
México	7%	18%	75%
Brasil	9%	27%	64%
Argentina	8%	30%	62%
Colombia	20%	24%	56%
Chile	9%	39%	53%
El Salvador	18%	34%	48%
Bolivia	20%	34%	46%

Fuente: Barómetro Global de la Corrupción 2010.

De igual manera, dicha medición también permitió observar que el Perú es uno de los países con mayor desaprobación en referencia a la percepción de la efectividad del gobierno para luchar contra el fenómeno de la corrupción. Finalmente, la encuesta señala que el Perú percibiría al Poder Judicial como la institución más corrupta en contraste con los otros países latinoamericanos objeto de la medición.

CUADRO 2

¿Cómo valora las acciones del gobierno en su lucha contra la corrupción?

PAÍS	INEFICAZ	NINGUNO	EFICAZ
Perú	85%	8%	8%
Argentina	77%	11%	12%
Venezuela	65%	28%	7%
Brasil	54%	17%	29%
México	52%	26%	22%
Colombia	46%	20%	35%
Chile	33%	28%	38%
El Salvador	32%	53%	15%
Bolivia	27%	26%	49%

Fuente: Barómetro Global de la Corrupción 2010.

En el Perú una importante medición de las investigaciones o judicialización de los casos de corrupción la realiza el Poder Ejecutivo a través de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (Procuraduría Anticorrupción) y su reciente Observatorio Nacional Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Mediante el trabajo de esta instancia se ha logrado sistematizar la siguiente información:⁸

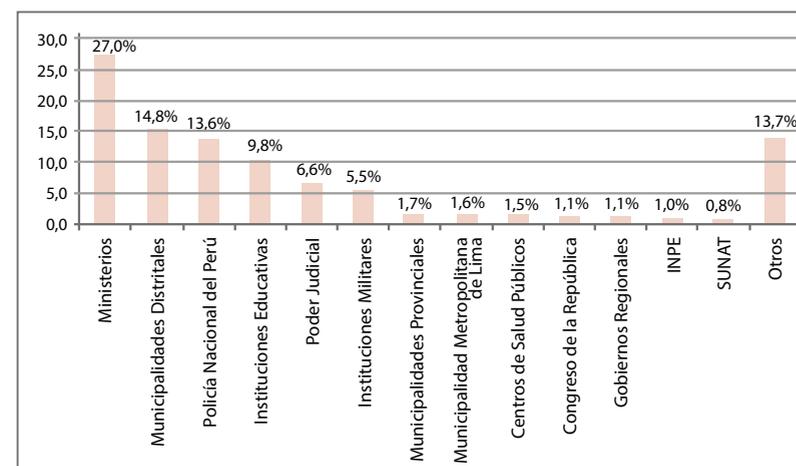
- Registro de deudores de reparaciones civiles por delitos de corrupción en agravio del Estado
- Registro de prófugos por delitos de corrupción.
- Funcionarios procesados y sentenciados en contra de la administración pública.
- Número de casos en giro de la Procuraduría.
- Identificación de los delitos de mayor incidencia.

A mediados del año 2013, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publicó el primer informe de gestión de la Procuraduría Anticorrupción: *La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información*⁹ que incluye datos importantes logrados por la institución como la distribución de las instituciones más afectadas por problemas de corrupción y el porcentaje de sentencias emitidas entre 2010 y 2011.

GRAFICO 1

TIPOS DE INSTITUCIONES AFECTADAS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN, CASOS LITIGADOS POR LA PROCURADURÍA ANTICORRUPCIÓN

(NOVIEMBRE 2011 - MAYO 2012)

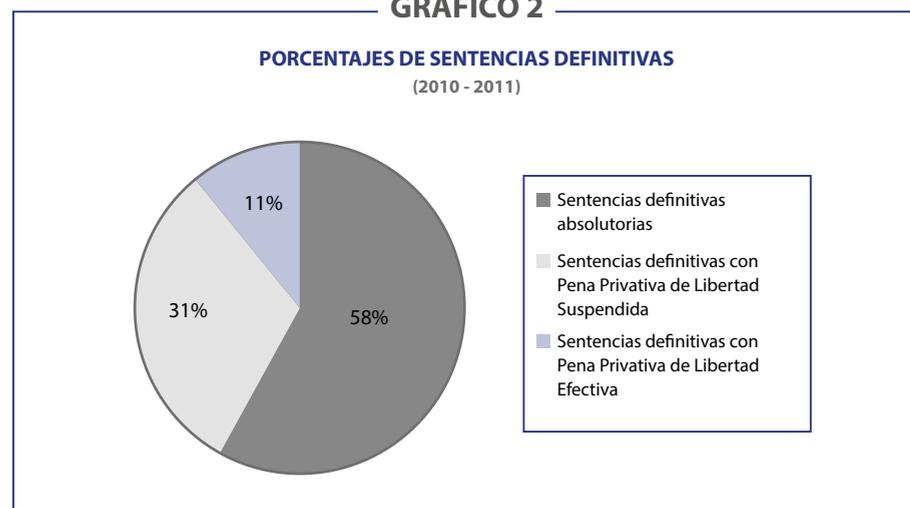


Fuente: Procuraduría Anticorrupción.

⁸ Se puede acceder a las bases de datos en: http://pisaq.minjus.gob.pe:8080/sisca_web/Login2Action Consulta: 21/02/13.

⁹ MUJICA, Jaris, Víctor QUINTEROS, Rafael CASTILLO, y Carlos CHÁVEZ. La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información. En: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf> Consulta: 07/10/15.

GRAFICO 2



Fuente: Procuraduría Anticorrupción.

En referencia a la medición del número de denuncias por corrupción en el Perú, el Ministerio Público, en su *Anuario Estadístico de 2011*, solo registra un total de 8,543 denuncias ingresadas por casos de corrupción de funcionarios,¹⁰ pero no ha sistematizado, estadísticamente, los tipos de delitos denunciados, o aquellas instituciones donde se han producido la mayor cantidad de estas irregularidades. Según esta institución, en la actualidad existen más de 15,000 casos de delitos contra la administración pública a nivel nacional conocidos por la Procuraduría.¹¹ Dentro del distrito judicial de Lima (sin tomar en cuenta Lima Norte ni Callao) estarían litigándose 2,000 de estos procesos. Aproximadamente el 31% de ellos son delitos por peculado, seguidos de los procesos por delito de colusión con, casi, un 15%.

Por otro lado, la Policía Nacional del Perú (PNP) también está llevando a cabo esfuerzos en relación a la identificación de los focos de corrupción dentro de su institución. En este sentido, la institución reconoce tres tipos de corrupción:¹²

- Corrupción administrativa, vinculada al accionar de los funcionarios de la PNP o del Ministerio del Interior (Mininter) con poder de decisión, encargados de la contratación y adquisición de bienes y servicios.

¹⁰ MONTOYA VIVANCO, Yvan. Informe de la lucha contra la corrupción en el Perú 2011-2012. En: Avances y retrocesos en el sistema penal anticorrupción: 2010-2012, p. 23. El texto completo se puede revisar en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc06122012-133036.pdf. Consulta: 07/10/15.

¹¹ MUJICA, Jaris, Víctor QUINTEROS, Rafael CASTILLO y Carlos CHÁVEZ. "La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información", p. 7. Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf>. Consulta: 21/02/13.

¹² Policía Nacional del Perú. Plan de lucha contra la corrupción de la PNP 2012-2016. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/283986830/Plan-de-Lucha-Contra-La-Corrupcion-PNP-2012-2016>. Consulta: 07/10/15.

- Corrupción interna, relacionada con los procesos internos donde se cobran o reciben comisiones ilegales, más conocidas como "coimas", por realizar trámites dentro de la institución.
- Corrupción "operativa-externa", relacionada directamente con la ciudadanía a través del contacto cotidiano entre policías y particulares.

1.2 MARCO TEÓRICO DE LA CORRUPCIÓN: PERSPECTIVAS DE ENFOQUE

La corrupción se presenta en nuestro contexto como un fenómeno complejo que necesita ser analizado sobre la base de diversos enfoques con el fin de poder comprenderlo y, luego, combatirlo. De esta manera, en primer lugar, es conveniente una aproximación al concepto general de corrupción y, posteriormente, a los diversos enfoques que se pueden utilizar para comprenderla en la realidad.

1.2.1 Concepto de corrupción

El inicio de todo diagnóstico exige delimitar los conceptos básicos a tratar. En este sentido, resulta necesario precisar el concepto de corrupción. No obstante, definirla es una tarea que ha encontrado diversos obstáculos. En concreto, se han identificado tres grandes inconvenientes que explican la dificultad de este objetivo:¹³

1. Existen muchos problemas relacionados con la corrupción (como el fraude y el abuso de poder, entre otros) que son tratados de forma indistinta.
2. Existen diferencias importantes entre la corrupción reconocida por el ordenamiento jurídico, los actos de corrupción calificados por la población y los actos de corrupción que afectan intereses públicos y que no están reconocidos por el ordenamiento jurídico.
3. Existen diferencias entre las distintas sociedades en la utilización de la palabra corrupción.

A pesar de ello, los siguientes elementos esenciales precisan el concepto de corrupción pública:

Antinormatividad: todo acto de corrupción transgrede normas penales, administrativas y/o éticas.

Interés privado: todo acto corrupto busca obtener un beneficio privado, que no siempre está relacionado directamente con el corrupto, por lo que puede ser para una persona cercana al corruptor o para un tercero.

Abuso de una función: todo acto de corrupción implica el abuso de una función asignada por el Estado, es decir, de una función pública.

¹³ GARDINER, John. (2005). Defining corruption. En: Arnold HEIDENHEIMER y Michael JOHNSTON (Eds.). Political corruption. Concepts & contexts. P.24. NJ: Transaction Publishers.

A partir de ello, es posible concluir, en un sentido amplio, que:

La corrupción es el abuso de un poder encomendado para obtener beneficios particulares (económicos o no) que viola la norma en perjuicio de intereses generales o del interés público.¹⁴

Se trata de una definición amplia que puede abarcar tanto la corrupción pública como la privada. El presente Manual abordará específicamente la corrupción desde la perspectiva de la corrupción pública. En ese sentido esta puede definirse como:

La corrupción es el abuso del poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público.

1.2.2 Los enfoques sobre la corrupción

La compleja naturaleza del fenómeno de la corrupción ha motivado que diversas disciplinas científicas estudien y planteen diversas maneras de comprenderlo. En este sentido, y a modo de resumen, los enfoques más importantes sobre la corrupción son tres:¹⁵

- **El enfoque económico, que incluye tres objetivos:**

En primer lugar, la medición de los niveles de corrupción en una sociedad determinada, pero no tanto para planificar su erradicación sino para que los inversores privados controlen la variable de riesgo que este fenómeno implica.

En segundo lugar, la determinación de las consecuencias económicas (perjuicio) de la corrupción en una sociedad.

En la década de 1990, el Estado peruano sufrió aproximadamente una pérdida patrimonial ascendente a US\$ 14.087 millones de dólares americanos (cerca del 50% del presupuesto anual y 4.5% aproximadamente del PBI en ese periodo). Con este monto podrían haberse pagado S/ 1,000 nuevos soles mensuales a medio millón de jubilados durante siete años.¹⁶

¹⁴ Se trata de una definición tomada sustancialmente de la definición planteada por Transparency Internacional. Ver al respecto su página web institucional <http://www.transparency.org/what-is-corruption/>. "Corruption is the abuse of entrusted power for private gain. It can be classified as grand, petty and political, depending on the amounts of money lost and the sector where it occurs".

¹⁵ MUJICA, Jaris. El poder en el Poder Judicial (y los estudios sobre corrupción). En: *Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*. Tesis para optar al título de magíster en Ciencias Políticas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 21 y ss.

¹⁶ QUIROZ NORRIS, Alfonso. La República. De recuperarse dinero robado en los 90, habría suficiente para programas sociales. En: <http://www.larepublica.pe/02-08-2011/de-recuperarse-dinero-robado-en-los-90-habria-suficiente-para-programas-sociales>. Consulta: 07/05/13.

Finalmente, plantea un modelo de entendimiento del contexto que facilita los actos concretos de corrupción conocido como "agente y principal". El más popular lo ha definido Klitgaard¹⁷ al señalar que la corrupción puede ser explicada como una ecuación en donde, si un agente tiene el monopolio (M) de las decisiones y actúa con altos niveles de discrecionalidad (D) o autonomía y sin rendición de cuentas (A), se posibilitan márgenes de desviación.

- **El enfoque jurídico-institucional:** esta perspectiva jurídica ha girado en torno a tres ejes:¹⁸

El estudio de la corrupción desde las premisas legales para entrever las deficiencias del sistema penal, el modo en que se deben plantear leyes para poder subsanar esos espacios y el intento de explicar la corrupción desde las ambiciones personales de determinados sujetos, reduciendo el fenómeno a un juego de intereses de individuos, a los que se debe controlar con mecanismos punitivos.

- **El enfoque cultural:** ni el criterio racional asentado en las perspectivas económicas ni los enfoques casuísticos donde se asienta el derecho permiten comprender las razones de la extensión, profundidad y la tolerancia social de la corrupción en una sociedad determinada. La perspectiva cultural, de manera complementaria, nos permite avanzar en esa dimensión de la corrupción como fenómeno extendido en los distintos niveles de la administración pública y de la sociedad civil.

La *Guía anticorrupción*, elaborada por Transparencia Internacional (1997), ha evidenciado cuatro condiciones culturales básicas que inciden sobre la extensión y la tolerancia de las prácticas corruptas:

- La tolerancia social hacia el goce de privilegios privados que permite la prevalencia de una moralidad del lucro privado sobre la ética cívica.
- Una cultura de la ilegalidad generalizada que determina la existencia de grupos sociales que sienten que la ley no cuenta para ellos.¹⁹
- El conflicto entre las formas de organización y de sistemas normativos tradicionales y las normas que revelan el surgimiento de un orden social moderno.
- La escasa vigencia de la idea de nación y la ausencia de una solidaridad fundada en el bienestar común.

¹⁷ KLITGAARD, Robert. (1992). Controlando la corrupción. La Paz: Fundación Hans Seidel. Resalta su famosa fórmula $C = M + D - A$, es decir, la corrupción (C) se ve favorecida con el monopolio (M) de la discrecionalidad (D) menos la transparencia (A) (en inglés: accountability).

¹⁸ MUJICA, Jaris. op. cit., pp. 28 y ss.

¹⁹ Sobre la ausencia de respeto a la ley, en tanto canon legítimo de convivencia, y la cultura de la complicidad silenciosa de nuestra sociedad como factores que explican la extensión de la corrupción, ver: PORTOCARRERO, Gonzalo. Una sociedad de cómplices. En: http://www.bnp.gov.pe/portalbnp/pdf/libros_y_artes/Librosyartes9_3.pdf

1.3 LA CORRUPCIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El tratamiento que se le ha dado a la corrupción desde los tratados internacionales se ha decantado por no preferir una definición específica de lo que esta significa. Ni la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción,²⁰ ni la Convención Interamericana contra la Corrupción,²¹ dan una definición cerrada de este fenómeno, sino que enumeran algunas conductas irregulares que se deben entender como actos de corrupción y, por ende, ser pasibles de sanción. Ambos tratados de lucha contra la corrupción contienen disposiciones dirigidas a prevenir y sancionar la corrupción, así como disposiciones en materia procesal para la investigación eficiente de dichos actos.

Como ya ha sido señalado, la ocurrencia sistemática de actos de corrupción dentro de las instituciones del Estado genera una sensación de total abandono y pérdida de confianza en los ciudadanos. Hay que tener en cuenta, además, que la situación de la corrupción, de hecho, impide el acceso a la protección de las instituciones públicas o del sistema de administración de justicia al que entran otros ciudadanos dispuestos y en la capacidad económica de corromper autoridades, quienes son percibidos como, efectivamente, protegidos en sus derechos. Ello implicaría una afectación al principio de igualdad, ya que si una persona corrompe a un funcionario público, adquiriría un estatus privilegiado en relación al resto de individuos en su misma situación, por tanto la corrupción resulta discriminatoria en su propósito y en sus efectos.²²

No obstante, para poder aplicar el marco legal de los derechos humanos en relación a los actos de corrupción es necesario distinguir entre:²³

1. Los actos de corrupción que directamente violan un derecho humano.
2. Los actos de corrupción que conducen a la violación de un derecho humano pero que en sí no violan un derecho.
3. Los actos de corrupción a partir de los cuales puede establecerse un vínculo causal con una violación específica de derechos.

En conclusión, para determinar si un acto de corrupción en particular viola o no un derecho humano los pasos a seguir serán:

1. Establecer el alcance y contenido de la obligación del derecho humano en cuestión.
2. Determinar la intensidad de la conexión entre el acto y el daño generado y si la afectación se ha dado de manera directa o indirecta.

²⁰ Disponible en: http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/convencion_onu_contra_la_corrupcion_2003.pdf

²¹ Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/convencion_interamericana_contra_la_corrupcion_1997.pdf

²² Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, op. cit, p.28 y ss.

²³ *Ibidem*.

3. Identificar a los autores del hecho para determinar responsabilidades y, consecuentemente, obtener la reparación del daño originado.

Ahora bien, la corrupción no solo afecta a los denominados derechos civiles y políticos, sino también a los económicos, sociales y culturales (DESC), como el derecho a una vivienda digna, a la salud y el acceso a la educación. El Estado peruano, mediante el Decreto Ley N° 22129, ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconociendo que estos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana y que, por tanto, se hallarían en el mismo nivel de reconocimiento que los derechos fundamentales.²⁴ Asimismo, según este Pacto, los estados parte se comprometen a adoptar medidas sobre la base de los recursos de los que dispongan para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el acuerdo y plasmados en la norma fundamental. De este modo, si considerásemos la corrupción como una afectación a la correcta asignación de los recursos públicos, favoreciendo intereses privados y en detrimento de la concreción del bien común a través del favorecimiento de políticas públicas, llegaríamos al desvío irregular de caudales públicos que debieran ser asignados a satisfacer necesidades de vivienda, educación y salud, algo que afectaría el sentido programático de los DESC y su salvaguarda por parte del Estado.

Es importante anotar también que la corrupción afecta de manera particular a grupos en situación de vulnerabilidad o discriminación. De esta forma, “se retrocede en uno de los fines principales de la democracia: la integración o inclusión social. Se perpetúa, por ejemplo, la pobreza”.²⁵ Esta realidad es contradictoria con los fines de un Estado social y democrático de Derecho como el peruano, los cuales deben estar dirigidos y verse legitimados por responder a la satisfacción y garantía integral de los derechos fundamentales.²⁶

Sobre este punto, cabe mencionar que en el ámbito de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales, en su artículo 41°, garantiza explícitamente el derecho fundamental de toda persona a una “buena administración”, entendido como el derecho a ser oído, al acceso a la información y a la motivación de las decisiones, además de un derecho a la compensación por el incumplimiento de las obligaciones públicas y un derecho a la correspondencia con la administración. En España, algunos autores han señalado que la “buena administración”, además de ser un principio constitucional, es un derecho fundamental de la persona.²⁷ Del mismo modo, en el ámbito nacional, nuestro Tribunal Constitucional señaló que la “buena administración” es un principio constitucional que se deduce del artículo 39° de la Constitución²⁸, así como del artículo 44° de la Carta fundamental. Puede afirmarse entonces que la lucha contra la corrupción es una consecuencia natural de un régimen democrático en el que se tiene como guía de actuación el principio de buena administración y de buen gobierno en general, para todos los entes y funcionarios públicos.²⁹

²⁴ http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/pidesc.pdf

²⁵ NOVOA CURICH, Yvana. (2015, junio). La lucha contra la corrupción: consecuencia de la democracia. En: Boletín Mensual Anticorrupción, N° 50. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Comentario-Yvana.pdf>

²⁶ HABERLE, Peter. *Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania*.

²⁷ Sindicatura de Greuges de Barcelona (2007). *El derecho a una buena administración*. Barcelona, pp. 42-43.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 000017-2011-PI/TC de 03 de mayo de 2012. Fundamentos 15° y 16°.

²⁹ NOVOA CURICH, Yvana, op. cit. p. 20.

El principio de Buen Gobierno y la corrupción

El Buen Gobierno es un principio constitucional que busca ser una medida de legitimidad de la actuación de la función pública, basada en la calidad de aquella como servicio público orientado a satisfacer el bienestar general y los derechos de la ciudadanía. En este orden, el Buen Gobierno implica una serie de deberes y principios que los y las funcionarias públicas deben cumplir para afirmar que respetan el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública”. Dichos principios que se desprenden del Buen Gobierno son: a) corrección, b) transparencia, c) rendición de cuentas, d) participación y e) eficacia³⁰.

1.4 CLASES DE CORRUPCIÓN

Una vez descrito el concepto de corrupción y su relación con los derechos humanos, resulta necesario identificar los tipos de corrupción para poder comprender la magnitud de esta problemática. Podemos diferenciar las siguientes clases de corrupción:³¹

- **Por su naturaleza**
 - **Corrupción política:** se puede observar en las altas esferas de decisión e involucran a los funcionarios públicos que ejercen funciones de poder político (congresistas, ministros, presidentes y otros).
 - **Corrupción burocrática o administrativa:** afecta los niveles intermedios y bajos de los organismos públicos. En este sentido, ya no involucra funcionarios con capacidad de decisión, sino funcionarios encargados de la ejecución de las normas y del trato con los ciudadanos.
- **Por su grado de desarrollo**
 - **Corrupción individual o directa:** se produce cuando los actos de corrupción y sus actores pueden ser identificados de forma clara. En otras palabras, el actor opera directamente sin la intervención de una red de corrupción. El ejemplo más claro de esto es la corrupción manifiesta en las “coimas” a los policías de tránsito.
 - **Corrupción sistémica o institucionalizada:** se caracteriza por estar generalizada y se manifiesta en múltiples esferas a través de redes de corrupción. De esta manera, es difícil determinar a todos los agentes que intervienen. Este tipo de corrupción se propaga fácilmente y provoca la ausencia de valores, lo que vuelve confusa la diferencia entre lo correcto e incorrecto.

³⁰ CASTRO, Alberto. (2014). Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno. En: *Buen Gobierno y Derechos Humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú*. Lima: Facultad de Derecho PUCP.

³¹ Grupo Temático de Política Anticorrupción y Ética Judicial. (2003). Informe de la comisión de magistrados para la reestructuración del Poder Judicial. Lima. p. 26 y ss. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/INFORME%20FINAL.pdf>

1.5 LA CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Anteriormente, se han evidenciado las instituciones más afectadas por los actos de corrupción, estando entre las tres primeras, la Policía Nacional del Perú, las instituciones educativas y el Poder Judicial. Tomando como punto de partida este dato, y teniendo como límite el objetivo de este Manual, conviene aportar información breve sobre la situación de la corrupción en el sistema de administración de justicia.

El sistema de administración de justicia es un ámbito de la administración estatal expuesto a prácticas de corrupción extendidas. Siguiendo la fórmula de Klitgaard:

$$C = M + D - A$$

Se puede señalar que el sistema de administración de justicia está caracterizado por ser un ámbito donde el monopolio del poder para administrar justicia, junto a la ausencia de transparencia en el ejercicio de su función,³² permite una considerable discrecionalidad de sus miembros, lo que provoca que la corrupción crezca casi sin control.³³ De este modo, siguiendo fundamentalmente el *Informe Final del Consejo Transitorio del Poder Judicial*, de 2001, resulta importante identificar los principales actores y técnicas de corrupción en el ámbito jurisdiccional.

1.5.1 Actores de la corrupción

Los principales actores de la corrupción y su rol en la comisión de actos de corrupción en el sistema de justicia son:³⁴

1. **Los órganos de decisión política y ejecutiva:** determinados mandos directivos encargados de diseñar, controlar y mantener las situaciones de irregularidad que propician los actos de corrupción.
2. **Los magistrados y fiscales:** determinados jueces y fiscales de toda jerarquía interna representan muchas veces los funcionarios de jerarquía más alta en las redes de corrupción del sistema de justicia. Sus actos de corrupción consisten, mayoritariamente, en la venta de fallos, agilización o dilatación de los procesos judiciales y en las preferencias en los procesos.³⁵ Los sobornos usualmente se manifiestan a través de viajes, favores sexuales³⁶ y/o cursos de especialización.

³² Los actos jurisdiccionales, tradicionalmente, se entienden como no sujetos a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información.

³³ Comisión Andina de Juristas (2003). *Corrupción judicial. Mecanismos de control y vigilancia ciudadana*. Lima: Comisión Andina de Juristas, p.31.

³⁴ Consejo Transitorio del Poder Judicial. (2001). *Informe final de la comisión de investigación de planificación de políticas de moralización, eticidad y anticorrupción*. Lima, pp. 73-76.

³⁵ MUJICA, Jaris. (2011). *Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*. Lima: Asamblea Nacional de Rectores, pp. 135-136.

³⁶ Comisión Andina de Juristas, op. cit. pp. 80-83.

3. **El personal auxiliar del Poder Judicial y el Ministerio Público:** compuesto por secretarios, relatorías y asistentes técnicos. Se vinculan con la corrupción esencialmente mediante el tráfico de influencias³⁷ (vínculos de conexión con los magistrados y fiscales), pero también a través de la modificación de documentos y sobornos para ejercer presión en la dilación de procesos o en su agilización. En el fuero penal, los ambientes posibilitan una relación directa y libre con los abogados litigantes, facilitando los actos de corrupción. Por otro lado, existen fiscales y jueces que tienen el mal hábito de no redactar personalmente los dictámenes y resoluciones, sino que se limitan a firmar documentos presuntamente elaborados por el personal auxiliar. Estas prácticas llevan a pequeñas corruptelas facilitando la introducción de dictámenes fiscales y resoluciones judiciales originalmente redactadas por los abogados de las partes. También son conocidas las situaciones donde los técnicos auxiliares del Ministerio Público acuden a tomar la manifestación de personas citadas a los estudios de los abogados defensores del investigado. Posteriormente, estos técnicos auxiliares (luego de haber recibido un beneficio por parte del abogado defensor) informan al fiscal pertinente que dichas personas concurren a la sede del Ministerio Público.³⁸
4. **Las mesas de parte:** compuestas por diversos funcionarios o servidores públicos encargados de recibir los documentos dentro de un proceso o investigación. Constituyen el primer acceso a la estructura del sistema de justicia.³⁹ Su relación con la corrupción consiste en el tráfico de la documentación. También es frecuente el tráfico de información, ya sea adelantando decisiones judiciales o con la divulgación de información confidencial. Finalmente, existe un tráfico en la distribución de procesos en los juzgados.⁴⁰
5. **La Policía Nacional del Perú:** en su relación con el sistema judicial, se encuentran todos los miembros del cuerpo policial encargados de colaborar con la investigación fiscal. Con el Código de Procedimientos Penales, el nexo con la corrupción en la labor policial se encontraba principalmente en la redacción de los atestados policiales y ocultamiento de pruebas. Si bien con el Código Procesal Penal esto ha cambiado relativamente, todavía se mantiene el vínculo entre la policía y la corrupción a través de la redacción y manipulación de pericias y el aprovechamiento de la condición de personal de seguridad de magistrados y fiscales para traficar con influencias.⁴¹
6. **Los abogados:** un grupo integrado por diversos abogados, importantes o “al paso”. En la esfera más alta, tenemos las siguientes prácticas corruptas: acuerdos con estudios satélites de abogados (encargados de la parte “oscura” del litigio, esto es, activar las redes de corrupción); incorporación de antiguos magistrados y funcionarios públicos en el equipo de abogados con el objetivo de utilizar sus vínculos al interior del sistema de justicia; estrategias de “copamiento” consistentes en ubicar letrados de su confianza en

determinadas dependencias judiciales y fiscales; e incorporación de procuradores con vínculos en el sistema judicial. A ello se suma que estos estudios de abogados suelen utilizar los logros académicos de sus miembros como estrategias para “lavarse la cara”.⁴³ En cuanto a los abogados “al paso”, es decir, aquellos que operan en las inmediaciones de los órganos de justicia, se ha podido determinar que dicho patrón de asentamiento esta correlacionado con un conocimiento previo de los actores que se ubican dentro del órgano de justicia. Así, estos también integran redes de corrupción que ejercen, cotidianamente, estas prácticas.⁴⁴

7. **El personal de ejecución de sentencias:** se despliega en el tratamiento y permanencia de los reos en la cárcel, específicamente en el sistema de calificaciones para internos procesados y sentenciados.
8. **Los litigantes:** se trata de personas representadas por los abogados.

1.5.2 Técnicas de corrupción

Las técnicas de corrupción son la muestra en el escenario práctico de los actos de corrupción. En otras palabras, son los mecanismos centrales de corrupción puestos en práctica constantemente por los actores.⁴⁵ Ahora bien, tomando en cuenta las principales técnicas de corrupción de acuerdo a las “especialidades” de los actores ya mencionadas, procede enumerar brevemente las técnicas de corrupción más usuales en el sistema de justicia peruano:⁴⁶

- “Coimas”.
- Lobbies.
- Redes ilícitas.
- Acciones de “copamiento”.
- Redes de información.
- Estilos de prevalimiento; magistrados que aprovechan de su condición para extorsionar a otros operadores de justicia y a las partes del proceso.
- Intercambio de favores.
- Elaboración de borradores de dictámenes y resoluciones judiciales por parte de los abogados defensores.
- Vulnerabilidad en la situación laboral de los operadores de justicia (provisionalidad de los cargos, elecciones basadas en criterios subjetivos, discrecionalidad de los presidentes de las cortes judiciales para integrar salas y elegir magistrados suplentes, promociones no fundamentadas en la OCMA).
- Manejo arbitrario de la asignación de expedientes.
- Nepotismo.

³⁷ MUJICA, Jaris. *op. cit.* p. 109.

³⁸ CERIAJUS. *Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. ¡Planificando lo justo!*, p. 355. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/ceriajus/diagnostico/cap5.pdf>. Consulta: 08/05/12.

³⁹ *Ídem.* p. 107.

⁴⁰ Comisión Andina de Juristas, *op. cit.* pp. 83-87.

⁴¹ *Ídem.* pp. 94-96.

⁴² *Ídem.* pp. 70-75.

⁴³ YON RUESTA, Roger. (2010). Responsabilidad social de un estudio de abogados especializado en materia penal. En: *Derecho*, N° 64. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 340.

⁴⁴ MUJICA, Jaris, *op. cit.* p. 89.

⁴⁵ *Ídem.* pp. 82-83.

⁴⁶ Consejo Transitorio del Poder Judicial. (2001). *Informe final de la comisión de investigación de planificación de políticas de moralización, eticidad y anticorrupción*. Lima, pp. 62-69.

1.6 LA ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Una de las principales causas del fenómeno de la corrupción es la ausencia de valores o pautas éticas en la sociedad. Esta situación y la complejidad de las sociedades actuales explican la poca claridad para determinar lo correcto y lo incorrecto en el ejercicio de la función pública.⁴⁷ Por este motivo, el presente acápite analizará el papel que desempeña la ética en el correcto ejercicio de la función pública, en especial en la administración de justicia. Para ello, se toma como premisa que la ética, como modo debido de actuación humana, es un instrumento imprescindible para la lucha eficaz y multidisciplinar que requiere el fenómeno de la corrupción. Esta lucha, como es reconocido, no se limita solo a la mera sanción penal o administrativa de prácticas corruptas.

La ética tiene como objetivos principalmente tres ámbitos:⁴⁸

1. Dilucidar el contenido propio de la moral, más allá de las otras clases de saberes (jurídico, político o religioso).
2. Otorgar un fundamento filosófico a la moral.
3. Intentar aplicar los principios éticos generales, alcanzados en contextos históricos y deliberativos, a los distintos ámbitos de la vida profesional o de las actividades humanas (ética aplicada o deontología).

Con respecto a esta última tarea, no es fácil la aplicación de los principios éticos en los distintos ámbitos de la actividad humana, puesto que en las actuales sociedades posmodernas, el enfoque escéptico y relativista de las cosas complica el descubrimiento de los principios comunes para todos. No obstante, desde la comunicación racional y equitativa de los miembros de una determinada comunidad es posible dialogar y encontrar criterios comunes o principios de aplicación a los diversos ámbitos de la vida cotidiana.⁴⁹ De lo que se trata entonces, es de llevar a cabo una “ética aplicada” en determinado ámbito de las actividades y de las relaciones humanas. La ética aplicada a una determinada profesión se denomina *deontología*.⁵⁰ En efecto, la deontología profesional resulta ser un sistema normativo (criterios, principio y pautas de conducta) destinado a orientar la conducta de personas dedicadas a una determinada profesión (médicos, economistas, empresarios, abogados, funcionarios públicos, etc.).

Así pues, en el presente Manual se analizará la deontología de la función pública, en especial de la función de administrar justicia. Este aspecto conduce, inevitablemente, a los códigos de ética de la función pública que cumplen un papel preponderante en el correcto funcionamiento de la administración pública, ya que positivizan los principios y deberes éticos que la administración como organización reconoce y exige a sus funcionarios.

⁴⁷ MONTOYA VIVANCO, Yvan. (2007). Sobre la corrupción en el Perú. Algunas notas sobre sus características, causas, consecuencias y estrategias para enfrentarlas. En: Páginas Centro de estudios y publicaciones, vol. XXXII, N° 205, Lima, p. 34.

⁴⁸ CORTINA ORTS, Adela, *op. cit.* p. 164.

⁴⁹ MONTOYA VIVANCO, Yvan, *op. cit.* p. 2.

⁵⁰ SEGURA NAYA, A, *op. cit.* p. 46.

Efectivamente, la administración pública -considerada como organización- tiene su propia ética, que se encuentra plasmada en la normativa ético-jurídica correspondiente (Código de Ética de la Función Pública) y en la normativa de naturaleza administrativa que regula los procedimientos de actuación de los funcionarios.

La ética de la función pública cumple un papel muy importante en la lucha contra la corrupción estatal, ya que no es suficiente una política económica y/o legislativa (preventiva, represiva y de control) para combatirla, sino que se requiere la convicción y la necesidad práctica de una responsabilidad ética que sacuda los cimientos de la corrupción enquistada en el poder público.⁵¹

Esta preocupación de trabajar en el plano ético para combatir la corrupción ha sido recogida expresamente por la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo III numeral 3, establece que los estados parte se comprometen a brindar instrucciones al personal de las entidades públicas que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades. En este sentido, el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dispone que cada Estado parte promoverá la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos, y 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.

Precisamente, a partir de esta necesidad es que el Perú adopta un Código de Ética de la Función Pública, que se analiza a continuación.

1.6.1 Los códigos de ética de la función pública

Un código de ética tiene la finalidad de dar a conocer a los miembros de una determinada organización humana el compromiso ético en el que están inmersos entre ellos, con la sociedad civil, y con el Estado. A diferencia de los ordinarios códigos normativos, más que ser un sistema jurídico cerrado y exhaustivo de conductas positivas y negativas, los códigos de ética contienen determinados principios que manifiestan unas reglas generales susceptibles de interpretación en el caso particular.⁵² Son la positivización de los valores éticos y definen el comportamiento considerado ético por los miembros de la organización.⁵³

Un código de ética, por tanto,
es la máxima expresión de la cultura
de una organización humana.

⁵¹ *Ibidem.* p. 8.

⁵² SOSPEDRA NAVAS, Francisco. (2004). Análisis comparado de los códigos éticos vigentes. En: *Ética del juez y garantías procesales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 470.

⁵³ FERRER, Juliana, *op. cit.* p. 6.

En especial, los códigos de ética de la función pública resultan útiles en un plano interno y en un plano externo.⁵⁴ Así:

- En el plano interno, refuerzan los valores éticos personales de cada funcionario, sirviendo de referencia conductual para cada uno de ellos.
- En el plano externo, reafirman la confianza de la sociedad en el buen desempeño de la función pública.

1.6.2 La naturaleza de los códigos de ética

Ahora bien, un aspecto que debe considerarse es la naturaleza de las normas contenidas en un código de ética. ¿Son normas ético-jurídicas o normas meramente éticas? Si estas son exigibles bajo sanción por parte de algún órgano disciplinario se llaman ético-jurídicas, mientras que si no lo son, se designan como meramente éticas.⁵⁵ Esto sin perjuicio de que, en ciertos casos especiales, los códigos de ética tengan naturaleza mixta, debido a que comparten elementos de las normas ético-jurídicas y de las meramente éticas. Este el caso, por ejemplo, del Código de Ética del Poder Judicial peruano, que se analizará más adelante.

Desde nuestro punto de vista, aquello que determina la naturaleza de estas normas son dos elementos:⁵⁶

1. **La instancia que elabora las normas o las aprueba:** si el código ha sido creado por el legislador, hay indicio de que sus normas son de naturaleza jurídica coercibles. Por el contrario, si este ha sido creado por un acto administrativo interno de una institución del Estado, hay indicio de que sus normas son meramente orientativas.⁵⁷
2. **Las potestades de los órganos creados para su seguimiento:** si el código tiene un órgano o tribunal administrativo de supervisión (consultivo o sancionador), estas normas serán, posiblemente, de carácter jurídico. Si no existe dicho órgano, estas serán, posiblemente, normas meramente éticas.⁵⁸

En el siguiente acápite se analiza el Código de Ética de la Función Pública en el ámbito peruano, para conocer sus disposiciones y determinar su naturaleza.

1.6.3 El Código de Ética de la Función Pública en el Perú

El Código de Ética de la Función Pública en el Perú fue aprobado mediante la Ley 27815- Ley del Código de Ética de la Función Pública,⁵⁹ reglamentada en el Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.⁶⁰

⁵⁴ SOSPEDRA NAVAS, Francisco, *op. cit.*, pp. 473-474.

⁵⁵ SOSPEDRA NAVAS, Francisco, *op. cit.* pp. 475.

⁵⁶ MONTOYA VIVANCO, Yvan, *op. cit.* p. 9.

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ Publicada el 13 de agosto de 2002.

⁶⁰ Publicado el 19 de abril de 2005.

El artículo 6° del código reconoce una serie de principios éticos esenciales, de observancia obligatoria por parte de todos los funcionarios públicos (o servidores públicos). Estos principios rectores de la función pública cumplen un papel fundamental en la orientación del debido ejercicio del cargo público, puesto que ellos serán la base normativa para construir toda la estructura que regule el debido desempeño de la función pública. Estos principios son:

- **Respeto:** el funcionario debe adecuar su conducta hacia el respeto de la Constitución y las leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos se respeten los derechos a la defensa y el debido procedimiento.
- **Probidad:** el funcionario debe actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal.
- **Eficiencia:** el funcionario debe brindar calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente.
- **Idoneidad:** el servidor debe estar apto técnica, legal y moralmente para ejercer la función pública. El funcionario debe propender a una formación sólida acorde con la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.
- **Veracidad:** el funcionario debe expresarse con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y debe contribuir al esclarecimiento de hechos que se relacionen con el desempeño de su cargo.
- **Lealtad y obediencia:** el funcionario actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes legítimas que le imparta el superior jerárquico competente.
- **Justicia y equidad:** el funcionario debe tener buena disposición para cumplir cabalmente con cada una de sus funciones, otorgando a cada uno lo que es debido y actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con los ciudadanos, con sus superiores y con sus subordinados.
- **Lealtad al Estado de Derecho:** el funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. El funcionario se encuentra prohibido de ocupar cargo de confianza en régimen de facto bajo sanción de cese automático de la función pública.

Por otro lado, el artículo 7° del código establece una serie de deberes de la función pública de observancia obligatoria por parte del servidor público. Dichos deberes, se entiende, dimanen de la observancia de los principios básicos ético-jurídicos establecidos en el artículo 6° del código. Así, los deberes ético-jurídicos de la función pública son los siguientes:

- **Neutralidad:** el funcionario debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones, demostrando independencia respecto de sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.
- **Transparencia:** el funcionario debe desempeñar su labor con transparencia. En principio, todos los actos funcionariales se consideran públicos y son accesibles al conocimiento de todo ciudadano.
- **Discreción:** el servidor debe guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su cargo y que estén exceptuados de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública.

- **Ejercicio adecuado del cargo:** el funcionario en el ejercicio de su cargo no debe ejercer ningún tipo de represalia o coacción contra otros servidores públicos u otras personas.
- **Uso adecuado de los bienes del Estado:** el funcionario debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el cumplimiento de su función de manera racional. El funcionario debe utilizar los bienes del Estado para fines exclusivamente públicos.
- **Responsabilidad:** todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral. En situaciones extraordinarias, el funcionario puede realizar tareas que no sean propias de su cargo, siempre que estas resulten necesarias para mitigar, neutralizar o superar las dificultades que se enfrenten.

Asimismo, en el artículo 8° del mencionado código se establecen una serie de prohibiciones ético-jurídicas de la función pública, extraídas de los deberes y principios plasmados en el artículo 6° y 7° del código. Dichas prohibiciones son:

- **Mantener intereses en conflicto:** el funcionario no debe mantener relaciones o aceptar situaciones que puedan generar conflicto entre sus intereses personales, laborales o económicos y el cumplimiento de su función pública.
- **Obtener ventajas indebidas:** el funcionario no debe obtener o procurar beneficios indebidos, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.
- **Realizar actividades de proselitismo político:** el funcionario no debe realizar actividades de proselitismo político aprovechándose de su cargo público.
- **Hacer mal uso de información privilegiada:** el funcionario no debe participar en operaciones financieras donde utilice información privilegiada de la entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por razón de su cargo.
- **Presionar, amenazar y/o acosar:** el funcionario no debe ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros funcionarios públicos que pudieran vulnerar la dignidad de la personas o inducir a la realización de acciones dolosas.

Una analizadas estas disposiciones, queda entonces referirse a la naturaleza normativa de este código. Es evidente que el mismo tiene carácter ético-jurídico y no meramente ético, debido a lo siguiente:

- El código fue creado mediante una norma de rango legal emitida por el Congreso de la República.
- El artículo 15° de dicha ley establece que la Comisión Permanente o Especial de Procedimientos Administrativos Disciplinarios -o el órgano que haga sus veces- de cada entidad estatal es la encargada de investigar, procesar y sancionar a los funcionarios que cometan alguna infracción contenida en el código.
- Los artículos 10°, 11° y 12° del código, así como el Título IV de su reglamento, regulan las sanciones y el procedimiento disciplinario a seguir en caso de violación de alguno de los principios, deberes o prohibiciones señalados.

Cabe notar que este código es de aplicación para toda la actividad que despliega la administración pública, es decir, abarca el ejercicio de la función pública en todos los niveles y ámbitos estatales (Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Ministerio Público, órganos constitucionalmente autónomos, etc.). Sin embargo, como se muestra a continuación, esto no ha sido obstáculo para que algunas entidades estatales en específico –como el Poder Judicial y el Ministerio Público- creen códigos de ética que regulen la actuación debida de sus funcionarios.

1.6.4 El Código de Ética del Poder Judicial

En el ámbito específico del ejercicio profesional del juez como funcionario público, existe el Código de Ética del Poder Judicial (CEPJ), aprobado en acuerdo de sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 12 de marzo de 2004.

Este código (como la mayoría de los códigos de ética judicial del mundo) reconoce en su artículo 2° cinco principios rectores de la actividad judicial:

- Justicia
- Independencia
- Imparcialidad
- Honestidad
- Integridad

Estos principios son la base de interpretación de las demás pautas de comportamiento vinculados con la ética judicial.⁶¹

Destacan aquí los principios de independencia e imparcialidad, por ser los que juegan un papel protagónico en la labor de administración de justicia por parte de los magistrados del Poder Judicial. Estas son las virtudes o valores que, con singularidad, debe cultivar un buen juez en el ejercicio propio de sus funciones. Un juez independiente es aquel quien, frente a un caso, decide sin responder a consideraciones o influencias externas (sean políticas o económicas) o internas (presiones dentro de la propia estructura del Poder Judicial, por ejemplo sus superiores jerárquicos)⁶². Un juez es imparcial, por su parte, cuando se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes

⁶¹ SOSPEDRA NAVAS, op. cit., p. 490.

⁶² MONTOYA VIVANCO, Yvan, op. cit. p.3. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a un juez independiente contiene los siguientes mecanismos de protección: 1) garantía contra presiones externas, 2) adecuado proceso de nombramiento y 3) inamovilidad en el cargo [Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Junio de 2009, Serie C N° 197, párr. 70].

de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.⁶³ En perspectiva histórica, desde que la resolución de los conflictos se transformó en heterónoma, se demanda como esencia del tercero su cualidad de independiente e imparcial.⁶⁴

Además de los principios rectores mencionados, el CEPJ establece otros deberes éticos para los jueces entre los que se encuentran el deber de no participar en actividades de índole política (artículo 6°), de diligencia (artículo 7°), el deber de transparencia (artículo 8°), el deber de actuar con decoro y respetabilidad (artículo 9°), etc.

Dentro de estos principios éticos cabe destacar el contemplado en el artículo 5° del CEPDJ: “El juez no debe valerse del cargo para promover o defender intereses particulares, ni transmitir, ni permitir que otros transmitan la impresión de que se hallan en una posición especial para influenciarlo”. Este artículo erige la prohibición ética del conflicto de intereses, e impide al juez que acepte intervenir en situaciones que podrían llevarlo a tener intereses en conflicto. Por ejemplo, estaría prohibido que el juez acepte viajes de ciertos estudios jurídicos que luego serán o son parte de algún proceso que él conozca.

En cuanto a la naturaleza de las normas del Código de Ética del Poder Judicial peruano es preciso analizar tanto la instancia que aprobó su creación y el medio empleado para ello, así como las potestades de la instancia de control previstas para el cumplimiento del código.

Con respecto a la instancia que aprobó la norma, el CEPJ fue aprobado por sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 12 de marzo de 2004. Esto llevaría a pensar que posee una naturaleza meramente ética. Sin embargo, el CEPJ establece al Comité de Ética Judicial como la instancia de supervisión de las normas contenidas en él, aunque sin otorgarle potestades coercitivas. Es más, el CEPJ enfatiza en su artículo 12° la naturaleza ética del código y la potestad, preferentemente consultiva y de observación de este comité.

A pesar de ello, el Comité de Ética Judicial guarda indirectamente cierta potestad coercitiva, puesto que puede poner en conocimiento de los órganos de control (OCMA u ODICMAS) aquellos irregulares que haya observado en la conducta de un juez (quejado por los usuarios o sometido a observancia de oficio), siempre que estos constituyan una infracción grave.⁶⁵

En conclusión, podemos afirmar que el Código de Ética del Poder Judicial tiene naturaleza mixta; es decir, tiene tanto elementos de normas meramente éticas como elementos de normas ético-jurídicas.

1.6.5 El Código de Ética del Ministerio Público

Respecto de la específica función pública que cumplen los servidores públicos del Ministerio Público, existe el Código de Ética del Ministerio Público (CEMP), aprobado mediante Resolución de Junta de Fiscales Supremos N° 018-2011-MP-FNJFS, del 18 de marzo de 2011.

Al igual que en el CEPJ, en el CEMP se establecen una serie de principios éticos que todo personal del Ministerio Público debe observar para realizar un correcto desempeño del cargo. En ese sentido, se reconocen los siguientes principios:

- Humanidad
- Justicia
- Igualdad
- No arbitrariedad
- Probidad
- Honestidad
- Veracidad
- Objetividad
- Independencia
- Imparcialidad
- Transparencia
- Prudencia
- Reserva
- Decoro
- Coraje moral
- Responsabilidad
- Competencia
- Diligencia
- Dedicación
- Respeto
- Trabajo en equipo
- Liderazgo

En cuanto a la naturaleza de las normas contenidas en el CEMP, no cabe duda de que estas son de naturaleza meramente éticas, dado que este código fue creado por una norma administrativa de la propia entidad y no establece ningún órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de los principios éticos recogidos en el código.

⁶³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56.

⁶⁴ MONTROYA VIVANCO, Yvan, *loc. cit.*

⁶⁵ MONTROYA VIVANCO, Yvan, *op. cit.* p. 10.

CAPÍTULO 2. Parte general de los delitos contra la administración pública

El presente capítulo analiza algunos elementos generales que deben ser comprendidos para un adecuado estudio sobre las consecuencias penales por comisión de delitos contra la administración pública. Estos elementos son: el bien jurídico protegido, la titularidad del bien, el carácter especial de estos delitos, el problema con los delitos de encuentro, la autoría y participación, y el título de imputación de la intervención del particular.

2.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En doctrina penal existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública. Antes de hacer una pequeña reseña de cada postura y explicar cuál es considerada como la más adecuada, conviene adelantar que en este acápite no serán analizados los bienes jurídicos que, de manera específica, protege cada tipo penal, sino que se abordará el bien jurídico protegido, de manera general, en todos los tipos penales de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Así, es posible identificar las siguientes posturas:

- **La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público.** Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto del bien jurídico, ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.
- **Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social.** En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas.⁶⁶
- **El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública).** Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia.

En el presente texto adoptaremos la postura de acuerdo con la cual el bien jurídico de relevancia penal en los delitos del Título XVIII Código Penal (en adelante, CP) es el **“correcto y regular funcionamiento de la administración pública”**. Sin embargo, este concepto es difuso y amplio, por lo que requiere ser analizado con mayor profundidad.

⁶⁶ REAÑO PESCHIERA, José. (2009). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, pp. 29-30. Esta perspectiva teórica es planteada por JAKOBS, Günther, citado por VASQUEZ-PORTOMEÑE SEJAS, Fernando. (2003). *Los delitos contra la administración pública*. Teoría general.: Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela, p. 35.

Así, debemos entender a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado constitucional y de Derecho pueda cumplir con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la Administración en sí misma, como un conjunto de órganos o instituciones, sino que se protege a la administración pública en sentido funcional, es decir, respecto de los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen. Con esta definición, debería descartarse al patrimonio o a la “gestión eficaz”, como bienes jurídicos protegidos, pues, por un lado, el patrimonio del Estado se protege como el de cualquier otro ciudadano, y, por otro lado, el Derecho Penal atiende a la eficiencia en la administración de los recursos del Estado, antes que a su simple eficacia.

En este sentido, la administración y la función pública de un Estado pensada y concebida para todos, no pueden beneficiar a ningún sector o persona particular. Por el contrario, la función pública debe guiarse por criterios objetivos, legales y prestacionales propios de una gestión democrática. De este modo, una correcta gestión pública se desprende de los principios y valores propios de la Constitución de una sociedad, la misma que debe apuntar a un sistema social equitativo, justo y democrático. En esta línea, el bien jurídico “correcto y regular funcionamiento de la administración pública” debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Ejemplo

Si un fiscal acepta dinero por parte del abogado para archivar un caso contra un imputado, se estaría cometiendo un **delito de cohecho** y, con ello, vulnerando, en primer lugar, el correcto funcionamiento de la administración pública.

EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SERÍA EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO GENERAL.

En segundo lugar, este delito supondría la vulneración del derecho al debido proceso de la parte civil, así como el principio de imparcialidad, lo que afecta el derecho a la igualdad de armas al momento de defender la parte civil su posición dentro del proceso.

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD E IGUALDAD DE ARMAS SERÍAN LOS PRINCIPIOS DEL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA, ESPECÍFICAMENTE AFECTADOS.

El bien jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado.⁶⁷

⁶⁷ MEINI, Iván. (2008). *Delitos contra la administración pública*. En: *Delitos contra la administración pública*. Guatemala: USAID, p. 7.

El bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” es supraindividual, es decir:

- Su titularidad es compartida por la sociedad en su conjunto.
- Es indisponible por un sujeto privado.⁶⁸ Por esta razón, será ineficaz el consentimiento respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión.⁶⁹

Esta posición ha sido recogida por el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia sobre prescripción de la acción penal:

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010 (Fundamento 14)

“(…) no todos los delitos comprendidos allí [capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales] tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo con el correcto funcionamiento de la administración pública (…)”

2.2 TITULARIDAD DEL BIEN

En relación con la titularidad del bien jurídico afectado por los delitos de corrupción, existen dos grandes posturas:

- **El titular del bien es el Estado.** Esta es la posición dominante- y, en este sentido, el sujeto pasivo específico sería la entidad estatal afectada en el caso concreto.
- **Los titulares son los ciudadanos.** Esto en la medida en que los delitos contra la administración pública generan un daño, y afectan los derechos de los administrados y de la colectividad en general.⁷⁰ Una postura contenida en esta tesis es la que considera que la conducta penalmente relevante de un delito contra la administración pública genera, al menos, un peligro para la vigencia de un derecho subjetivo.

⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2007). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 188-189.

⁶⁹ Al respecto, se puede encontrar información más detallada sobre la disponibilidad del bien jurídico en los delitos contra la administración pública en: VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos del cargo). En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

⁷⁰ ASUA BATARRITA, Adela. (1997). La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de la interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. En: *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 25.

Sin embargo, los autores de este Manual difieren de ella, ya que los delitos contra la administración pública no son los únicos que, en el fondo, lesionan o ponen en peligro un derecho subjetivo. Estos lesionan de manera inmediata su correcto funcionamiento y, solo de forma mediata, ponen en peligro la vigencia, el acceso a servicios públicos o la realización de ciertos derechos fundamentales. Además, no debe confundirse la finalidad político-criminal (que sería en última instancia la lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos) con el objeto jurídico de protección del delito. Por este motivo, el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública no es el derecho fundamental específico lesionado.

Así, la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la administración pública –a través de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos específicos de cada tipo penal– hace, a su vez, peligrar la función prestacional del Estado.

Con respecto de la afectación de la función prestacional del Estado por parte de los delitos contra la administración pública, el Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia recaída en el expediente N°00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012 señala que:

“Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración” (Cfr. Exps. Ns 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° 008-2005-AI, fundamento N° 14).

18. (...) de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad. (...) De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública –que se derivan de la citada disposición constitucional– la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores”.

2.3 CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

La calidad de funcionario público no es accidental, sino que su conducta es un elemento fundamental de la sanción penal de los delitos de corrupción. En esta medida, todo análisis de una acción de corrupción debe partir por identificar al funcionario público. Pero, ¿quién es funcionario público?

2.3.1 Autonomía del concepto de funcionario público

En primer lugar, al momento de definir al funcionario público en el marco de los delitos de corrupción debe tomarse en consideración la autonomía del término en el ámbito penal.

El contenido del concepto de funcionario público ha tenido un trato diferente según el área del Derecho que lo regula. Por ejemplo, en Derecho Administrativo se utiliza un concepto formal y restringido de este término, según lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución y del artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Estas normas establecen una definición negativa de funcionario público (es decir, por exclusión). Esta definición ha sido elaborada para cumplir los objetivos de la regulación administrativa.⁷¹ Así:

- El artículo 40° de la Constitución excluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.
- El artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276) excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, y a los trabajadores de empresas del Estado o de economía mixta.

Por el contrario, como se verá más adelante, en el ámbito del Derecho Penal, la definición de funcionario público ha buscado ser más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos bajo el Derecho Administrativo. Para el Derecho Penal no interesa tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que desempeña su labor el funcionario, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública de cara al cumplimiento de las prestaciones sociales que debe desempeñar el Estado.⁷² En otras palabras, para definir el concepto de funcionario público en el Derecho Penal es importante determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública.

El concepto de funcionario público utilizado por el Derecho Penal es autónomo al utilizado por otras ramas del Derecho, respondiendo este a criterios de valoración estrictamente penal.⁷³

2.3.2. Concepto de funcionario público

Sobre la base de lo señalado, resulta necesario utilizar un concepto que sea funcional a la protección del correcto y normal funcionamiento de los servicios de la administración pública en favor de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la doctrina⁷⁴ ha reconocido como los elementos del concepto de funcionario público los siguientes:

⁷¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2001). *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, p. 29.

⁷² OLAIZOLA FUENTES, Inés. (1997). Concepto de funcionario público a efectos penales. En: Adela ASUA BATARRITA (Coord.). *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 77.

⁷³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *idem*. p. 30; DONNA, Edgardo. (2000). El concepto de funcionario público en el código penal peruano. En: *Revista peruana de Ciencias Penales*, N° 11-12, Año VII-VIII. pp.261-273; OLAIZOLA FUENTES, Inés, *idem*, p. 77.

⁷⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *idem*. pp. 19-39.

- La persona deberá estar incorporada a la actividad pública (título habilitante).
- La persona debe ejercer la función pública.

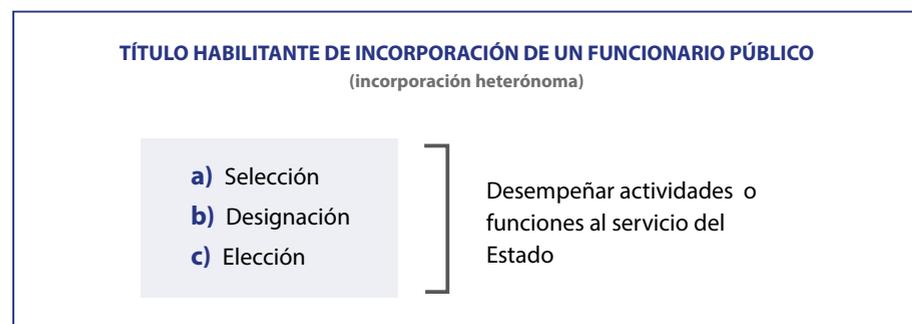
Sin embargo, por las razones expuestas a continuación, conviene utilizar los siguientes elementos:

- Incorporación heterónoma a la función pública.
- Posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público.

1. La incorporación heterónoma a la función pública

La incorporación heterónoma a la función pública significa que el funcionario público adquiere su estado a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo, la norma, o una persona que -distinta al propio funcionario- ostente el poder suficiente para vincular al nuevo servidor con la administración pública.

En otras palabras, **el título habilitante de incorporación consistirá en la selección, la designación o la elección del sujeto para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado.**⁷⁵



Estos títulos habilitantes abarcan todas las posibilidades de acceder a la administración pública.⁷⁶ Así entendemos:

- **Selección:** elegir a una persona entre otras por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El juez que es elegido por concurso público dirigido por la CNM.
- **Designación:** destinar a un sujeto para la función pública por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El Presidente de la República designa a un asesor para que sea el encargado del SIN.
- **Elección:** nombramiento que regularmente se hace a través de un proceso de votación. Ejemplo: El congresista que es elegido por elección popular.

Esta posición es la planteada por la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC):⁷⁷

Artículo I de la CICC:

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**”.

Estas formas de acceso a la función pública son igualmente reconocidas por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC):⁷⁸

Artículo 2 de la CNUC

“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;”

⁷⁵ MEINI, Iván, *idem*. p. 16.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997.

⁷⁸ Ratificada por el Estado peruano el 16 de noviembre de 2004.

Así, una interpretación conjunta de ambos tratados lleva a postular la necesidad de una incorporación heterónoma a la función pública, resaltando las siguientes características:

- **No importa la denominación o nomen iuris:** la CICC ha buscado abarcar los distintos conceptos utilizados por los ordenamientos jurídicos de la región. En esta medida, ha dejado claro que no importa el nombre formal que se le otorgue al funcionario para que el Derecho Penal lo considere como tal. Asimismo, la CNUC considera funcionario público a aquel que hubiera sido definido como tal por el Derecho interno de los estados.
- **Título habilitante:** tanto la CICC como la CNUC ayudan a materializar lo expuesto anteriormente sobre la incorporación heterónoma del funcionario público, ya que señala como título de incorporación a la selección, designación y/o elección, elementos que, como ya se ha visto, incorporan todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma.
- **Irrelevancia del nivel jerárquico:** como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.
- **Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo.** como se puede observar, el requisito de la incorporación heterónoma cumple con una función negativa, es decir, excluye de la categoría de autores de los delitos de corrupción a las personas que no hayan sido incorporadas heterónomamente a la función pública.

Ahora bien, existen dos supuestos de casos que generan dificultades: Los funcionarios de facto y aquellos que usurpan funciones públicas de manera unilateral. En el primer caso, se trata de un particular que es incorporado como funcionario público a través de alguna forma de selección, designación o nombramiento que podrá resultar nulo, anulable⁸⁰ y/o inexistente. Por otro lado, en lo que respecta al usurpador de funciones, se hace referencia a los casos en que un sujeto, por iniciativa propia, se coloca de forma ilegítima en la posición de funcionario. A través de dos ejemplos, se aportará la solución a estos casos complejos:

⁷⁹ MEINI, Iván, *op. cit.* p. 4.

⁸⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Sobrino Martínez. (2008). *Delitos contra la administración pública*. Barcelona: Bosch, pp. 37-50.

Ejemplo

El funcionario de facto o de hecho

El 17 de enero de 2001 se difundió un video en el que se aprecia cómo Vladimiro Montesinos (quien formalmente no era jefe del SIN sino Asesor II de la Alta Dirección de dicho órgano) le entregó a Luis Bedoya de Vivanco, candidato al cargo de alcalde de Miraflores, la cantidad de US\$ 25,000 dólares americanos, pertenecientes a los fondos públicos del SIN, con el objetivo de financiar su campaña electoral municipal en 1998.

¿Podía Montesinos Torres ser considerado funcionario público para efectos del delito de peculado?

El Tribunal Constitucional, ratificando lo señalado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, dispuso lo siguiente:

“(…) 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”.⁸¹

De esta manera, al existir un título habilitante material, porque el expresidente Fujimori incorporó a Montesinos Torres en la cúpula del SIN (incorporación heterónoma por designación), permitiendo su acceso y disposición a los fondos públicos de dicha entidad, sí es posible considerarlo funcionario público.

En conclusión, en los casos de funcionarios de facto (como el de Montesinos), el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario para vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, **debe ser considerado funcionario público.**

⁸¹ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 23 de noviembre de 2004, recaída en el Expediente 2758-2004-HC/TC (Fundamento 10).

Ejemplo

El usurpador unilateral de funciones

Un sujeto compra la vestimenta de un policía de tránsito para utilizarla en su beneficio, detiene un automóvil que no tiene el SOAT y le exige al conductor la entrega de dinero a cambio de no sancionarlo con la multa respectiva.

¿Puede el referido sujeto ser considerado como funcionario público y responder como autor del delito de cohecho?

Es importante tener en cuenta que el sujeto se coloca, de forma ilegítima, en la posición de un funcionario público. Al no haber sido incorporado de forma heterónoma y con un título habilitante a la función pública sino que, por propia iniciativa, se hace pasar por funcionario; no podrá contar con el poder para vincular al Estado y, por tanto, no debe ser considerado funcionario público.

2. La posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público

Cuando se analiza si una persona puede o no ser considerada funcionario público en los términos del Derecho Penal, más que un ejercicio de la función pública debe hablarse de **una posibilidad efectiva de ejercicio de la función pública**, ya que desde esta posición se podrá al menos poner en peligro el bien jurídico protegido en estos delitos. La posición de cercanía al bien jurídico protegido no requiere de un ejercicio, sino de la posibilidad efectiva (y no irreal o abstracta) de ejercitar el poder otorgado al momento de la incorporación en el organigrama público. En otras palabras, cuando un sujeto ya accede materialmente al aparato estatal (aunque por aspectos de forma aún no ejerce efectivamente la función pública) se origina una relación en la que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública depende de su comportamiento. Este vínculo configura la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo.

Este elemento también está presente en la CICC cuando, en lugar de utilizar la expresión “seleccionado, designado o electo que desempeñe actividad”, ha decidido estipular lo siguiente: “seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones (...)”. La preposición *para* es una evidente manifestación de que la voluntad del legislador (en este caso, los estados parte) ha sido que se incluya al funcionario que tenga la posibilidad efectiva del desempeño del cargo.

Ejemplo

El funcionario público electo

El artículo 47° del Reglamento del Congreso dispone que “el periodo parlamentario comprende desde la instalación del nuevo congreso, hasta la instalación del elegido en el siguiente proceso electoral”.

Alberto Kouri Bumachar⁸² fue candidato al Congreso de la República para el periodo 2000-2005. El 9 de abril del 2000 se realizaron las elecciones presidenciales y congresales, siendo este elegido para el cargo de congresista de la República. No obstante, el 5 de mayo del mismo año Kouri Bumachar se reunió con Vladimiro Montesinos y recibió dinero para cambiarse a las filas del fujimorismo.

La lista oficial de congresistas fue publicada por el Jurado Nacional de Elecciones el 3 de junio, asumiendo estos funcionarios el cargo con fecha 28 de julio.

¿Debía ser considerado funcionario público Alberto Kouri Bumachar?

El Derecho Penal, como se ha señalado, asume un concepto autónomo de funcionario público, distinto al previsto en el Reglamento del Congreso. Según la Corte Suprema, Kouri Bumachar era funcionario público desde el 9 de abril de 2000⁸³. Así, Kouri Bumachar se encontraba tan cerca del ejercicio efectivo de la función pública que era capaz de vincular materialmente al Estado con sus actos, sí debe ser considerado funcionario público. Cuando Kouri se reunió con Montesinos, ya había sido elegido como congresista. A pesar de que no ejercitó ni desempeñó el cargo público, Kouri Bumachar se encontraba en la posición de dominio que le permitía acceder y lesionar el bien jurídico. Son irrelevantes, por tanto, las normas administrativas que establezcan formalidades.

Esta son las consideraciones más importantes que el Derecho Internacional establece como concepto de funcionario público para efectos penales. Sin embargo, es posible encontrar otros elementos que no dejan dudas de una comprensión extensa de la calidad de funcionario público para efectos punitivos.

⁸² Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 12 de febrero del 2003, recaída en el Expediente 06-2001.

⁸³ Ídem, Fundamento décimo cuarto.

De esta manera, haciendo una interpretación conjunta de los instrumentos internacionales, se puede decir que el funcionario público queda caracterizado por lo siguiente:

- Ser un cargo legislativo, ejecutivo, judicial o administrativo, es decir, **no interesa el lugar donde se ejerza la función pública.**
- **Haber sido designado, seleccionado o elegido.** Conviene señalar, dentro de la modalidad “elección”, al funcionario seleccionado, ya que un proceso de selección culmina con la elección de la autoridad competente. Sin embargo, a efectos esclarecedores, se pueden diferenciar estos conceptos, como lo hace la CICC.
- El cargo puede ser **permanente o temporal.**
- El sujeto puede percibir una remuneración por ser servidor público, pero **puede ser también un cargo honorario.**
- **No importa la antigüedad** en la función pública.
- Es funcionario público **todo aquel que desempeñe o esté en posibilidad efectiva de desempeñar una función pública.**
- Todo funcionario público según el Derecho Interno.

2.3.3 Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano a la luz de los tratados

El artículo 425° del Código Penal hace referencia al concepto de funcionario; sin embargo, este cuerpo normativo, lejos de fijar un concepto único⁸⁴ o una lista cerrada de lo que es un funcionario público, establece una lista enunciativa, permitiendo la incorporación de nuevos supuestos según lo previsto en la Constitución, la ley o los convenios internacionales de los cuales somos parte.

El artículo 425° no constituye el concepto de funcionario público. Este se configura a partir del propio tipo penal que contiene el delito funcionarial. En otras palabras, el concepto funcionario público es un elemento normativo/jurídico de cada uno de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos y, como tal, susceptible de interpretación. Los operadores jurídicos pueden apelar a enunciados de distinta fuente jurídica para dar un contenido razonable al concepto de funcionario público.

“Artículo 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 designados, elegidos o proclamados por la autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución política y la ley”.

Es importante destacar de este artículo que los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 incluyen como funcionarios públicos a sujetos excluidos por normas de naturaleza administrativa, laboral y constitucional, reafirmando la noción amplia y autónoma que señala este Manual para el Derecho Penal. Es más, el numeral 4 (administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente) plasma de manera clara y precisa el hecho de que al Derecho Penal, en relación con los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, le interesa únicamente imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta, tanto así que ha incluido taxativamente a los administradores y depositarios de caudales embargados.

Ahora bien, el numeral 3 considera funcionarios públicos a cualquiera que mantenga una relación contractual con algún organismo del Estado. En este sentido, la norma penal está incluyendo al trabajador de las empresas del Estado y sociedades de economía mixta, al funcionario público que trabaje *ad honorem* (caso de la primera dama de la nación que ejerce alguna función pública sin percibir retribución económica), a quien cumple un trabajo a tiempo parcial o de locación de servicios, al practicante preprofesional sujeto a ley sobre modalidades formativas laborales, y otros sujetos que no tienen una relación laboral formal con el aparato estatal pero sí un vínculo real-material con la función pública.

⁸⁴ A diferencia del artículo del código penal español que propone una definición de funcionario público.

Como se señaló previamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido al funcionario electo como posible autor de los delitos contra la administración pública. Esto ha sido ratificado recientemente por la reforma de la Ley 30124, que modificó el inciso 6 del artículo 425°. Por lo tanto, se confirmó que es innecesario que el funcionario público electo ejerza efectivamente el cargo.

Por otro lado, se debe destacar que el artículo 425° haya utilizado los tres títulos habilitantes, a los que nos hemos referido en líneas anteriores, para la incorporación a la función pública, siempre que se den de forma heterónoma incluyen a todas las formas posibles de acceso a la administración pública:⁸⁵

- Selección (numeral 1, 3, 5)
- Designación (numeral 3 y 4)
- Elección (numeral 2 y 6)

Sin perjuicio de lo expuesto, se podría sostener que el artículo 425° refuerza el elemento de la incorporación heterónoma a la función pública y, con la reciente reforma de la Ley 30124, reconoce el elemento de la posibilidad efectiva de desempeñar un cargo público. Como veremos posteriormente, esta reforma sigue la orientación de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, en concreto, con la Convención Interamericana contra Corrupción⁸⁶ (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

Finalmente, el numeral 7 del Código Penal representa una cláusula abierta que se condice con la naturaleza enunciativa, mas no taxativa ni constitutiva, de la lista reconocida por el artículo 425 del Código Penal. Pero, ¿qué implica establecer que son funcionarios, o servidores públicos, todos los indicados por la Constitución Política y la ley? ¿Qué norma de rango constitucional o legal nos brinda un acercamiento al concepto de funcionario público del Derecho Penal? De una revisión de nuestro ordenamiento jurídico puede afirmarse que las normas que brindan un mejor acercamiento al concepto de funcionario público en materia penal están contenidas en leyes o instrumentos internacionales (CICC y CNUCC), incorporados al ordenamiento peruano de manera automática (modelo monista) por el artículo 55° de nuestra Constitución que señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.⁸⁷

Así, las disposiciones ya reseñadas de los artículos 1 y 2 de la CICC y el artículo 2 de la CNUCC son normas autoaplicativas o de aplicación inmediata (*selfexecuting*) y, por tanto, deben ser tomadas en consideración por los operadores del Derecho cuando determinen quién es funcionario público⁸⁸.

⁸⁵ *Supra*. Concepto de funcionario público. Elementos del concepto. A. Incorporación heterónoma a la función pública.

⁸⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Informe: Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio_final_peru.htm. Revisado el 12/02/13.

⁸⁷ En el mismo sentido, la Ley 26647, la cual dispone en su artículo 3 que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente.

⁸⁸ En cualquier caso deben ser consideradas disposiciones que funcionan como criterios de complementación hermenéutica al tratarse de un concepto (el de funcionario público) normativo del tipo penal.

¿Qué es una norma autoaplicativa, de aplicación automática o *selfexecuting*?

En el Derecho Internacional existen normas auto-aplicativas y normas no autoaplicativas o programáticas.

Una norma autoaplicativa es aquella norma completa, es decir, que puede ser aplicada o que despliega sus efectos de manera inmediata, sin la necesidad de algún acto legal adicional. Las normas no autoaplicativas, por el contrario, requieren de un desarrollo legislativo posterior para su aplicación.

Para que una norma sea autoaplicativa es necesario que cumpla con lo siguiente:

- Que otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigido ante el juez.
- Que sea lo suficientemente específica para poder aplicarse judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de recurrir a alguna norma adicional⁸⁹.

En conclusión, las normas internacionales referidas al concepto de funcionario público son *autoaplicables*, toda vez que representan definiciones completas, claras y específicas, siendo su cumplimiento un deber del operador judicial, ya que su omisión generará la responsabilidad internacional del Estado peruano.

Esta posición ha sido asumida por la Corte Superior de Lima en la sentencia recaída en el expediente 032-2006, en relación a la consideración de los bomberos como funcionarios públicos. La Corte señaló:

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

⁸⁹ ÇANCADO TRINTADE, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Citado por: BREGAGLIO LAZARTE, Renata, *ibidem*.

A todo lo anterior, se debe agregar que este razonamiento no representa ni una integración analógica de la norma ni la aplicación de una ley penal en blanco.

No es integración analógica: la integración analógica consiste en la aplicación de la consecuencia de la norma jurídica a un supuesto de hecho distinto a esta.⁹⁰ Además, como todo método de integración, la analogía opera frente a una laguna del Derecho. En el presente ejemplo se está interpretando, no integrando, un elemento objetivo y normativo del tipo penal, como es el elemento funcionario público.

No es aplicación de ley penal en blanco: este razonamiento no implica una remisión que rellene un vacío dejado por un elemento faltante que se encuentra fuera del tipo penal (remisión en bloque o ley penal en blanco),⁹¹ sino que implica un elemento que requiere, para el conocimiento y comprensión de su alcance y significado, la ayuda de alguna norma.⁹² Esto se denomina remisión interpretativa.

El concepto de funcionario público es un elemento normativo del tipo⁹³ que requiere para su entendimiento que el operador jurisdiccional utilice otras normas penales del ordenamiento peruano como, por ejemplo, el artículo 425° del Código Penal, el artículo 1° de la CICC o el artículo 2.a de la CNUCC.

2.4 LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO DELITOS ESPECIALES

Como se ha visto, el elemento del tipo “funcionario público” es central en los delitos contra la administración pública que, especialmente, son objeto de este manual: cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito. En tal sentido, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales. En esta medida, el presente acápite analiza el concepto de delito especial, el fundamento de los delitos especiales, y las clases de delitos especiales; todo ello en correspondencia con los delitos de corrupción.

⁹⁰ RUBIO CORREA, Marcial. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: PUCP, p.264 y ss.

⁹¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2008, enero). Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del delito económico. En: *Revista Penal*, tomo 21, p. 4. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/338/329>. Consulta: 14/02/13.

⁹² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. (2004). *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas, p.351. En un sentido similar: GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*. Disponible en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20\(Documentos\)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20(Documentos)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf). Consulta: 14/02/13, p. 72.

⁹³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *op. cit.* p. 352. Cabe recordar que todos los tipos penales tienen elementos descriptivos del tipo y elementos normativos. Los primeros pueden ser conocidos con el común saber empírico, mientras que los segundos requieren de una norma para la correcta comprensión de su alcance y definición.

2.4.1 Delitos especiales: concepto simple vs. concepto complejo

Es posible identificar dos enfoques en la doctrina y jurisprudencia sobre el contenido del concepto delito especial:

- **Delito especial en sentido simple:** según este enfoque, son delitos especiales aquellos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal.⁹⁴
- **Delito especial en sentido complejo:** este enfoque va más allá de la decisión formal del legislador de delimitar el número de autores a través del tipo penal, y busca encontrar el fundamento en el que descansa la restricción del círculo de autores. En otras palabras, a diferencia del concepto en sentido simple, hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial⁹⁵.

De una primera mirada, parecería sensato afirmar que **los delitos contra la administración pública son delitos especiales en sentido simple**, toda vez que delimitan el círculo de autores y con ello, como se ha detallado en apartados anteriores, se protege eficientemente el correcto funcionamiento de la administración pública.

Un amplio sector de la doctrina nacional utiliza este concepto simple de los delitos especiales⁹⁶, criterio que también ha sido asumido por Corte Suprema de la República cuando señala que “la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal”.⁹⁷

Así, no se puede negar que el concepto simple de delito especial brinda una herramienta útil para analizar estos delitos, ya que distingue su único rasgo común; la inidoneidad para ser cometidos por cualquier sujeto.⁹⁸

Sin embargo, también es necesario analizar los delitos especiales en sentido complejo, pues no debe olvidarse que un concepto formal sin fundamentación carece de sentido. Formulado con otras palabras, el concepto simple es solo la puerta de entrada a la problemática de los delitos especiales cuya comprensión obliga a conocer el motivo de la delimitación del círculo de autores (es decir, incorporar el concepto complejo). La determinación de este fundamento

⁹⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2006). *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, p. 27.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 22

⁹⁶ PARIONA ARANA, Raúl. (2011, enero). La teoría de los delitos de infracción de deber. En: *Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima; tomo 19, p. 81; CARO JOHN, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf. Consulta: 08/02/13; REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *op. cit.* p. 23 y ss.

⁹⁷ Destaca la sentencia del 20 de julio de 2009 recaída en el expediente AV- 23-2001 emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en contra de Alberto Fujimori Fujimori. p.35. Pie de página 3.

⁹⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op.cit.* p. 16.

debe permitir responder algunos aspectos problemáticos que plantean los delitos especiales que serán, posteriormente, analizados.

¿Cuál es el fundamento de la restricción legal del círculo de autores en los delitos especiales? Esta pregunta exige recordar que existe una gran variedad de delitos que pueden ser incluidos en la nomenclatura de delitos especiales. ¿Tienen todos ellos el mismo fundamento material? Parece claro que no, que hay distintas clases de delitos que presentan diversos motivos y razones por los que el legislador decidió acotar el número de autores a un grupo con cualidades especiales. En este contexto, existen diversas clases de delitos especiales en sentido complejo que responden a fundamentos materiales distintos. Este Manual se limita al de los delitos funcionariales especiales.

Pese a ello, antes de abordar la clasificación de los delitos especiales en sentido complejo, es necesario hacer un breve recuento de las principales posturas sobre el fundamento de estos delitos. Así quedarán expuestas las dos teorías que mayor acogida han tenido por la doctrina y que, además, han sido asumidas por la Corte Suprema de la República y por las cortes superiores de Justicia: a) la infracción de deber y b) el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

a) Delitos especiales como delitos de infracción de deber

Una primera postura, la teoría de la infracción de deber, fue planteada como un criterio de la autoría alternativo al llamado dominio del hecho.⁹⁹ Así, el fundamento de la autoría en algunos delitos ya no descansaría en el dominio fáctico del suceso, sino en la titularidad de un deber extra penal que es infringido. En este sentido, los criterios de dominio del hecho e infracción de deber son completamente independientes entre sí, y su diferenciación vendría impuesta por la ley¹⁰⁰.

Tomando en cuenta lo anterior, será autor de delitos especiales en sentido complejo quien infringe un deber previo al plano de la norma penal contenido casi siempre en normativa extra penal o infracción del deber y no quien tenga el control del suceso fáctico o dominio del hecho.¹⁰¹

Ejemplo

El autor del delito de cohecho pasivo será el funcionario público que infrinja su especial deber de fidelidad y lealtad a la función pública, previstos en el Código de Ética de la Función Pública y normativizados a través del artículo 393° del Código Penal.

Por el contrario, será partícipe de estos delitos todo interviniente que no tenga este deber extra penal, aunque tenga dominio del suceso fáctico.

⁹⁹ ROXIN, Claus. (2000). Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, pp. 385-434.

¹⁰⁰ Ídem. p. 420.

¹⁰¹ Ídem. p. 386.

Cabe señalar que para esta posición, planteada por el profesor Roxin, todos los delitos especiales se caracterizan porque el autor es quien tiene una posición de deber extrapenal, motivo por el cual se utiliza el concepto “delitos de infracción de deber” en lugar de delitos especiales en sentido complejo.¹⁰²

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario N 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria. Antecedente 1.

“Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”.

Una segunda postura que replantea la teoría de la infracción de deber, es la presentada por Jakobs y seguida por sus discípulos. Esta señala que existen dos tipos de deberes (correspondientes a dos ámbitos de competencia):¹⁰³

1. **Competencia por organización:** correspondiente a los deberes de todo ciudadano de no dañar a nadie (deberes negativos). La norma se dirige al ciudadano con la expectativa de que este no invada la esfera de libertad ajena a través de un comportamiento comisivo u omisivo. Pertenecen a esta categoría los delitos comunes o de dominio.
2. **Competencia institucional:** correspondiente a los deberes que nacen de un estatus del sujeto (deberes positivos).¹⁰⁴ Estos no se limitan a no dañar, sino que implican una prestación de ayuda y fomento. ¹⁰⁵ Esencialmente se pueden distinguir dos tipos de deberes positivos: los familiares (por ejemplo, los de la madre con la salud del hijo) y los estatales¹⁰⁶ (por ejemplo, los del funcionario con el correcto funcionamiento de la administración pública).

¹⁰² ROXIN, Claus. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, p. 338.

¹⁰³ JAKOBS, Günther. (1997). La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. En: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, pp. 343-363.

¹⁰⁴ Ídem. p. 348.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ-VERA, Javier. (2003). Delitos de infracción de deber. En: Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.). *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 275.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

Del esquema anterior, se desprende claramente que los delitos de corrupción deberían calzar dentro de los delitos por infracción de un deber positivo-institucional (deber estatal). Como consecuencia de esto, el estatus de funcionario deja de ser un simple elemento agravante y se convierte en la esencia del delito contra la administración pública.¹⁰⁷ Cabe advertir que nuestra jurisprudencia, cuando ha entendido este tipo de delitos como delitos de infracción de deber lo ha entendido desde la perspectiva planteada por el profesor Claus Roxin.

b) Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico

La teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico¹⁰⁸ parte por preguntarse cuáles son las necesidades político-criminales detrás de la decisión del legislador de elaborar un delito especial.¹⁰⁹

En esta línea, esta perspectiva sostiene que el criterio de la autoría de los delitos especiales debe ser buscado no en la infracción de un deber formal extrapenal o institucional (como lo sostiene la teoría de la infracción de deber), sino en una **relación especial de dominio sobre el resultado lesivo al bien jurídico. Este dominio se fundamenta en la posición de garante del sujeto cualificado**¹¹⁰ es decir, en la cercanía o proximidad fáctica al bien jurídico protegido, le permite tener la capacidad de afectarlo desde la organización estatal.¹¹¹ En este sentido, **es la función del autor frente a la especial situación de vulnerabilidad del bien jurídico, lo que favorece que tenga el dominio del resultado lesivo.**

Ejemplo

Un juez tiene la función de impartir justicia (servicio público). De esta forma, de él depende -situación de vulnerabilidad- que la administración pública funcione correctamente (específicamente en el ámbito jurisdiccional que le corresponde). En esta medida, el juez que recibe dinero de un abogado para que agilice un proceso será autor del delito de cohecho pasivo en virtud de su dominio sobre el bien jurídico protegido (correcto funcionamiento de la administración de justicia).

¹⁰⁷ A pesar de todo lo expuesto hasta aquí, esta postura ha sido criticada de forma reiterada por la doctrina. Para más información: RUEDA MARTÍN, María Ángeles. (2010). *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*. Granada: Comares; ROBLES PLANAS, Ricardo. (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. (2011). *Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito*. Barcelona: Indret. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>. Consulta: 22/02/13; GÓMEZ MARTÍN, Víctor, loc. cit. En la doctrina peruana: PARIONA ARANA, Raúl. (2011, enero). *La teoría de los delitos de infracción de deber*. En: *Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 19; SALINAS SICCHA, Ramiro, loc. cit. En el presente manual, esta postura no será adoptada.

¹⁰⁸ SCHUNEMANN, Bernd. (2004). *El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría*. *Revista de derecho penal y criminología de la Universidad del Externado de Colombia*, N° 75, vol. 25, pp. 13-25.

¹⁰⁹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.* p. 202.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ DONNA, Alberto, *op.cit.* p. 273.

Ello resulta pertinente en los casos de los delitos de corrupción, porque el funcionario ejerce un control especial sobre el suceso que lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública; a raíz de la posición interna y del poder estatal del que dispone el funcionario.¹¹²

Esta tesis también ha sido acogida por Pleno Jurisdiccional Superior Penal:

JURISPRUDENCIA

Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004. Tema 5, Acuerdo Primero.

“Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de estos en la realización del delito especial de que se trate. (...) Considerar que la **mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado**”.

El presente Manual se acoge a la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico:

- La posición de garante no se debe **SOLO** a la formalidad del estatus (una posición que ocupa el sujeto en la sociedad o institución), sino **SOBRE TODO** al ejercicio material del mismo, es decir, a las distintas funciones a través de las cuales el sujeto asume libremente la responsabilidad por el bien jurídico.¹¹³ A ello se suma, pues, la necesidad de verificar el dominio efectivo sobre el fundamento del resultado
- El dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico es el fundamento de un grupo **MAYORITARIO** de delitos especiales (donde se encuentran los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos) pero no de todos. Este Manual abordará solo la dinámica de los delitos funcionariales o especiales de posición institucionalizada.¹¹⁴

¹¹² *Ídem*. p. 24.

¹¹³ GRACIA MARTÍN, Luis. (1985). *El actuar en lugar de otro en derecho penal I. Teoría general*. Zaragoza: Prensas universitarias, p. 364 y ss; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *op. cit.* p. 23.

¹¹⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.* pp. 520-525. En este mismo sentido: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2012). *Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No 14-01. pp. 1-29. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf>. Consulta: 04/12/12.

2.4.2 Clasificación de los delitos especiales en propios e impropios

Tradicionalmente, los delitos especiales como aquellos contra la administración pública se clasifican en propios e impropios. Así:

1. **Los delitos especiales propios:** caracterizados porque la cualidad especial del autor (funcionario público para los delitos que son materia de este Manual) fundamenta la responsabilidad penal. Es decir, si el autor del delito no es funcionario público entonces no existe tipo penal común similar (o subyacente) por el que pueda responder.¹¹⁵ Ejemplo de ello son los siguientes delitos: el abuso de autoridad, la malversación de fondos, el cohecho pasivo, el enriquecimiento ilícito o el prevaricato.
2. **Los delitos especiales impropios:** caracterizados porque la cualidad especial del autor solamente equivale a un elemento adicional que, generalmente, agrava, (aunque a veces) atenúa la responsabilidad penal ya existente en un delito común. Así, si el sujeto no tiene tal cualidad, responderá inmediatamente por el delito común.¹¹⁶ Ejemplo de ello son los siguientes delitos: la concusión (en relación con las coacciones o la estafa) y el peculado (en relación al hurto o a la apropiación ilícita).

Ahora bien, ¿es correcto afirmar que algunos delitos de corrupción son delitos especiales impropios? De acuerdo con lo estudiado hasta ahora, la cualidad de funcionario público no es un elemento meramente modificador de la pena (circunstancias agravantes o atenuantes), sino un elemento “fundamentador” de la responsabilidad penal.¹¹⁷ Respecto del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico¹¹⁸, el presente Manual defiende esta postura, porque la función especial del funcionario público es el núcleo de la responsabilidad penal de estos delitos. Por ello, en nuestra concepción, no es posible hablar de delitos especiales impropios en materia de corrupción.

Se debe tener en cuenta que la teoría de la infracción de deber llega a la misma conclusión, ya que para esta tesis la distinción entre delitos especiales propios e impropios es superflua (ambos se fundamentan en la lesión de un deber positivo).¹¹⁹

Como consecuencia de ello, es posible afirmar que los mal llamados delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados de los correspondientes delitos comunes, sino que son delitos con autonomía.¹²⁰ Asimismo, se debe tomar en cuenta que en estos delitos el sujeto cualificado (funcionario público) también tiene un especial acceso sobre la vulnerabilidad del bien jurídico (el poder para lesionarlo desde la administración pública).

¹¹⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.* p. 41.

¹¹⁶ *Idem.* p. 42.

¹¹⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.* p. 507.

¹¹⁸ Ver supra.

¹¹⁹ GÓMEZ-VERA, Javier, *op. cit.* p. 285.

¹²⁰ RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *op. cit.* p. 76.

Lo dicho cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el método para determinar la autonomía de los delitos debe ser de naturaleza teleológica, esto es, preguntar por el objeto de la prohibición penal.¹²¹ Dado que el bien jurídico que se protege en los delitos de corrupción es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, todos los delitos especiales contra la administración pública son propios y autónomos. Además, que exista algún delito común con el que el delito especial guarde cierta semejanza no es un argumento en contra para reconocer la autonomía de los delitos funcionariales y la relación interna tan particular que existe entre el funcionario público y el bien jurídico protegido.

Ejemplo

- El delito de peculado protege el correcto funcionamiento de la administración pública.
- El delito de apropiación ilícita protege el patrimonio.

Ante el diferente objeto de protección penal, solo queda afirmar la autonomía entre estos dos tipos penales.

2.5 COMISIÓN POR OMISIÓN¹²²

2.5.1. Comisión por omisión y posición de garante del funcionario público superior

¿Qué caracteriza a un delito cometido por omisión? La diferencia entre omisiones y comisiones se puede hacer desde dos enfoques:

- **Plano ontológico:** las omisiones implican un *dejar de hacer* mientras que la comisión se representa como un *hacer*¹²³.
- **Plano normativo:** las comisiones significan la injerencia en la autonomía de terceros mientras que las omisiones implican la ausencia de una intervención de salvaguarda de bienes jurídicos¹²⁴.

¹²¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.* pp. 06:19-06:52. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>. Consulta: 25/02/13.

¹²² Este acápite recoge las principales ideas del siguiente artículo: GUIMARAY MORI, Erick y Julio RODRIGUEZ VASQUEZ. *Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y los presidentes regionales*. En: *Ius et veritas*, edición 51. En edición.

¹²³ SILVA SANCHEZ, Jesús María. (2004). Comisión y omisión: Criterios de distinción. En: *Estudios sobre delitos de omisión*. Lima: Grijley, p. 16.

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ *Ibidem.*

En este contexto, la comisión por omisión comparte con la omisión su base ontológica, a la vez que su base normativa implica la injerencia en una esfera jurídica ajena¹²⁵. Esta produce que, a diferencia de un delito de omisión pura, el hecho cometido por comisión por omisión se subsuma en un tipo penal que describe, desde un uso natural del lenguaje, la lesión de un bien jurídico mediante un quehacer activo¹²⁶ (por ejemplo, los tipos penales contra la administración pública).

De acuerdo a Mir Puig, las peculiaridades del tipo de comisión por omisión son las siguientes:

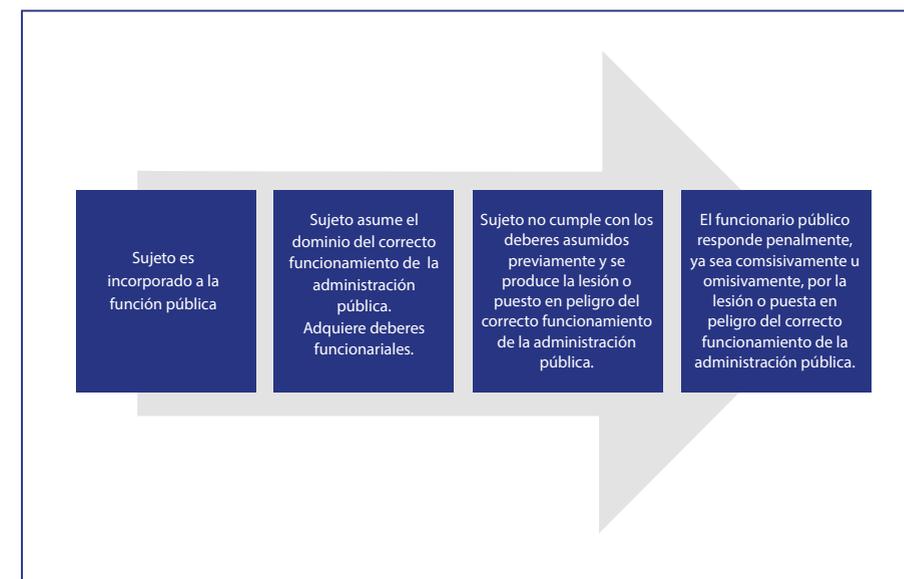
- Producción de un resultado (lesión de bienes jurídicos).
- Posibilidad de evitarlo.
- Posición de garante.¹²⁷

De estas características, la posición de garante es la más importante al momento de fundamentar la naturaleza de la comisión por omisión. En nuestra opinión, la posición de garante, y con ello el fundamento de la comisión por omisión, radica no solo en los deberes extrapenales que vinculan al funcionario público sino, especialmente, en la asunción de la custodia del bien jurídico, esto es, en una relación de dominio sobre la situación de vulnerabilidad del bien jurídico protegido por el tipo penal.¹²⁸

Como ya vimos, la teoría del domino sobre el fundamento del resultado ha permitido dar solución a las posiciones de garante que tienen los funcionarios públicos.¹²⁹ En el caso de los delitos de corrupción, su configuración como delitos especiales determina que solo algunos sujetos (funcionarios públicos) puedan tener la influencia o dominio necesario para lesionar el bien jurídico.¹³⁰ Como ya hemos señalado, el sujeto que es incorporado al aparato público, y que luego ejerce determinada función pública, posee el dominio sobre una esfera del bien jurídico “correcto y normal funcionamiento de la administración pública”, en tanto que de él depende que los servicios públicos a su cargo sean ejecutados correctamente.

En esta línea, cuando un funcionario público decide libremente formar parte de la administración pública y es incorporado asume el dominio sobre el “correcto y normal funcionamiento de la administración pública”. Así, el funcionario adquiere deberes que le exigen ejercer la función pública de manera objetiva, legal y prestacional, y el deber de evitar la afectación de dicho bien jurídico por parte de terceros y sus subordinados. Por este motivo, siempre que el funcionario público deje de cumplir con sus deberes funcionariales y esto produzca una lesión o puesta en peligro del bien jurídico estaremos ante un caso de responsabilidad penal, sea de forma comisiva u omisiva.

Esto queda más claro con el siguiente cuadro.¹³¹



2.5.2. Funcionario público que ocupa cargos de poder

La teoría del dominio sobre el fundamento del resultado también puede ser utilizada cuando el acto de corrupción se comete en el seno de una institución pública, caracterizada por la división funcional del trabajo en el plano horizontal y la jerarquía en el plano vertical.¹³²

El funcionario público que encabeza una estructura de este tipo tiene una posición de garante muy intensa, ya que se basa en el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico¹³³. La razón de esto radica en que los servicios públicos (necesarios para permitir el acceso a los derechos fundamentales) dependen de cómo realizan su función los servidores públicos responsables, especialmente los superiores a cargo. En otras palabras, el correcto y normal funcionamiento de la administración pública se encuentra en una posición de dependencia y vulnerabilidad frente a la función del servidor público superior.

¹²⁶ SCHUNEMANN, Bernd. (2009). El denominado delito de omisión impropia. En: *Discursos universitarios*. Arequipa: Pangea, p. 21.

¹²⁷ MIR PUIG, Santiago. (2006). Derecho penal. Parte general. Barcelona: Reppertor, p. 318.

¹²⁸ SCHUNEMANN, Bernd. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. En: *Revista de derecho penal y criminología de la Universidad del Externado de Colombia*, N° 75, vol. 25, p.21.

¹²⁹ SCHUNEMANN, Bernd. El denominado delito de omisión impropia, *op. cit.* p. 36.

¹³⁰ GRACIA MARTIN, Luis. (2004). La comisión por omisión en el derecho penal español. En: *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa, p. 142.

¹³¹ GUIMARAY MORI, Erick y Julio RODRIGUEZ VASQUEZ. *Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y los presidentes regionales*. *Ibidem*.

¹³² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. (2008). Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. En: SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón y Eduardo DEMETRIO CRESPO (Dir.). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: Colex, pp. 61-62. Hemos adaptado en parte las construcciones realizadas por los autores con relación a la posición de garante de los órganos de dirección de una empresa a la de los órganos de una institución pública.

¹³³ MONTOYA VIVANCO, Yvan (2012). La responsabilidad penal del funcionarios superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados. En: PARIONA ARANA, Raúl (Dir). *Veinte años de vigencia del código penal peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*. Lima: Grijley.

Es en esta medida que el dominio del funcionario público superior no se basa simplemente en el control sobre las fuentes de riesgo, sino que se fundamenta en la situación de vulnerabilidad o desamparo del bien jurídico¹³⁴, base que fundamenta una posición de garante más intensa. Una vez hecha esta aclaración, podemos partir de la premisa de que el dominio sobre el fundamento del resultado permite atribuir responsabilidad penal por comisión por omisión a aquellos órganos superiores jerárquicos en la organización pública que no eviten que el resultado lesivo a los bienes jurídicos se haga actual¹³⁵, siempre que en él concurra una posición de garante, un resultado y la posibilidad de evitar el mismo.

Lo afirmado aquí no significa que todos los miembros respondan individualmente, sino que la relevancia de la conducta debe ser interpretada en el contexto de la organización pública¹³⁶. En este sentido, se debe señalar que el funcionario público superior ostenta una posición de garante frente a la vulnerabilidad del bien jurídico. Así, la posición de garante del funcionario público que ocupa un alto cargo se basa en el poder de mando que tiene sobre sus subordinados (dominio personal)¹³⁷.

Este tipo de dominio es relevante en los supuestos de delegación de funciones. La delegación de funciones no es legítima y es importante para el funcionamiento eficiente de la institución pública¹³⁸. De esta forma, es usual que la institución divida competencias en diversos departamentos¹³⁹.

Sin embargo, afirmar que la delegación de competencias produce siempre una traslación del deber de garantía, significa permitir la liberación de responsabilidad penal de los altos funcionarios, hecho que genera consecuencias fatales para el efecto preventivo del Derecho penal¹⁴⁰, ya que solo los miembros subordinados llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal¹⁴¹, lo que supone excluir a los altos funcionarios.

¹³⁴ MONTOYA VIVANCO, Yvan, *ibidem*. En sentido similar: LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. (2002). *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, p.136.

¹³⁵ MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. (2007). *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant le Blanch, pp. 498-499. Reiteramos que hemos adaptado las construcciones dogmáticas referidas a la posición de garante en una empresa privada a las de la organización en una institución pública.

¹³⁶ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. (2007). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, p. 185.

¹³⁷ SCHUNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 537.

¹³⁸ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *op. cit.*, p. 508.

¹³⁹ SCHUNEMANN, Bernd. (2002). Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. LV., p. 31.

¹⁴⁰ SCHUNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 533.

¹⁴¹ *Ibidem*.

En este sentido ¿cuál es el alcance de la posición de garante de un alto funcionario público cuando ha habido delegación de funciones? La delegación modifica o transforma el contenido del deber de garantía primario (el cual pertenece, como vimos, al alto funcionario público). No obstante, el delegante no queda completamente liberado, dado que su deber originario no desaparece¹⁴². Así, el órgano directivo delegante continúa teniendo una competencia residual que radica en el deber de vigilancia y supervisión sobre el delegado¹⁴³. Este deber se basa no solo en el poder legal de mando del superior jerárquico, sino también en el mayor fondo de información que este tiene¹⁴⁴.

En palabras de Eduardo Demetrio, la delegación produce un efecto de mutación, pues convierte la obligación original del delegante en un deber de control sobre su subordinado¹⁴⁵. Como vemos, lo importante es que la delegación no implique el abandono de la situación de vulnerabilidad del bien jurídico, de forma que el que delega mermando las condiciones de seguridad existentes puede responder de los daños que se derivan del empeoramiento de la situación previa a la delegación¹⁴⁶. De esta manera, el superior jerárquico mantiene un dominio personal sobre el resultado lesivo al bien jurídico.

JURISPRUDENCIA

R.N. 77-2012. Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 22 de agosto de 2012, pp. 41-42.

“(…) en un ámbito de organización complejo el obligado principal, por dirigir la estructura global, tiene dentro de sus deberes el de delegar funciones de tal manera que la entidad pueda alcanzar sus fines, siendo que **el deber del delegante respecto de la salvaguarda de bienes jurídicos, no desaparece, sino que se transforma en un deber residual de control, supervisión y vigilancia de aquello que también responsablemente, realizan los delegados** (...) siendo esto así emerge una posición de garante sobre los riesgos generados por la administración pública, sin embargo, el superior no puede ser responsable de evitar todo tipo de actuación riesgosa de sus subordinados, sino que se hace responsable de evitar aquellos eventos lesivos vinculados al giro de la empresa. En el presente caso correspondía al Presidente Regional del Cusco velar por el patrimonio de la entidad pública de la que era titular (...).

¹⁴² MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *op. cit.*, p. 509. Así también: PEÑARANDA RAMOS, Enrique. (2006). Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa. En: *Liberamicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*. Madrid: Colex, p. 421.

¹⁴³ SCHUNEMANN, Bernd, citado por: MARTÍNEZ-BUJAN, Carlos, *op. cit.* p. 509.

¹⁴⁴ SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, p. 539.

¹⁴⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁶ FEJOO SANCHEZ, Bernardo, *op. cit.*, p. 190.

2.6. EL PROBLEMA DE LOS DELITOS DE ENCUENTRO

El problema de los delitos de encuentro es dogmático respecto de la punibilidad o impunidad de un sujeto que colabora o contribuye con la conducta del autor (funcionario público). La solución a la problemática de los delitos de encuentro debe responder a las siguientes preguntas: ¿Debe ser penalmente responsable el sujeto que se limita a hacer lo que el tipo penal presupone? ¿Pueden responder como cómplices o instigadores los intervinientes necesarios, aplicando las reglas generales de la participación criminal? Sobre estas cuestiones se profundizará a continuación.

A efectos de hacer más comprensible la problemática, primero es conveniente efectuar un acercamiento general a los delitos de intervención necesaria para, posteriormente, confluir en la problemática específica de los delitos de encuentro.

2.6.1 Los delitos de intervención necesaria

Se llaman *delitos de intervención necesaria, de participación necesaria*¹⁴⁷ o *plurisubjetivos* a aquellos que para la configuración de su tipo penal requieren, imprescindiblemente, la intervención de más de una persona.¹⁴⁸ Es decir, el tipo penal no solo describe la conducta del autor, sino también la conducta de otra persona.

2.6.2 Los delitos de convergencia y los delitos de encuentro

Los delitos de intervención necesaria han sido clasificados por la doctrina penal¹⁴⁹ en dos clases de delitos:

- **Los delitos de convergencia:** son aquellos donde las actividades de los intervinientes descritos en el tipo penal se dirigen conjuntamente al mismo objetivo.¹⁵⁰ Es decir, el tipo penal exige la concurrencia de varias personas para el menoscabo del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección.¹⁵¹

Ejemplo

El delito de asociación ilícita para delinquir (artículo 317° CP) que sanciona al que forma parte de una organización, de dos o más personas, destinada a cometer delitos.

¹⁴⁷ En este manual, al igual que ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 64-65 se prefiere utilizar el término *intervención necesaria*, por ser este más amplio que el de participación necesaria, que permite encuadrar tanto las conductas de autoría como de participación (complicidad o instigación) o incluso las meras intervenciones impunes.

¹⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, p. 751.

¹⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *loc. cit.*; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.* p. 66 y ss.; CARRASCO ANDRINO, María del Mar, *op. cit.*, p. 59 y ss.

¹⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *loc. cit.*

¹⁵¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.* p. 67.

- **Los delitos de encuentro:** son aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hacen desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse.¹⁵² Es decir, si bien las acciones de los intervinientes se dirigen a una misma finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria.¹⁵³ Es muy importante diferenciar los delitos de encuentro en que el tipo penal está configurado para proteger a la tercera persona que concurre con el autor en el hecho prohibido (por ejemplo, en el delito de violación sexual de menor), de aquellos delitos de encuentro en que el tipo penal no está configurado para proteger a la tercera persona concurrente (por ejemplo, el delito de colusión). En el primer caso, es muy claro que el tercero es una víctima del delito y no responde por delito alguno, mientras que, en el segundo caso, como se menciona más adelante, no hay ningún problema para que responda como cómplice o que se investigue según las reglas de la parte general.

La diferencia con los delitos de convergencia es que, en los delitos de encuentro, el interviniente necesario actúa desde una posición distinta de la que actúa el autor. Aquí la conducta del interviniente no “converge” con la conducta del autor para luego vulnerar un bien jurídico, sino que se “encuentra” con la conducta de autor, quien actuó de manera aislada y autónoma.

En la presente investigación el análisis se centrará en los distintos supuestos que presentan los delitos de encuentro por ser los más problemáticos en algunos delitos contra la administración pública.

2.6.3 Supuestos de delitos de encuentro

Siguiendo, en parte, la clasificación realizada por el profesor Abanto Vásquez¹⁵⁴ pueden identificarse los siguientes supuestos de delitos de encuentro:

- **Supuestos en los que el interviniente necesario es el titular del bien jurídico protegido por el delito:** aquí, el tipo penal persigue, precisamente, la protección del interviniente necesario, es decir, presupone para su configuración alguna conducta de la víctima. En estos casos, la doctrina penal¹⁵⁵ es unánime al sostener que el interviniente necesario nunca responderá penalmente como partícipe del delito.

¹⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *loc. cit.*

¹⁵³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 68.

¹⁵⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 69 y ss.

¹⁵⁵ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 233; JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *op. cit.*, p. 752; CARRASCO ANDRINO, María del Mar, *op. cit.* pp. 139-170 y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 70.

Ejemplo

En el delito de violación sexual (artículo 170° CP), se requiere que la actuación del autor (violador) tenga un contacto con el interviniente necesario (víctima). Este último es el titular del bien jurídico (libertad sexual) que es protegido por el delito, por lo que su conducta será impune.

En este ejemplo es claro que la víctima de una violación sexual debe intervenir en el delito, dado que es precisamente sobre partes de su cuerpo que recae la acción del autor. Sin embargo, dicha intervención, como ya se puntualizó, no es punible.

- **Supuestos en los cuales el delito de encuentro favorece al interviniente necesario:** la persona que es interviniente necesario en el delito se beneficia de la conducta del autor. En estos supuestos, para saber si el interviniente responde penalmente o es impune hay que diferenciar dos tipos de casos:
 - Cuando la ley penal sanciona la conducta del interviniente necesario a través de un tipo penal específico, debe aplicarse el tipo penal específico que sanciona al interviniente como autor. Es decir, se deja impune al interviniente como partícipe de un delito, pero se le sanciona como autor de otro especialmente pensado para sancionar su conducta.¹⁵⁶

Ejemplo

En estos casos se encuentran los delitos de cohecho activo (artículo 393° CP y ss.), donde se sancionan, mediante distintos tipos penales, a todas las personas que intervienen en el acto de corrupción (funcionarios y particulares).

- Los casos en los que la conducta del interviniente necesario no se encuentra sancionada por la ley penal. Estos han planteado algunos problemas de interpretación entre los jueces y la doctrina, pues no queda claro si el legislador pretendió dejar impune su conducta o, simplemente, quiso que se les aplicaran, como a cualquier otro delito, las disposiciones generales de la autoría y participación reguladas en la Parte General del Código Penal (artículo 23° CP y ss.).

Ejemplo

En el delito de tráfico de influencias (artículo 400° CP) se sanciona a la persona que ofrece interceder ante un funcionario a cambio de un beneficio, pero nada se dice sobre la punición o no de la persona que entrega este beneficio.

¹⁵⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 77.

Precisamente, sobre el análisis de esta clase de supuesto nos centraremos a continuación.

2.6.4 Consecuencias contra el interviniente necesario en delitos que lo favorecen sin regulación específica de su conducta en la parte especial del Código Penal

Se han planteado, principalmente, tres tesis sobre las consecuencias que deben recaer contra el interviniente necesario en delitos que lo favorecen, sin que su conducta esté sancionada por un tipo penal específico:

- La tesis de la impunidad.
- La tesis de la punibilidad.
- La tesis del “aporte mínimo necesario”.

La tesis de la impunidad

Esta tesis plantea que en los supuestos de interviniente necesario¹⁵⁷ en los delitos que lo favorecen sin sanción penal específica de su conducta, estos no deben responder penalmente en virtud de los principios generales de igualdad y proporcionalidad.¹⁵⁸

Respecto del principio de igualdad, se sostiene que el interviniente necesario no respondería penalmente, ya que no se le podrían aplicar las reglas generales de la participación criminal (artículo 23° del Código Penal y siguientes), pues su contribución no sería equivalente a la de un tercero cualquiera que colabora directamente en el injusto central.¹⁵⁹ Se dice, entonces, que aplicar las mismas consecuencias de punición al interviniente necesario y al tercero partícipe vulneraría el principio de igualdad, pues no serían casos que merezcan ser tratados de igual manera.

Por otro lado, en cuanto al principio de proporcionalidad, esta teoría señala que la contribución del interviniente necesario sería solo complementaria a otra conducta expresamente sancionada por el tipo penal. Se señala que el Derecho Penal pretendería sancionar directa y únicamente la conducta del autor que es de la que parte el peligro y donde se concentra su efecto multiplicador o propagador.¹⁶⁰

Ejemplo

En el caso del tráfico de influencias, solo la conducta del que ofrece la influencia sería la que merece ser sancionada, pues de ella dimanaría el efecto multiplicador del delito hacia otras personas.

¹⁵⁷ Denominados por el mayor representante de esta tesis, el alemán Cropp, *participes especiales*.

¹⁵⁸ CARRASCO ANDRINO, María del Mar, *op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁹ *Ibid.* p. 116.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

La crítica acertada y contundente que ha recaído sobre esta teoría es que el recurso a los principios de igualdad y proporcionalidad es muy inseguro, dada la amplitud de los mismos¹⁶¹. Asimismo, resulta equivocado pensar que desde la política criminal es conveniente la impunidad del partícipe periférico. La práctica evidencia un efecto multiplicador de la comisión de esta clase de delitos, que proviene de la conducta frecuente y peligrosa del interviniente necesario.¹⁶² Piénsese, por ejemplo, en las múltiples personas que fueron a buscar al exasesor presidencial, Vladimiro Montesinos Torres, para que intercediera por ellos ante algún juez que veía sus casos.

La tesis de la punibilidad

De acuerdo con esta tesis, en esta clase de supuestos no existe obstáculo para que, en principio y como regla, el interviniente necesario sea sancionado mediante las reglas generales de la participación (artículos 24° y 25° del Código Penal). Ahora bien, esta corriente teórica incluye dos posturas:

1. Aquella que sostiene que, como regla, el interviniente necesario siempre responderá penalmente, salvo que actúe con falta de dolo o su conducta sea estereotipada o inocua; esto es, que se enmarque dentro de su rol.¹⁶³
2. La tesis del aporte mínimo necesario: según esta teoría, cuando el interviniente necesario solamente efectúa una aportación mínima en la realización del tipo penal (de poca magnitud y reducida influencia en la conducta peligrosa del autor), su conducta es impune.¹⁶⁴ Sin embargo, si la actividad del interviniente va más allá del mínimo necesario establecido en el tipo, sí habrá punibilidad de este como partícipe de la conducta del autor.¹⁶⁵ Así, por ejemplo, será punible aquella persona que, además de entregar el beneficio al traficante de influencias, lo incentiva o ayuda a interceder ante el juez.

Ahora bien, este Manual defiende que, aun cuando ambas teorías probablemente partan de fundamentos penales teóricos distintos, no parecen ser opuestas.

En efecto, toda conducta (sea de autoría o de participación) para ser penalmente relevante debe ser imputable objetivamente; es decir, tiene que crear un riesgo prohibido para el bien jurídico.¹⁶⁶ En este sentido, se debe entender que cuando los autores hablan de un *aporte mínimo necesario* hacen referencia a que estos no generan un riesgo prohibido para el bien jurídico, sino que se enmarcan dentro del “riesgo permitido”. La conducta aquí sería atípica, ya que no es objetivamente imputable. En cambio, si el aporte (como cómplice o instigador) del interviniente supone la creación de un riesgo prohibido sí será punible la conducta de dicho interviniente.

¹⁶¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 85.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ El mayor representante de esta tesis es el profesor Jakobs, *ibidem*.

¹⁶⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 86.

¹⁶⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 80 y Santiago MIR PUIG, *op. cit.*, p. 233.

¹⁶⁶ Sobre la imputación objetiva de la conducta ver: MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 254.

2.7 LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: EL PROBLEMA DE LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR

¿Un ciudadano que no es funcionario público puede ser sancionado penalmente por un delito funcional? Conforme se señala en el punto 2.3 del presente manual, los delitos especiales exigen una cualidad especial en el autor y una posición especial con respecto del bien jurídico protegido. De esta manera, en la doctrina penal, se reconocen dos vertientes teóricas para solucionar la intervención del particular en esta clase de delitos:

- Las teorías de la impunidad.
- Las teorías de la responsabilidad.

2.7.1 Las teorías de la impunidad

Uno de los máximos representantes de esta teoría es Robles Planas, quien sostiene que el *extraneus* (extraño o ajeno) nunca podrá responder penalmente por un delito especial, dado que su responsabilidad penal es una autónoma o principal, no derivada de la responsabilidad del autor del delito especial.¹⁶⁷ En otras palabras, esta teoría plantea que la responsabilidad del *extraneus* no es accesoria a la del autor del delito, ya que de acuerdo con el principio de la accesoriadad “positiva” o “principal” de la participación criminal la sanción de los partícipes (inductores y cómplices), se fundamenta en la conducta del partícipe con el propio hecho delictivo y no en la relación de dependencia de la conducta del partícipe con la del autor.¹⁶⁸ Por lo tanto, al ser los delitos especiales -como los delitos funcionariales- delitos en los que el círculo de posibles autores se encontraría limitado a aquellos sujetos sobre los que recaería un determinado deber jurídico especial, solo ellos podrían responder penalmente, pues los *extraneus* no incumplirían ningún deber especial.¹⁶⁹ La conducta del *extraneus* sería, por tanto, penalmente irrelevante.

Las acertadas críticas a esta teoría son, básicamente, dos:

1. La tesis de la accesoriadad “positiva”, que plantea Robles Planas para sostener que el partícipe de un delito siempre responde por una conducta autónoma e independiente a la del autor, conlleva a no diferenciar entre autores y partícipes delictivos, es decir, propone un sistema único de intervención delictiva.¹⁷⁰ Este planteamiento, evidentemente, resulta inconstitucional por desproporcional, pero además es contradictorio con nuestro sistema normativo, puesto que el Código Penal peruano, en sus artículos 23°, 24° y 25°, recoge explícitamente el sistema diferenciador que distingue entre autores y partícipes de un delito.

¹⁶⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo citado por GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.*, p. 401.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 402.

¹⁷⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.* p. 413.

2. Al igual que la doctrina penal mayoritaria, este Manual apuesta por considerar que el partícipe de un delito debe responder por su propia conducta delictiva, pues el principio de “responsabilidad por el propio hecho” del Derecho Penal así lo exige.¹⁷¹ Sin embargo, la responsabilidad del partícipe del delito nunca es “autónoma”. Este responde por su propia conducta delictiva, que siempre es complementaria a la del autor (sin autor del delito no hay partícipe del delito). Conforme lo establece la “teoría del favorecimiento”, el fundamento de la sanción penal del partícipe se encuentra en el favorecimiento de la lesión o puesta en peligro no justificada de un bien jurídico por parte del autor.¹⁷²

En este sentido, la opinión de Rueda Martín acierta cuando afirma que al *extraneus* no se le imputa una conducta delictiva ajena, sino una propia. Los delitos especiales de corrupción pretenden proteger el correcto funcionamiento de la administración pública frente a toda clase de ataques en su contra, de manera que al *extraneus* también le incumbe la prohibición penal,¹⁷³ ya que este también puede defraudar las expectativas garantizadas por los delitos de infracción del deber.

2.7.2 Las teorías de la responsabilidad

Las teorías de la responsabilidad, defendidas por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria española¹⁷⁴, sostienen que el *extraneus* que participa en la comisión de un delito especial debe también responder penalmente. Dentro de esta corriente de pensamiento se han reconocido, principalmente, dos tesis:

1. **La tesis de la infracción de deber:** esta pretende explicar la responsabilidad del *extraneus* a partir de su contribución al quebrantamiento de deberes especiales o a la defraudación de expectativas positivas de actuación por parte del *intraneus*. Plantea dos posturas internas:
 - **La postura de Roxin:** el partícipe de un delito de infracción del deber (delito especial) también debe responder penalmente, dado que contribuye a la infracción de un deber especial del autor.¹⁷⁵ La participación se caracterizaría por ser una “cooperación sin infracción de deber”.¹⁷⁶
 - **La postura de Jakobs:** el partícipe de un delito especial puede ser sancionado en virtud de la prohibición ampliada por la regulación de la participación en la Parte General del Código Penal.¹⁷⁷ En los delitos especiales, el partícipe, con su contribución al hecho delictivo, también defrauda expectativas positivas acerca del correcto accionar de los funcionarios públicos, por lo que estos merecen, igualmente, ser sancionados.¹⁷⁸

¹⁷¹ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 132.

¹⁷² JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND., *op. cit.* pp. 737-738.

¹⁷³ RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *op. cit.*, p. 97.

¹⁷⁴ Así lo afirma GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.*, p. 433.

¹⁷⁵ ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 401-402.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 401.

¹⁷⁷ JAKOBS, Günther, *op. cit.* p. 797.

¹⁷⁸ *Ibidem.*

2. **La tesis de la vulnerabilidad del bien jurídico:** según esta tesis, el *extraneus* responde penalmente por un delito especial cometido por el *intraneus* a título de autor ya que, aunque este es un sujeto que formalmente no pertenece a la esfera de posibles autores (por ejemplo, no tiene la cualidad especial de funcionario público), contribuye de forma accesoria en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en situación de vulnerabilidad respecto del *intraneus*.¹⁷⁹ Según Rueda Martín, el ámbito de protección del delito especial abarca todos los ataques al bien jurídico, tanto de ataques de un autor *intraneus* (ataque directo) como de ataques de un partícipe *extraneus* (ataque accesorio).¹⁸⁰

Esta es la tesis defendida en este Manual para explicar el fundamento de los delitos especiales.

En efecto, no existe obstáculo alguno para que en los delitos especiales -al igual que en cualquier otro delito- se utilicen las reglas generales de la participación (artículos 24° y 25° CP) para ampliar la sanción de los tipos penales contra aquellos que determinan o contribuyen a que el autor cometa el delito.¹⁸¹ Es decir, el *extraneus* quebranta un tipo penal ampliado por las reglas generales de la participación pues, en principio, los tipos penales de la parte especial del Código Penal solo están pensados para las conductas de los autores. El fundamento legal de la punición del *extraneus* es el mismo que el de la punición del partícipe de un homicidio o robo.

La punición del *extraneus* ha sido recogida por el Acuerdo 1° del Tema N° 5 del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004, el cual establece que la sanción del partícipe es siempre, independientemente de la naturaleza del delito (común o especial), accesoria a la punición del autor.

Del mismo modo, en el fundamento 11 del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia del 6 de diciembre de 2011, se estableció que el *extraneus*, aun cuando no puede responder como autor del delito especial, pues no tiene la obligación especial del *intraneus*, sí puede responder penalmente como partícipe (cómplice o inductor).

2.8 EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR

En el apartado anterior se ha analizado la posibilidad de sancionar penalmente al particular *extraneus* que interviene en un delito especial; sin embargo, no se ha resuelto la problemática que plantea determinar el título de la imputación bajo el cual responderá dicho *extraneus*. Es decir, falta ahora resolver si el *extraneus* que interviene en el delito especial responde como partícipe (cómplice o instigador) del delito especial o como partícipe de un delito común distinto.

¹⁷⁹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *op. cit.*, p. 93.

¹⁸⁰ *Ibidem.*

¹⁸¹ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.* p. 401.

En la doctrina y jurisprudencia penal se han reconocido, principalmente, vertientes teóricas sobre el título de imputación del *extraneus*:

1. Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación.
2. Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación.
3. Las teorías mixtas.

2.8.1 Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación

Según esta teoría, el *extraneus* que interviene en un delito especial debe responder como partícipe de un delito común distinto al cometido por el autor intraneus, dado que los delitos especiales solo están dirigidos a estos últimos y no a los primeros.¹⁸² En estos casos, el *extraneus*, si la legislación penal lo permite, responderá por el delito subyacente al delito especial (por ejemplo, si el *intraneus* comete el delito de peculado, el *extraneus* responderá por el delito de hurto o de apropiación ilícita).¹⁸³

Esta teoría se fundamenta, principalmente, en lo establecido por artículo 26° CP.¹⁸⁴ Según sus partidarios, este dispositivo legal establecería, expresamente, que el *extraneus* nunca puede responder penalmente por un delito que se fundamenta en una cualidad especial del autor, como sucede con los delitos especiales.¹⁸⁵

A esta teoría, acertadamente, se le han realizado cuatro críticas contundentes:

1. Los delitos especiales no son un tipo simplemente agravado de los delitos comunes, sino que son autónomos con un fundamento punitivo propio¹⁸⁶, como lo es la especial vulnerabilidad del bien jurídico respecto del *intraneus*.¹⁸⁷
2. Esta teoría transgrede el principio de “accesoriedad limitada” de la participación delictiva.¹⁸⁸ La teoría de la ruptura o individualizadora es inviable, ya que propone sancionar al partícipe por un delito que no ha sido cometido por el autor. Es decir, con esta teoría se quiere sancionar a una persona por su participación en un delito que nadie ha cometido. Debe quedar claro que sin autor del delito no hay partícipe del delito. En el ejemplo que poníamos anteriormente del peculado, no puede sancionarse al *extraneus* como partícipe del delito de hurto o apropiación ilícita, pues no hay autor de los mismos. El *intraneus* es autor del delito de peculado y no de aquellos otros.

¹⁸² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber”. *Revista Penal*, N° 14, p. 5.

¹⁸³ PARIONA ARANA, Raúl. (2006). Participación en delitos especiales. En: Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE, Efraín MONTES FLORES y Miguel SÁNCHEZ MERCADO (Coord.). *El Derecho Penal contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I, p. 760. Lima: Ara.

¹⁸⁴ Artículo 26.- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

¹⁸⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *loc. cit.*

¹⁸⁶ Al respecto ver lo sostenido en el punto 2.3.

¹⁸⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.*, p. 465.

¹⁸⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 5-6. Como mencionábamos *supra*, la conducta delictiva del partícipe no es autónoma, sino que siempre depende de la existencia de una conducta delictiva de un autor.

3. El artículo 26° del Código Penal regula la incomunicabilidad de circunstancias a efectos de fijar el marco penal para quienes intervienen en la comisión de un delito que contenga elementos personales.¹⁸⁹ En este sentido, este artículo no permite determinar bajo qué tipo penal responderá el partícipe *extraneus* en un delito especial. El artículo 26° no puede ser utilizado para determinar el tipo penal que se le aplicará al partícipe *extraneus*. Esto quedará detallado más adelante en el análisis de la teoría mixta.
4. Esta teoría genera un efecto político-criminal negativo, ya que en aquellos delitos especiales tradicionalmente denominados “propios”, la participación del *extraneus* sería siempre impune pues no habría un tipo penal común subyacente por el cual pudiera sancionarse.¹⁹⁰

Ahora bien, cabe notar que, dentro de esta vertiente teórica, existe una posición ecléctica que soluciona la problemática del título de la imputación del *extraneus*, tanto si se trata de delitos especiales propios o impropios. Así, Pérez Alonso sostiene que si estamos ante delitos especiales impropios, al *extraneus* se le aplicará el tipo penal común subyacente al delito especial (el tipo penal de hurto o de la apropiación ilícita, pero no el de peculado), mientras que, si estamos ante delitos especiales propios, se recurrirá, excepcionalmente, a la “unidad del título de la imputación” para sancionar al *extraneus* como partícipe del delito especial.¹⁹¹

Aunque esta teoría supera el problema de la laguna de punibilidad para el *extraneus* que interviene en delitos especiales propios, no puede estarse de acuerdo con ella dado que, como se sostuvo en el punto 2.3, la tradicional división entre delitos especiales propios e impropios es errónea.

2.8.2 Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación

En la actualidad, esta es la teoría dominante en la doctrina penal peruana¹⁹² y comparada.¹⁹³ Según esta, el partícipe *extraneus* que interviene en un delito especial deberá ser sancionado como partícipe de ese delito especial. Esto es, tanto *intraneus* como *extraneus* responden por el mismo delito especial. Dentro de esta corriente de pensamiento se identifican, básicamente, dos teorías:

- **La teoría de la infracción de deber:** en todos los delitos especiales el *intraneus* sería autor del delito, pues habría infringido dolosamente su deber especial, mientras que los *extraneus* que colaboren con dicho incumplimiento serán partícipes del mismo.¹⁹⁴ Aquí

¹⁸⁹ PARIONA ARANA, Raúl, *op. cit.* p. 768.

¹⁹⁰ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 6.

¹⁹¹ PÉREZ ALONSO, Esteban. (2007). La autoría y la participación en el código penal español de 1995 y en la reciente reforma penal. En: Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coord.) *Dogmática actual de la autoría y la participación*, pp. 502-503. Lima: IDEMSA.

¹⁹² Así lo afirma VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 505.

¹⁹³ Así lo afirma ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *loc. cit.*

¹⁹⁴ ROXIN, Claus, *op. cit.* pp. 401-402.

no interesa que el delito especial sea propio o impropio; el partícipe extraneus siempre responderá por el mismo delito que el autor. El máximo exponente de esta teoría es Roxin, quien sostiene que cuando el *intraneus* solo coopera o induce al *extraneus* en la comisión de un delito especial (caso del “instrumento doloso no cualificado”), no habría mayor problema en sancionar como autor mediato al *intraneus* y al *extraneus* como simple partícipe del mismo.¹⁹⁵ Aquí, aunque el *extraneus* sea la persona que tiene el “dominio del hecho”, el *intraneus* es el autor del delito especial, pues este es el que infringe su deber especial.

- **La teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico:** esta sostiene que el *extraneus* será sancionado como partícipe de un delito especial, en tanto que él llega a tomar parte en un hecho más grave que un delito común, con el conocimiento, además, de que al funcionario *extraneus* le resultará más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura institucional.¹⁹⁶

Este Manual aboga por la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico dado que es la que se ajusta de mejor manera al esquema teórico planteado sobre el fundamento de todos los delitos especiales. Esta teoría respeta el principio básico de “accesoriedad limitada” de la participación criminal y no deja espacios de impunidad para la sanción del *extraneus*.¹⁹⁷

Además, en ella se interpreta correctamente el artículo 26° del Código Penal, toda vez que no utiliza este dispositivo para determinar el tipo penal por el cual responderá el *extraneus*, sino solo para determinar el marco penal abstracto (penalidad) por el que responderá el *extraneus*. Según esta teoría, el *extraneus* responderá penalmente como partícipe del delito especial, pero con una pena atenuada, dentro del marco penal abstracto del delito.

2.8.3 Las teorías mixtas

Ahora bien, una de las críticas que han recaído sobre la teoría de la unidad del título de la imputación es que la pena abstracta aplicable al *extraneus* sería desproporcional, por ser la misma que la del *intraneus* en los delitos especiales. Por ello, se ha formulado una teoría mixta que, siendo todavía una teoría de la unidad del título de la imputación, propone aplicar una ruptura en la penalidad (marco penal) del *extraneus e intraneus*.

El fundamento normativo de esta teoría se encuentra, nuevamente, en el artículo 26° del Código Penal.¹⁹⁸ Sostiene que el término “responsabilidad” está referido, únicamente, a la “culpabilidad” del sujeto.

¹⁹⁵ *Ibid.* p. 394.

¹⁹⁶ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. (2001). Reflexiones sobre la participación de los extraños en los delitos contra la administración pública en el código penal español. *Revista de derecho penal y criminología*, N° 8, p. 160 y ss; y GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.*, p. 465.

¹⁹⁷ RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *op. cit.* p. 84 y ss.

¹⁹⁸ Así lo afirma PARIONA ARANA, Raúl, *op. cit.*, p. 767.

Los partidarios de esta teoría apuestan por realizar una “ruptura formal” del título de imputación (solo para efectos de determinar la penalidad) a través del entendimiento de que, en los sujetos especiales (por ejemplo, los funcionarios públicos), la cualidad especial en realidad no estaría relacionada con el injusto (tipicidad y antijuridicidad de la conducta), sino con la culpabilidad del agente. Por tanto, al ser la culpabilidad siempre personal, es incomunicable a los *extraneus* conforme al artículo 26°.¹⁹⁹

Una vez sentado que el artículo 26° solo se refiere a las cualidades que afectan la “culpabilidad” del agente, los partidarios de esta teoría sostienen que, puesto que la culpabilidad del agente incide en la determinación del *quantum* de la pena²⁰⁰, en los delitos especiales se debe diferenciar la pena que le corresponde al *intraneus* de la del *extraneus*. Al tener el *intraneus* una cualidad especial personal que no tiene el *extraneus*, a este le corresponde una pena menos grave.²⁰¹

De esta manera, cuando se está frente a un denominado delito especial impropio, deberá sancionarse al *extraneus* con una pena dentro del marco de la pena abstracta establecida para el delito común subyacente²⁰² (el *extraneus*, por ejemplo, será sancionado como cómplice del delito de peculado, pero se le aplicará una pena dentro del marco penal abstracto del delito de hurto o apropiación ilícita), mientras que ante un delito especial propio, solo se le atenuará la pena establecida en el delito especial.

¹⁹⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 17.

²⁰⁰ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 713 y ss.

²⁰¹ Esta opinión también es compartida por RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *op. cit.* pp. 122-123.

²⁰² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 17.

CAPITULO 3. Las consecuencias jurídicas de los delitos contra la administración pública

3.1 LOS TIPOS DE PENA

La pena consiste en “la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal”.²⁰³ En este sentido, la pena es una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito.²⁰⁴

A continuación se analizarán las distintas clasificaciones de las penas y su aplicación en los delitos de corrupción.

3.1.1. Clasificación

La legislación penal vigente, la doctrina e incluso la normativa internacional muestran que las penas son posibles de clasificar conforme a distintos criterios. Dentro de estos diversos puntos de vista, conviene subrayar las siguientes clasificaciones:

- a) **Por su naturaleza o por razón del derecho afectado:** las penas pueden ser penas privativas de libertad, no privativas de libertad (o de restricción de otros derechos) y las pecuniarias.
- b) **Por su autonomía:** las penas pueden ser principales o accesorias.
 - **Penas principales:** son aquellas que están previstas de modo específico para el concreto delito previsto en la Parte Especial del Código Penal²⁰⁵ (sea en el propio tipo penal sea al final de un capítulo de la parte especial). En razón de ello, el juez tiene la obligación de imponerla de modo directo como sanción del delito.²⁰⁶

²⁰³ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. (2005). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, p. 18.

²⁰⁴ Sentencia emitida el 24 de enero de 2005 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. R.N 3374-2003, La Libertad. Fundamento 6.

²⁰⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. (2004). El sistema de penas en el código penal español. En: Luis GRACIA MARTÍN (Coord.). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 45.

²⁰⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (2010). *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. Lima: IDEMSA, p. 44.

Ejemplo 1: pena principal

Un sujeto A le ofrece dinero a un juez a cambio de que este lo favorezca en un proceso civil que es de su conocimiento.

“Artículo 398.- Cohecho activo específico: el que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3, y 4 del artículo 36 del Código Penal”.

En este supuesto son dos las penas principales: la pena privativa de libertad y la de inhabilitación. No puede dejar de considerarse que el legislador, erróneamente, ha llamado pena accesoria a la inhabilitación del artículo 398°, porque la ubicación sistemática de la sanción penal (Parte Especial del Código Penal) obliga a su imposición directa.²⁰⁷

- **Penas accesorias:** son aquellas que no pueden ser directamente impuestas, toda vez que no están previstas de forma expresa para el delito específico en la Parte Especial del Código Penal. En este sentido, el juez deberá recurrir a los criterios de la Parte General (art. 39 CP) para aplicar, de forma indirecta, estas medidas. En otras palabras, la pena accesoria no está prescrita obligatoriamente en el precepto de la parte especial, sino que esta es aplicada por decisión judicial según los criterios de la parte general. Ahora bien, esto solo podrá hacerse cuando el Ministerio Público solicite la aplicación de dicha pena, ya que lo contrario supondría una vulneración al principio acusatorio.²⁰⁸

Ejemplo 2: pena accesoria

Un Presidente de la República X, abusando de su poder como funcionario público, ordena y dirige el asesinato de diversos ciudadanos acusados de terroristas.

“Artículo 108.- Homicidio Calificado - Asesinato
Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: (...)
3. Con gran crueldad o alevosía;”

“Artículo 39.- La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal”.

En este supuesto, la pena privativa de libertad es la principal y a la inhabilitación la accesoria.

c) **Por su imposición:** las penas pueden ser únicas, conjuntas y alternativas.

- Las penas únicas serán aquellas que consisten en una única pena de determinada naturaleza.

Ejemplo 1: pena única

“Artículo 106.- El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años”.

- Las penas conjuntas serán aquellas que están constituidas por la acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza.²⁰⁹ En tal sentido, el juez deberá imponer todas las penas concurrentes.²¹⁰

Ejemplo 2: penas conjuntas

“Artículo 388.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

“Artículo 426.- Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2”.

En este ejemplo, estamos frente a la acumulación de la pena privativa de libertad y la de inhabilitación. Nuevamente, el legislador denomina erróneamente como accesoria a la pena de inhabilitación.

- Finalmente, las penas alternativas son aquellas penas de distinta naturaleza que el legislador establece para un delito con el objeto de que el juez escoja solo una de ellas, excluyendo las demás.²¹¹

²⁰⁷ Acuerdo Plenario 2 – 2008/CJ-116. Fundamento 7, segundo párrafo.

²⁰⁸ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 12.

²⁰⁹ GRACIA MARTÍN, Luis, *op. cit.*, p. 47.

²¹⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *op. cit.*, p. 46.

²¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis, *op. cit.*, p. 48.

Ejemplo 3: penas alternativas

“Artículo 388.- Patrocinio Ilegal

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”.

Sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí, conviene recordar que el ordenamiento jurídico penal peruano clasifica las penas por su naturaleza:

- Privativa de libertad: temporal y permanente.
- Restrictiva de libertad: expatriación.
- Limitativa de derechos: inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres.
- Multa.
- Vigilancia electrónica personal.²¹²

A continuación analizaremos las penas con que se sancionan los delitos de corrupción.

3.1.2. Pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad es definida como la “reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida”.²¹³ El artículo 29° del Código Penal constituye dos clases de penas privativas de libertad:

1. La pena privativa de libertad temporal (2 días – 35 años).
2. La pena privativa de libertad de cadena perpetua²¹⁴ (indeterminada con una revisión periódica desde el cumplimiento de los 35 años de pena privativa de libertad, ello de acuerdo al artículo 4° del Decreto Legislativo 921). Ningún delito de corrupción está sancionado con cadena perpetua, por el contrario, la mayoría de estos delitos tiene como consecuencia la pena privativa de libertad temporal (excepto el delito de nombramiento aceptación ilegal que es sancionado solo con pena de multa).

3.1.3 Pena de multa

La multa es una pena patrimonial que consiste en el pago de una cantidad de dinero.²¹⁵ De esta forma, el menoscabo patrimonial es el medio a través del cual se pretende imponer un mal idóneo al penado, como instrumento de prevención del delito.²¹⁶

²¹² Pena incorporada por la Ley 29499, del 18 de enero de 2010.

²¹³ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *op. cit.*, p. 47.

²¹⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *op. cit.*, p. 55.

²¹⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. La pena de multa. En: Luis GRACIA MARTÍN (Coord.). *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 166.

²¹⁶ *Idem.* p. 167.

El Código Penal ha regulado la pena de multa en los artículos 41° al 44°. Se debe tener en cuenta que esta regulación impone que su naturaleza de pena principal²¹⁷, es decir, la pena de multa debe estar contenida en un artículo de la parte especial para ser aplicada. Esta característica ha quedado clara con la incorporación explícita de la pena de multa, efectuada por la Ley 30111, en varios delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos como el delito de colusión, concusión, peculado, entre otros. Es necesario recordar que la multa, a diferencia de la reparación civil, es una pena, de forma que no obedece a los criterios de responsabilidad civil extracontractual.

3.1.4 Pena de Inhabilitación

La pena de inhabilitación consiste en “la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las penas de prisión y la multa”.²¹⁸ En esta línea, el artículo 36° del Código Penal regula la pena de inhabilitación. En el mismo sentido, el artículo 30.7 de la CNUC establece la posibilidad de aplicar la pena de inhabilitación.

Artículo 30.7 de la CNUC

“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 mandato judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo de la presente Convención para:

- a) Ejercer cargos públicos; y
- b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado”.

Ahora bien, este tipo de pena es, especialmente, importante por dos motivos:

1. Evita que el funcionario corrupto continúe lesionando el buen funcionamiento de la administración pública;
2. En algunos casos, este tipo de pena, se constituye en la más importante a imponer al funcionario público, puesto que muchos de los delitos de corrupción pueden tener penas concretas de cuatro años (o menores), supuestos que permiten usualmente la suspensión de la ejecución de la pena.

En esta medida, como se verá a continuación, el juez tiene la obligación de imponer la pena de inhabilitación a los funcionarios corruptos.

²¹⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *op. cit.*, p. 65.

²¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: EDIAR, p. 727.

3.1.4.1 Marco teórico

La pena de inhabilitación, al momento de su imposición, cumple, esencialmente, un fin preventivo especial, ya que aparta al condenado de aquella situación o posición que puede ser instrumentalizada para seguir lesionando bienes jurídicos de terceros.²¹⁹

Acuerdo Plenario de la Corte Suprema No. 2-2008/ CJ-116

“La pena debe estar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido podría valerse en el futuro para cometer el delito”.²²⁰

Ahora bien, la Corte Suprema, a través del acuerdo plenario mencionado, ha identificado los supuestos bajo los cuales opera la inhabilitación:²²¹

1. **El sujeto tiene una posición de poder o dominio, de la cual se vale para delinquir:** este supuesto presupone que el sujeto haya tenido acceso, previo a la comisión del delito, de una función que le permita tener un dominio sobre el bien jurídico.

Ejemplo 1

La congresista MC se vale de su función para apropiarse de bienes del Estado que le fueron asignados para fines determinados. En tal sentido, es responsable del delito de peculado. El juez la condena por dicho delito y la sanciona con una pena de inhabilitación principal (artículo.426°) de 10 años.

2. **El sujeto viola un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar:** este supuesto, a diferencia del anterior, no presupone que el sujeto haya accedido a alguna posición que le permita dominar el bien jurídico. Por el contrario, al momento de cometer el delito no tenía la función especial. A pesar de ello, el hecho cometido implica una violación de deberes y principios imprescindibles para el ejercicio de una función actual. Se hace evidente que el fin de esta pena es apartar al individuo de la función que le permite seguir lesionando bienes jurídicos. En todo caso, lo importante es que el derecho comprendido en la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido.²²²

Ejemplo 2

La señora MC, que no ejerce ningún cargo público, ayuda a su padre, funcionario público, a enriquecerse ilícitamente. Luego, ella es elegida congresista de la República. El juez emite sentencia y condena a MC por participe del delito de enriquecimiento ilícito, sancionándola con pena de inhabilitación principal (art.426) de cuatro años, de forma que no puede seguir ejerciendo su cargo de congresista.

²¹⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, pp. 628-629.

²²⁰ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 6.

²²¹ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 6.

²²² Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 8, segundo párrafo.

3.1.4.2 Inhabilitación en los delitos de corrupción

El legislador peruano ha introducido, al final del título VIII del Libro Segundo del Código Penal (delitos contra la administración pública), una norma específica sobre la pena de inhabilitación para todos los delitos de corrupción:

Artículo 426° del Código Penal

“Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36 inciso 1 y 2. (...)”

Esta es una técnica legislativa recurrente en el Código Penal, según la cual se dispone la pena de inhabilitación para toda una clase de delitos al final de un título de la parte especial del mismo.²²³ En este sentido, debemos recordar que la ubicación sistemática y legal de la inhabilitación conminada es el criterio que nos llevará a afirmar el carácter principal o accesorio de la pena.²²⁴ De esta manera, no resulta relevante que el tipo legal diga que la pena de inhabilitación del artículo 426° es accesoria, puesto que su ubicación en la parte especial nos obliga a reconocer su naturaleza de principal. Este razonamiento ha sido respaldado por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116.²²⁵

Lo anterior puede aceptarse más fácilmente si se pone atención en la redacción de la propia norma. No cabe duda de que la decisión del legislador de utilizar la palabra *además* en la redacción de la norma es reafirmar el carácter obligatorio de la pena. Ello quiere decir que el juez, al momento de imponer la sanción penal, no solo está obligado a aplicar directamente la pena contenida en el propio tipo penal (en la mayoría de los casos pena privativa de libertad), sino que también está obligado a aplicar de forma directa lo dicho por el artículo 426°. Ello revela la naturaleza principal de la pena de inhabilitación de los delitos de corrupción, ya que una pena accesoria no se aplica de forma directa.

No obstante, lo que ha sucedido es que el legislador ha confundido el concepto de pena “accesoria” con pena “conjunta”. En esta medida, el artículo 426° contiene a la inhabilitación como una pena de naturaleza doble:²²⁶

- **Principal:** por su ubicación sistémica y su aplicación directa. Como consecuencia, no será necesario que el Ministerio Público la solicite, ya que el juez está obligado legamente a aplicarla.
- **Conjunta:** porque se acumula con la pena del tipo penal de delito (en su mayoría pena privativa de libertad). El juez no puede elegir, está obligado a aplicar ambas penas.

²²³ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 6.

²²⁴ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 7, segundo párrafo.

²²⁵ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 7, segundo párrafo.

²²⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *op. cit.*, p. 90. En este mismo sentido: Sentencia emitida el 24 de enero de 2005 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. R.N 3374-2003, La Libertad. Fundamento 8.

Pero los errores del legislador no se han limitado al uso de la palabra *accesoria*. El artículo 426° del Código Penal señala, respecto de la duración de la pena de inhabilitación, “con igual tiempo de duración que la pena principal”. ¿A qué está haciendo referencia con esto? Alguien podría pensar equivocadamente que se está nombrando a la pena principal contenida en el tipo penal. Como consecuencia de esto, las penas de inhabilitación tendrían, en casi todos los casos, una duración igual a la de pena privativa de libertad. A manera de ejemplo, un funcionario que es sancionado a quince años de pena privativa de libertad debiera, equivocadamente, ser sancionado también con una pena de inhabilitación por el mismo número de años.

¿Es esto posible? No, la Corte Suprema ha dejado claro²²⁷ que no es posible que la pena accesoria sobrepase el límite establecido por el artículo 38° del Código Penal.²²⁸ En esta medida, el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 dispone que, a la luz de una interpretación sistemática, “la inhabilitación accesoria no puede ser superior de cinco años”. Este plazo ha sido reformado por la Ley 30076 y extendido a 10 años.

Más allá de esto, no tiene sentido que la duración máxima de la pena de inhabilitación se configure a partir de la pena privativa de libertad, ya que en el Código Penal vigente existe un delito de corrupción cuyo tipo penal no contiene este tipo de sanción: el delito de nombramiento o aceptación ilegal, sancionado con pena de multa. ¿Cómo se debería entonces delimitar la duración de la inhabilitación en un caso de nombramiento indebido? ¿Acaso con la cantidad de los días-multa? Parece sensato y coherente decir que no²²⁹, puesto que es imposible determinar la duración de la pena de inhabilitación con una pena de naturaleza tan distinta como la pena de multa.

En este sentido, cuando el legislador utiliza la frase *pena principal* no se está refiriendo a la pena contenida en el tipo penal concreto, sino que hace mención a la pena de inhabilitación principal. En síntesis, el artículo 426° nos dirige a lo estipulado en el artículo 38°, y establece como plazo mínimo de duración seis meses y como plazo máximo diez años.²³⁰ El juez deberá imponer la pena de inhabilitación dentro de ese margen, de acuerdo con la gravedad del ilícito y a la culpabilidad del autor.

Finalmente, el artículo 426° hace referencia a dos modalidades de inhabilitación contenidas en el artículo 36° de nuestro Código Penal:

“Artículo 36 del Código Penal – Inhabilitación

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (...).”

Dicha norma penal contiene dos formas de inhabilitación:

1. La inhabilitación del **inciso 1** tiene como consecuencia la pérdida de la función, cargo o comisión que el sujeto haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuera con posterioridad al delito.²³¹ Esto se fundamenta en lo ya expuesto sobre el fin de la inhabilitación, pues esta busca evitar la lesión del deber jurídico a través del cargo o función.
2. La inhabilitación del **inciso 2**, tiene como consecuencia que el sujeto quede interdicto para adquirir cargo, mando, empleo, o comisión pública futura.²³²

3.1.4.3 Ejecución de la pena de inhabilitación

Hemos visto que la pena de inhabilitación en los delitos de corrupción es de naturaleza conjunta. Como consecuencia de esto, el término de la inhabilitación corre paralelamente a las otras penas principales (privativa de libertad o multa) y se computa a partir de la fecha de la sentencia.²³³

Sin embargo, el Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116, a partir de las normas del Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal de 2004, ha reconocido que la ejecución de la pena de inhabilitación responde a dos sistemas diferentes:

1. **Sistema de Ejecución Provisional:** estipulado para el Código de Procedimientos Penales, que en su artículo 330° admite la ejecución inmediata para todas las penas (incluyendo a las de inhabilitación), esto es, desde la sentencia de primera instancia.
2. **Sistema de Ejecución Suspensiva:** estipulada para el Código Procesal Penal, que en su artículo 402°.1 establece como la regla específica que las penas de multa y limitativas de derecho (dentro de las cuales se encuentra la inhabilitación) se rigen bajo dicho sistema. La pena de inhabilitación se ejecutará solo ante una sentencia firme.

²²⁷ Sentencia emitida el 19 de abril de 2005 por la Corte Suprema de justicia. Recurso de Nulidad 384-2005: La Libertad. Fundamento 4.

²²⁸ Artículo 38°.- La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años (...).

²²⁹ YSHI MEZA, Luis. (2012, 28 de abril). Análisis de las consecuencias jurídicas de los delitos contra la administración pública. Ponencia presentada en el taller de capacitación en Delitos contra la Administración Pública organizado por el Proyecto Anticorrupción del IDEH-PUCP. Lima.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, *op. cit.*, p. 728. Sobre la pena de inhabilitación del artículo 19° inciso 1° del Código Penal argentino, el cual habla de la *privación de empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de cargo público*, supuesto homologable al inciso 1 del artículo 36° del Código Penal peruano.

²³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. *Ibidem*. Sobre la pena de inhabilitación del artículo 19° inciso 3° del Código Penal argentino, el cual habla de la *incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público*, supuesto homologable al inciso 2 del artículo 36° del Código Penal peruano.

²³³ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 9.

3.1.5 Pena de prestación de servicios a la comunidad

La pena de prestación de servicios es una “pena, autónoma o de sustitución, consistente en la realización “obligatoria” por parte del condenado de trabajos gratuitos a favor de instituciones estatales o privadas de utilidad pública.”²³⁴ En el caso de los delitos de corrupción, está prevista como medida alternativa de la pena privativa de libertad para el patrocínio ilegal y el peculado culposo.

3.2 LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción de la acción penal se puede definir como el transcurso del tiempo que extingue la potestad del Estado para perseguir el delito.²³⁵ En esta medida, el Estado pierde la facultad de ejercitar en un caso concreto; el *ius puniendi*.

Ahora bien, el artículo 29 de la CNUC establece la posibilidad de que los estados apliquen plazos de prescripción amplios a los delitos de corrupción.

Artículo 29 de la CNUC

“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”.

Esta posibilidad, en el caso peruano, se traduce en dos grupos de reglas.²³⁶

• **Reglas generales:** de acuerdo al artículo 80° del Código Penal, existen dos clases de prescripción:

1. **Prescripción ordinaria:** los delitos de corrupción prescribirían en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito (pena abstracta). En este punto, es importante recordar el artículo 46.A²³⁷ del Código Penal (que extiende el marco de la pena abstracta

²³⁴ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. (2011). *Manual de derecho penal Parte general*. Tomo II. Lima: Grijley, p. 282.

²³⁵ Acuerdo Plenario 8-2009/CJ – 116. Voto Singular de los señores San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo respecto al artículo 46° A CP y de la prescripción de la acción penal. Fundamento 2.

²³⁶ PARIONA ARANA, Raúl. (2012). La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios ¿Medida necesaria para evitar la impunidad? En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú. Yvan MONTOYA VIVANCO (Ed.). Lima: IDEH-PUCP, pp. 19-23.

²³⁷ “Artículo 46-A.- Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En estos casos el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo esta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible”.

hasta por un tercio por encima del máximo legal siempre que no supere los 35 años²³⁸) no es aplicable a los delitos de corrupción, en tanto que en estos el desvalor de la acción (el abuso de la función pública) ha sido incorporado ya en la parte especial.²³⁹ En esta medida, la prescripción ordinaria emplearía solo la pena abstracta contenida en el artículo concreto de la parte especial.

2. **Prescripción extraordinaria:** si existe ya proceso penal²⁴⁰ (interrupción de Ministerio Público o autoridades judiciales), la prescripción de la acción penal se produciría cuando el tiempo transcurrido supere en un 50% el plazo ordinario de prescripción. Esta medida busca evitar que de manera reiterada se tenga que volver a contar el plazo de prescripción.

a. Regla especial: el artículo 41° de la Constitución señala que “el plazo de prescripción se duplica en casos de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos”. Esta norma constitucional ha sido materializada en el artículo 80° del Código Penal, donde establece un plazo especial de prescripción **-el doble de los plazos establecidos en las reglas generales-** para los casos de delitos de corrupción contra el patrimonio del Estado cometidos por funcionarios públicos. El legislador ha otorgado un mayor tiempo para la persecución del hecho punible, ya que el delito no solo representa un atentado contra el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que implica una afectación a la seguridad de los bienes del Estado o que son administrados por él.²⁴¹

Sin perjuicio de lo expuesto, el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 ha complementando lo estipulado en el artículo 41° del Código Penal, De esta manera, la Corte Suprema de Justicia ha exigido el concurso de tres presupuestos para la duplicidad de la prescripción:²⁴²

1. Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito y el patrimonio: con ello la prescripción solo operará frente a los funcionarios públicos *intraneus* que cometen un delito de corrupción que afecte el patrimonio estatal.
2. Que el vínculo, antes comentado, entre el patrimonio del Estado y el funcionario público implique que este puede ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre los bienes públicos: Dentro de estos bienes (muebles o inmuebles con valor económico) están los que son propiedad exclusiva del Estado, los que son propiedad de sociedades de economía mixta y los que, a pesar de ser propiedad privada, se encuentran en posesión del Estado. Ahora bien, volviendo al vínculo entre el funcionario y el patrimonio, se está hablando aquí de lo que la Corte Suprema ha llamado, anteriormente, **competencia funcional específica**, esto es, que el funcionario público, por razón de su cargo, tenga la disponibilidad jurídica que le permita la libre disposición de los bienes (no siendo necesaria una tenencia material directa).²⁴³

²³⁸ Acuerdo Plenario 8-2009/CJ – 116. Voto singular de los señores San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo respecto del artículo 46° A CP y de la prescripción de la acción penal. Fundamento 3.

²³⁹ MEINI, Iván. Temas de autoría y participación en los delitos contra la administración pública. En: Proyecto anticorrupción del IDEH-PUCP. Boletín mensual. Revisado el 25/03/13. En:

http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/julio_2012_n01415.pdf

²⁴⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, p.111.

²⁴¹ Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116. Fundamento 12.

²⁴² Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116. Fundamento 15.

²⁴³ Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116. Fundamento 6.

3. Las funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes (competencia funcional específica) pueden ser atribuidas por orden administrativa. En esta medida, un funcionario, que originalmente no cuenta con facultades necesarias, puede recibir la competencia funcional específica a través de una disposición verbal.

Finalmente, debemos señalar que, si bien en la práctica los delitos que comúnmente cumplen con estos requisitos son el delito de peculado y el de malversación de fondos,²⁴⁴ es necesario analizar los casos concretos, toda vez que es posible que otro tipo de delitos de corrupción cumplan con estos requisitos como, por ejemplo, los supuestos de colusión agravada o negociación incompatible.²⁴⁵

Ejemplo 1

Un funcionario público S, por orden administrativa, interviene en un contrato con una empresa de seguridad privada. Este considera que, en el futuro, la empresa lo podría beneficiar, así que dispone en el contrato que se le pague a la empresa de seguridad un monto mucho mayor al debido.

- 1) Este es un caso de negociación incompatible donde se producen los tres requisitos que la Corte Suprema ha exigido: S es funcionario público (*intraneus*),
- 2) S tiene una competencia funcional específica –administra el dinero que le será entregado a la empresa de seguridad en razón del contrato–,
- 3) Existe una orden administrativa que le permite dichas funciones); en esta medida, el plazo doble de prescripción deberá operar.

3.3 LA REPARACIÓN CIVIL COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA SENTENCIA PENAL

La comisión de un ilícito penal no solo significa la lesión o puesta en peligro de alguna de las condiciones imprescindibles que aseguran la participación social del individuo (bienes jurídicos). Con la realización de una conducta típica y antijurídica también nace la obligación de resarcir los daños, materiales o no, sufridos por la víctima. Dicho de otra forma, “la idea de que es preciso responder por el daño causado a otro (*neminem laedere*) es un postulado elemental en la teoría de la justicia y del Derecho, un axioma jurídico, y se encuentra en los estratos más profundos de la evolución que conduce a la noción moderna de la obligación”.²⁴⁶

Incorporar la institución de la responsabilidad civil extracontractual como elemento de la sentencia penal representa un entendimiento correcto acerca de la íntima vinculación que existe entre ambos tipos de sanciones (penal y civil); a su vez, cumple la función de prever un marco jurídico integral acerca de las distintas obligaciones que la actividad delictiva produce en sus responsables.

²⁴⁴ PARIONA ARANA, Raúl, *op. cit.*, p. 22.

²⁴⁵ Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116. Fundamento 14.

²⁴⁶ GOMÁ SALCEDO, José Enrique. (2005). *Instituciones de derecho civil y foral*. Tomo II: Obligaciones y Contratos. Barcelona: Bosch, p. 901.

3.3.1. Naturaleza jurídica

De acuerdo al artículo 28° del Código Penal existen cuatro tipos de pena:

- La que priva de libertad al condenado.
- La que le restringe su libertad.
- La que limita sus derechos.
- La que le impone una multa.

En sentido estricto, el legislador peruano no considera la reparación civil como un tipo de pena, aunque sí previó su simultánea imposición. El artículo 92° del Código Penal estipula que la reparación civil (y con ello, previamente, la responsabilidad) se determina junto con la pena. Lo mismo ocurre con el art. 399.4 del Código Procesal Penal,²⁴⁷ donde se menciona que en la sentencia condenatoria se decidirá también sobre la reparación civil.

El hecho de que la resolución judicial acerca de la responsabilidad penal y la civil de un sentenciado²⁴⁸ se sitúen en el marco de un mismo proceso se sustenta, como mínimo, en dos razones:

- **La primera es de carácter práctico o por economía procesal** ya que, al reservar la determinación de la responsabilidad civil en manos del juez penal se evita, en la víctima, la necesidad de recurrir a más de un proceso judicial para ver completamente satisfechos los legítimos intereses surgidos al sufrir un daño. Se evita, al mismo tiempo, tener que llevar a cabo de manera paralela un proceso civil y uno penal.
- **La segunda razón, que es sustancial o material**, tiene que ver con la función común que comparte con la responsabilidad civil. Ambas respuestas estatales (penal y civil) apuntan a mantener condiciones mínimas de convivencia pacífica, instrumentalizando un sistema de reglas sociales basado en la obligación general de no dañar (o de responder por el daño causado²⁵⁰), lo cual se expresa en objetivos de regulación distintos:²⁵¹ el daño resarcible²⁵² y la culpabilidad del acusado.

La determinación de responsabilidad civil en el marco del proceso penal coadyuva en la función de la norma penal, que no es otra que la prevención²⁵³ de conductas dañosas. Incluso ambas formas de sanción comparten, a su vez, algunos criterios semejantes de imputación formal de

²⁴⁷ Al igual que lo estipulado en el artículo 285° del Código de Procedimientos Penales.

²⁴⁸ La sentencia dictada por un juez penal puede ser absolutoria o condenatoria, pero en ambas situaciones el procesado queda sentenciado (libre o en prisión).

²⁴⁹ LÓPEZ JACOISTE, José Javier. (2012). *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 57 y ss.

²⁵⁰ LASARTE, Carlos. (2012). *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al Derecho*. Madrid: Tecnos, p. 423.

²⁵¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (2006). Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. *Gaceta Jurídica*, p. 277.

²⁵² MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLO BASOCO, *op. cit.*, p. 245; ALASTUEY DOBON, Carmen, Luis GRACIA MARTÍN y Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR. (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 531 y ss.

²⁵³ El propio Código Penal, en el artículo I del Título Preliminar, norma que el objeto del código es la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de su dignidad.

responsabilidad. Así, las disposiciones del Código Civil sobre la necesidad de un vínculo causal entre hecho generador y daño resarcible para fundar la existencia de responsabilidad civil presentan coincidencias con el presupuesto de la clásica tesis de la imputación objetiva en Derecho Penal (con la salvedad de que antes que causal, el sistema penal es valorativo).

En este sentido, si la determinación de la responsabilidad civil encuentra cabida dentro del ordenamiento penal es porque la función del Derecho Penal “es también promover la convivencia pacífica con el menor coste de sufrimiento. Si el recurso a la pena se puede alcanzar gracias a la reparación (en los supuestos que el legislador lo permita), tanto mejor; y eso no será una perversión del derecho penal, sino, al contrario, algo coherente con su carácter de «extrema» o *ultima ratio*”.²⁵⁴ Negar esta vinculación sería tanto como aceptar que el Código Penal actúa como un libro recopilador de distintos ordenamientos jurídicos, sin coherencia interpretativa interna. Esta posición resulta claramente incorrecta,²⁵⁵ pues como se desprende del artículo 46.9 del Código Penal, se consigna que uno de los criterios para individualizar la pena es la “espontánea reparación que se hubiere hecho del daño”.²⁵⁶

Dicho de otro modo, la institución jurídica de la responsabilidad civil sirve a efectos de graduar la respuesta penal ante la comisión de un delito, justamente por su vinculación valorativa respecto de los fines de la pena. Por lo demás, la búsqueda de una reparación integral de la víctima incorpora al resto de instituciones del sistema de prevención y control de la actividad criminal, como por ejemplo, el Ministerio Público y la Procuraduría Pública.

Adicionalmente a esta función principal de reparar a la víctima, podemos atribuir a la determinación de la responsabilidad civil las siguientes funciones²⁵⁷ indirectas:

- El reaccionar frente a un acto ilícito dañino.
- Retornar al *status quo* de la víctima.
- Reafirmar el poder sancionatorio del Estado.
- Producir disuasión entre quienes, voluntariamente o no, puedan producir actos perjudiciales.²⁵⁸
- Distribución de las pérdidas.
- Asignación de costos.

De acuerdo con lo expuesto, no debería resultar extraño el que la responsabilidad civil prescriba en el mismo tiempo en que prescribe la oportunidad de juzgamiento de la conducta típica que la produjo (artículo 101 del Código Penal). Las reglas civiles de la responsabilidad extracontractual

están reguladas en el art. 2001.4 del Código Civil y solo prevén dos años habilitantes para exigirla en los tribunales. Sin embargo, en el mismo artículo se deja en claro que la regla general se aplica salvo disposición distinta de la ley, como es el caso de la legislación penal.

El hecho de que la sanción penal y la civil coincidan respecto de su fin último no quiere decir, necesariamente, que en ambos cuerpos normativos gobiernen los mismos principios jurídicos o la misma naturaleza de imputación. Y, en efecto no es así, por ejemplo, en sede penal prima el principio de responsabilidad por el propio hecho y de presunción de inocencia, mientras que en el plano civil, la responsabilidad es solidaria²⁵⁹ (artículo 96° del Código Penal), transmisible (artículo 95°) y transable (artículo 14.1 Código Procesal Penal), incluso puede alcanzar a quien no esté comprendido en la sentencia penal (artículo 99° CP).²⁶⁰ La repercusión procesal también es distinta entre ambos ordenamientos, pues en el proceso penal la pretensión civil está en manos del afectado, es él quien debe probar el daño resarcible, limitando al juez sobre el monto indemnizatorio a resolver,²⁶¹ algo que no ocurre respecto de la sanción penal, donde el juez tiene absoluta discreción en virtud del principio de inmediatez de la actividad probatoria para graduar el *quantum* de pena a imponer.

3.3.2 La responsabilidad civil extracontractual: definición y contenido

Las múltiples formas de interacción social obligan a las personas a asumir ciertos riesgos, tanto a la posibilidad de sufrirlos como de ocasionarlos. En algunas oportunidades, es posible acordar previamente la responsabilidad y el monto de reparación ante eventuales perjuicios (responsabilidad contractual)²⁶², pero ello no siempre es factible. Para los casos en los que no exista acuerdo previo nace la figura jurídica de la responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1969°, 1970° y 1976° del Código Civil.

“Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

“Artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

“Artículo 1976.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”.

²⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (2002). La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil. En: AA.VV.: *La responsabilidad civil «ex delicto»*. Navarra: Aranzadi, pp. 33.

²⁵⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit.*, p. 24.

²⁵⁶ Al extremo que el no pago de la reparación civil puede ser causal de revocación gradual de la forma de cumplimiento de la pena, hasta llegar a la efectiva pena privativa de libertad. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02826-2011-PHC/TC.

²⁵⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2006). Derecho de la responsabilidad civil. Lima: Gaceta Jurídica, p. 52; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *op. cit.*, p. 119.

²⁵⁸ CASTILLO ALVA, José Luis. (2001). *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima: Idemsa, p. 78.

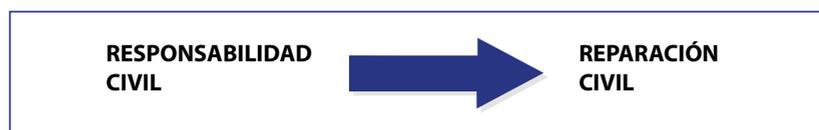
²⁵⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.* p. 242.

²⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (2002). Las personas civilmente responsables. En: AA.VV.: *La responsabilidad civil «ex delicto»*. Navarra: Aranzadi, p. 145.

²⁶¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.*, p. 236.

²⁶² LÓPEZ JACOISTE, José, *op. cit.*, p. 60.

Los términos responsabilidad *civil* y *reparación civil* no son sinónimos. En principio, cuando se determina la responsabilidad civil se analizan los criterios objetivos (daño causado) y subjetivos (dolo o culpa) necesarios para poder imputar el perjuicio de un tercero a cierta persona. Luego, una vez constatada la existencia de responsabilidad podrá hablarse de la obligación de reparar, mediante la aplicación de conceptos como daño emergente, lucro cesante, proyecto de vida, etc., orientados a concretar una cifra económica exacta capaz de reparar en sus legítimos intereses al perjudicado. Esta línea de razonamiento es semejante a aquella que se aplica en el ámbito penal, donde como paso previo habrá que determinar la responsabilidad penal del agente, para luego proceder (utilizando criterios distintos) a determinar el quantum exacto de pena a imponer.



Como consecuencia de su distinta naturaleza material, que la reparación civil se determine junto con la pena no es óbice para que el juez penal pueda resolver acerca de la obligación civil sin que medie atribución de responsabilidad penal. Ello se encuentra previsto en los artículos 99° del Código Penal y 12.3 del Código Procesal Penal. La responsabilidad civil y la obligación de reparar el daño causado no derivan del comportamiento típico, antijurídico y culpable que este analiza en un proceso penal²⁶³, sino del daño causado.

Mientras en un proceso penal lo que se busca es determinar la culpabilidad del acusado, la obligación de reparar surge con el hecho generador del daño, no con el proceso penal.²⁶⁴

La obligación de reparar es independiente de los resultados del proceso penal.

El artículo 93° del Código Penal menciona que la reparación civil comprende la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización por daños y perjuicios. En relación con estas medidas corresponde hacer algunos comentarios:

- **La restitución:** esta es la reparación más adecuada.²⁶⁵ En este sentido, si la restitución es posible, esta deberá ser la medida ordenada. El perjudicado no podría rechazarla según su discrecionalidad y pedir la cuantificación económica del bien. Es más, incluso en aquellos casos donde esta sea posible, el juez penal debe cerciorarse del efectivo aseguramiento del interés perjudicado²⁶⁶ en estricta atención del principio *restitutio in integrum*.²⁶⁷ No obstante, por cuestiones de justicia, el juez tendrá que prever que el afectado no reciba por encima de lo merecido, sino solamente que se restituya el probado daño que el perjudicado alega y argumenta, obligación que se complica al tratarse de datos morales.²⁶⁸

- **La indemnización:** se encuentra regulada en el artículo 1985 del Código Civil e incorpora como contenido el lucro cesante²⁶⁹, el daño emergente²⁷⁰ y el daño moral.²⁷¹

Determinar el monto de la reparación civil supone un serio reto que la judicatura debe afrontar sin desligarse de la garantía procesal referida a la “debida motivación de las resoluciones judiciales”,²⁷² estableciendo razonadamente las bases que justifiquen la cuantía de los daños e indemnizaciones.²⁷³ Para ello existen dos salidas: la primera, fundamentar los presupuestos tomados en cuenta para llegar a una cifra global única, sin mencionar los detalles de los sumandos. La segunda salida consiste en detallar cada elemento tomado en cuenta para llegar a una cifra exacta de reparación. Esto último resulta difícil de lograr, pues en muchas ocasiones la sola y razonable discrecionalidad judicial es el instrumento utilizado para determinar el *quantum* de indemnización.²⁷⁴

Como principio general, la reparación civil ha de ser una reparación de valor²⁷⁵ y este debe definirse en el momento de dictar sentencia. Por ejemplo, en el supuesto de restitución de un bien totalmente destruido habrá que definir si se ordena la restitución del bien en su valor predeterminado o si se resuelve por la simple restitución del valor venal (vendible o expuesto a la venta), es decir, el precio de mercado de un bien de similares características.²⁷⁶ Por lo demás, el juez penal debe ceñirse además de la cifra monetaria afectada a conceptos como los intereses (legales) o el *costo de oportunidad*, pues una justa reparación sobrepasa la simple restitución.

El juez debe atender las circunstancias extrínsecas e intrínsecas que aumentan o disminuyan (por ejemplo, el voluntario adelanto de la eventual reparación a manos del sentenciado) el monto de reparación.

Respecto de los daños morales (cargas personales que el afectado deba afrontar luego de haber sido víctima del delito o traumas psicológicos, entre otros) es necesario tener presente que los mismos pueden generarse en el preciso momento de la ejecución del delito y, también, con posterioridad a este.²⁷⁷ Las psicopatías o daños psíquicos no son parte de los daños morales, tales afectaciones se corresponden con los daños personales, los cuales pueden recaer contra la integridad física o psíquica del agraviado.

²⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *op. cit.*, p. 3.

²⁶⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil*, p. 38.

²⁶⁵ PUIG BRUTAU, José. (1983). *Fundamentos de derecho civil*. Tomo II, vol. III. Barcelona: Bosch, p. 192.

²⁶⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.*, p. 239.

²⁶⁷ Tribunal Constitucional Español, STC 181/2000 del 29 de junio de 2000.

²⁶⁸ CAVANILLAS, Santiago, *op. cit.*, p. 87.

²⁶⁹ Perjuicios de las ganancias que habrían ingresado al patrimonio del perjudicado de no haber sufrido el daño. CAVANILLAS, Santiago. (2002). Efectos de la responsabilidad «ex delicto»: indemnización de perjuicios materiales y morales. En: AA. VV.: *La responsabilidad civil «ex delicto»*. Navarra: Aranzadi, p. 79.

²⁷⁰ Daño personal consistente en los daños sobre la persona o sus bienes que ya formaban parte de su patrimonio al momento del daño.

²⁷¹ Daños distintos a la integridad física o psíquica del afectado relacionados a su personalidad, como por ejemplo, sensaciones o sentimientos (*pecunia doloris*). CAVANILLAS, Santiago, *op. cit.*, p. 82.

²⁷² Artículo 139.5 de la Constitución Política.

²⁷³ Mandato expresamente estipulado en el artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú. Cabe señalar que el Código Penal español en su artículo 115° estipula expresamente el mandato dirigido al juez penal de fundamentar explícitamente el monto de la reparación civil.

²⁷⁴ CAVANILLAS, Santiago, *op. cit.*, pp. 71-72.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 67 y ss.

²⁷⁶ CAVANILLAS, Santiago, *op. cit.*, p. 77.

²⁷⁷ *Ibidem.*, p. 93.

Es importante precisar que, entre los criterios utilizados por el juez para determinar el *quantum* de la reparación civil a imponer, por razones de justicia y en estricto respeto del principio de igualdad, no podrá considerarse la capacidad económica del responsable civil, pues ello sería tanto como hacer responder en mayor cuantía a los que tienen más dinero y en menor medida a los que no lo tienen, cuando en realidad el único baremo de cuantificación es el daño resarcible soportado por el perjudicado de la conducta ilícita.

Finalmente, así como en algunos casos no es posible restituir el bien, no toda comisión delictiva supone la obligación de reparar civilmente al afectado.²⁷⁸ La ejecución, perfecta o imperfecta, del delito tendrá que producir algún tipo de daño resarcible que permita al juez penal pronunciarse acerca del monto de la reparación civil. Por otro lado, la estructura típica de los delitos no niega, *a priori*, una eventual responsabilidad civil, pues incluso la comisión de delitos de peligro puede generar daños resarcibles.²⁷⁹

3.3.3 Breve referencia a la reparación civil en el caso de los delitos contra la administración pública

Los comportamientos típicos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico “administración pública” legitiman su punición principalmente en dos argumentos: En primer lugar, existe una íntima relación entre la (de) eficiente administración de los recursos públicos y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. El fin prestacional del Estado se manifiesta en la dación de una serie de condiciones que permitan el desarrollo social del individuo, como salud, educación, trabajo, y demás derechos fundamentales básicos que la Constitución consagra. En segundo lugar, los delitos llevados a cabo contra la administración pública no solo repercuten en el tesoro público, sino también, y con mayor énfasis, en la institucionalidad gubernamental del país, afirmando en su población un sistema endeble de administración, comprometiendo al mismo tiempo sus posibilidades de desarrollo.

Los valores jurídicos y sociales afectados con la realización de conductas típicas contra la administración pública justifican, además y en todos los casos, la necesidad de explicitar cualitativa y cuantitativamente la forma de reparación civil a cargo del culpable del delito. En este contexto resultan plenamente aplicables las reglas antes comentadas referidas a la indemnización y restitución del bien. No obstante, existen ciertos matices que es conveniente precisar:

- En los delitos contra la administración pública no siempre es factible la “restitución del bien afectado” (salvo en el delito de peculado).
- La obligación de reparar no siempre se consignará solo a favor de la administración, sino que muchas veces tendrá que considerarse el interés del concreto particular afectado con la conducta ilícita (a manera de ejemplo, si un empresario desecha otras ofertas económicas por participar en una licitación pública acordada previamente de forma ilícita, merece que se le indemnice, por lo menos, respecto del costo de oportunidad asumido al perder otras ofertas, siempre que se pruebe el daño).

- Respecto de la reparación inmaterial del daño, se podrían considerar como forma cualitativa de reparación civil ciertas conductas valorativas y simbólicas dirigidas a reforzar la institucionalidad de la entidad involucrada en el hecho típico de corrupción²⁸⁰ (por ejemplo, el Poder Judicial, alguna universidad nacional, el Congreso de la República, entre otros), de manera que se contribuya en la labor de información y concientización a la población acerca de las falsas virtudes de un sistema público corrupto.
- Finalmente, respecto de la responsabilidad civil subsidiaria o solidaria de la administración pública ante los daños producidos en los administrados por conductas de sus funcionarios, podemos partir de un criterio general, según el cual, la administración solo podrá responder civilmente por los daños producidos cuando sus dependientes hayan actuado en ejercicio funcional habilitado.²⁸¹ Prueba de ello es lo regulado en el artículo 139.7 de la Constitución, donde se prevén indemnizaciones: a) por errores judiciales y b) detenciones arbitrarias. Dicho de otro modo, en los dos supuestos citados, la administración debe cumplir como responsable solidario de los daños producidos por sus funcionarios en el (incorrecto) ejercicio de sus labores. En el marco del proceso penal por la comisión de un tipo penal contra la administración pública, por lógica, la administración podría quedar obligada en la sentencia como obligado civil, solidario o subsidiario, siempre que se pruebe la relación causal entre el hecho generador y el daño resarcible.

²⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.*, p. 238; LONDROVE DÍAZ, Gerardo, *op. cit.*, p. 149.

²⁷⁹ Acuerdo Plenario N° 6-2006 CJ/116.

²⁸⁰ MORALES GODO, Juan. (2006). Naturaleza del daño moral, ¿punitiva o resarcitoria? En: Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Responsabilidad civil II.* Lima: Rodhas, p. 188.

²⁸¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit.*, p. 174.

CAPITULO 4. Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios

El presente capítulo abordará los delitos contra la administración pública más relevantes y que han manifestado mayores elementos problemáticos que requieren el planteamiento de soluciones. Asimismo, se intentará dar respuesta a los problemas concursales que cada uno de estos delitos presentan.

4.1 LOS DELITOS DE COHECHO

Los delitos de cohecho, también denominados *delitos de corrupción de funcionarios*, vienen a representar un conjunto de delitos consistentes en la compra-venta de la función pública.²⁸² La característica común de estos es su “bilateralidad” o la naturaleza de “delitos de participación necesaria” ya que, siempre, son dos las partes que intervienen:²⁸³

- El funcionario que acepta o solicita el “pago” por la venta de la función pública.
- El sujeto que compra el “servicio” o recibe el ofrecimiento del funcionario.

Los principales delitos de cohecho o corrupción de funcionarios son dos:

- Cohecho pasivo.
- Cohecho activo.

A continuación, analizaremos cada uno de ellos.

4.1.1 Los cohechos pasivos

Las figuras delictivas de cohechos pasivos, a grandes rasgos, sancionan al funcionario que recibe, acepta o solicita recibir de una persona una ventaja o beneficio de cualquier índole a cambio de realizar algún acto conforme o contrario a sus funciones públicas, o por haber realizado, anteriormente, uno de estos actos. Es decir, los cohechos pasivos se encargan de incriminar solo a una de las partes intervinientes en el contexto de compra-venta de la función pública: el funcionario público.

²⁸² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Palestra, p. 409; MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA. (2005). *Comentarios al nuevo Código Penal*. Navarra: Aranzadi, p. 2108.

²⁸³ *Ibidem*.

Existen dos tipos de cohecho pasivo:

- El cohecho pasivo propio.
- El cohecho pasivo impropio.

No es posible identificar un único y común bien jurídico específico para el cohecho pasivo propio e impropio.²⁸⁴ Por ello, cuando a continuación se analice cada uno de estos delitos, se identificará su respectivo bien jurídico específico.

4.1.1.1 Cohecho pasivo propio

El artículo 393° del Código Penal que tipifica el delito de cohecho pasivo propio establece lo siguiente:

Artículo 393° del Código Penal

“El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

Como puede observarse, el cohecho pasivo propio sanciona tanto al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones (cohecho pasivo propio “antecedente”), como al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio como consecuencia de haber faltado ya a sus deberes.²⁸⁵

²⁸⁴ En este punto, los autores del manual concuerdan con: MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA, *op. cit.*, p. 2109 y ss., y con: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 420-421.

²⁸⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 438.

El bien jurídico específico

En la doctrina penal comparada²⁸⁶ y nacional²⁸⁷ actual, parece haber acuerdo en que el bien jurídico específico protegido por el cohecho pasivo propio es la “imparcialidad” en el ejercicio de la función pública. Es decir, la imparcialidad, como condición imprescindible y esencial para el funcionamiento adecuado de la administración pública²⁸⁸, implica el deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad para satisfacer el interés general y no los privados.²⁸⁹ La imparcialidad supone que el funcionario público debe estar sometido exclusivamente a la legalidad, sin permitir la interferencia de intereses económicos o de cualquier otra índole en su proceso de toma de decisiones.²⁹⁰

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 1406-2007- Callao del 7 de marzo de 2008 (Fundamento 5)

“(…) el bien jurídico protegido en esta clase de delitos [cohechos], es preservar la regularidad e **imparcialidad** en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos (...)”

Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia en el Exp. N° 038-2006 del 5 de julio de 2011

“El interés a cuya protección se ha tipificado el delito in comento, en términos genéricos, es el “funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia [...] de la venalidad, aún ejercida con relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento. En el cohecho pasivo propio, el objeto específico de tutela es el principio de imparcialidad (...)”.

A efectos de probar la comisión del delito de cohecho pasivo propio en casos complejos, lo adecuado será recabar suficientes indicios que soporten la idea del condicionamiento de la función pública a la promesa de una ventaja, favor, etc. De esta forma, jurisprudencialmente se ha señalado lo siguiente:

²⁸⁶ Así lo afirma DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (2006). El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N° 17, p. 110.

²⁸⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 422.

²⁸⁸ Este principio ha sido recogido como deber fundamental en el desempeño de la función pública en el Código de Ética de la Función Pública - Ley N° 27815 (artículo 7.1).

²⁸⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *op. cit.*, p. 112; MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA, *op. cit.*, p. 2105.

²⁹⁰ *Ibidem*.

“Que tales apreciaciones a criterio de este Supremo Tribunal constituyen el hecho base que considerado por sí solo no puede formar parte del delito que se pretende probar, que necesariamente deben estar unidos y acompañados de otros elementos indiciarios que sean plurales y suficientes, con tal fuerza acreditativa de hechos indirectos que concordantes recíprocamente nos hagan inferir la acreditación de la aceptación de ventaja económica para practicar un acto propio de su cargo o que haga presumir que dicha ventaja también provenía de la comisión de un delito.”²⁹¹

4.1.1.2 Cohecho pasivo impropio

El artículo 394° del Código Penal, que tipifica el delito de cohecho pasivo impropio establece lo siguiente:

Artículo 394° del Código Penal

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Como se puede apreciar, el delito de cohecho pasivo impropio sanciona tanto a aquel funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir un donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a cambio de realizar un *acto propio de su cargo*, como al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a consecuencia de ya haber realizado el acto funcional.²⁹²

²⁹¹ R.N. 05-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2009.

²⁹² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, 456 y ss.

El bien jurídico específico

En la doctrina penal sigue habiendo discrepancias en cuanto al objeto de protección en este delito de cohecho. Básicamente, podemos exponer dos de estas posiciones:

- El bien jurídico específico es la honradez o integridad de la condición de funcionario público.²⁹³ Esta postura que no es compartida por los autores de este Manual, dado que la utilización de conceptos como la “honradez” o “integridad” referidas a la condición de funcionario público resultan demasiado subjetivas.²⁹⁴
- El bien jurídico específico es la gratuidad o no venalidad de la función pública.²⁹⁵ Esta es la postura que comparte la presente publicación, dado que cuando se trata de un cohecho pasivo impropio no se pone en peligro alguno el servicio público, pues el acto realizado o por realizar es lícito, propio del cargo del funcionario.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema recaída en el Exp. N° 05-2002 del 3 de junio de 2008

“Asimismo, se reprime la venalidad [...] del servidor público, porque su sola existencia constituye la amenaza para el funcionamiento normal de la Administración, sin importar que el acto sea justo o injusto, puesto que no interesa tanto la naturaleza del acto sino su motivo, que es la recompensa de cualquier tipo, incluso honorífica (ejemplo, condecoración), que se convierte en el móvil que induce al funcionario a actuar de determinada manera, cuando su proceder no debe ser por ella”.

4.1.2 Cohecho activo genérico

El artículo 397° del Código Penal que tipifica el delito de cohecho activo genérico establece lo siguiente:

Artículo 397° del Código Penal

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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

²⁹³ VIZUETA FERNÁNDEZ, citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *op. cit.*, p. 137.

²⁹⁴ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *op. cit.*, pp. 92-95.

²⁹⁵ FISCHER citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *op. cit.*, p. 119.

Como se observa, el cohecho activo está dirigido a sancionar a la otra parte del acuerdo por el cual el funcionario vende la función pública. Por tanto, sanciona a la persona que ofrece o promete dar a un funcionario algún donativo, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus funciones, o realice u omita actos propios de su cargo.

El bien jurídico específico

La identificación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho activo dependerá de la modalidad delictiva que cometa el autor.²⁹⁶

- Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice u omita un acto en violación de sus obligaciones el bien jurídico protegido será la “imparcialidad” en la función pública²⁹⁷
- Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice un acto propio de su cargo, el bien jurídico protegido será la gratuidad o no venalidad de la función pública.

Debe tenerse presente que, en esta figura delictiva, se protegen los bienes jurídicos antes mencionados solo frente a conductas de peligro, pues sobre el particular no pesa la obligación de resolver con imparcialidad o sin abuso del cargo. El cohecho activo es un delito que pone en peligro la “imparcialidad” o el “ejercicio no abusivo del cargo público”, porque la conducta a ser sancionada favorece que el funcionario público que recibe la “coima” o soborno atente directamente contra ellos.²⁹⁸

4.1.3 Elementos problemáticos de los delitos de cohecho

A continuación, se expondrán y analizarán tres de los problemas más importantes que presentan estos delitos de cohecho. En primer lugar, la problemática del sujeto activo en los delitos de cohecho pasivo; en segundo, se tratará el de la “persona interpuesta” en los delitos de cohecho pasivo; y finalmente, se dará a conocer la no necesidad de valoración económica de la ventaja o dádiva en todos los delitos de cohecho.

• El sujeto activo

Un primer problema que se presenta en los delitos de cohecho pasivo es el sujeto activo. Conforme lo establecido por la doctrina penal, un sujeto activo del cohecho pasivo propio e impropio solo puede ser aquel funcionario que actúa en el ámbito de sus competencias (incluyendo a los funcionarios de facto, tal como se aplica en el caso de los demás delitos de corrupción y tal como ha sido expuesto en el segundo capítulo de este Manual).

En el supuesto en que una persona reciba dinero haciendo creer a la otra persona que aquel es el funcionario de un trámite, por ejemplo, nos encontraremos ante el delito de usurpación de funciones simplemente, pero no habrá cohecho pasivo. Los autores de este Manual no comparten ni consideran correcta la posición doctrinaria por la cual en dicho supuesto se configuraría el delito de estafa²⁹⁹, ya que el derecho penal no puede proteger la expectativa o conducta ilícita de comprar la función pública por parte del particular interesado que ofrece o acepta dar un beneficio a un funcionario a cambio de que este realice un acto conforme o en contra de sus funciones públicas.

Cabe señalar, por otro lado, que un acto propio de las competencias funcionales del autor también es el que pertenece al ámbito de decisión general del funcionario.³⁰⁰ Aun cuando el funcionario no ejecute los actos directamente, sino a través de subordinados, por ejemplo, también habrá que apreciar un acto propio de sus competencias y, por lo tanto, podrá ser aplicado el delito de cohecho pasivo.

Ejemplo

Cometerá delito de cohecho pasivo propio el coronel que recibe S/. 1,000 nuevos soles de una persona para que ordene a sus subordinados encargados (suboficiales) aplazar un desalojo.

Respecto de los delitos de encuentro existen varios delitos contra la administración pública que presentan esta problemática dada su naturaleza “plurisubjetiva” o de “participación necesaria”. El delito de cohecho es uno de los delitos que presenta esta problemática de los delitos de encuentro, pues al tener la característica de “bilateralidad”, surge la pregunta de qué delito aplicar a cada uno de los intervinientes. Sobre este punto, el Código Penal peruano ha optado por tipificar conductas separadas dependiendo del sujeto activo respectivo. Es decir, en el caso del delito de cohecho activo, el ciudadano o particular será autor de este delito. Por su parte, en el delito de cohecho pasivo, el autor será, como ya fue expuesto ampliamente, el funcionario público. A continuación, un ejemplo.

²⁹⁶ Identifica dos bienes jurídicos protegidos en el delito. Ver: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 466.

²⁹⁷ De manera similar, RODRÍGUEZ PUERTA, María José. (1999). *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Aranzadi, p. 85 y ss.

²⁹⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *op. cit.*, pp. 84 y 106.

²⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. (2001). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 959.

³⁰⁰ *Ibidem*.

Ejemplo

Un sujeto A entrega S/. 100 nuevos soles a un funcionario B de una municipalidad para que le apruebe una solicitud de licencia de funcionamiento y omite valorar ciertos aspectos técnicos que la harían improcedente.

En este caso hay tres posibles soluciones:

1. Sancionar al funcionario B como autor del delito de cohecho pasivo propio y al sujeto A como partícipe del mismo delito,
2. Sancionar al sujeto A como autor del delito de cohecho activo genérico y al funcionario B como partícipe del mismo, o
3. Se sanciona al funcionario B como autor del delito de cohecho pasivo propio y al sujeto A como autor del delito de cohecho activo genérico.

De las posibles soluciones, la tercera es la correcta dado que, cuando estamos ante casos de delitos de encuentro en los que el partícipe necesario (sujeto A) es favorecido por el delito cometido por el autor (funcionario B) y la conducta de aquel está, también, sancionada por separado en otro tipo penal, cada interviniente responde como autor de su propio delito.³⁰¹ Es decir, el sujeto A responde solamente como autor del delito de cohecho activo y el funcionario B, solamente como autor del delito de cohecho pasivo propio.

• La recepción del beneficio por la persona interpuesta

Otro aspecto problemático es el supuesto en donde la persona que recibe o acepta el beneficio es diferente al funcionario público competente para realizar el acto. En estos casos, se habla de la intervención de una “persona interpuesta”.

La legislación peruana, a diferencia de la española, no ha estipulado expresamente que la recepción o aceptación del beneficio pueda darse a través de una “persona interpuesta”. Sin embargo, esto no supone un obstáculo para que, en aplicación de las reglas generales de la autoría y participación, se puedan subsumir conductas como estas también en el delito de cohecho pasivo.³⁰²

En efecto, el funcionario que utiliza a otra persona para recibir el beneficio (persona interpuesta) podrá ser considerado “autor mediato” solo en aquellos casos en los que el funcionario competente ha instrumentalizado a la persona interpuesta. Si esta última actúa con pleno conocimiento de la situación, el funcionario es simplemente autor del delito de cohecho y la persona interpuesta será partícipe del delito. En este último caso, la persona interpuesta sería lo que se denomina “instrumento doloso no cualificado”³⁰³ que, siguiendo la “teoría de la

³⁰¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 77.

³⁰² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 449.

³⁰³ Ver punto 2.6 del Manual.

unidad del título de la imputación”³⁰⁴ debe responder como cómplice del delito de cohecho pasivo.³⁰⁵ El funcionario que utiliza un “instrumento doloso no cualificado” para cometer el delito evidentemente responde como autor del mismo, dado que es él quien tiene el acceso al bien jurídico en situación de vulnerabilidad.³⁰⁶

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima del 10 de noviembre de 1999 (Fundamento 9)

“(…) es necesario abordar el tema de la consumación del delito; esto es, la solicitud o entrega del dinero; en este punto, debemos esbozar lo sostenido por Carlos Creus en su obra “Derecho Penal- Parte Especial” respecto de la persona interpuesta que “las acciones de recibir o aceptar puede realizarlas el funcionario por sí o por persona interpuesta; es decir, personalmente o por intermedio de un tercero”. La referencia de la ley a la persona interpuesta no es simplemente material [de la tipicidad de la conducta], sino una referencia en orden a la participación [posibilidad de que extraneus interpuesto sea partícipe del delito] (…)

• La no necesidad de contenido patrimonial de la ventaja o dádiva

Se ha discutido en doctrina si un favor sexual o sentimental puede constituir un beneficio que se entrega al funcionario a cambio de que realice un acto contrario a sus obligaciones o propio de su cargo. Existen posiciones que sostienen que la dádiva o ventaja solo puede ser aquella que tenga contenido patrimonial³⁰⁷, mientras que existen otras que postulan que, dado el abanico de ventajas señalado por el tipo penal de cohecho (beneficio, ventaja, donativo, promesa), estas pueden ser de cualquier naturaleza.

Los tipos penales nacionales de cohecho sí permiten incluir dentro del concepto “ventaja” o “beneficio” los favores sexuales por ejemplo, que no tienen contenido patrimonial o económico.³⁰⁸ Este es un principio establecido en la CNUC en su artículo 3°, que señala:

Artículo 3° CNUCC

“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”.

³⁰⁴ Ver punto 2.6 del Manual.

³⁰⁵ Admite la posibilidad de sancionar al partícipe *extraneus* del cohecho pasivo. Ver: ORTS BERENQUER, Enrique, *op. cit.*, p. 719.

³⁰⁶ Ver punto 2.6 de este Manual.

³⁰⁷ ORTS BERENQUER, Enrique, *op. cit.*, pp. 714-715.

³⁰⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 436-437 y ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 644.

En estos casos, aun cuando no se pueda poner un precio de mercado a la ventaja obtenida por el funcionario, sí existe un condicionamiento del ejercicio de la función pública a fines distintos a los intereses generales, por lo que es perfectamente posible apreciar la configuración del delito.³⁰⁹

Es importante resaltar también que el artículo 3 del CNUCC se encuentra referido también a que el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública no puede ser el patrimonio del Estado. Una cosa es que el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” se lesione a través de una conducta que implique en un caso concreto necesariamente perjuicio patrimonial, y otra cosa es que se tenga que exigir que la conducta reprochada implique siempre un perjuicio patrimonial al Estado. Dentro de la gama de conductas que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico en los delitos de corrupción, podremos encontrar algunas donde el contexto típico esté vinculado al elemento patrimonial (como en el caso del peculado, por ejemplo); pero esto no significa que el bien jurídico protegido es el patrimonio estatal.

4.1.4 Problemas concursales

Los delitos de cohechos presentan principalmente problemas de concurso entre las figuras delictivas de cohecho, la concusión y el tráfico de influencias.

- **Problema concursal entre los cohechos pasivos y el delito de concusión (artículo 382° del Código Penal)**

Entre los delitos de cohecho pasivo y concusión³¹⁰ existe un concurso aparente de normas, por lo que solo se aplicará uno de ellos. Entre el delito de cohecho pasivo y el delito de concusión, existen las siguientes semejanzas: 1) El sujeto activo es un funcionario público, 2) existe un abuso de poder del funcionario y 3) el autor se beneficia.

Sin embargo, existen también importantes diferencias sustantivas entre los dos delitos, entre las cuales podemos mencionar a las siguientes: 1) en la concusión se usa la violencia, la amenaza o el engaño como medios que vician la voluntad del particular,³¹¹ en contraste, 2) en los cohechos pasivos no existen dichos medios, 3) en la concusión, el particular que interviene no responde penalmente por su parte y 4) en los cohechos pasivos el particular sí puede responder por el delito de cohecho activo. Es decir, “la característica especial del delito de concusión subyace en que el servidor público abusa del cargo para obligar o inducir a una persona a dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial para sí o para otro.”³¹²

³⁰⁹ En este mismo sentido, se ha pronunciado la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 15°, donde establece que; para apreciar un delito de soborno (cohecho) se debe aceptar o solicitar en general un “beneficio indebido”; es decir, no interesa el contenido económico o no de este.

³¹⁰ “Artículo 382.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.”

³¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, pp. 365 y 368.

³¹² TORRES, David, Julio RODRÍGUEZ V. y Erick GUIMARAY. La conducta prohibida en el delito de colusión. *Boletín Informativo Mensual*, N° 39. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/LA-CONDUCTA-PROHIBIDA.pdf>

CUADRO 3

Delito de concusión y cohechos pasivos: diferencias y semejanzas

DELITO	DIFERENCIAS	SEMEJANZAS
Concusión	<ul style="list-style-type: none"> • Uso de violencia, amenaza o engaño que vicia la voluntad del particular. • El particular sobre el que recae la violencia, amenaza o engaño no responde penalmente. 	<ul style="list-style-type: none"> • El sujeto activo es un funcionario público. • Existe abuso de poder del funcionario. • Existe beneficio para el autor.
Cohechos pasivos	<ul style="list-style-type: none"> • Existe libertad contractual entre el funcionario y el particular. • No existen medios que vicien la voluntad del particular. • El particular que interviene puede responder penalmente. 	

Así pues, al tener los delitos de cohecho pasivo y concusión ciertos elementos divergentes, entre ellos lo que se aprecia es un concurso aparente de delitos que deberá resolverse a través del criterio de especialidad. Si estamos ante un caso donde existe la utilización de medios coercitivos o fraudulentos, se aplicaría solamente el delito de concusión; mientras que si estamos ante un caso donde dichos medios no existen estaríamos ante el delito de cohecho pasivo.

4.2 EL DELITO DE PECULADO

El delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 387° del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 387° del Código Penal

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

4.2.1 El bien jurídico específico

En el ordenamiento jurídico peruano, la discusión en torno a cuál es el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado ha quedado, por el momento, dilucidada con la emisión del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.³¹³ Este señala que el peculado es un delito pluriofensivo y que el bien jurídico contiene dos partes:

- Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública.
- Evitar el abuso del poder de los funcionarios o servidores públicos, que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

En otras palabras, se estarían protegiendo los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado. Esta perspectiva bipartita del bien jurídico ha sido acogida por la jurisprudencia nacional.

³¹³ Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116. Fundamento Jurídico 6.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 011-2001, del 8 de agosto de 2006.

CASO CROUSILLAT

“Esta figura delictiva tiene como objeto de tutela, en términos globales, proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, al igual que todas las demás figuras contempladas en el Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal. En términos específicos, este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos. Se trata de un delito pluriofensivo, cuyo bien jurídico protegido se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y, por otro lado, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público”.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° AV-23-2001, del 23 de julio de 2009.

CASO CTS MONTESINOS

“El sujeto activo es el funcionario o servidor público que realiza cualquiera de las dos modalidades típicas que regula la ley. Esto es, la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos. (...) siendo su nota característica y exigencia de naturaleza objetiva que la conducta del funcionario o servidor público exprese un acto de disposición patrimonial que desconoce la titularidad del Estado sobre los bienes ejecutados. Estos aspectos hacen del delito una conducta de naturaleza pluriofensiva. En el Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, se deja sentado que ese carácter está vinculado con la protección de dos objetos específicos merecedores de protección penal: i) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

4.2.2 Elementos problemáticos

• La posición del funcionario público

Un aspecto que antes podía ser considerado problemático en torno al delito de peculado, superado actualmente a nivel jurisprudencial, es sobre la posición que el funcionario público debe tener para cometer esta transgresión. Así, para que un funcionario pueda ser considerado autor del delito de peculado, los recursos o caudales públicos no tienen que encontrarse necesariamente bajo su tenencia material directa. Por el contrario, lo que este exige es que el funcionario cuente con disponibilidad jurídica.

La disponibilidad jurídica implica que el agente tenga, por efecto de la ley, libre disposición sobre los bienes, caudales o recursos. Es decir, el funcionario debe tener una competencia específica sobre los recursos públicos, adquirida por efecto del cargo público que desempeña. Y dicha competencia debe consistir en tener la facultad para poder disponer de los recursos sin necesidad de mantenerlos, materialmente, bajo su custodia. Este tema ha quedado esclarecido gracias, nuevamente, al Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

CASO DE LA EXCONGRESISTA ELSA CANCHAYA

Un ejemplo claro de que no es necesario que el funcionario público tenga bajo su custodia material directa los recursos o caudales, es el de la excongresista Elsa Canchaya. Si bien ella fue condenada por el delito de nombramiento ilegal, también pudo ser imputada por el delito de peculado a favor de tercero, ya que la conducta ilícita que cometió consistió en contratar como asesora de su despacho a la señorita Jacqueline Simón Vicente, quien no contaba con los requisitos necesarios y exigidos por ley para ocupar dicho cargo de asesora del despacho congresal y, también, empleada del hogar en el domicilio de Elsa Canchaya.

Como se estableció en la sentencia que la condenó por delito de nombramiento ilegal³¹⁴, la excongresista tenía el control sobre la designación directa de su asesora, poder que, según dejó establecida la sala que la condenó, no lo tenía la Dirección de Recursos Humanos del Congreso. Este es el fundamento para considerar que también pudo ser condenada por el delito de peculado.

En este sentido, si bien Elsa Canchaya no tenía el control material sobre el dinero que se le pagaba a su asesora, dado que podía designarla discrecional y directamente, tenía una competencia funcional o disponibilidad jurídica sobre los recursos que se destinarían a pagar el sueldo que, indebidamente, recibió Jacqueline Simón Vicente. Así, se podría entender configurado el delito de peculado a favor de un tercero.

³¹⁴ Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 07-2007, del 7 de octubre de 2009.

Asimismo, y conforme a la conducta descrita por el delito de peculado, resulta irrelevante que la apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos sea en favor de alguien determinado, “sino que dicho beneficio sea a costas del interés común y llevado a cabo por alguien que tiene el poder para tergiversar la naturaleza prestacional de los bienes y servicios públicos”³¹⁵.

• Los viáticos como objeto del delito de peculado

Un segundo elemento, que aún es considerado problemático, es el de los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado. Se debe entender por viático “cualquier asignación en dinero o en especie, fuente de financiamiento; por viajes dentro del país (o fuera del país), al que perciba el comisionado por cualquier concepto de viajes en comisión de servicio oficial o capacitaciones autorizadas”³¹⁶. En otras palabras, los viáticos serán “la asignación que se otorga al personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque) (...)”³¹⁷.

El problema sobre los viáticos y el delito de peculado radica en que no hay un acuerdo en doctrina ni en jurisprudencia vinculante respecto a si el no reintegro de saldos no utilizados por parte del funcionario público que recibe los viáticos constituye un delito de peculado por apropiación o por utilización (distracción) o si, por el contrario, dicho hecho no tiene relevancia penal.

Así, un ejemplo de decisiones por las cuales se considera que dicho acto tiene relevancia penal y constituiría peculado sería el siguiente:

JURISPRUDENCIA

Resolución N° 2665-2008, del 21 de enero de 2010, emitida por la Sala Penal Permanente

En dicha decisión se afirmó que no retornar el saldo del viático no utilizado constituye un delito de peculado pues se habrían realizado “actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado [al funcionario público] para determinado fin (viáticos), sin sustentarlo cuando correspondía, es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que conllevó a que el estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal”.

³¹⁵ GUIMARAY MORI, Erick y Oscar HASSENTEUFEL SALAZAR. Acerca del sustento de punición y del sistema de participación criminal en el delito de peculado peruano y boliviano. Disponible en: <<http://bit.ly/1WJBenG>>. Consulta: 9 de noviembre de 2015.

³¹⁶ Definición tomada de la Directiva N° 004-2011 UNH.

³¹⁷ Directiva N° 009-2005/CONSUCODE/PRE.

No obstante, en el sentido opuesto, podemos encontrar fallos judiciales como el siguiente:

JURISPRUDENCIA

Resolución de la Sala Penal Transitoria, recaída en el expediente N° 260-2009, del 3 de marzo de 2010.

[Los casos de funcionarios que no rindieron cuentas de los gastos de sus viáticos no tienen relevancia penal porque estos viáticos] “tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben dilucidarse administrativamente (...)”.

La opción que parece ser la más adecuada, según los fines del Derecho Penal y el interés constitucional de persecución y represión de actos de corrupción, es la primera. Es decir, aquella que considera que los casos en los que un funcionario público se queda con el saldo del viático que no utilizó constituye la comisión de un delito de peculado.

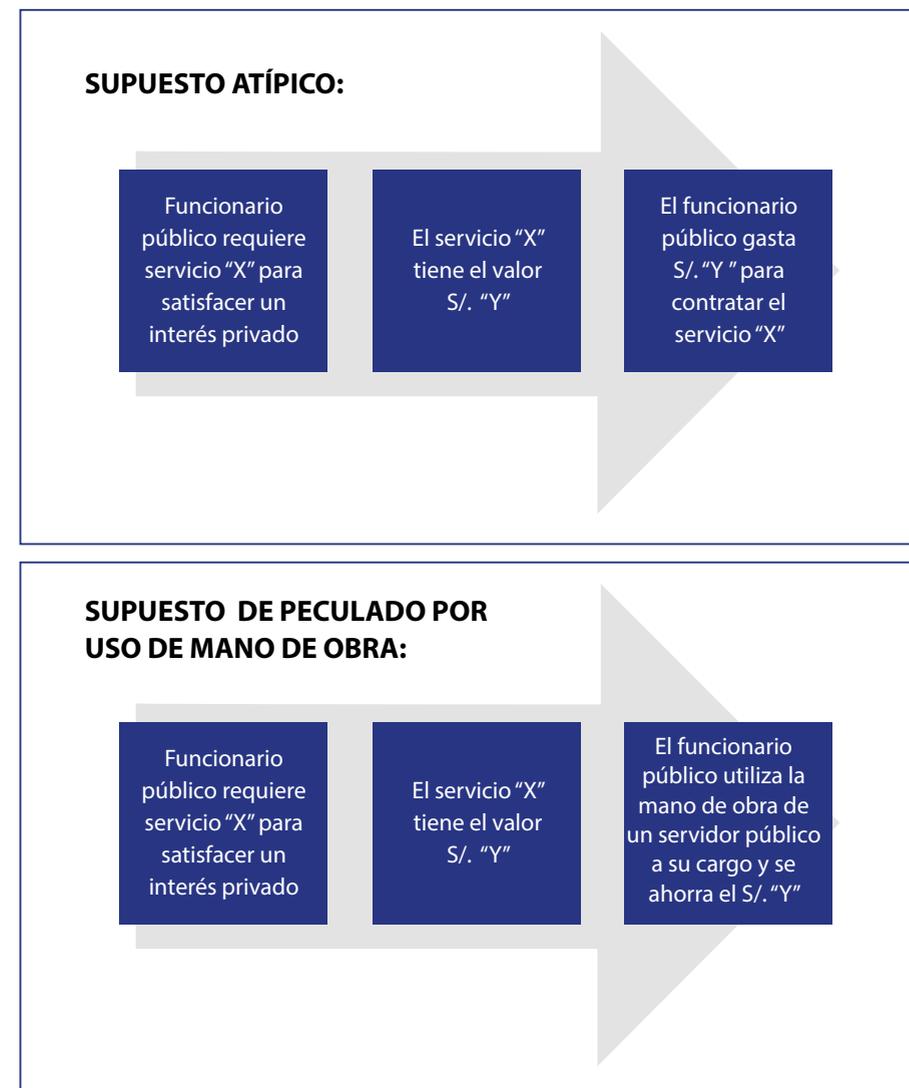
Esta posición se apoya en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 007-2013-EF, según el cual los funcionarios públicos se encuentran obligados a rendir cuentas por los gastos debidamente fundamentados por concepto de movilidad, hospedaje y alimentación que requiera su comisión de servicio. Es decir, los funcionarios públicos no cuentan con discrecionalidad absoluta en relación a los fondos públicos que reciben en calidad de viáticos. Por el contrario, tienen el deber de rendir cuentas de los gastos efectuados. Como puede apreciarse, esta postura es la que se condice mejor con el bien jurídico protegido en el delito de peculado: la administración íntegra, leal y proba del dinero público confiado al funcionario en razón de su cargo.

Ahora bien, un segundo problema que surge en este punto es dilucidar si este delito de peculado se cometería por la apropiación del dinero recibido en calidad de viático o por su indebida utilización. Una vez más, la opción más correcta pareciera ser la de considerar que se trata de delitos de peculado por utilización (distracción). Los billetes se entregan en propiedad y, en este orden de ideas, un agente público no podrá apropiarse de algo que ya se encuentra dentro de su patrimonio como si él fuera el propietario. Es por ello que, lo más adecuado, sería considerar que la no devolución del saldo no utilizado del viático constituye un supuesto de administración desleal del patrimonio público o, en otras palabras, una utilización indebida del patrimonio administrado por el Estado, mas no una apropiación en sí.³¹⁸

³¹⁸ Una explicación más detallada de esta postura se puede encontrar en: Los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado, Boletín Anticorrupción, N° 8, diciembre 2011. En: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/diciembre_2011_n08.pdf

• La mano de obra de funcionarios públicos como objeto del delito de peculado

Desde la perspectiva de este Manual, la mano de obra puede ser considerada como caudal público, entendiendo por dicho concepto a todo “recurso con valoración económica que se encuentra a disposición de la administración pública”³¹⁹. Al tratarse de un recurso público cuantificable, ya que “el valor de la mano de obra se determina a partir del dinero que habría gastado el funcionario público en la remuneración de los trabajadores que debió contratar”³²⁰, será susceptible de utilización por un funcionario público.³²¹



³¹⁹ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. (2015). Peculado por uso de mano de obra de funcionarios públicos: Su reconocimiento a través de la resolución de la sala permanente en la extradición activa 26-2015 (Caso Belaunde Lossio). Disponible en: <http://bit.ly/1GTKDlr>. Consulta: 9 de noviembre de 2015. P. 12.

³²⁰ *Ibid.*, p. 12.

³²¹ Así también ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 345.

- **Uso particular de vehículos del Estado**

Finalmente, un problema que se ha venido suscitando es el trato de aquellos casos donde un funcionario público, por ejemplo el jefe de una entidad pública, hace uso particular del vehículo que el Estado le ha entregado por razón de su cargo, pero no como instrumento de trabajo sino para su servicio personal. Y es que el artículo 388° CP establece que se sancionará penalmente al “funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa, permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda (...)”. Pero también, en el último párrafo, indica que “no están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

Entonces, según lo establecido en este último párrafo, aquellos casos en que un ministro, por ejemplo, utiliza la camioneta que el Estado le ha otorgado -para su servicio personal- un fin de semana de paseo a la playa o para trasladar material de campaña en época electoral, no serían considerados delito de peculado de uso. Incluso, el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM³²² ha reafirmado lo establecido por el último párrafo del artículo en análisis, disponiendo lo siguiente:

“Usar indebidamente o dar una aplicación diferente, a los bienes y recursos públicos que le han sido confiados en administración o custodia o que le han sido asignados con ocasión de su cargo o función, o, que han sido captados o recibidos para la adquisición de un bien, la realización de obra o prestación de servicio, cuando de dicho uso o aplicación se obtenga un beneficio personal no justificado o desproporcionado, o sea para actividades partidarias, manifestaciones o actos de proselitismo. Esta infracción es considerada como muy grave. No está comprendido en esta infracción el uso de los vehículos motorizados asignados al servicio personal por razón del cargo.”

Al respecto, existe un problema de técnica legislativa. Esta norma permite la exclusión de supuestos en los cuales el funcionario público se vale del vehículo motorizado asignado por razón de su cargo para satisfacer fines particulares. Este comportamiento es evidentemente incompatible con una administración pública que sea prestacional, objetiva y legal. Es decir, contrarios al principio constitucional de buena administración.³²³

Según nuestro Tribunal Constitucional:

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n° 04298-2012-PA/TC emitida el 17 de abril de 2013

“(…) la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales) también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al “uso personal” del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica. Y es que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el “uso personal” que el funcionario hace de él. Si tenemos en cuenta el círculo de familiares o personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo prácticamente indesligable”.

³²² Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 29622, denominado *Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control*.

³²³ STC 00017-2011-PI/TC.

De lo anterior, pueden identificarse los siguientes supuestos³²⁴:

USO DEL VEHICULO	ES PECULADO DE USO	NO ES PECULADO DE USO
El funcionario está presente en el vehículo.	<ul style="list-style-type: none"> • Uso de la familia no nuclear. • Uso que implique el deterioro, meoscabo y destrucción del vehículo. • Faltas al Código de ética de la Función Pública: (i) proselitismo político (en beneficio propio o de tercero). 	<ul style="list-style-type: none"> • Uso de la familia nuclear (esposo(a), hijos y padres, por ejemplo). • Uso del personal de confianza (trabajo conjunto, por encargo). • Actividad docente, estudios del funcionario, reuniones no oficiales. • Actos considerados inmorales que no impliquen una falta al Código de ética de la Función Pública.
El funcionario no está presente en el vehículo y conoce cuál será su uso.	<ul style="list-style-type: none"> • Uso del vehículo como movilidad permanente de la familia y amistades. • Uso para fines delictivos. • Proselitismo político. 	<ul style="list-style-type: none"> • Uso ocasional de la familia nuclear. • Uso ocasional de la familia no nuclear y personal de confianza (trabajo conjunto o por encargo).

4.2.3 Problemas concursales

El delito de peculado puede presentar algunos problemas concursales con otros. Probablemente, el más frecuente sea el concurso aparente de delitos entre peculado y malversación de fondos (artículo 389° CP). Este concurso aparente se fundamentaría en la existencia de algunos elementos en común que ambos tendrían como características. Estos elementos en común son:

- El objeto del delito en el peculado y en la malversación de fondos es el dinero o bienes del Estado o que este tiene a su cargo.
- Ambos delitos exigen una relación funcional especial entre el funcionario público y los bienes o dinero público aunque más adelante se abordará que en cada uno se exige una relación particular.
- Pueden terminar afectando definitivamente la prestación de un servicio o función pública.

³²⁴ TORRES PACHAS, DAVID. Comentario Jurisprudencial. Caso Roberto Torres Gonzáles - alcalde de Chiclayo. Disponible en: <<http://bit.ly/1GUY98D>>. Consulta: 10 de noviembre de 2015.

Sin embargo, a pesar de estos elementos comunes, la diferencia entre el delito de peculado y de malversación de fondos es pronunciada. Por un lado, para la comisión de un delito de peculado, el funcionario público debe encontrarse en una situación de percepción, custodia o administración de los bienes o caudales públicos. En este último caso, el funcionario público administra los bienes o caudales, pero estos no se encuentran destinados para un fin específico de manera reglada. En cambio, en el delito de malversación se exige que el funcionario o servidor público se encuentre en una relación de administración de bienes o caudales de una partida pública determinada y destinada, en este sentido, para un fin público específico. En otras palabras, en ambos casos, existe la facultad de disponer de los bienes o caudales, pero en el caso del delito de malversación, esta se encuentra normada. Esto supone que el agente público tenga la facultad no solo de disponer de los bienes públicos sino, específicamente, de aplicarlos a finalidades legalmente determinadas.

El peculado puede parecerse a la malversación de fondos públicos ya que la apropiación o utilización del dinero público para un fin privado y la aplicación distinta a la definitiva de los bienes o dinero que administra pueden generar una afectación en la prestación de un servicio o función pública, ya sea porque se utilizó para fines privados o para fines públicos distintos a los establecidos previamente por ley.

Sin embargo, queda claro que la diferencia esencial entre ambos delitos radica en que, en el peculado, la finalidad que se le da a los bienes o caudales públicos es una finalidad privada, mientras que en el delito de malversación de fondos la utilidad o destino sigue siendo público. Es en este orden de ideas que solo puede darse un concurso aparente entre ambos delitos cuando se trate de un mismo hecho.³²⁵ En relación a este punto, es importante aclarar cuándo puede hablarse de “aplicación pública” de los caudales o bienes públicos. Aquí es relevante indicar que una aplicación pública no se justifica, necesariamente, cuando el dinero o recursos públicos se destinan a un grupo o a un colectivo de personas. En este caso, por ejemplo, un alcalde decide destinar fondos de su partida de subvenciones sociales para construir un local de un comedor popular, pero disponiendo que sea pintado con los colores de su partido. Aquí, el comedor popular puede ser técnicamente considerado un colectivo de personas. No obstante, para identificar si nos encontramos frente a una aplicación privada y no pública de los recursos, debe identificarse si existe un interés privado indirectamente manifestado en la disposición de dichos recursos. Cuando se pueda detectar dicho interés privado aunque haya sido manifestado de manera indirecta, estaremos frente a un delito de peculado y no de malversación de fondos.

³²⁵ En esta misma línea: ROJAS VARGAS, Fidel. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, p. 552. El autor afirma que “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”.

4.3 EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

El delito de malversación de fondos se encuentra tipificado en el artículo 389° del Código Penal del siguiente modo:

Artículo 389° del Código Penal

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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa.

4.3.1 El bien jurídico específico

El bien jurídico específico que se tutela penalmente en el delito de malversación de fondos es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. En otras palabras, busca proteger que la ejecución del gasto y empleo de bienes y dinero público se efectúe bajo una organización racional y ordenada.³²⁶

Esta postura ha sido acogida jurisprudencialmente, como se puede observar en los siguientes extractos:

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3630-2001, del 23 de enero de 2003

“En la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el Principio de Legalidad Presupuestal; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio”.

³²⁶ Esta postura es compartida por: ROJAS VARGAS, Fidel, op.cit., pp. 549-550; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, op. cit., p. 381; SALINAS SICCHA, Ramiro. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, p. 386.

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3923-96 Ancash, del 10 de noviembre de 1997

“Si bien la imputación se sustenta sobre malversación de fondos, no existe en autos ninguna prueba que acredite dicha imputación, ni la supuesta existencia de un programa de inversiones por la entidad municipal, como para inferir que el encausado haya violado el principio de legalidad presupuestal, elemento que caracteriza este delito por la desviación de fondos públicos predeterminados por ley o por acto administrativo; siendo del caso absolver al procesado”.

Nota: el subrayado es un añadido de los autores de este Manual.

4.3.2 Elementos problemáticos

Relación especial con el bien

Un primer elemento que podría suscitar problemas en su interpretación y comparación con el delito de peculado, es el de la especial relación que el agente público debe guardar frente a los bienes y dinero público objeto del delito de malversación. Como se adelantó en el acápite correspondiente al delito de peculado y sus problemas concursales, en el caso del delito de malversación, el tipo penal exige una relación de administración entre el funcionario y los recursos públicos. De este modo, el funcionario o servidor público deberá ser competente para disponer de los fondos públicos que se encuentran adscritos a una partida determinada y destinada a un fin público específico. Es decir, la finalidad de los recursos de dicha partida debe estar, previamente, reglada. En este sentido, la ley penal no exige que el sujeto activo guarde una relación de percepción o custodia sino solo de administración. Por ello, si el funcionario solo se encontrara en una relación de custodia del bien o recurso público, no podría cometer malversación de fondos.

La aplicación pública diferente

Un segundo elemento a tratar se refiere a la aplicación pública diferente que el funcionario público debe darle a los bienes o fondos que administra para cometer el delito de malversación. Pues bien, para que el funcionario o servidor público cumpla con esa relación más estricta dándole a los recursos públicos el destino específico que les corresponde, dicho destino tiene que haber sido asignado por ley, decreto, reglamento o resolución de una autoridad competente. El destino o finalidad, generalmente, se encuentra contemplado en normas presupuestales. Además, la finalidad debe ser expresa ya que, de lo contrario, el agente público tendría discrecionalidad para aplicar los recursos públicos a los fines públicos que él considere necesarios³²⁷. Así, si el funcionario, abusando de su función, da un fin distinto y definitivo al previsto en la norma a los recursos públicos que administra, estaría cometiendo delito de malversación de fondos públicos. En el acápite anterior referido al delito de peculado, figura detalladamente en qué momento no nos encontramos ante una aplicación pública de los fondos. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este tema de la siguiente manera:

³²⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, op. cit., p. 384.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, recaída en el expediente N° 101-98, del 25 de marzo de 1998

“Suponiendo este tipo penal un cambio del destino público del patrimonio (bienes o dinero), es necesario en primer lugar, determinar la aplicación a que originalmente estaban destinados los caudales; luego es preciso determinar la aplicación distinta que presuntamente se hizo de los mismos, para establecer finalmente si el encausado en el ejercicio de sus funciones ordenó el cambio de destino público”.

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° 469-85 Huánuco, del 26 de marzo de 1986

“Constituye delito de malversación de fondos, dar distinto fin a los bonos alimenticios que el Gobierno había destinado a las personas más menesterosas, esto es, haberlos entregado a comerciantes del lugar (...)”.

Sobre este tema, también se debe destacar que la desviación de fondos públicos no debe darse hacia un fin o beneficio privado. Como se explicó en un acápite anterior³²⁸, un aspecto para distinguir al delito de malversación del de peculado es el destino para el cual se emplean los recursos públicos. El delito de malversación exige que el dinero o bienes públicos sean utilizados para otro destino público ya que, si se emplean para un beneficio privado, estaríamos ante la posible comisión de un delito de peculado. La jurisprudencia, como puede apreciarse a continuación, refleja, claramente, este aspecto.

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 199-04 Cusco, del 24 de febrero de 2005

“El delito de malversación de fondos se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaban destinados, y esta aplicación diferente, empleo o inversión distinta de fondos, bienes o efectos, tiene que realizarse necesariamente en alguno de los proyectos oficiales o públicos del Estado; siendo esto así, dicho tipo penal no se encuadraría en los hechos denunciados, toda vez que si bien está acreditado el uso ilegal de determinada suma de dinero del Estado destinado para una obra pública –abastecimiento de agua potable y alcantarillado- este fue derivado por los procesados para refaccionar una obra particular –Salón Comunal del pueblo de Urcos- el mismo que no se encontraba dentro de los proyectos de inversión por parte de los organismos del Estado”.

³²⁸ Ver *supra*.

Afectación del servicio

Un segundo aspecto a considerar, en relación con el delito de malversación, es que el tipo penal exige la lesión o puesta en peligro de la función o servicio legalmente previsto. Es decir, la desviación de los bienes o dinero público debe generar la destrucción, obstrucción o retraso relevante de la prestación del servicio inicialmente contemplado en la ley.

4.3.3 Problemas concursales

En el acápite sobre peculado nos hemos referido a los problemas concursales entre este delito y el de malversación.³²⁹ Jurisprudencialmente, la diferencia queda, conceptualmente, clara, como puede apreciarse a continuación.

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 1524-98 Arequipa, del 12 de julio de 1999

“El delito de peculado es diferente al de malversación. El primero, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le está confiado por razón de su cargo; mientras que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a la que están destinados; tratándose de dos figuras delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”.

³²⁹ Ver *supra*.

El siguiente cuadro refleja la diferencia entre el delito de malversación y el de peculado:

DELITO	SIMILITUDES	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Peculado	<ul style="list-style-type: none"> El objeto del delito es el dinero o los bienes públicos. El autor de ambos delitos debe encontrarse en una relación funcional respecto de los bienes o recursos públicos. 	<ul style="list-style-type: none"> El funcionario público debe tener relación de disponibilidad jurídica sobre el bien o dinero público. La finalidad que se le da a los recursos públicos es privada. 	Debido a las diferencias expuestas, y por el principio de especialidad, el problema concursal se resuelve considerándolo solo un concurso aparente entre ambos delitos ya que, cada vez que estemos ante un caso de apropiación o utilización de recursos públicos para fines privados, se habrá cometido un delito de peculado.
Malversación	<ul style="list-style-type: none"> En ambos delitos se puede terminar afectando definitivamente la prestación de un servicio o función público. 	<ul style="list-style-type: none"> El funcionario debe tener una relación más estricta en el uso correcto de los bienes públicos, por estar facultado para administrarlos y destinarlos a finalidades específicas determinadas por la ley La finalidad que se debe dar a los recursos públicos es pública. 	

4.4 EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra tipificado en el artículo 401° del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 401° del Código Penal

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

4.4.1 El bien jurídico específico

Debemos partir por señalar que el bien jurídico del enriquecimiento ilícito tiene naturaleza autónoma³³⁰ dado que no depende del bien protegido en un delito precedente (el que motiva el enriquecimiento). Esto es así porque las conductas precedentes no tienen que ser, necesariamente, otros delitos de corrupción o cualquier otro delito. Por el contrario, es suficiente que la fuente ilícita se constituya por actos no ajustados a derecho, dentro de los cuales están los delitos de corrupción, pero también los delitos comunes y las infracciones administrativas.³³¹

En esta medida, el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito se aproxima al bien jurídico general de los delitos de corrupción: el correcto y normal funcionamiento de la administración pública,³³² el cual se manifiesta, en el caso concreto, en la vigencia de los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública (reconocidos por el Código de Ética de la Función Pública y cuya base implícita está en la Constitución, principios que constituye el bien jurídico específico de este delito).³³³

³³⁰ En contra de esta postura: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 540-541.

³³¹ Sentencia de la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 09-2001.

³³² MONTOYA VIVANCO, Yvan. (2012). El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión. En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*. Lima: IDEH-PUCP, pp. 62-63.

³³³ *Ibidem*.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima, recaída en el Expediente N° 004-2001, del 9 de febrero de 2010. p. 85.

CASO FAMILIA CHACÓN

“En este tipo de delitos el bien jurídico protegido constituye el garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico penalmente a los funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de honradez, lealtad y servicio a la Nación”.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima, recaída en el Expediente N° 99-2009, del 25 de enero de 2011.

CASO FAMILIA CANO

“En relación al bien jurídico afectado en el delito de enriquecimiento ilícito se tiene que: lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal “administración pública”, el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo, empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público”.

4.4.2 Elementos problemáticos

Para entender los problemas que presenta el delito de enriquecimiento ilícito, es necesario, primero, recordar que estamos ante un delito especial de posición institucionalizada.³³⁴ En esta medida, el sujeto, al momento de ingresar a la función pública, asume no solo potestades sino también un conjunto de derechos y deberes que delimitan sus actos.³³⁵ En concreto, el funcionario público tiene deberes de probidad y transparencia que trazan una frontera clara entre las fuentes legítimas y las fuentes ilícitas de enriquecimiento. En otras palabras, el funcionario público, a diferencia de los demás ciudadanos, solo puede enriquecerse a través de actos considerados lícitos previamente, por lo que toda fuente de enriquecimiento que no esté en este parámetro puede considerarse (indiciariamente) ilícita.³³⁶

³³⁴ En estos delitos, el autor se encuentra en un cuerpo administrativo (que le exige deberes de lealtad y fidelidad) donde desempeña funciones que lo acercan a un bien jurídico al cual no todos pueden tener acceso: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2006). *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, pp. 520-525; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2012). Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 14-01, pp. 01:1-01:29. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf>. Consulta: 04/12/12.

³³⁵ MONTROYA VIVANCO, Yvan, *op. cit.*, p. 64.

³³⁶ *Ibidem*.

Incremento del patrimonio

Una vez delimitado ello, el primer problema que presenta la interpretación del delito de enriquecimiento ilícito es el concepto de “incremento del patrimonio”. En este sentido, es necesario entender que este concepto abarca tanto los actos de incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos.³³⁷

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad N° 847-2006, del 19 de octubre de 2006. Fundamento 4.

CASO VILLANUEVA RUESTA Y OTROS

“Que, el delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 401° del Código Penal, protege la funcionalidad, prestigio dignidad y confianza de la función pública, que comprende a su vez, la actuación de los agentes que la integran; dicho ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derechos o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como interpósita persona, o de extinción o disminución de pasivos que integran patrimonio”.

• Delito de posesión

Un segundo problema que presenta este delito es el referido a su naturaleza. En esta medida, estamos ante un **delito de posesión**. ¿Qué quiere decir esto? Que el núcleo del injusto yace en que el sujeto activo (el funcionario público) posee bienes obtenidos de fuente ilícita.³³⁸ En este sentido, no se está sancionando un acto puntual o una suma de actos aislados, sino una situación de enriquecimiento ilícito del patrimonio del funcionario.

En la línea de lo anterior, se debe tener en cuenta que la posesión de los bienes en la esfera de custodia supone el ejercicio de una actividad que se prolonga en el tiempo.³³⁹ De esta manera, a pesar de que existen posturas jurisprudenciales contrarias³⁴⁰, es sensato afirmar que el enriquecimiento ilícito es un delito permanente y comisivo. Solo reconociendo la naturaleza permanente de este delito se podrá sancionar de forma correcta todo acto de participación que suceda durante la situación antijurídica de enriquecimiento.

³³⁷ *Ídem*. p. 65.

³³⁸ PASTOR MUÑOZ, Nuria. (2005). *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, pp. 37-43.

³³⁹ COX LEIXELARD, Juan Pablo. (2012). *Delitos de posesión: base para una dogmática*. Montevideo: B de F, pp. 120 y ss.

³⁴⁰ En este sentido: Sentencia del 30 de diciembre de 2004 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad 2976-2004.

Ejemplo

Un funcionario público incorpora dinero de fuente ilícita a su patrimonio en enero de 2013. En diciembre de 2014, deposita el dinero en cuentas de amigos y familiares, quienes ayudan de esta forma a mantener la situación antijurídica de enriquecimiento.

Aquí se hace evidente que la participación de los amigos y familiares es punible, en tanto esto sucede durante la situación de enriquecimiento.

Ahora bien, no se debe confundir el hecho de que el enriquecimiento ilícito es un delito de consumación instantánea con la naturaleza permanente del mismo. Por tanto, si bien el delito se consuma en un primer momento (incorporación del bien) el núcleo del mismo yace en un segundo momento donde se mantiene en el tiempo (la situación de enriquecimiento)³⁴¹ y en el que el delito se sigue consumando hasta que se abandone la situación antijurídica.³⁴²

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Primera Sala Especial de Lima recaída en el expediente 85-2008, del 11 de enero de 2011, pp. 114-115.

CASO SOTERO NAVARRO Y OTROS

“(…)en el presente caso se hace evidente que nos encontramos ante un delito permanente en el que se aprecia la producción de resultados típicos constantes verbigracia la desproporción mes a mes entre sus ingresos y sus gastos si bien el delito de enriquecimiento se consuma con el incremento real del patrimonio cuyo origen no es lícito se hace posible hablar de una **situación antijurídica** en tanto y en cuanto persistan los actos individuales relacionados al incremento del mismo, durante el ejercicio de sus funciones y en dicha etapa o mantenimiento **no deja** de realizarse el tipo penal a través de distintos actos individuales de manera ininterrumpida a los cuales corresponde valorar de manera unitaria; además la situación antijurídica relevante no culmina al momento de la consumación que es propia de los delitos instantáneos, sino con la fijación de la permanencia; en el delito permanente el menoscabo a los bienes jurídicos, esto es, a la administración pública es constante hasta el cese del estado antijurídico así la intervención de los extraneus es decir de los cómplices, en el mismo los torna en partícipes del delito, evidentemente en fase de consumación; por lo consiguiente el incremento patrimonial ilícito (…)

³⁴¹ MONTOYA VIVANCO, Yvan, *op. cit.*, pp. 65-67.

³⁴² MIR PUIG, Santiago. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, p.224.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima recaída en el expediente 004-2001, del 9 de febrero de 2010.

“Consiguientemente, el incremento patrimonial ilícito, precedentemente descrito en el análisis probatorio, con sus particularidades fácticas en cuanto a origen, tipo de configuración y dinámica que denotan un proceso fáctico complejo de resultados típicos ininterrumpidos y a lo largo de un marco temporal bastante prolongado, donde que la situación antijurídica generada acentuada en el año 1995 no cesó sino hasta el año 2000, evidentemente, se corresponde con la estructura dogmática del delito permanente”.

• La ilicitud del enriquecimiento

Otro tema problemático en el enriquecimiento ilícito es la naturaleza de la ilicitud. No es necesario que este provenga de un delito previo, siendo suficiente que su origen esté constituido por actos no ajustados a derecho según los deberes del funcionario público. En esta medida, todo lo que no esté razonablemente justificado será considerado un indicio de incremento indebido del patrimonio del funcionario.³⁴³ Así, el Ministerio Público debe probar, con la ayuda de este indicio, la ilicitud del enriquecimiento del funcionario público.³⁴⁴

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad 09-2001, de fecha 16 de mayo de 2003.

CASO BLANCA NÉLIDA COLÁN. FUNDAMENTO 5

“Que 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 contraste en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a derecho (…)

Por último, no se puede olvidar que, el delito de enriquecimiento ilícito, como todos los delitos de corrupción, exige que el desvalor de acción represente un abuso del cargo. No se puede ignorar que este exige un vínculo funcional entre el enriquecimiento ilícito y el ejercicio del cargo, que se expresa de dos formas:

1. Relación funcional (el mal uso del cargo público debe causar el enriquecimiento)
2. Relación temporal (el enriquecimiento debe producirse durante el ejercicio del cargo público)

³⁴³ MONTOYA VIVANCO, Yvan, *op. cit.*, pp. 65-67.

³⁴⁴ Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008 (Lima). Tema II. Acuerdo 2.

JURISPRUDENCIA

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008 (Lima). Tema II.

“**CONCLUSIÓN PLENARIA:** Por **MAYORÍA** el Pleno acuerda la posición número uno que enuncia lo siguiente: Si es necesaria la configuración de una relación de causalidad, toda vez que por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio.

(....)

CONCLUSION PLENARIA: Por **MAYORÍA** el Pleno acuerda la posición número uno que enuncia lo siguiente: El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición”.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad 09-2001, de fecha 16 de mayo de 2003.

CASO BLANCA NÉLIDA COLÁN

“Que el enriquecimiento ilícito [...] es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el período de ejercicio funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, no siendo los cargos y empleos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales”

4.4.3 Problemas concursales

Como se ha mencionado anteriormente, el bien jurídico del enriquecimiento ilícito es el buen funcionamiento de la administración pública, que se constituye, además, como el bien jurídico “sombrija” de todos los delitos de corrupción. Así, el enriquecimiento ilícito es, en gran medida, una figura que busca evitar los espacios de punibilidad frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado (conductas que representan ataques más específicos al bien jurídico “correcta administración pública”).³⁴⁵ En esta medida, cuando alguno de estos últimos delitos se verifique (peculado, cohecho pasivo u otro delito semejante) y este sea el motivo del enriquecimiento del funcionario público, no corresponde ya aplicar el delito de enriquecimiento ilícito. En estos casos, utilizar el delito de enriquecimiento ilícito conjuntamente con el delito específico constituye un exceso, en tanto transgrede la prohibición de *ne bis in idem*.³⁴⁶ Si se comparte lo dicho hasta aquí, se tiene que aceptar la naturaleza **subsidiaria** de esta figura delictiva.

³⁴⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, op. cit., p. 527.

³⁴⁶ NOVOA CURICH, Yvana y Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, op. cit., pp. 71–81.

Formulado con otras palabras, el enriquecimiento ilícito cederá frente al delito de corrupción especial, toda vez que este supone una forma de ataque más específico del mismo bien jurídico³⁴⁷ (principio de subsidiaridad).

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Primera Sala Especial de Lima, recaída en el EXPEDIENTE 13-2007, del 2 de febrero de 2011, p. 165.

CASO INDACOCHEA Y CUBAS PORTAL

“Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría –concurso aparente de tipos. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso, permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito – Lex primaria derogat legis ubi diariae”.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria, recaída en el Recurso de Nulidad 2565-2007, del 3 de marzo de 2008

“(..)

 este Supremo Tribunal estima se procedió correctamente al concluir por la absolución a los procesados Luis Gonzalo Gonzales Adrián por el delito de enriquecimiento ilícito y a Juan Cancio Vega Pimentel también por el delito de enriquecimiento ilícito y peculado, y la condena al sentenciado Luis Gonzalo Gonzales Adrián por el delito contra la administración pública -peculado-, excepto en la condena de este último procesado por el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; **Sexto:** Que, se arriba a esta conclusión en cuanto a **la irresponsabilidad penal del procesado Luis Gonzalo Gonzales Adrián por el delito de enriquecimiento ilícito, especialmente porque el desbalance económico imputado se debe al dinero ilícitamente apropiado en su calidad de funcionario público representante de la comuna agraviada (...)**”.

Finalmente, se debe tener bastante cuidado con algunos supuestos de enriquecimiento ilícito al momento de analizar su subsidiariedad. En este sentido, existen supuestos en los que el delito fuente del enriquecimiento no puede explicar, o solo explica parcialmente, el considerable desbalance patrimonial no justificado por el funcionario público.³⁴⁸ Aquí se requieren ambos tipos penales (delito funcional específico y delito de enriquecimiento ilícito) para desvalorar el hecho.

³⁴⁷ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 655.

³⁴⁸ *Idem*, p. 74.

Ejemplo 1

Se difunde un video en que el funcionario público R recibe US\$ 10,000 dólares americanos de un empresario. A partir de esto, se abre una investigación. En el curso de la investigación, se encuentra en la casa del funcionario público R un maletín con US\$ 50,000 dólares americanos cuya procedencia no puede ser justificada.

Aquí será necesario utilizar tanto el delito de enriquecimiento ilícito (por los US\$ 40,000 dólares americanos excedentes entre el peculado probado y el dinero no justificado) como el cohecho pasivo (US\$ 10,000 dólares americanos recibidos). Estamos pues, frente a un concurso real que permitirá sumar las penas.

CUADRO 5

Enriquecimiento ilícito y delitos de corrupción previos. diferencias y semejanzas

DELITO	SEMEJANZAS	DIFERENCIA	SOLUCIÓN
Enriquecimiento ilícito	<ul style="list-style-type: none"> El bien jurídico protegido es correcto y normal el funcionamiento de la administración pública. El funcionario público, como resultado de un acto ilícito, tiene como consecuencia inmediata el aumento de su patrimonio. 	<ul style="list-style-type: none"> El acto previo no tiene que ser un delito de corrupción, basta con un acto que no esté conforme a derecho. Se penaliza la situación o el estado de enriquecimiento. Es un delito residual. 	En los casos donde se pruebe que el enriquecimiento ilícito es producto de un delito de corrupción previo, el delito de enriquecimiento (como todo delito residual) declinará en favor del delito de corrupción previo, en razón de un concurso aparente de leyes.
Malversación	<ul style="list-style-type: none"> No en todos los casos se produce como resultado un enriquecimiento Se penaliza el acto mismo (a través de un cohecho, un peculado, u otro delito) por el que el funcionario abusa de su función 		

Hasta aquí queda resuelto el problema concursal del enriquecimiento ilícito con otros delitos de corrupción. No obstante, aún queda por solucionar una dificultad concursal con un grupo de casos recurrente en la jurisprudencia peruana: La participación del *extraneus* a través del ocultamiento del dinero de fuente ilícita. Como se evidencia de este tipo de casos, el ocultamiento de bienes (por ejemplo, a través del uso de la cuenta bancaria del *extraneus* o de compras ficticias de bienes inmuebles a nombre del *extraneus*, pero con el dinero ilícito del funcionario público) durante la situación de enriquecimiento ilícito del funcionario público, calza también en la estructura de los delitos de receptación y encubrimiento real, previstos en los artículo 194° y 405° del Código Penal.

“Artículo 194.- Receptación: el que, adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito (...)”.

“Artículo 405.- Encubrimiento real: el que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo (...)”.

Estamos ante un mismo hecho sobre el cual concurren, aparentemente, tres figuras penales. En cuanto al delito de receptación, se debe tener en cuenta que la naturaleza de este tipo penal obedece a la decisión del legislador de cumplir efectivamente con el fin preventivo general de la pena, a través de la ampliación del ámbito de protección penal a actos posteriores a la lesión de bienes jurídicos.³⁴⁹ En otras palabras, el delito de receptación busca penalizar actos que se encuentran normalmente en la fase de agotamiento. De ahí que el desvalor penal siempre sea menor al cubierto por el delito base. En el supuesto del *extraneus* que colabora con el enriquecimiento ilícito del funcionario público, es claro que este hecho, si se comparte la naturaleza de delito permanente del enriquecimiento, se encuentra aún en la etapa de lesión al bien jurídico, siempre que el aporte se realiza dentro de la situación antijurídica. Por este motivo, es lógico que el delito de enriquecimiento ilícito desvalore mejor dicho comportamiento que el delito de receptación, el cual está pensado para actos que se encuentran en la fase de agotamiento. A esto, se puede agregar que el enriquecimiento ilícito cubre el desvalor propio de un acto que lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública, cosa que no sucede con el delito de receptación.

En conclusión, el delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial pensado para actos que lesionan o ponen en peligro la correcta administración pública (en tanto desvalora de forma completa el hecho), mientras que el delito de receptación es un tipo general que reprime actos que se encuentran en la fase de agotamiento de cualquier delito. Estamos ante un concurso aparente que se resuelve en virtud del principio de especialidad, en tanto que el delito de enriquecimiento ilícito es un tipo especial frente a la receptación.

³⁴⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1991). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Barcelona: Ariel, p. 211.

Por otro lado, en relación al delito de encubrimiento real, conviene recordar que el delito de encubrimiento es un precepto general y subsidiario que abarca el ocultamiento de las huellas de cualquier delito. Sin embargo, se debe entender que este delito siempre es residual frente a los ilícitos penales precedentes. Así, se ha reconocido que el encubrimiento es un delito de referencia, en tanto que su punición viene condicionada por la existencia de otro hecho típico y antijurídico.³⁵⁰ En este sentido, el delito de encubrimiento no podrá aplicarse mientras que el delito precedente se venga ejecutando. Suponer lo opuesto implicaría llegar a excesos como sancionar por encubrimiento real al ladrón que, antes de salir de una casa a la que ha entrado para hurtar, borre todas sus huellas. En el presente caso, en tanto que la situación del enriquecimiento ilícito se mantiene, el sujeto que colabora con ella solo podrá responder como partícipe del mismo delito. Ello se ve reforzado por el principio de unidad del título de imputación. Por estos motivos, tampoco ocurriría un concurso aparente de leyes, en tanto que el encubrimiento real no es aplicable ante los presupuestos antes analizados.

CUADRO 6

Participación en enriquecimiento ilícito y receptación: diferencias, semejanzas y solución

DELITO	SEMEJANZAS	DIFERENCIA	SOLUCIÓN
Participación en enriquecimiento ilícito	<ul style="list-style-type: none"> El ámbito de dichas normas incluye al sujeto que oculta las huellas del enriquecimiento ilícito de un funcionario público (situación antijurídica). 	<ul style="list-style-type: none"> El reproche penal no solo incluye el acto de ocultar las huellas, sino la facilitación para que un funcionario público lesione la correcta administración pública de una forma más intensa (en razón de cargo), por ello el marco punitivo es mayor. 	El sujeto que oculta el dinero y los bienes del enriquecimiento ilícito deberá responder solo como partícipe del mismo, ya que estamos ante un concurso aparente de leyes que debe resolverse por especialidad, toda vez que la norma especial es el delito de corrupción (delito especial).
Receptación	<ul style="list-style-type: none"> El reproche penal solo incluye la receptación de un delito común (no toma la naturaleza ni los supuestos de los delitos especiales). 		

³⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. (2007). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 945.

4.5 EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El delito de negociación incompatible se encuentra tipificado en el artículo 399° del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 399° del Código Penal

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En otras palabras, el artículo 399° del Código Penal peruano sanciona la conducta por la cual un funcionario o servidor público se aprovecha indebidamente de su cargo al mostrar un interés particular que entra en colisión con los intereses públicos o estatales. El tipo penal exige que dicho interés particular o privado se enfoque en alguna operación económica en la que intervienen el Estado y el funcionario público con motivo del cargo público que ocupa.

4.5.1 El bien jurídico específico

El bien jurídico genérico de los delitos de corrupción definido anteriormente es el correcto o normal funcionamiento de la administración pública. Pero el bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación incompatible es la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado.³⁵¹

Si bien la administración pública debe funcionar siempre velando por sus intereses públicos, estos siempre deben estar orientados hacia el bien común y no hacia los intereses particulares de los funcionarios o servidores que los gestionan o administran. Entonces, la objetividad que se busca proteger es aquella donde la administración pública actúa al momento de realizar contratos, concursos públicos o cualquier otra operación económica con la finalidad de poder elegir al competidor más adecuado de cara a los intereses públicos y al bien común. Consecuentemente, el tipo penal refleja la necesidad de proteger a la administración pública del interés privado de sus agentes –funcionarios o servidores públicos– especialmente relacionados o vinculados por razón de su cargo con los contratos u operaciones públicas.³⁵²

En otras palabras, el tipo penal busca evitar conflictos entre intereses privados y públicos, sancionando las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos que no denoten imparcialidad, transparencia y objetividad frente a los competidores de un contrato u operación económica donde tengan que representar al Estado.

³⁵¹ GUIMARAY MORI, Erick. (2014, julio). Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible. En: Boletín Informativo Mensual, N° 39. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/APUNTES-DE-TIPICIDAD.pdf>

³⁵² ROJAS VARGAS, Fidel. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, p. 818.

JURISPRUDENCIA

Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad 1318-2012, del 29 de agosto de 2012.

“Que el bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente –no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública- y en sujeción a los intereses públicos (...).”

Otra postura, manejada por parte de la doctrina, respecto al bien jurídico protegido en este delito, es la que indica que es patrimonio del Estado, pues se considera que este tipo penal supone un adelantamiento de las barreras de punición con la finalidad de prevenir que un agente público atente contra el patrimonio estatal al aprovecharse de la función pública que le ha sido encomendada.³⁵³ No obstante, esta postura no sería la más adecuada, ya que el patrimonio del Estado no puede ser considerado un patrimonio que merezca una protección mayor o más especial que el de cualquier ciudadano o administrado. El patrimonio estatal, al igual que el patrimonio de cualquier individuo, se protege con los delitos comunes contemplados en el capítulo de delitos contra el patrimonio de nuestro Código Penal.³⁵⁴ Además, los tipos penales contra la administración pública no siempre exigen que se lesione efectivamente el patrimonio estatal. El delito de negociación incompatible, en este caso, no exige dicho resultado lesivo.

En adición a esto, el artículo 12° de la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC) señala que no es necesario que los actos de corrupción generen un perjuicio patrimonial para ser sancionados. En la misma línea, el artículo 3° inciso 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción indica también que no es necesario que los delitos de corrupción generen un perjuicio o daño patrimonial al Estado, tal como fue explicado anteriormente.

Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)

“Artículo 12°.- Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio al Estado”.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CONUCC)

“Artículo 3.2.- 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”.

³⁵³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 506.

³⁵⁴ MEINI MÉNDEZ, Iván. Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública. Boletín Anticorrupción, N° 13, p. 3. Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/junio_2012_n13.pdf

4.5.2 Elementos problemáticos

Un aspecto que podría ser problemático en la interpretación del delito de negociación incompatible es el referido al verbo rector del delito: *interesarse*. Este debe ser entendido en el sentido de que el funcionario o servidor público vuelca, sobre el contrato u operación económica de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, es decir, con el interés general. Por el contrario, el funcionario manifiesta un interés particular que entra en colisión o contradicción con el interés que el Estado tiene sobre dicho negocio.

Es relevante resaltar la postura doctrinaria por la cual se considera que la manifestación del interés puede realizarse a través de un acto propio de las funciones del servidor público o también puede tratarse de acciones transgresoras de sus funciones; en vista de que el legislador ha empleado una fórmula genérica para referirse al modo en que el funcionario muestra su interés.³⁵⁵ Dicha conducta por la cual se muestra el interés pueden darse de dos formas: “i) que exista un abuso del cargo: es decir, que el funcionario desconozca las funciones de sus subordinados, asuma competencias impropias o imponga su criterio u opinión respecto de alguna decisión que incida en el proceso de contratación o cualquier otra operación comercial en la que el Estado actúa como interesado (esta conducta no tiene que ser, necesariamente, directa respecto de la contratación u operación comercial, como bien señala el tipo penal); ii) el legislador no solo previó el único escenario en el que un determinado funcionario tenga competencia directa sobre algún proceso de contratación u operación comercial, sino que incluso prevé actos indirectos y simulados. En este sentido, nada impide que la frase “en razón de su cargo” también explique el actuar del funcionario interesado que sin tener competencia actual en algún contrato u operación lleve a cabo gestiones que a la postre viabilizarán contrataciones públicas de su interés. En este supuesto, claro está, habrá que probar además el interés futuro del funcionario.”³⁵⁶

Al respecto, la Corte Superior de Justicia se ha manifestado del siguiente modo:

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010, del 7 de noviembre de 2011.

CASO COFOPRI

“Por interés debe entenderse cualquier acto material, que en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo”.

Por otro lado, existe un debate doctrinal referido a la naturaleza del interés privado indebido. Así, un sector de la doctrina afirma que el interés que el funcionario o servidor público tenga debe suponer un peligro para el patrimonio estatal.³⁵⁷ Otro sector, por el contrario, considera

³⁵⁵ GUIMARAY MORI, Erick, *op. cit.*, p. 12.

³⁵⁶ GUIMARAY MORI, Erick, *ibidem*, p. 12.

³⁵⁷ Se puede encontrar mayor referencia a esta postura en: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, p. 512.

que interesarse no necesariamente debe implicar siempre un peligro patrimonial para el Estado. Según esta postura, si el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que, finalmente, resultaron ser favorables económicamente a la administración pública, de todos modos la conducta sería típica y punible porque igual se habría lesionado el bien jurídico protegido³⁵⁸ (correcto y recto funcionamiento de la administración pública en general, y la objetividad al ejercer la función pública, desechando todo provecho o ventaja personal).

Esta última opción parece ser la más adecuada, ya que el tipo penal no especifica el tipo de provecho que el funcionario público debe esperar. Asimismo, es la que más se ajusta al bien jurídico, como ha sido explicado.

La conducta típica es solo “interesarse”. El tipo penal, entonces, no demanda un tipo particular de interés, es decir, no exige que el interés sea, por ejemplo, patrimonial. Esta interpretación sería la más adecuada no solo según la redacción del tipo penal, sino también de cara al bien jurídico protegido en este delito referido al conflicto entre intereses privados del funcionario e intereses públicos del Estado.

El hecho de que la conducta típica sea solo el “interesarse”, indica que el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad, ya que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo al Estado producto de la manifestación de dicho interés.

El considerar que el delito en cuestión no exige un interés de un carácter determinado, se condice con el hecho de que la negociación incompatible sea entendida como un delito de mera actividad. Ello, en la medida que la conducta típica exigida por el tipo penal es el solo hecho de interesarse. El tipo penal no exige un resultado como lo podría ser el perjuicio al patrimonio, así como tampoco exige obtener efectivamente una ventaja personal. Basta con que se manifieste el interés indebido –el conflicto entre los intereses privados y los públicos- para que el tipo penal se encuentre consumado.

³⁵⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro, op. cit., pp. 555-556.

4.5.3 Problemas concursales

El delito de negociación incompatible puede presentar algunos problemas concursales con el delito de colusión desleal. Y es que ambos delitos tienen los siguientes elementos en común:

- El marco contextual de ambos delitos se encuentra referido a contratos públicos o cualquier operación económica en la que participe el Estado como parte.
- Ambos delitos reflejan un conflicto entre intereses privados y públicos.

No obstante, a pesar de estos elementos en común, ambos delitos guardan marcadas diferencias. Así, a pesar de que ambos tienen el mismo marco contextual (los contratos públicos o cualquier operación económica en la que participe el Estado), en el delito de colusión se exige que el funcionario se concrete con los interesados privados para defraudar al Estado. En otras palabras, el conflicto de intereses se manifiesta en el acuerdo bilateral. Por su parte, en el delito de negociación incompatible el tipo penal no exige una concertación, es decir, la bilateralidad no es requerida. Por el contrario, lo que se desvalora es el conflicto de intereses unilateralmente manifestado. Esta postura ha sido recogida jurisprudencialmente.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010, del 7 de noviembre de 2011.

CASO COFOPRI

“(…) la colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. (...) [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública (...) es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcional, sin que medien actos de concertación”.

Por las razones señaladas, el delito de negociación incompatible tiene un carácter subsidiario respecto de aquellos otros que sancionen la conducta de priorizar intereses privados por encima de intereses estatales, en un marco contextual de contrataciones públicas o cualquier otra operación económica en la que el Estado esté involucrado. En este sentido, la negociación incompatible sería subsidiaria respecto del delito de colusión. Y es en este sentido que se daría un concurso aparente entre ambos delitos.

CUADRO 7

Negociación incompatible. Resolución del concurso

DELITO	SIMILITUDES	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Negociación incompatible	<ul style="list-style-type: none"> El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte. Los dos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos. 	<ul style="list-style-type: none"> La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado. La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado). 	<p>Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en el delito de negociación incompatible es más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva. Entonces, en aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio o no existan indicios para suponer que el interés privado indebido se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente sea aplicado.</p>

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

4.6.1 El bien jurídico

El bien jurídico específicamente protegido en el delito de colusión desleal es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este.³⁵⁹ Esta posición se encuentra respaldada parcialmente por la Ley de Contrataciones del Estado³⁶⁰, en su artículo 4°, el cual establece los principios que deben orientar la actuación de los funcionarios públicos en las contrataciones.

Debe partirse de la premisa que afirma que la administración de recursos del Estado se ve reflejada en la entrega de servicios públicos. Estos buscan satisfacer las necesidades y condiciones mínimas o básicas que los ciudadanos necesitan para su desarrollo. Por este motivo, el uso o gestión eficiente e imparcial de los recursos es imperativo para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este orden de ideas, no resultaría acertado considerar que el bien jurídico protegido de manera específica es el patrimonio estatal³⁶¹ pues, como se ha explicado, este no merece una protección especial frente al patrimonio de cualquier ciudadano. Además, el tipo penal plantea que la defraudación al Estado, por medio de la colusión, no necesariamente se da de modo patrimonial. Por ello, el legislador, en el primer párrafo del artículo 384° CP, se refiere a la concertación que busca defraudar al Estado en sentido amplio o general (modalidad de peligro), mientras que en el segundo párrafo alude específicamente a la defraudación al patrimonio del Estado, para lo cual aumenta el rango de pena (modalidad agravada).

4.6.2 Elementos problemáticos

• El contexto típico

Un primer elemento a ser analizado es el correspondiente al contexto típico que exige el tipo penal para que se considere cometido el delito de colusión. El artículo 384° establece que el delito

4.6 El delito de colusión desleal

El delito de colusión se encuentra tipificado en el artículo 384° del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 384° del Código Penal

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

³⁵⁹ GUIMARAY MORI, Erick. (2011, octubre). La tipificación penal del delito de colusión. *Boletín Anticorrupción*, N° 7, p. 4. Disponible en:

http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf

³⁶⁰ Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017.

³⁶¹ Para mayor referencia sobre esta postura, recurrir a: ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 407.

debe cometerse respecto a cualquier operación a cargo del Estado. Al respecto, consideramos que la interpretación más adecuada sobre el contexto típico de este delito debe ser aquella que plantea que se puede cometer el delito de colusión en el marco de todo contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con intervención o suscripción del Estado. Esta postura ha sido acogida también a nivel jurisprudencial, como puede apreciarse a continuación.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente n° 30-2010, del 7 de noviembre de 2012.

CASO COFOPRI

“La Sala (...) encuentra que el factor de comparación, de similitud, no necesariamente ha de limitarse o identificarse con los supuestos de una única norma, en este caso la invocada por la defensa: la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues como apunta Castillo Alva: “(...) la doctrina remarca con razón, que los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos o civiles que suscribe la entidad estatal, pero que poseen naturaleza eminentemente patrimonial o económica”.

No es acertado, entonces, de cara a los fines de evitar impunidad en casos de corrupción, mantener una interpretación restrictiva del contexto típico en este delito por la cual se considere que podrá cometerse colusión cuando se trate de contrataciones establecidas solo en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Esto, además, es favorecido por la nueva redacción del tipo penal que señala como ámbito de realización de la colusión “cualquier operación a cargo del Estado”.

• El sujeto activo

Otro elemento que merece analizarse es el concerniente al sujeto activo en el delito de colusión. El tipo penal indica que el autor será aquel funcionario o servidor público que se colude interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo. Una interpretación restrictiva considera que el sujeto activo solo puede ser aquel funcionario o servidor que tenga como competencia suscribir el contrato. No obstante, la interpretación más adecuada sería una más extensiva que establece que el autor debe ser aquel funcionario público que pueda incidir sobre el proceso de contratación mediante opiniones, informes, etc. Es decir, no es necesario que este pertenezca específicamente al comité de selección o sea quien suscriba solamente el contrato. Esto se ve favorecido por la nueva redacción del tipo penal que señala: “El funcionario que interviniendo (...) indirectamente (...)”. Lo penalmente relevante es que el funcionario tenga legitimidad para intervenir sobre la decisión acerca de quiénes serán los particulares beneficiados por la concertación ilegal.

• Naturaleza del acuerdo colusorio

Por otra parte, un elemento del delito de colusión que merece un análisis es el referido a las características que debe tener el acuerdo colusorio. El delito de colusión implica una relación bilateral que se ve reflejada en el acuerdo colusorio que debe existir entre el funcionario público y el particular interesado. Siendo esto así, en primer lugar, el sujeto activo y el particular interesado deben celebrar un acuerdo colusorio, que, se entiende, debe ser fraudulento dado que tiene un fin ilícito y con el que se busca defraudar al Estado. Así también lo ha entendido la jurisprudencia.

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 027-2004, en el expediente N° 20-2003, emitida el 1 de octubre de 2004.

“El delito de colusión viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero”.

En segundo lugar, la concertación debe darse de manera dolosa, en vista de que el funcionario público privatiza dolosamente o con conocimiento su actividad funcional, representando más los intereses particulares que los del Estado.³⁶² En tercer lugar, puesto que la conducta típica “concertar”, según el tipo penal, debe darse “para defraudar al Estado”, el acuerdo colusorio debe ser idóneo para defraudar dichos intereses.

• Prueba de indicios del acuerdo colusorio

Un último punto relevante sobre el acuerdo colusorio, justamente por su naturaleza subrepticia o clandestina, necesita de diversos indicios para poder ser probado judicialmente. Algunos aspectos sintomáticos que deberían ser tomados en cuenta para sospechar de la posible comisión de un delito de colusión son la regularización posterior al contrato, elegir sin justificación el monto más alto que el Estado deba pagar a cambio de la prestación de bienes y/o servicios, la sobrevaluación desproporcionada de bienes, la aceptación de bienes o servicios en mal estado, la multiplicidad de normas de contratación estatal infringidas, etc.

³⁶² MONTOTA VIVANCO, Yvan. Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384° del Código Penal peruano. *Actualidad Jurídica*, N° 171, p. 100.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima recaída en el exp. n° 185-2011 del 11 de abril de 2013

“En cuanto al elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de pactos ilícitos, componendas o arreglos, acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito o acuerdo subrepticamente—incluso puede ser conocida [sic] o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico—sino de factores objetivos tales como la simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros:

- Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos.
- Precios sobrevaluados o subvaluados.
- Inexperiencia comercial de los postores.
- Plazo de la garantía de los postores.
- Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos.
- Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección.
- Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta.
- La no correspondencia de calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor.
- Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas.
- La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas.
- Apariencia de ejecución de la contratación.
- Reintegro a los terceros interesados.
- Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia.

• Naturaleza de la colusión

Un último elemento problemático a comentar es el referido a la naturaleza del delito de colusión. Según una redacción anterior del tipo penal en cuestión, el delito exigía que la concertación ilegal genere una defraudación al Estado. Una redacción anterior al texto vigente señalaba lo siguiente: “El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, (...)”.³⁶³ Como puede apreciarse, en este caso se interpretaba el tipo penal en el sentido que exigía el resultado lesivo de defraudar al Estado. Sin embargo, con la redacción actual, se puede afirmar que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo: el delito de colusión es un delito de peligro abstracto, ya que la conducta típica es concertarse para defraudar al Estado. Nuestra jurisprudencia, sin embargo, ya había acogido anteriormente esta interpretación.

³⁶³ Artículo 1° de la Ley 29703, publicada el 10 junio 2011.

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad N° 1296-2007, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria, del 12 de diciembre de 2007.

“La defraudación –debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación– que es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico –con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de concertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente sus recursos públicos”.

Si bien esta jurisprudencia citada se refiere al patrimonio estatal como bien jurídico, vale la pena resaltar que, incluso para aquel sector de la doctrina y la jurisprudencia que considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio estatal, el delito de colusión sería un delito de peligro, pues no debe exigirse un resultado efectivo para ver consumada la conducta delictiva. Bajo la redacción actual, la conducta típica es coludirse o concertarse ilegalmente con la finalidad de defraudar al Estado. Es suficiente con probar el acuerdo colusorio idóneo para que el delito se encuentre consumado; no es necesario un perjuicio económico ni una defraudación a los intereses estatales en general.

4.6.3 Problemas concursales

El delito de colusión desleal puede presentar un problema concursal respecto al de negociación incompatible. Como ha sido explicado ampliamente en el acápite referido al delito de negociación incompatible, el problema concursal entre estos dos delitos se resuelve según lo señalado en el siguiente cuadro:

CUADRO 8

Delito de negociación incompatible y de colusión. Resolución del concurso

DELITO	SIMILITUDES	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Negociación incompatible	<ul style="list-style-type: none"> El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte. Los dos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos. 	<ul style="list-style-type: none"> La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado. La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado). En la negociación incompatible la conducta típica es el solo interesarse. La negociación incompatible tiene un carácter unilateral. 	<ul style="list-style-type: none"> Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en el delito de negociación incompatible es más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva. Entonces, en aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio o no existan indicios para suponer que el interés indebido privado se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente sea aplicado.
Colusión			

4.7 El delito de tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias se encuentra tipificado en el artículo 400° del Código Penal. Dicho dispositivo legal establece lo siguiente:

Artículo 400° del Código Penal

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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

El delito de tráfico de influencias sanciona a aquel que, a cambio de un beneficio, ofrece interceder o influenciar, directa o indirectamente, ante un magistrado, fiscal u otro funcionario con potestades jurisdiccionales (en sentido amplio), invocando tener influencias sobre sus decisiones.

Antes de pasar al análisis del bien jurídico protegido, es de notar que esta figura delictiva presenta una modalidad básica (primer párrafo del artículo) y otra modalidad agravada (segundo párrafo del artículo). La primera, constituye un delito común, mientras que la segunda, un delito especial en virtud de la exigencia de la calidad de funcionario público del sujeto activo.

En lo que respecta a la modalidad agravada del tráfico de influencias, cabe resaltar que el sujeto activo, a diferencia de la modalidad básica, tiene una especial vinculación con el bien jurídico protegido, pues se encuentra dentro de la estructura de la administración pública, lo cual le da acceso especial para perturbar el bien jurídico.³⁶⁴

4.6.1 El bien jurídico específico

La determinación del bien jurídico protegido por esta figura delictiva no ha sido un tema pacífico en la doctrina y jurisprudencia penal.³⁶⁵ Principalmente, se pueden identificar cuatro posturas teóricas sobre el particular:

- Teoría del “prestigio o buena imagen de la administración pública”:**³⁶⁶ Sostiene que el bien jurídico específico del delito sería el “prestigio o buena imagen de la administración pública”. Esta teoría es criticada, porque el objeto de protección no encaja con el modelo de administración pública que un Estado social de Derecho como el peruano posee, que plantea una concepción de la administración pública centrada en la relación función pública-ciudadano.³⁶⁷ La administración pública (o su prestigio) no puede ser objeto de protección en sí misma, sino que se protege en tanto constituye el medio a través del cual el Estado realiza su labor social prestacional.
- Teoría de “la imparcialidad de la función pública” o el “patrimonio personal”:**³⁶⁸ Según esta teoría, no existe solo un bien jurídico protegido en la figura de tráfico de influencias, sino dos: la imparcialidad de la función pública y el patrimonio personal. En la modalidad de tráfico de influencias reales se pondría en peligro el principio de imparcialidad funcional, mientras que en la de tráfico de influencias simuladas lo que se ataca es el patrimonio personal.³⁶⁹

³⁶⁴ Para mayor abundamiento ver el acápite referido a los delitos especiales.

³⁶⁵ ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, pp. 782-786, quien describe las distintas posiciones sobre el objeto de protección del tráfico de influencias.

³⁶⁶ En el contexto español ver: MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA. (2005). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.). Tomo III. Navarra: Aranzadi, p. 2154 y MUÑOZ CONDE, Francisco. (2001). *Derecho penal*. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 981; y en el contexto nacional ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 785.

³⁶⁷ Esta crítica también es apuntada por MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA, loc. cit., aunque su interpretación de lege ferenda hace que considere que este delito deba ser derogado y en el plano nacional por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 524.

³⁶⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 525.

³⁶⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 525. En un sentido similar SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA. (2003). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, p. 33 y ss., aunque ellos señalan de lege ferenda que la modalidad de “influencias simuladas” debe ser eliminada, por lo que no consideran digno de protección penal por este precepto al “patrimonio personal.”

3. **Teoría de la imparcialidad.** Según esta teoría, el único bien jurídico protegido por todas las modalidades de tráfico de influencias es el principio de imparcialidad funcional. La imparcialidad se vería menoscabada en la medida en que el vendedor de influencias pone en peligro (concreto o abstracto) con su actuación la del desempeño imparcial del cargo del funcionario con potestades jurisdiccionales.

4. **Teoría de la institucionalidad de la administración pública.** El delito de tráfico de influencias no sanciona el mero hecho de poseer influencias, sino que establece como riesgo prohibido el invocar influencias existentes o no, con el fin de comunicar de manera verosímil la posibilidad de interferir en el correcto funcionamiento de la administración pública. La “institucionalidad” debe ser entendida como “el mandato constitucional de preservar una institución vital de la sociedad, ampliamente influenciada, de ataques periféricos (porque no atacan al núcleo de su decisión o gestión, como sí sucede en la colusión o el cohecho, por ejemplo) que coadyuvan a una cultura de corrupción, y que políticamente es necesario frenar”³⁷⁰. El bien jurídico “institucionalidad de la administración pública” (administración pública objetiva, legal y prestacional) es un bien jurídico muy cercano al bien jurídico categorial (correcto funcionamiento de la administración pública), justamente porque las conductas que pueden encajar en este delito son, como ya se señaló, periféricas. Por estos motivos, el delito de tráfico de influencias no implicaría la tipificación de un adelantamiento de la barrera de punición, sino que se trataría de un delito autónomo. Esta es la tesis adoptada por los autores del presente Manual.

4.6.2 Elementos problemáticos

En lo que respecta a los elementos problemáticos que presenta este delito, es pertinente exponer y analizar lo referido a los funcionarios destinatarios de la intervención ofrecida y la responsabilidad penal del comprador de influencias (interesado).

- **Funcionarios destinatarios de la intervención que se ofrece**

El tipo penal de tráfico de influencias señala que la intervención que ofrece el autor debe ser ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, por lo que se plantea la problemática de delimitar quiénes son dichos funcionarios.

¿Qué características especiales deben tener aquellos funcionarios destinatarios de esta intervención?

³⁷⁰ GUIMARAY MORI, Erick. (2015). Sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias. En: *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y derecho penal económico en el siglo XXI. Serie Ciencias Penales y Criminológicas*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco. La Habana: Unijuris, p. 249.

En primer lugar, será necesario que dicho funcionario exista. Así, este elemento no podría ser abarcado por una invocación de influencias simulada. Ello puede desprenderse del propio artículo 400° CP, pues exige que se trate de funcionario vinculado con un caso judicial o administrativo.

Al respecto, se ha señalado sobre el particular que no cualquier funcionario público que conoce un caso judicial o administrativo puede ser destinatario de la intervención, sino solo aquel que tiene facultades jurisdiccionales.³⁷¹ Es decir, el funcionario sobre el que se ofrece interceder debe tener bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o administrativo.

Ejemplo

No puede ser destinatario de la intervención un asistente administrativo de un juez, en tanto aquel no detenta facultades de tomar decisiones jurisdiccionales en un proceso judicial.

Sobre este punto, cabe realizar dos precisiones:

- Cuando nos referimos a funcionarios con potestades o facultades jurisdiccionales debe entenderse la jurisdicción en sentido amplio; es decir, se incluyen además de los jueces o tribunales, a los fiscales por ejemplo.³⁷²
- El momento de la intervención ofrecida puede referirse a cualquier etapa de proceso, no solamente en la etapa decisoria final.³⁷³ La utilización del término haya conocido permite interpretar que la intervención ofrecida puede referirse a una etapa postdecisoria incluso.

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad N° 11-2001-Lima del 23 de julio de 2003

“(…) debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo 400° del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo (...)”.³⁷⁴

³⁷¹ ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 795.

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. (2012). *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*. Tomo III. Lima: Ara Editores, p. 364.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima recaída en el expediente 00466-2011 del 22 de marzo de 2013.

“[...] el tipo del artículo 400 del Código Penal al funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, está aludiendo en cuanto al caso administrativo a todos aquellos procedimientos administrativos que sean conocidos por funcionarios o servidores de la administración pública, toda vez que el delito tipificado en cuestión protege la administración pública [...]

En este contexto el procedimiento administrativo que se seguía para la obtención de un crédito ante el Banco de Materiales S.A.C. no resultaba ser un simple trámite administrativo como pretende hacer ver el abogado del acusado y más bien constituía un procedimiento administrativo —caso administrativo, en el ámbito de la administración pública”.

• La responsabilidad del comprador de influencias o interesado

Otro tema problemático de este delito es el referido a la responsabilidad de la persona que compra la influencia (interesado) o que entrega la ventaja, donativo o beneficio al traficante de influencias.

En principio, habría que decir que el delito de tráfico de influencias es un “delito de intervención necesaria” o “plurisubjetivo”,³⁷⁵ dado que su redacción típica exige la intervención de más de una persona para la configuración del delito. En específico, es un “delito de encuentro”, ya que se requiere que las intervenciones de los sujetos se den desde direcciones diferentes y de manera complementaria. En este sentido, siendo coherentes con lo expresado en el acápite 2.4 sobre la problemática de los delitos de encuentro, el comprador de influencias o interesado responderá penalmente como partícipe del delito, siempre que su intervención suponga una creación desaprobada de riesgo para el bien jurídico (supere el riesgo penalmente permitido).³⁷⁶

De cualquier forma debe quedar claro que, de ninguna manera, el interesado o comprador de influencias es la víctima del delito³⁷⁷, dado que, como ya hemos mencionado, el delito de tráfico de influencias tiene como bien jurídico protegido la “institucionalidad de la administración pública”. Este es un bien de naturaleza institucional que no es de titularidad del interesado, por lo que este no puede ser considerado como víctima del delito.

³⁷⁵ Ver al respecto el punto 2.4 del presente Manual.

³⁷⁶ Según ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 536; SAN MARTIN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, *op. cit.*, p. 64 y ss., y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. (2004). La responsabilidad penal de los intervinientes en el tráfico de influencias. Especial referencia al interesado. En: *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, p. 74, el aporte del interesado debería ir más allá del “mínimo necesario”. Sin embargo, cabe mencionar que un sector de la doctrina nacional se ha mostrado más partidario de apreciar una inducción en la conducta del interesado antes que una complicidad (ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública, op. cit.*, p. 804).

³⁷⁷ De la misma opinión es ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 536 y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *op. cit.*, p. 87 y ss, aunque refiriéndose solo a la modalidad de tráfico de influencias reales.

JURISPRUDENCIA

Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente 00172-2011 del 26 de abril de 2013

“Un sector de la doctrina tiene establecido que estamos frente a un delito de encuentro, pues supone un supuesto de participación necesaria, ya que para su realización se necesita de la intervención de más de una persona. En nuestro sistema, jurisprudencialmente se admite esta tesis por lo que la participación del interesado puede darse en grado de instigación o complicidad”.

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad 1552-2003-SANTA del 9 de agosto de 2004.

“(...) resulta obvio que conviviendo la procesada con el asesor presidencial durante aproximadamente seis años, conocía las actividades de este último, a quien además conoció en el Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde ella trabajó dos meses, y por ende era imposible que no estuviera al tanto de la reputación de dicha persona y, como era de conocimiento público, de que era el jefe de facto de la referida entidad estatal, es por ello que aprovechando la especial situación en la que se encontraba, al ser conviviente del poderoso traficante de influencias, dolosamente lo determina o instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtenerse las resoluciones judiciales favorables a su hermano y tío político, lo que en efecto así sucedió”.³⁷⁸

• El abogado como autor del delito de tráfico de influencias

Otro aspecto que se ha discutido ha sido la posibilidad de sancionar al abogado como autor del delito de tráfico de influencias. Sobre el particular podemos señalar que, conforme a los principios y valores que rigen el ejercicio profesional del abogado, existen reglas prácticas para el ejercicio del patrocinio. Es en virtud de dichas reglas que no pueden utilizarse medios indebidos para alcanzar la satisfacción de los intereses del cliente, como bien podría ser el uso de recursos manifiestamente infundados para dilatar el proceso, la destrucción u ocultamiento de pruebas, o la invocación de influencias³⁸⁰.

Así también lo ha entendido nuestra jurisprudencia:

³⁷⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 365.

³⁷⁹ TORRES PACHAS, David y Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ. Comentario Jurisprudencial. Sobre la sentencia de segunda instancia en el caso Aurelio Pastor. Disponible en: <<http://bit.ly/1KjffHG5>>. Consulta: 10 de noviembre de 2015.

³⁸⁰ BOZA, Beatriz y Christian CHOCANO. (2008). Patrocinio debido: Medios que pueden emplearse. En: *Exposición de motivos del proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho*. Lima: Themis, p. 186.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el exp. n° 00087-2013-15-1826-JR-PE-01 del 15 de mayo de 2015

“(…) Conforme a la deontología del abogado, el patrocinio exige que la prestación de servicios legales se realice dentro del marco legal permitido, y por lo tanto, el abogado debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pudiera influir indebidamente en el tiempo o el modo de resolver por parte de la autoridad. No debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, ni permitir que el cliente lo haga”.

Si bien es cierto que, al establecerse la relación abogado-cliente, el abogado suscribe un contrato de prestación de servicios profesionales por el cual recibirá sus honorarios bajo la condición de que influya sobre una autoridad judicial o administrativa para alcanzar una decisión favorable a su patrocinado³⁸¹, “dicha influencia debe encontrarse dentro del marco permitido por nuestro ordenamiento jurídico, y esta se conseguirá en tanto el abogado pueda argumentar con solidez la postura que defiende, mediante el uso o empleo de argumentos jurídicos sólidos y coherentes. Estos podrán ser fortalecidos en base a los conocimientos adquiridos, la práctica de la profesión y las habilidades que haya podido desarrollar. Solo así estaríamos ante un verdadero comportamiento neutral, propio de la profesión de abogado y dentro de lo socialmente aceptado”³⁸².

4.6.3 Problemas concursales

En lo que respecta a los problemas concursales que puede presentar este delito, es pertinente analizar lo referido al concurso con el delito de estafa y al concurso con el delito de cohecho activo.

- **Problema concursal con el delito de estafa**

Se podría pensar que cuando estamos ante la modalidad de tráfico de influencias simuladas (en la modalidad de “recibir” o “hacer dar”) se presentaría un problema concursal con el delito de estafa, dado que los elementos típicos de ambos serían el engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio patrimonial.³⁸³ No obstante, debe tenerse presente que el delito de estafa no podrá entrar a tallar aquí, puesto que, a nuestro juicio, la estafa no puede aplicarse a supuestos en los que sujeto activo y sujeto pasivo realizan negocios con causa ilícita.³⁸⁴

³⁸¹ Lo cual supondría el ejercicio legítimo de la profesión y por tanto, actuaría dentro del riesgo permitido.

³⁸² TORRES PACHAS, David, Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, e Yvana NOVOA CURICH. Comentario. Caso Aurelio Pastor. Disponible en: <<http://bit.ly/1QBH3Na>>. Consulta: 10 de noviembre de 2015.

³⁸³ Reconoce estos elementos típicos en el delito de estafa. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y Walther Javier DELGADO TOVAR. (2012). *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Lima: Jurista Editores, p. 977.

³⁸⁴ De esta opinión es ANTÓN ONECA citado por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y otros. (1993). *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 296.

El delito de estafa no puede ser aplicado, dado que la conducta descrita en el tráfico de influencias da cuenta de un negocio ilícito entre comprador y vendedor de influencias, puesto que el acuerdo entre ambos tiene como objetivo influir clandestinamente en un funcionario público para obtener una decisión favorable en un proceso. Así, es el interesado quien expone libre y voluntariamente su patrimonio en un negocio que no es protegido por el Derecho.

En estos casos de negocios con causa ilícita, el delito de tráfico de influencias puede perfectamente aplicarse, puesto que lo que se pretende proteger trasciende el ámbito privado de negociación comercial. El objeto de protección aquí se identifica con la “institucionalidad de la función pública”, mas no con el patrimonio personal del interesado (bien jurídico protegido en la estafa). Como ya se ha descrito anteriormente, el comprador de influencias no es el sujeto pasivo del delito.

CUADRO 9

Tráfico de influencias simuladas y estafa. Resolución del concurso

DELITO	SEMEJANZA	DIFERENCIA	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Tráfico de influencias simuladas en la modalidad de “recibir” o “hacer dar”	<ul style="list-style-type: none"> • Presencia de engaño, error, disposición patrimonial, y perjuicio patrimonial. 	<ul style="list-style-type: none"> • El bien jurídico protegido es la institucionalidad de la función pública. Puede aplicarse en supuestos de negocios con causa ilícita. 	Se aplica solamente el delito de tráfico de influencias.
Estafa		<ul style="list-style-type: none"> • El bien jurídico protegido es el patrimonio personal. No puede aplicarse en supuestos de negocios con causa ilícita. 	

- **Problema concursal con el delito de cohecho activo**

Un segundo problema concursal se presenta entre el delito de tráfico de influencias y cohecho activo.

En primer lugar, habría que dejar en claro que para la configuración del delito de tráfico de influencias no se requiere, en absoluto, que el sujeto activo (vendedor de influencias) se ponga efectivamente en contacto con el funcionario público que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo. Es decir, basta para la consumación del delito que se llegue al acuerdo de intercesión, esto es, que el interesado acepte el ofrecimiento del traficante y/o entregue la

ventaja pactada como contraprestación.³⁸⁵ Por tanto, no existe obstáculo alguno para apreciar un concurso real de delitos (artículo 50° CP) cuando luego de la venta de influencias, el traficante de estas entregue algún beneficio para que el funcionario público resuelva de determinada manera el caso.³⁸⁶ Aquí el vendedor de influencias respondería, en concurso real, como autor del delito de tráfico de influencias y como autor del delito de cohecho activo.

JURISPRUDENCIA

Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 2218-2005-Arequipa del 10 de abril de 2006

“(…) El delito de tráfico de influencias exige que el sujeto activo invoque influencias reales o simuladas –no se requiere el ejercicio efectivo de la influencias- (…)”.³⁸⁷

CUADRO 10

Tráfico de influencias y cohecho activo. Resolución del concurso

DELITO	SEMEJANZA	DIFERENCIA	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Tráfico de influencias	En ambos delitos el tipo penal hace referencia a la actuación de un funcionario público. En el caso del tráfico de influencias se hace referencia a la actuación de un funcionario con facultad jurisdiccional, mientras que en el cohecho activo se hace referencia a la actuación de cualquier funcionario.	<ul style="list-style-type: none"> No se requiere que el vendedor de influencias tenga contacto con el funcionario que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo. 	Posibilidad de apreciar un concurso real entre ambos delitos.
Estafa		<ul style="list-style-type: none"> Debe haber bilateralidad. Se exige que haya contacto entre particular (vendedor de influencia) que ofrece, da o promete dar dádiva o beneficio, y funcionario que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo. 	

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si el interesado o comprador de influencias es quien contacta al traficante para realizar el soborno ante el funcionario jurisdiccional (el cual efectivamente se produce), no se configurará un tráfico de influencias, sino únicamente un delito de cohecho activo, en donde el traficante responderá como autor y el interesado como instigador.³⁸⁸

³⁸⁵ REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *op. cit.*, p. 71.

³⁸⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 537 y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *op. cit.*, p. 70.

³⁸⁷ Citada por GALVÁN RAMOS, Marcos Iván, *op. cit.*, p. 248.

³⁸⁸ REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *loc. cit.*