



ANEXO DE LECTURAS

**CURSO “PRINCIPALES ASPECTOS DE LOS
DELITOS DE CORRUPCION DE
FUNCIONARIOS”**

**UNIDAD I: ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

- 1) Salinas Siccha, Ramiro. "Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana".

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA: LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

POR. RAMIRO SALINAS SICCHA¹

1. AUTORES Y PARTÍCIPIES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Aspecto problemático de los delitos contra la administración pública lo constituye saber o identificar quienes son autores, coautores o cómplices en la comisión de un delito.

Es lugar común en la doctrina sostener que solo es autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho. En tanto que se consideran coautores a aquellos que cometen conjuntamente el delito. La coautoría exige tres requisitos: “Decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer”².

La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito.

¹ JUEZ SUPERIOR TITULAR DE LIMA. INTEGRANTE DE LA SALA PENAL NACIONAL.

² Ejecutoria Suprema del 6 de mayo de 1999, Exp. N° 1199-99-Cañete.

La participación también está prevista en el artículo 24º del Código Penal que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito.

Todo lo señalado es desde la postura de la teoría del dominio del hecho³ al cual se adhiere nuestro Código Penal respecto a la autoría y participación. No obstante, los delitos especiales como lo constituyen los delitos contra la administración pública, de modo alguno sirve la teoría del dominio del hecho para identificar al autor y al cómplice. Más bien, para los delitos especiales, tenemos la teoría de infracción de deber. Según esta postura, autor es quien tiene un deber especial penal impuesto por la ley penal y lo infringe, y partícipe es quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial penal.

En principio, en los delitos contra la administración pública no cualquier persona puede ser autor. Para ser autor de esta clase de delitos se necesita tener, tal como lo exige el tipo penal, la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la administración pública. Si en un caso concreto la persona que ha cometido un acto, por ejemplo defraudatorio para el Estado, no tiene la condición de funcionario o servidor público, no podrá serle atribuido un delito contra la administración pública. De igual modo, si se exige la concurrencia de una relación funcional específica a cualquier funcionario o servidor público, no podrá serle atribuida la comisión del delito de que se trate, por ejemplo el delito de colusión o peculado.

En tal sentido, podemos formularnos las siguientes preguntas:

1. ¿qué sucede con los particulares que comenten el delito a pedido o sugerencia del sujeto público obligado?,
2. ¿qué sucede con los particulares que participan junto a un sujeto obligado en la comisión de un delito en perjuicio del Estado?, o

³ Por todos: Roxin, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, p. 470.

3. ¿qué sucede con el particular que dolosamente determina al sujeto público obligado a cometer un delito contra la administración pública?, o
4. ¿qué sucede con el particular que coopera o ayuda al sujeto público obligado en la comisión del delito en agravio del Estado?
5. ¿qué sucede con los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado y además, tiene relación funcional en la comisión de un hecho punible en agravio del Estado?

La primera pregunta, si respondemos con la teoría del dominio del hecho, seguramente llegaremos al absurdo de afirmar que los particulares serían autores directos y los sujetos obligados autores mediatos o instigadores. Resulta absurda esta respuesta debido que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores de un delito especial. Respecto de la segunda pregunta, si respondemos bajo los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que los particulares serían coautores de los sujetos obligados. Sin embargo, tal respuesta no puede aceptarse debido que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser coautores de un delito especial.

Asimismo, al responder la tercera pregunta utilizando la teoría del dominio del hecho, llegaríamos a decir que los particulares o extraños a la administración pública, sería autores mediatos o instigadores del delito cometido. No obstante, tal respuesta aparece como absurda, pues el particular al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, no pueden ser autores mediatos. Al responder la pregunta cuarta, si utilizamos los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que el particular que coopera o ayuda al funcionario o servidor público sería cómplice primario o secundario, según el apoyo que haya proporcionado al autor en la comisión del delito. Sin embargo, como luego

analizares, aquí se trata de sólo cómplices. No puede diferenciarse entre primario o secundario.

Finalmente, al responder la pregunta quinta con la teoría del dominio del hecho, los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado serían coautores. Sin embargo, tal respuesta no es correcta, pues los funcionarios o servidores públicos que no tienen el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores del delito especial y menos coautores.

En la jurisprudencia nacional, se viene aceptando en forma pacífica, que las interrogantes planteadas y otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la administración pública son razonablemente respondidas por la teoría de infracción de deber formulada también por Claus Roxin por vez primera en 1963, cuyos planteamientos pasamos a analizar.

2. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En los delitos especiales como lo constituyen la mayor parte de los delitos contra la administración pública, se tiene como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber formulada desde la óptica de Claus Roxin⁴.

Como ya se explico, para diferenciar a la teoría del dominio del hecho con la teoría de infracción del deber, resulta necesario afirmar que según la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción del deber”. Ejemplo de ellos son la mayoría de delitos que se tipifican

⁴ De entrada debe quedar claro que aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber según la explicación y desarrollo dogmático del profesor Günther Jakobs, por las razones que luego explicaremos.

en nuestro Código Penal con el título de “delitos contra la administración pública”, en los cuales *autor* es aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será quien lesione el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. “Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado”⁵.

Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un “deber especial de carácter penal” que no recae en todas las personas, sino en aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. De modo que el fundamento no es el deber general que surge del tipo penal, cuya infracción provoca la sanción prevista en el tipo. En consecuencia, en los delitos contra la administración pública, los sujetos públicos tienen deberes especiales como por ejemplo el deber de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública.

Se entiende por delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales la figura central (autor) de evento criminal se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal⁶. Autor será quien infringe el deber especial penal, y partícipe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial.

Según los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría⁷. De ello, se concluye que el *intraneus* es

⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, T. I, Editorial civitas, Madrid, 1997, p. 338; también en Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 6ta. edición traducido por Cuello-Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 383- 385. De igual modo, ROXIN citado por PARIONA ARANA, ob. Cit., 2011, p. 72.

⁶ PARIONA ARANA, ob.cit., 2011, p. 79.

⁷ Es más, según el profesor CARO JOHN que se adhiere a la concepción de Jakobs enseña que en este modelo que rige el principio de autoría única, en todos “los supuestos, el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de

autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica “a través de otro”, infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el “dominio del hecho”, el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo⁸. Sin duda, esta teoría contribuye decisivamente en la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos penales que presuponen deberes especiales de carácter penal⁹. La aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llegaban las teorías que se basaban en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos¹⁰.

Aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber en la vertiente de Jakobs, pese a que como sostiene el profesor Caro John¹¹ la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado por este autor, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del sistema del Derecho Penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber. Bajo esta concepción normativa pura del derecho penal, se enseña que la infracción del deber fundamenta el injusto, esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento. Para esta forma de explicar el derecho penal, la razón de la imputación es la infracción del deber, la que trae consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor. En suma, en la infracción del deber radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción del deber siempre fundamenta la

adelante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor”. Ob. cit., 2010, p. 87).

⁸ PARIONA ARANA, ob. Cit., 2011, p. 71.

⁹ Para los interesados en hacer siempre derecho penal comparado, se les indica que esta teoría de la infracción del deber sustentada por Roxín es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los extranei sólo pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, cómplices e inductores). Véase: Feijoo Sánchez, Bernardo, ob. Cit., 2013, p. 29.

¹⁰ Cfr. Pariona Arana, Participación en los delitos especiales, en el libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrea, Ara editores, Lima, 2006, p. 770.

¹¹ CARO JOHN, ob. cit., 2010, p. 71.

punibilidad¹². Según esta forma de explicar el derecho penal, por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387º del Código penal, si el sujeto público infringiendo su deber funcional de administrador se dispone a apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para esta teoría sería irrelevante penalmente si el sujeto público llega realmente a apropiarse del bien público. Situación que al menos en nuestra patria, no es de recibo, pues como veremos, la misma construcción de la fórmula legislativa del 387º exige la concurrencia de otros elementos objetivos para la consumación del delito de peculado. De modo que la sola infracción del deber no es suficiente para sancionar penalmente la conducta de peculado.

En tal línea del razonamiento, no se sigue esta postura, pues como lo sostiene Pariona Arana¹³, por la forma como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código penal en su parte especial, no es posible sostener al menos en el Perú, que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas de los delitos contra la administración pública por ejemplo, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. De modo que la sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal tal como lo exige el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal.

En otro extremo, no sigue también aquí la postura del funcionalismo normativista de Jakobs en la explicación de la autoría y participación de los delitos contra la administración pública, debido a que según esta concepción si en un

¹² VILLAVICENCIO TERREROS, citando a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Derecho Penal, parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 307.

¹³ PARIONA ARANA, ob. Cit., 2011, p. 73.

hecho concreto participa un *extraneus*, este responderá por un delito diferente al cometido por el *intraneus*. Por ejemplo, si en la sustracción de los caudales públicos participan el sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, para esta concepción, el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional, en cambio, el particular extraño, responderá por el delito de hurto que viene a constituir un delito de dominio¹⁴. Un mismo hecho tendría doble calificación jurídica. En efecto, según esta concepción en el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas y por tanto no sigue, en principio, la teoría de la unidad del título de imputación, sino por el contrario, sigue la teoría de la ruptura del título de imputación¹⁵. La razón del cambio de criterio radica en la circunstancia que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede atribuirse a los intranei al tipo. Los extranei no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber. En consecuencia, el partícipe no podrá ser sancionado con el marco penal establecido para el delito de infracción de un deber¹⁶.

Para graficar este aspecto el profesor Caro John, luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*, pone los siguientes casos: “una de las partes que redacta la sentencia que luego el Juez la ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera

¹⁴ Véase, García Caveró, Responsabilidad penal del partícipe Extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos, en Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública, (coordinadora Castañeda Otsu, Susana), Jurista Editores, Lima, 2014, p. 637.

¹⁵ Para saber la diferencias entre una y otra teoría, así como sus consecuencias prácticas véase: Pariona Arana, Participación en los delitos especiales, ob. Cit., Lima, 2006, pp. 760-761.

¹⁶ García Caveró, citando a Heiko Lesch, ob.cit., 2014, p. 634.

esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *neminem laede* (pues, solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los *extranei* en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales)”¹⁷.

Esta forma de enfrentar el delito que lesiona o pone en peligro el bien jurídico general denominado correcto funcionamiento de la administración pública, no es de lo más adecuado y eficaz. Genera impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público¹⁸. Esto es más evidente en los delitos especiales propios donde no hay delito subyacente como por ejemplo en el prevaricato. Aquí si un particular ayuda a un juez a cometer el citado delito, su conducta quedaría sin sanción. Su conducta sería impune.

Por tal razón, como ya hemos indicado, en el Perú ha sido superada luego que a inicios del siglo XXI, con el derrumbe de la cúpula política que gobernó el país desde 1990 hasta el 2000, se procesaron múltiples casos por la comisión de múltiples delitos contra la administración pública.

Jurisprudencialmente se ha impuesto en nuestra patria, la posición de considerar que por el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación¹⁹ y accesoriedad,

¹⁷ CARO JOHN, ob. Cit., 2010, p. 82.

¹⁸ Situación que incluso es reconocida por los que sustentan esta posición como por ejemplo el profesor García Caveró, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima, 2008, p. 601.

¹⁹ En cambio la teoría de Jakobs sostiene la ruptura del título de imputación, la misma que sostiene que solo el funcionario o servidor público responde como autor del delito especial cometido, en tanto que los *extraneus* que participan en la comisión del mismo delito especial, responden penalmente por un delito común. Cfr. García Caveró, ob.cit, 2008, p. 600; también ob.cit., 2014, p. 639.

los particulares o *extraneus* responden por la comisión del delito especial cometido por el sujeto público autor, pero como cómplices. Incluso, así se ha previsto como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116²⁰. En efecto aquí entre otros aspectos se precisó que “los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores”.

Nuestro Código Penal asume la tesis de la accesoriedad de la participación de lo cual se deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación)²¹. Aceptar que los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la ruptura de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo hecho y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado, situación que, de aceptarse, dejaría en la impunidad muchos actos de participación.

Así por ejemplo, en nuestra patria, en los inicios del sistema anticorrupción, se tuvo diversos procesos penales en los cuales, el sujeto público era procesado por peculado o colusión, en tanto que los terceros (*extraneus*) que habían participado con ellos en la comisión del mismo delito especial y de infracción de deber funcional, se les seguía procesos penales diferentes como partícipes de los delitos de hurto o apropiación ilícita²², los mismos que al final eran absueltos debido al uso del argumento siguiente: es imposible que existan partícipes de hurto, apropiación ilícita o estafa sin la existencia de un autor de estos delitos,

²⁰ De fecha 06 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción).

²¹ ROJAS VARGAS. *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2002, p. 76.

²² Claro está siguiendo la posición de Jakobs que aquí no seguimos.

trayendo como lógica consecuencia que muchos casos pasaran a engrosar las cifras de la impunidad.

Sin embargo, la situación cambio drásticamente cuando nuestra Corte Suprema comenzó a emitir ejecutorias supremas sobre la base de los principios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación de la complicidad²³. En efecto, la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 argumentó con toda propiedad que “la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26º del Código Penal”²⁴.

De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, precisó que “en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado”²⁵. En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostuvo “Que, el Código Penal respecto a la

²³ Acerca del fundamento penal de la participación, véase ROXIN, Claus, ob. Cit., 2007, p. 483.

²⁴ Exp. N° 3203-2002-Lima (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 231).

²⁵ R.N. N° 1813-2003-Lima.

participación, asume la tesis de la ‘accesoriedad de la participación’, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas ‘*extraneus*’ que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo... En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder ‘en segundo término’ y por tanto solo limitadamente”²⁶.

Finalmente, como ejemplo del cambio jurisprudencial que se produjo en la lucha contra los actos de corrupción, tenemos la Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 2004²⁷. En efecto allí se expone que “aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe”.

²⁶ R.N. Nº 375-2004-Ucayali (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 6, Grijley, Lima, 2005, p. 545). En el mismo sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R.N. Nº 2976-2004-Lima, en la misma revista jurídica, p. 548.

²⁷ R.N. Nº 2976-2004-Lima (SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 652). También en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 6, Lima, 2005, p. 546.

Lo cierto es que la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación y llega a soluciones jurídicas más satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido²⁸.

Antes de concluir con este tema, es de precisar que de modo alguno se violenta el contenido del artículo 26 del CP²⁹ que establece que las circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, toda vez que resulta claro que la circunstancias especial que califica a los autores de los delitos contra la administración pública, cual es infringir un deber especial de carácter penal, de modo alguno modifica ni menos se traspasa a los extraneus que ayudan o auxilian en la comisión de un delito especial. Por ello se afirma y se sostiene en la doctrina jurisprudencial peruana que en estos casos, la pena del partícipe siempre será menor a la del autor e incluso se sostiene, que la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del Código Penal sólo alcanza a los autores o intranei y no a los partícipes o extranei. Además, se debe tener claro que el artículo 26° del Código Penal no puede ser empleado para determinar el tipo penal de la parte especial aplicable al caso concreto, esto es, no puede utilizarse para asignar el título de imputación del agente. Es solo una regla general que asegura o busca un marco penal justo, para aquellos casos donde de la aplicación de los tipos de la parte especial y los dispositivos de la participación pudiere resultar penas desproporcionadas³⁰.

²⁸ Cfr. Pariona Arana, Participación en los delitos especiales, ob.cit., 2006, p. 762.

²⁹ Como sugiere García Caveró, al señalar que no se puede admitir tal como lo proscribió el artículo 26 del CP, que las circunstancias o cualidades que afectan la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente en el caso de agravantes por el abuso de la calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito, tiene lugar una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico. Ob. Cit. 2008, p. 601; también: Ob.cit., 2014, p. 637.

³⁰ Cfr. Pariona Arana siguiendo a Schunemann, Participación en los delitos especiales, ob. Cit., 2006, p. 768.

Como es de advertirse en los delitos contra la administración pública, no todos son especiales. Existen también delitos comunes como por ejemplo el delito de tráfico de influencias. Es obvio, que cuando se trata de delitos comunes la teoría del dominio del hecho debe ser utilizada para identificar o determinar quién es autor y quién es partícipe del delito.

3. COMPLICIDAD UNICA. Para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública que comete un sujeto público con deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción del deber la complicidad es única.

La diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito. De modo que en los delitos especiales no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25° del Código penal que establece que a al cómplice primario se le impone la misma pena que el autor y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. No debe obviarse que tal artículo tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho.

La siguiente pregunta se impone: ¿cuál es la pena que se impone en consecuencia al cómplice en los delitos de infracción del deber? El hecho que las reglas generales de la autoría y participación actualmente existentes en nuestro sistema penal, no resultan suficientes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito especial de infracción de un deber, de modo alguno podemos aceptar y consentir pacíficamente que se siga aplicando las reglas de la teoría del dominio del hecho para aplicar la sanción correspondiente al cómplice. Más bien debe propiciarse que el juez al momento de aplicar la pena al cómplice de un delito contra la administración pública, jamás debe imponer una pena igual o mayor a la impuesta al autor del delito. La pena para el cómplice será siempre menor a la del autor. El fundamento es que la conducta del autor al haber cometido el delito infringiendo un deber especial penal, es más reprochable que la

conducta desarrollada por aquel que no infringió deber especial alguno. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice³¹.

En el Proyecto de Código Penal de 2009, cuya parte general está aprobada y publicada por el Congreso de la República, y donde ya se toma en cuenta la teoría de infracción del deber para establecer la autoría y participación en los delitos especiales, encontramos el artículo 26° donde se establece que: “si en el partícipe no concurren los especiales elementos personales que fundamenten, agraven, disminuyen o excluyan la punibilidad, se atenuará la pena para él conforme al artículo 45 del Código Penal”.

Esto significa que si en el cómplice no concurre el deber especial penal que si concurre en el autor, el juez atenuará la pena para el cómplice conforme a los parámetros del artículo 45 del Código Penal. En conclusión, en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor.

Esta solución jurídica no es nada nueva, pues haciendo derecho comparado, encontramos que en el Derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos casos, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente³².

La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte aun no tiene claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción del deber todavía viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice. En efecto en la Ejecutoria Suprema del 06 de mayo de

³¹ Esta tendencia incluso es la predominante en España, al respecto véase: Rueda Martín, Ángeles, reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública, en Delitos contra la administración pública (Francisco Heydegger- coordinador) Idemsa, 2013, p. 152.

³² Cfr. García Caverro, Ob.cit., 2008, p. 603.

2013³³, argumentó que “su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria”. Considero que si el Juez se decide por aplicar la teoría de infracción del deber debe hacerlo en toda su magnitud. No podemos seguir mezclando las teorías penales.

4. LA DUPLICA DE LA PRESCRIPCION. ¿Al *extraneus* le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código Penal? En la línea interpretativa que se viene exponiendo, resulta claro que el *extraneus*, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública, sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal como si lo hace el autor, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código penal que desarrolla el contenido de el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política vigente. En efecto, la última parte del artículo 80° del CP, establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica. Significa que sólo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, les alcanza la dúplica de la acción penal.

Esta posición, en la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, ha quedado establecida hasta en dos Acuerdos Plenarios. Así tenemos el Acuerdo Plenario N°01-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 (Problemas actuales de la prescripción), donde se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente: El ataque contra el patrimonio público es ejecutado por un sujeto público al que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquel. Esto implica un mayor desvalor de la acción, complementado con el

desvalor del resultado derivado de la específica función de protección que tiene esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tiene para encubrir sus actividades ilícitas.

Se incrementa el plazo de la prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al Ministerio Público un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune. De modo que para que se produzca el incremento del plazo de la prescripción se requiere: 1.- Exista una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado. 2.- El vínculo del sujeto público y el patrimonio implica que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado, y 3.- Como fuente de atribución sirve una orden administrativa, y por tanto es posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar el ejercicio de funciones de administración, percepción o custodia. Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser: 1.- Íntegramente del Estado. 2.- Bienes de sociedades de economía mixta. 3.- Bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico válido.

En tanto que en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 del 06 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción), al exponer que resultaba necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (intranei) o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice (extraneus), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación, se estableció como doctrina legal vinculante lo siguientes: El Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80° CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el

patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste. De modo que es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intraanei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores.

5. NO ES ADMISIBLE LA COUTORIA. Otro aspecto no menos importante de la teoría de la infracción del deber es el hecho que no admite la coautoría definida en el artículo 24° de nuestro Código Penal como el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible. Esto es, existe coautoría cuando dos o más personas cometen conjuntamente un delito. Ocurre cuando dos o más personas con acuerdo de voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. La coautoría también es hija de la teoría del dominio del hecho³⁴ que explica la autoría y participación en los delitos comunes como se tiene ya expuesto. La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente a la entidad material de su intervención³⁵. Por ejemplo, hay coautoría en un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay

³⁴ Cfr. García Caverio, Ob. Cit., 2008, p. 574.

³⁵ Ejecutoria suprema del 18 de octubre de 1999, R. N. N° 3429-99-Callao.

coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específico. En suma ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos son derechos de las personas.

Sin embargo, ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen deberes impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, etc. son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de la administración pública. Son deberes personales que se conocen también como principios que sustentan la administración pública. No pueden dividirse ni compartirse³⁶.

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraerse el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionaría o infringiría el deber especial penal impuesto por el Estado. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado. Es imposible sostener que dos o más funcionarios se ponen de acuerdo y luego se reparten roles para infringir un solo deber especial. No hay forma de sostener que el funcionario A lesiona una parte de un deber especial, el funcionario B otra parte del mismo deber y el funcionario C la otra parte del mismo deber especial. Los deberes especiales impuestos por la ley no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría.

De modo que no es de recibo el criterio jurisprudencial ensayado en la ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2010³⁷ y vuelto a repetir en la ejecutoria

³⁶ Cfr. Salinas Siccha, Ramiro, el delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana, en Delitos contra la administración pública (Francisco Heydegger- coordinador) Idemsa, 2013, p. 368.

³⁷ Véase: R.N. N° 3181-2009-Lima, Sala Penal Permanente.

suprema del 03 de noviembre de 2010³⁸, cuando se sostiene que “en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b) una división de funciones y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello”. Aquí erróneamente la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte utiliza los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría, para identificar la autoría y participación en un delito especial como lo es el peculado, el mismo que como ya se expresó se explica razonablemente con la teoría de infracción del deber. Es más, se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, cuando bien sabido es que el bien jurídico que se protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se pretende proteger con el citado delito es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado como incluso, así se ha precisado de modo adecuado como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116³⁹.

No debe obviarse que en el delito de peculado, como se analiza mas adelante, se afecta el patrimonio del Estado en forma indirecta pero no como bien jurídico protegido sino como objeto material del delito.

³⁸ Véase: R. N. N° 1320-2009-Huánuco, Sala Penal Permanente.

³⁹ Incluso, la misma Sala Penal Permanente en la Ejecutoria Suprema del 02 de julio de 2010 tiene claro tal aspecto: Véase el R.N. N° 1594-2009-Puno.

**UNIDAD I: ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

**2) García Caveró, Percy. "La reforma del derecho penal y del derecho
procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal 2009".**

LA PENA DEL PARTÍCIPE *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS ESPECIALES

Percy García Caverio

SUMARIO: I. Problema II. Punto de partida dogmático de la propuesta de solución 1. Delitos especiales de dominio 2. Delitos especiales de infracción de un deber 3. Concurrencia de una competencia por organización y una competencia institucional III. Desarrollo dogmático de la propuesta de solución 1. Participación en los delitos especiales de dominio 2. Participación en los delitos especiales de infracción de un deber IV. Cuestiones especiales 1. Castigo de la inducción o instigación 2. Delitos de infracción de deber con elementos de dominio V. Conclusión

I. PROBLEMA

«La complicidad en la comisión de delitos especiales [...] es posible, puesto que la calidad especial que exige el tipo legal [...] es requerida para el autor, pero no para los partícipes»¹. Con estas palabras, el profesor José Hurtado Pozo deja entrever su posición a favor de la posibilidad dogmática de castigar como cómplices de un delito especial a los partícipes *extranei*. Sin embargo, pese a la claridad de su planteamiento, la determinación de la pena a imponer a aquellas

1 Hurtado Pozo 2005: 904.

personas que, sin tener la calidad exigida por el tipo penal, han participado en la realización de un delito especial, constituye un tema que ha suscitado un fuerte debate dogmático tanto en los escritos doctrinales² como en la jurisprudencia de los tribunales penales³.

Simplificando la discusión, podría decirse que se encuentran en disputa fundamentalmente dos teorías: la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación⁴. Mientras la primera considera que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial correspondiente, la segunda sostiene que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe. La persona que contribuye a la realización de un delito especial solo podrá ser castigada penalmente si su comportamiento se subsume en un delito común y, de ser así, la pena a imponer tendrá que determinarse a partir del marco penal previsto en dicho delito común.

La inclinación por una u otra teoría para resolver el problema de la pena de los partícipes *extranei* en los delitos especiales se ha hecho, por lo general, destacando los aspectos discutibles de la teoría opuesta. Por ejemplo, los detractores de la teoría de la unidad del título de imputación señalan que esta teoría lleva finalmente a la consecuencia de convertir los delitos especiales en delitos comunes, por lo que, al final, la construcción dogmática de los delitos especiales no tendría ningún sentido práctico, lo que no parece conciliarse con la voluntad del legislador de reducir el círculo de posibles autores⁵. Esta crítica tiene especial asidero en aquellos sistemas penales, como el nuestro, en los que el cómplice (primario) es reprimido con la pena prevista para el autor.

Por el contrario, los críticos de la teoría de la ruptura del título de imputación señalan que la asunción de esta teoría produciría vacíos de punibilidad en los casos en los que la conducta del partícipe no pueda subsumirse en un delito común subyacente. Si bien en los delitos especiales impropios no hay un vacío de

2 Reaño Peschiera 2004: 39 ss.; Abanto Vásquez 2003: 57; Rojas Vargas 2007: 194 ss.; Pariona Arana 2006: 747 ss.

3 Ejecutoria Suprema del 17 de diciembre de 1985; ejecutoria Suprema recaída sobre el Exp. N. 1885-92-B del 15 de marzo de 1994, *Diálogo con la Jurisprudencia* 32 2001: 109; ejecutoria Suprema recaída sobre el RN N. 2976-2004 del 30 de diciembre de 2004; STC N. 2758-2004-HC/TC.

4 Con mayores detalles sobre estas teorías, Villavicencio Terreros 2006: 1132 ss.; Abanto Vásquez 2003: 48 ss.

5 Este cuestionamiento se muestra especialmente incisivo en los casos en los que el delito especial se basa en un vínculo de parentesco como sucede en el parricidio o en el infanticidio, en donde parece injusto castigar al que no tiene la vinculación parental con la pena del que sí la tiene. Al respecto, Abanto Vásquez 2003: 52 ss.

punibilidad al existir un delito común subyacente, la situación se presenta distinta en el caso de delitos especiales propios, pues la conducta típica realizada por un sujeto no cualificado no tiene, en principio, repercusión penal⁶. Por ejemplo: el delito de prevaricato solamente tiene sentido en el caso del juez, pero no respecto de aquellos que no tienen dicha calidad.

La doctrina penal se ha inclinado por privilegiar el aspecto político-criminal antes que el dogmático, por lo que ha seguido, en líneas generales, la tesis de la unidad del título de imputación para evitar los vacíos de punibilidad antes indicados⁷. Si bien a esta teoría se le podría cuestionar la inconsistencia dogmática de convertir en comunes los delitos especiales, cuando menos no dejaría sin pena las conductas de participación en delitos especiales, a diferencia de la teoría de la ruptura del título de imputación. Este razonamiento, sin embargo, olvida que la función del Derecho penal no es solamente prevenir delitos, sino también sustentar razonablemente la imputación de responsabilidad penal⁸. En este sentido, tan cuestionable es dejar vacíos de punibilidad como sustentar la imputación penal en un fundamento jurídico-penal endeble.

La presente contribución apunta precisamente a desarrollar una propuesta dogmática que permita resolver coherentemente el dilema de la aplicación de una u otra teoría en la determinación de la pena del partícipe *extraneus*, así como indicar los mecanismos adecuados para cubrir los vacíos de punibilidad que pudieran presentarse. De esta manera, me permito rendir el debido homenaje académico al Prof. José Hurtado Pozo con ocasión de su distinción como Doctor honoris causa de la Universidad Mayor de San Marcos, distinción que la comunidad penalista peruana recibe como un acto de absoluta justicia.

II. PUNTO DE PARTIDA DOGMÁTICO DE LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

La solución al problema de la determinación de la pena para los partícipes *extranei* en los delitos especiales no va, a mi entender, por un camino alternativo: o la teoría de la unidad del título de imputación, o la teoría de la ruptura del título de imputación. En lo que alcanzo, la asunción de una u otra teoría depende del hecho de si el delito especial está configurado como un delito de dominio o como un delito de infracción de un deber⁹. Como puede verse, el planteamiento que propongo no resuelve el problema a partir de la característica formal de la deli-

6 Abanto Vásquez 2003: 50.

7 Así, por ejemplo, Villavicencio Terreros 2006: 505; Abanto Vásquez 2003: 57; Rojas Vargas 2007: 198 ss.

8 Así, el planteamiento de Silva Sánchez 1992: 179 ss., 241 ss.

9 Anteriormente, García Caveró 2008: 600.

mitación del círculo de autores en el delito especial, sino de la estructura material que informa la configuración del delito especial.

En la propuesta de solución acabada de formular se puede apreciar una primera toma de posición dogmática, a saber: que los delitos pueden sustentar la imputación penal en una competencia por el dominio del riesgo prohibido (delito de dominio) o en una competencia institucional (delitos de infracción de un deber)¹⁰. Se trata de dos criterios de imputación distintos que responden a dos formas distintas de estructuración de los contactos sociales. Los delitos de dominio se configuran a partir del hecho de la separación de las esferas de organización en la sociedad actual y tienen como fundamento la vulneración del deber negativo de no lesionar a otro desde la configuración de la propia esfera de organización¹¹. Los delitos de infracción de un deber, por su parte, surgen en el marco de la vinculación de esferas por una institución social específica y encuentran su sustento en la vulneración de un deber especial que surge precisamente de esa vinculación institucional¹².

En segundo lugar, la propuesta de solución planteada parte de entender también que la realización de un delito especial puede presentarse como un delito de dominio o como un delito de infracción de un deber¹³. Esto quiere decir que, a diferencia de la posición inicial de Roxin sobre los delitos de infracción de un deber¹⁴, no todo delito especial es un delito de infracción de un deber, sino que hay delitos especiales que se sustentan en el dominio del riesgo prohibido y otros en la infracción de un deber. En este sentido, la imputación de un delito especial a un sujeto cualificado requiere determinar si se hace por el dominio del riesgo prohibido que afecta a otro o, más bien, por la infracción de un deber institucional.

1. Delitos especiales de dominio

El delito especial se imputa como un delito de dominio si es que el fundamento de la imputación sigue siendo, como en los delitos comunes, el dominio de un riesgo prohibido. En este orden de ideas, la única particularidad del delito especial es que el riesgo prohibido se incardina en una estructura social especial, de manera tal que el dominio no lo tiene, en principio, cualquiera, sino determinadas

10 Fundamental, Jakobs 1991: N. 71. En contra de esta dicotomía de las estructuras de imputación, Schünemann 1979: 92; Gracia Martín 1986: 112 ss.

11 Jakobs 1991: N. 7, N. 29 ss.; Jakobs 1997: 350.

12 Jakobs 1991: N. 7 ss.; Sánchez-Vera 2002: 31 ss., 76 ss.

13 Anteriormente, García Caverro 1999: 164 ss.

14 Roxin 1998: 383 ss.

personas con acceso a la estructura social especial¹⁵. Por ejemplo, el delito de fraude concursal doloso en su modalidad de ocultación de patrimonio (artículo 209, inciso 1 del Código Penal) es un delito especial, en la medida en que exige la calidad especial de deudor sometido a un procedimiento concursal para poder cometerlo. Pero el fundamento de la imputación penal de este delito especial sigue siendo el dominio del riesgo de lesión de los intereses patrimoniales de otros (los acreedores), por lo que se castiga al deudor por haber organizado su patrimonio de una manera tal que defrauda los intereses patrimoniales de sus acreedores¹⁶.

2. Delitos especiales de infracción de un deber

El delito especial es, por el contrario, un delito de infracción de un deber si el fundamento de la imputación no está en el dominio del riesgo, sino en la infracción de un deber institucional. Si el padre deja morir ahogado a su hijo de apenas seis años de edad en la piscina, la imputación penal no se hará por el dominio del riesgo prohibido, sino por la infracción de un deber especial de auxilio que surge de la relación paterno-filial constituida por la institución social de la familia. Al obligado institucional se le hace penalmente responsable por haber dejado de cumplir con el deber específico impuesto por la institución social correspondiente que, en este caso, consiste en el cuidado de la persona y patrimonio de los hijos que se encuentran bajo la patria potestad.

3. Concurrencia de una competencia por organización y una competencia institucional

En determinados casos puede concurrir una competencia por organización con una competencia institucional en la determinación de la relevancia penal del comportamiento del autor. Por ejemplo, si el padre estrangula a su hijo menor de edad hasta producirle la muerte. En este caso, la competencia jurídico-penal por la muerte del menor se puede fundamentar tanto en el hecho de que el padre se organizó de una manera tal que creó un riesgo prohibido de muerte para el hijo, como que el padre no cumplió con el deber institucional específico de preservar la vida del hijo que está bajo su patria potestad. La pregunta que evidentemente surge ante esta situación es cuál competencia resulta preferente para determinar la responsabilidad penal. La respuesta, a mi entender, no puede plantearse en términos absolutos.

¹⁵ En este sentido, García Caveró 2003: 66 ss.

¹⁶ En este sentido, García Caveró 2007: 321 ss.

La responsabilidad penal se determinará con base en la infracción de la competencia institucional si el deber positivo especial engloba el deber negativo de no hacer daño. Por ejemplo, el deber institucional de un funcionario público de custodiar el patrimonio administrado incluye evidentemente el deber negativo de no apropiárselo. En este sentido, el delito de peculado debe ser interpretado como un delito de infracción de un deber, aun cuando la lesión del patrimonio del Estado se haya producido a través de un acto organizativo de apropiación del funcionario público. Por el contrario, si es el deber negativo general el que engloba al deber positivo institucional, entonces será la competencia por organización la que informe a la imputación penal. Así, por ejemplo, queda claro que la conducta organizativa de acabar con la vida de víctima implica necesariamente no auxiliarla en la situación de peligro, por lo que en este caso la responsabilidad penal se determinará con base en la competencia organizativa.

A partir de las ideas precedentes, se puede decir que la competencia institucional engloba a la competencia general por el dominio del riesgo cuando se sustenta en instituciones sociales elementales que establecen vinculaciones especialmente intensas. Por ejemplo, el carácter elemental de la institución familiar da lugar a una vinculación institucional especialmente intensa entre los miembros de la familia (esposos, padres-hijos), lo que hace que la competencia institucional abarque también a la competencia por organización. En este orden de ideas, el padre que provoca directamente la muerte del hijo menor de edad, responderá penalmente por la infracción del deber especial positivo de preservar la vida del menor, dentro del cual se encuentra también la competencia organizativa por la realización de la conducta. La situación será distinta cuando se trata de institucionales sociales débiles, como la solidaridad, pues en estos casos la competencia por organización abarca, más bien, a la competencia institucional.

A la opinión sostenida de que una competencia puede llevar consigo a la otra en la determinación de la responsabilidad penal, se le ha hecho algunos cuestionamientos. Posiblemente el más incisivo es aquel que señala que esta formulación podría llevar, en el caso de colisión de deberes, a que el derecho ordene la realización de una conducta injusta o construya el injusto en una conducta que preserva un bien jurídico. Por ejemplo, si el instructor de natación se percató que uno de sus alumnos y su esposa se están ahogando en el mismo momento, la preferencia de la competencia institucional llevaría a aceptar que el derecho tendría un mensaje prescriptivo que reza: «debes dejar morir a tu alumno de natación». Del mismo modo, si la madre del nadador inexperto induce al esposo a salvar a la esposa, terminaría respondiendo penalmente por la muerte de su hijo, a pesar que su conducta procuró la salvación de un bien jurídico.

La respuesta al planteamiento crítico acabado de esbozar debe partir de la idea de que el comportamiento de una persona puede producir diversas consecuencias, unas positivas y otras negativas. Si el derecho ordena realizar una conducta por sus consecuencias positivas, no podrá alegarse que el derecho está ordenando la realización de la conducta también por sus efectos negativos. Sostener lo contrario llevaría a aceptar que la norma secundaria que le ordena al juez imponer al autor de un delito una pena privativa de libertad, le ordenaría al juez también a que deje sin alimentos a la familia a la que el delincuente daba sustento. Del mismo modo, si el derecho ordena salvar a una persona y el obligado se pone en ese momento a hacer una donación multimillonaria a los niños pobres, esta acción loable no convierte en positiva el incumplimiento del deber de auxilio. En consecuencia, asumir que las competencias que se sustentan en instituciones sociales elementales sean preferentes a la competencia general por organización no lleva a prescripciones paradójicas, sino que requiere una correcta comprensión del criterio de valoración de las conductas.

III. DESARROLLO DOGMÁTICO DE LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

1. Participación en los delitos especiales de dominio

En el caso de los delitos especiales de dominio, hay que tener en cuenta que la imputación penal se sustenta en una competencia por organización originada por la infracción del deber negativo de no afectar a otro. En la medida en que este deber negativo es un deber general, el injusto penal derivado de su infracción podrá ser realizado por cualquier ciudadano. Desde esta perspectiva, tanto el autor como el partícipe de un delito infringen el deber general negativo de todo ciudadano, aunque con una menor intensidad en el caso del partícipe por haber tenido un dominio del riesgo prohibido cuantitativamente menor¹⁷. El delito de dominio constituye un hecho común único¹⁸, en el que cada interviniente ha realizado un aporte de carácter organizativo que lo hace penalmente competente.

Las ideas precedentes permiten llegar a la conclusión de que la pena para los partícipes en un delito especial de dominio debe determinarse con base en el marco penal previsto en el delito especial, pues si bien este tipo penal delimita el círculo de posibles autores, el injusto penal se sustenta materialmente en las competencias por organización que son comunes a todos los intervinientes¹⁹. En

17 Así, Jakobs 2004: 238 ss.; García Caveró 2008: 583.

18 Sobre el delito como una obra común de los intervinientes, Jakobs 2004: 223 ss.; Robles Planas 2003: 157, 165.

19 En este sentido, García Caveró 2008: 600.

consecuencia, la utilización de la teoría de la unidad del título de imputación resulta completamente fundada cuando se trata de castigar a los partícipes *extranei* en un delito especial de dominio. Ya será en función del dominio cuantitativo que el partícipe tiene respecto del hecho delictivo que se podrá individualizar la pena dentro del marco penal abstracto del delito especial²⁰.

2. Participación en los delitos especiales de infracción de un deber

En el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas al de los delitos de dominio, es decir, no se seguiría la teoría de la unidad del título de imputación. La razón de este cambio de criterio radica en que la infracción de la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede ser realizada por los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden infringir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber²¹. En consecuencia, al que ayuda al obligado institucional a cometer el delito especial de infracción de un deber no podrá sancionársele con base en el marco penal establecido en este delito especial.

A la solución propuesta se le ha hecho diversas críticas, siendo quizá la más relevante, como ya se dijo, la impunidad en la que quedarían los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial de infracción de un deber por parte del obligado institucional. Esta crítica es, sin embargo, relativa. En primer lugar, la conducta del partícipe *extraneus* podrá, en el caso de los delitos especiales impropios, enmarcarse en un delito común de dominio, de manera tal que podrá recibir una pena con base en el marco penal del delito común. Pero lo que no puede admitirse, es que las circunstancias o cualidades que afecten la responsabilidad penal del autor se amplíen a los partícipes *extranei* que no tienen una relación institucional.

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, la incomunicabilidad de una agravante (artículo 26 del Código Penal) no se determina por su ubicación en la estructura del delito, sino por su naturaleza estrictamente personal²². En el caso de delitos de infracción de un deber formalmente configurados como delitos especiales impropios, es decir, aquellos casos en los que se establece como criterio de agravación de la penalidad la infracción de un deber institucional, tiene lugar

20 Sobre la diferencia entre autoría y participación como un problema de medición de la pena, Jakobs 2004: 235 ss.

21 En este sentido, García Caverio 2008: 601.

22 García Caverio 2008: 704.

precisamente una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Así es el caso, por ejemplo, de la agravación que se hace del delito de violación de domicilio cuando lo hace un funcionario público en el ejercicio de su cargo (allanamiento ilegal)²³. El funcionario público será autor del delito de allanamiento ilegal, pero el particular que lo auxilia habrá realizado un acto de complicidad en el delito común de violación de domicilio, pues el funcionario público ha infringido, además del deber positivo especial (competencia institucional), el deber negativo de todo ciudadano de no lesionar a otro en la organización de su propia esfera (competencia por organización).

La incomunicabilidad de la calidad de titular de un deber institucional se fundamenta en el hecho de que si este deber se comunicase a otros partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en los delitos de infracción de un deber no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber positivo de preservación de un bien jurídico²⁴. Por esta razón, queda claro que la responsabilidad penal de los que han participado en el hecho delictivo y no tienen la calidad de obligado institucional no podrá verse afectada por la agravante prevista, sino que su responsabilidad penal se determinará a partir del delito común de dominio que constituye la base de la agravación.

En caso que el delito de infracción de un deber sea un delito especial propio, el vacío de punibilidad se presentará más evidente. Sin embargo, si se considera necesario castigar a quien auxilia a un vinculado institucional a infringir su propio deber especial positivo, habrá que tipificar expresamente la aportación especial de un *extraneus* a la materialización de un delito de infracción de un deber mediante un tipo penal específico. Así se opera, por ejemplo, cuando se tipifica el delito de cohecho activo que, siguiendo la lógica de la unidad del título de imputación, no tendría que ser específicamente sancionado, en tanto el agente corruptor es ya

23 Hay que precisar que no todo delito especial impropio que se agrava por la calidad de funcionario público del autor es un delito de infracción de un deber (Sánchez Vera 2002: 233; como delito de infracción de un deber impropio), sino que puede ser que esa agravación siga estando en el ámbito del dominio, siendo que la cualificación tiene lugar por la mayor fidelidad al derecho que se espera del funcionario. Por ejemplo, la agravación del delito de secuestro por la calidad de funcionario público del autor es un delito de dominio cualificado si el delito ha sido cometido por un funcionario público al margen de su actuación funcional. El fundamento de la agravación en este caso es el mayor reproche que cabe hacer a un funcionario público en razón de lo que se espera de él. Pero lo que queda claro es que su responsabilidad penal sigue siendo por la infracción de competencias por organización que le corresponde como ciudadano. Por el contrario, si el funcionario público priva de la libertad a otro en el ejercicio de sus funciones públicas, entonces sí se tratará de un delito de infracción de un deber.

24 Sánchez Vera 2002: 39.

un cooperador necesario del delito de cohecho pasivo. Si el legislador ha previsto un tipo penal específico de cohecho activo, resulta razonable partir de la idea de que el tipo penal de cohecho pasivo (propio o impropio) es insuficiente para fundamentar un castigo del agente corruptor, de manera que se requiere una tipificación específica que sancione la intervención del particular.

IV. CUESTIONES ESPECIALES

1. Castigo de la inducción o instigación

Conforme al artículo 24 del Código Penal se castiga como inductor al que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible. Si se sigue la sistemática del Código Penal, la inducción constituye una forma de participación junto con la complicidad, por lo que todas las consideraciones que se han hecho precedentemente sobre la pena de los partícipes en delitos especiales deberían serle igualmente aplicables al inductor. Sin embargo, a mi entender, la inducción no constituye, en sentido estricto, una forma de intervención en un injusto único, sino la realización de un injusto autónomo²⁵.

La negación de la inducción como forma de participación se sustenta en el hecho de que la conducta de determinar a otro a cometer un delito precede a la decisión de cometerlo. En consecuencia, no puede hablarse de una participación en algo que todavía no ha sido ni siquiera ideado por el autor. A diferencia de los cómplices, a los que puede atribuírseles sin mayor problema el hecho delictivo como un hecho propio, no parece correcto hacer lo mismo con el inductor. El hecho realizado por el inductor no forma parte del delito inducido, de manera que si se considera que debe ser igualmente merecedor de una sanción penal, tendrá que criminalizarse sobre la base de la idea de que se trata de un injusto distinto. La realización del delito inducido, cuando menos en su grado de ejecución, se constituiría, en todo caso, en una condición objetiva de punibilidad de la conducta del inductor.

Con base en las consideraciones procedentes, el inductor puede ser hecho penalmente responsable por determinar a otro a cometer un delito, sea este delito común o especial, sea especial de dominio o especial de infracción de un deber. La pena tendría que determinarse en la propia disposición que regula la inducción. Sin embargo, el legislador ha tomado la decisión de establecer como marco penal abstracto del inductor el mismo que el previsto para el autor, lo que evidentemente puede llevar a ciertos excesos. Será el juez penal el encargado de llevar a

25 En este sentido, García Caverro 2008: 587 ss.

cabo una individualización de la pena que ajuste la sanción penal a la gravedad del hecho del inductor.

2. Delitos de infracción de deber con elementos de dominio

Frente a la dicotomía de los delitos de dominio/delitos de infracción de un deber, Silva Sánchez ha esbozado las líneas generales de una forma intermedia entre estos delitos: Los llamados delitos de infracción de deber con elementos de dominio²⁶. En estos delitos existe un elemento de dominio u organización trascendente a la pura vinculación institucional. Se trataría de un delito de infracción de un deber, pero en los que es posible una organización conjunta. Desde estos presupuestos, una participación del *extraneus* en un delito especial de infracción de un deber podría aceptarse respecto del componente organizativo, a diferencia de los delitos de pura infracción de un deber, en donde, como ya se dijo, la actuación de un partícipe en términos de organización solamente podría castigarse con una tipificación expresa de dicha actuación.

La propuesta dogmática de unos delitos de infracción de un deber con elementos de dominio permitiría fundamentar no solo la posibilidad de un castigo al partícipe *extraneus* mediante una cláusula general para el castigo de la participación en estos delitos de infracción de un deber, sino, sobre todo, la posibilidad de una atenuación cualificada de la pena. Esta solución resulta por lo demás completamente conciliable, en términos del derecho positivo español en el que se contempla una atenuante (cualificada) para los partícipes que no reúnen un elemento especial personalísimo.

V. CONCLUSIÓN

La disputa entre la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación, en relación con la cuestión de la pena a imponer al partícipe *extraneus* de un delito especial, debe solucionarse en función de las estructuras de imputación penal que informan el delito especial. Si el delito especial es un delito de dominio deberá seguirse lo establecido por la teoría de la unidad del título de imputación, mientras que si el delito especial es un delito de infracción de un deber, habrá que seguir lo dispuesto por la teoría de la ruptura del título de imputación. Esta solución requiere, sin embargo, una doble matización. En el caso de la inducción, es posible castigar la conducta de determinar a otro a cometer un delito, tanto si el delito es de dominio como si es de infracción

26 Vid., con mayores detalles, Silva Sánchez 2005: 69.

de un deber, pues la inducción tiene una estructura autónoma al injusto de los autores y los cómplices. Por otro lado, si es que se admite la existencia de delitos de infracción de un deber con elementos de dominio, entonces respecto de este componente organizativo es posible una participación del *extraneus* en el delito especial, aunque la pena a imponerle deberá necesariamente atenuarse de manera relevante.

**UNIDAD I: ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

- 3) Muñoz Conde, Francisco. "Derecho penal parte especial", decimosexta edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia-2007, p. 949,**

delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional» que contiene un solo artículo, el art. 471 bis, cuyo contenido es el siguiente:

- «1. El testigo que, intencionadamente, faltare a la verdad en su testimonio ante la Corte Penal Internacional, estando obligado a decir verdad conforme a las normas estatutarias y reglas de procedimiento y prueba de dicha Corte, será castigado con prisión de seis meses a dos años. Si el falso testimonio se diera en contra del acusado, la pena será de prisión de dos a cuatro años. Si a consecuencia del testimonio se dictara un fallo condenatorio, se impondrá pena de prisión de cuatro a cinco años.
2. El que presentare pruebas ante la Corte Penal Internacional a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas será castigado con las penas señaladas en el apartado anterior de este artículo.
3. El que intencionadamente destruya o altere pruebas, o interfiera en las diligencias de prueba ante la Corte Penal Internacional será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de siete a 12 meses.
4. El que corrompiera a un testigo, obstruyera su comparecencia o testimonio ante la Corte Penal Internacional o interfiriera en ellos será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses.
5. Será castigado con prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses quien pusiera trabas a un funcionario de la Corte, lo corrompiera o intimidara, para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida.
6. El que tomara represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses. En la misma pena incurrirá quien tome represalias contra un testigo por su declaración ante la Corte.
7. El que solicitara o aceptara un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales incurrirá en la pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al triple del valor de la dádiva solicitada o aceptada».

En el precepto se recogen, como se ve, diversas modalidades de conductas constitutivas de distintos tipos delictivos contra la Administración de Justicia ya previstos, aunque con otra técnica legislativa, en anteriores Capítulos del Título XX, como el falso testimonio, la destrucción o alteración de pruebas, la presión, el soborno o las represalias contra testigos y funcionarios de la Corte, por lo que nos remitimos al análisis que se ha realizado de estos delitos en este capítulo y en el anterior (sobre otras modificaciones del Código penal realizadas para adaptar el Código penal al Estatuto de Roma, cfr. *supra* capítulo XXXII).

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO XLI

Prevaricación y otros comportamientos injustos.

Infidelidad en la custodia de documentos.

Violación de secretos y uso indebido de información privilegiada. Desobediencia y denegación de auxilio. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir determinados delitos. Ataques a la libertad sexual

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona 1987; ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal del trabajo*, Barcelona 1989; BACIGALUPO ZAPATER, *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, DJ 1983 (también en *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Madrid 1991); BAYLOS/ TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, Madrid 1990; BELLO LANDROVE, *Los elementos de injusticia y manifiesta injusticia en el delito de prevaricación en el Código penal español*, RGLJ 1977; CASABÓ RUIZ, *Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos*, Escritos Penales, Valencia 1979; COBO DEL ROSAL, *Examen crítico del párrafo tercero del art. 119 del Código penal español*, RGLJ 1962; CORTÉS BECHIARELLI, *Formas de prevaricación y delito de coacciones*, CPC 1995; FELIP I SABORIT, *Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación*, ADP 1993; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, CPC 1978; el mismo, *Determinados abusos en el ejercicio de la función pública*, ADP 1981; GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación del funcionario público*, Valencia 1994; el mismo, *Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual*, en *Delitos de los funcionarios públicos*, CDJ 1994; MANZANARES SAMANIEGO, *Independencia y responsabilidad de los jueces*, AP 1993; MAQUEDA ABREU, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1986. «El caso Ballesteros»*, PJ 1986; MARTÍNEZ PÉREZ, *Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación del funcionario (A propósito de la sentencia del TS sobre el «caso Barreiro»)*, ADP 1991; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, *En torno al delito de prevaricación. Especial referencia a los artículos 360 y 361 del Código penal*, AP 1990; MESTRE DELGADO, *Responsabilidad penal de alcaldes y concejales*, en *Tratado de Derecho municipal*, Madrid 1988; MIR PUIG, *Nombramientos ilegales*, NEJ XVI, 1982; MORALES GARCÍA, *Secretos oficiales y conflicto de competencias. Breves reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, de 14 de diciembre de*

1995, CJ 1996; MORALES PRATS, *Garantías penales y secreto sumarial*, La Ley 1985; MUÑOZ CONDE, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*, Apéndice a la 8ª ed. de Derecho Penal, Parte Especial, Valencia 1991; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid 1980; ORTS BERENGUER, *Limitaciones a la libertad sexual*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; el mismo, *Revelación y uso indebido de secretos e informaciones*, en Delitos de los funcionarios públicos, CDJ 1994; QUINTERO OLIVARES, *El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*, CPC 1980; el mismo, *La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio*, PJ núm. especial VIII, 1989; REBOLLO VARGAS, *Los límites del secreto de Estado. Sentencia del Tribunal de Conflictos jurisdiccionales, de 14 de diciembre de 1995*, CJ 1996; RODRÍGUEZ DEVESA, *La obediencia debida en el Derecho penal militar*, REDM 1957; ROLDÁN BARBERO, *De la prevaricación administrativa*, RDPC 1993 (también en La Ley 1994); el mismo, *Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos*, La Ley 1994; VARIOS, *Delitos de los funcionarios públicos*, CDJ 1994.

Sobre el Código penal de 1995: ALONSO PÉREZ, *Apertura de paquetes postales en la investigación de delitos de tráfico ilegal de drogas*, La Ley 1997; el mismo, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal: legislación, comentarios y jurisprudencia*, Madrid 2000; BENLLOCH PETIT, *El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario*, RPJ 1998; BONE PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, AP 1996; CASTRO MORENO/ OTERO GONZÁLEZ, *El abuso de información privilegiada en la función pública*, Valencia 2006; CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Barcelona 1999; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, *La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona 1997; DE LA MATA BARRANCO, *Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; FÁBRAGA RUIZ, *Secreto de las comunicaciones y proceso penal*, La Ley 1997; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas*, La Ley 1997; GARCÍA ARÁN, *¿Hasta donde la protección penal de lo público?*, CDJ 1998; GONZÁLEZ CUSSAC, *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: La prevaricación*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; el mismo, *El delito de prevaricación del funcionario público*, 2ª ed., Valencia 1997; JUANES PECES, *Delitos de funcionarios públicos*, La Ley 1998; LLABRÉS FUSTER/ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La responsabilidad penal del miembro del jurado*, Barcelona 1998; MAQUEDA ABREU, *La desobediencia de los funcionarios públicos*, Sevilla 1998; MARTÍN CANIVELL, *Prevaricación*, La Ley 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *De nuevo sobre el delito de prevaricación en el «caso Barreiro»*, ADP 1995; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; MESTRE DELGADO/ MAR-

TÍNEZ GALINDO, *Responsabilidad penal de alcaldes y concejales*, en Tratado de Derecho municipal, Madrid 2003; MIR PUIG, *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; MORALES GARCÍA, *Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio. (A propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo)*, AP 1996; MUÑOZ CONDE, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal: especial consideración de la prevaricación y del concepto de funcionario público a efectos penales*, en Varios, Sevilla 1997; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal*, La Ley 1996; el mismo, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, en Varios, Sevilla 1997; OLAIZOLA NOGALES, *Concepto de funcionario público a efectos penales*, en Asúa Batarrita (edit.), *Delitos contra la administración pública*, Bilbao 1997; el mismo, *El delito de cohecho*, Valencia 1999; ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ 1996; OTERO GONZÁLEZ, *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Madrid 1999; el mismo, *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales: (violación de secretos por funcionarios)*, Valencia 2000; PORTERO GARCÍA, *El delito de prevaricación de funcionarios públicos*, La Ley 2000; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona 1996; el mismo, *La omisión de promover la persecución del delito. El art. 408 del Código penal*, RDPP 1999; el mismo, *Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, del L. II del Código penal español (Delitos contra la Administración pública)*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; ROLDÁN BARBERO, *El delito de desobediencia funcional*, La Ley 1996; el mismo, *La infidelidad en la custodia de documentos*, La Ley 1996; RUBIO LARA, *Denegación de auxilio por funcionario público: (código penal, art. 412, párrafo tercero)*, Madrid 2006; RUEDA MARTÍN, *Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública*, RDPC 2001; TORRES FERNÁNDEZ, *La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo*, La Ley 2001; VALEIJE PÉREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC 1997; VARIOS, *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, CDJ 1996; VARIOS, *Corrupción y Estado de Derecho, el papel de la jurisdicción*, Andrés Ibáñez (edit.), Madrid 1996; VARIOS, *Delitos contra la Administración pública*, Asúa Batarrita (coord.), Bilbao 1997; VARIOS, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Muñoz Conde (edit.), Sevilla 1997; VARIOS, *Delitos contra la Administración pública*, Revista Aragonesa de Administración Pública 1997; VARIOS, *Tratamiento jurídico-penal de la corrupción política y administrativa*, RP 1999; VÁZQUEZ PORTOMEÑE-SEIJAS, *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos «del cargo»)*, EPC 2000.

Siguiendo los precedentes de los Proyectos de Código penal (véase al respecto MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 832 ss.), el Código penal de 1995 recoge la mayoría de los delitos que anteriormente se tipificaban en su Título VII bajo la rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en el Título XIX bajo la rúbrica de «Delitos contra la Administración pública».

La cualidad de funcionario público (o de autoridad) no debería tener, en principio, transcendencia como tal en la calificación típica de los hechos punibles, pudiendo operar, todo lo más, como circunstancia agravante en aquellos casos en que se den los presupuestos del número 7 del art. 22 (prevalimiento del carácter público). Pero en relación con algunos delitos, el Código penal exige esa cualidad como elemento configurador del tipo. La mayoría de estos delitos, en los que la cualidad de funcionario es elemento típico, se recogen en el Título XIX. Originariamente se pretendió incluir en un solo Título prácticamente todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Código de 1822), pero la posterior evolución codificadora a partir del Código penal de 1870 ha ido segregando una gran parte de estos delitos a otros lugares del Código, agrupándolos en función del bien jurídico protegido. Así sucede, por ejemplo, con los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (Capítulo V del Título XXI), o actualmente con el delito de prevaricación judicial tipificado en el Título XX como delito contra la Administración de Justicia. No todos los delitos que puedan cometer los funcionarios públicos (o autoridades) en relación con el ejercicio de sus cargos son, por tanto, reconducibles a un denominador común. Incluso respecto a los delitos recogidos ahora en el Título XIX se hace difícil encontrar un *bien jurídico* común a todos ellos, que sólo puede hallarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración pública en general, conceptos poco indicativos, en realidad, de la naturaleza de estos delitos.

En relación con la regulación anterior, OCTAVIO DE TOLEDO, (1980, pp. 239 ss.) consideraba que la concepción del «deber del cargo» como bien jurídico en los «delitos de funcionarios» traduce una visión totalitaria de la actividad administrativa, inclinándose por indagar en cada tipo delictivo el aspecto o cualidad del *ejercicio de la función pública* cuestionada por la conducta del funcionario. Lo mismo puede decirse ahora con la actual regulación. En realidad, la Administración pública de la que se habla en la rúbrica de todo el Título XIX no es más que el

marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, pero luego hay que identificar en cada caso el aspecto de la Administración que en cada uno de ellos se cuestiona. Este marco genérico que representa la Administración pública es el que se ofrece en el art. 103 de la Constitución: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Fuera de este concepto quedan, en todo caso, los delitos contra la Administración de Justicia, que se tipifican en el Título XX y que afectan a un marco más específico con autonomía propia como es la Administración de Justicia, más emparentado con otro de los Poderes del Estado, el Poder Judicial, que es el encargado de administrar Justicia (cfr. art. 117,1 CE; sobre estos delitos, véase *supra* capítulos XXXIX y XL).

Pero la Administración pública tampoco se protege de una manera omnicompreensiva, sino en manifestaciones concretas de la misma, y a veces ni siquiera eso, sino que simplemente constituye un marco de referencia en el que se realizan algunas de las modalidades delictivas que se mencionan en este Título, que sólo indirectamente tienen que ver con el ámbito específico de actuación de la misma (en este sentido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, pp. 370 ss.).

Desde el punto de vista sociológico muchos de estos delitos están relacionados con la «corrupción política y administrativa», que como tal va más allá de los delitos que se tipifican en este Título y forman una compleja fenomenología en la que se incluyen también delitos económicos, falsedades documentales, contra la ordenación del territorio, medio ambiente, narcotráfico, blanqueo de bienes, etc., cuyo denominador común con los delitos contra la Administración pública es que muchas veces son delitos cometidos desde el poder, o favorecidos desde las posiciones de poder y autoridad que confiere el ejercicio de las funciones públicas, y que a través de la organización de la complicidad en redes de poder se convierte en una de las manifestaciones más preocupantes de la criminalidad organizada (sobre la corrupción, véanse CUGAT MAURI, pp. 31 ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, en VARIOS, Madrid 1996).

Concepto de funcionario público y problemas relacionados con él

a) Un problema común a la interpretación de la mayoría de estos delitos es el *concepto de autoridad y de funcionario público*. Punto de partida es la definición que da el art. 24:

Siguiendo los precedentes de los Proyectos de Código penal (véase al respecto MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 832 ss.), el Código penal de 1995 recoge la mayoría de los delitos que anteriormente se tipificaban en su Título VII bajo la rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en el Título XIX bajo la rúbrica de «Delitos contra la Administración pública».

La cualidad de funcionario público (o de autoridad) no debería tener, en principio, trascendencia como tal en la calificación típica de los hechos punibles, pudiendo operar, todo lo más, como circunstancia agravante en aquellos casos en que se den los presupuestos del número 7 del art. 22 (prevalimiento del carácter público). Pero en relación con algunos delitos, el Código penal exige esa cualidad como elemento configurador del tipo. La mayoría de estos delitos, en los que la cualidad de funcionario es elemento típico, se recogen en el Título XIX. Originariamente se pretendió incluir en un solo Título prácticamente todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Código de 1822), pero la posterior evolución codificadora a partir del Código penal de 1870 ha ido segregando una gran parte de estos delitos a otros lugares del Código, agrupándolos en función del bien jurídico protegido. Así sucede, por ejemplo, con los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (Capítulo V del Título XXI), o actualmente con el delito de prevaricación judicial tipificado en el Título XX como delito contra la Administración de Justicia. No todos los delitos que puedan cometer los funcionarios públicos (o autoridades) en relación con el ejercicio de sus cargos son, por tanto, reconducibles a un denominador común. Incluso respecto a los delitos recogidos ahora en el Título XIX se hace difícil encontrar un *bien jurídico* común a todos ellos, que sólo puede hallarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración pública en general, conceptos poco indicativos, en realidad, de la naturaleza de estos delitos.

En relación con la regulación anterior, OCTAVIO DE TOLEDO, (1980, pp. 239 ss.) consideraba que la concepción del «deber del cargo» como bien jurídico en los «delitos de funcionarios» traduce una visión totalitaria de la actividad administrativa, inclinándose por indagar en *cada tipo delictivo* el aspecto o cualidad del *ejercicio de la función pública* cuestionada por la conducta del funcionario. Lo mismo puede decirse ahora con la actual regulación. En realidad, la Administración pública de la que se habla en la rúbrica de todo el Título XIX no es más que el

marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, pero luego hay que identificar en cada caso el aspecto de la Administración que en cada uno de ellos se cuestiona. Este marco genérico que representa la Administración pública es el que se ofrece en el art. 103 de la Constitución: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Fuera de este concepto quedan, en todo caso, los delitos contra la Administración de Justicia, que se tipifican en el Título XX y que afectan a un marco más específico con autonomía propia como es la Administración de Justicia, más emparentado con otro de los Poderes del Estado, el Poder Judicial, que es el encargado de administrar Justicia (cfr. art. 117,1 CE; sobre estos delitos, véase *supra* capítulos XXXIX y XL).

Pero la Administración pública tampoco se protege de una manera omnicompreensiva, sino en manifestaciones concretas de la misma, y a veces ni siquiera eso, sino que simplemente constituye un marco de referencia en el que se realizan algunas de las modalidades delictivas que se mencionan en este Título, que sólo indirectamente tienen que ver con el ámbito específico de actuación de la misma (en este sentido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, pp. 370 ss.).

Desde el punto de vista sociológico muchos de estos delitos están relacionados con la «corrupción política y administrativa», que como tal va más allá de los delitos que se tipifican en este Título y forman una compleja fenomenología en la que se incluyen también delitos económicos, falsedades documentales, contra la ordenación del territorio, medio ambiente, narcotráfico, blanqueo de bienes, etc., cuyo denominador común con los delitos contra la Administración pública es que muchas veces son delitos cometidos desde el poder, o favorecidos desde las posiciones de poder y autoridad que confiere el ejercicio de las funciones públicas, y que a través de la organización de la complicidad en redes de poder se convierte en una de las manifestaciones más preocupantes de la criminalidad organizada (sobre la corrupción, véanse CUGAT MAURI, pp. 31 ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, en VARIOS, Madrid 1996).

Concepto de funcionario público y problemas relacionados con él

a) Un problema común a la interpretación de la mayoría de estos delitos es el *concepto de autoridad y de funcionario público*. Punto de partida es la definición que da el art. 24:

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

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

El concepto de *funcionario público* que da el art. 24,2 se caracteriza por las siguientes notas:

1º) En primer lugar, para que pueda hablarse de funcionario público a efectos penales tiene que haberse dado una incorporación de la persona en cuestión a la actividad pública, por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, aunque estas tres fuentes de la incorporación pueden reducirse a una: a la disposición de la ley, por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una ley que las determine. Quien realice funciones públicas careciendo de este requisito no es funcionario a efectos penales. Así, por ejemplo, el particular que auxilia a un funcionario agredido o que ejerce arbitrariamente funciones públicas no es funcionario.

No obstante, en algún caso el Código penal atribuye la cualidad de funcionario a efectos penales al particular que realiza determinadas funciones, como por ejemplo, a los efectos del delito de malversación de caudales públicos, al particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos (art. 435,2); o a los del delito de violación de secretos, al particular encargado accidentalmente del despacho o custodia de documentos (art. 416), bastando, pues, esta atribución para asignarle dicha cualidad, siempre que obviamente se dé esa incorporación a la actividad pública en cuestión (en este caso la custodia de caudales o efectos públicos, o de los documentos). Obsérvese, sin embargo, que otras veces se castiga al particular por haber atentado contra la integridad de la función pública, como sucede por ejemplo en los delitos relativos al tráfico de influencias (art. 429), o en algunos casos de cohecho (arts. 423 y 424), sin que esté incorporado a la función pública; en realidad estos delitos no son delitos cometidos por funcionarios públicos, pero sí delitos contra la Administración pública, que lógicamente no requieren la incorporación del sujeto a la actividad pública, aunque su conducta pretenda conculcar el recto funcionamiento de la misma.

Cuestión distinta es la del *funcionario de hecho*, entendiéndose por tal quien, habiendo sido nombrado o elegido legalmente, no reúne las condiciones necesarias para ello (no tiene el título de Licenciado en Derecho, los requisitos legales exigidos en la convocatoria, etc.). En este caso el así nombrado o elegido es funcionario público a efectos penales y puede, en consecuencia, cometer los delitos en los que se exija esa cualidad en tanto no se ponga término a la anómala situación, sin perjuicio de las sanciones en que incurriere quien lo nombre o él mismo. Otra cosa sucede cuando el sujeto sin título se atribuye a sí mismo la función pública (se hace pasar por policía y cobra una multa), ya que en este caso lo que hay es un delito de usurpación de funciones. Cuando el nombramiento es ilegal y el particular acepta ese nombramiento a sabiendas de su ilegalidad, el art. 406 prevé un delito específico del que nos ocuparemos más adelante (cfr. OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 167).

2º) En segundo lugar, es necesario que el sujeto en cuestión participe en las funciones públicas. La complejidad de la actividad administrativa y su injerencia en el ámbito privado hace difícil conceptuar a veces lo que se entiende por función pública. Función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales. Funciones públicas son las actividades económicas centrales, autonómicas, provinciales y locales, las sanitarias, comunicaciones, enseñanza, etc. Pero en ningún caso es suficiente con que se participe en la función pública, es preciso que se haga por alguno de los títulos expresados en el art. 24. De todos modos, no hay inconveniente en considerar que a efectos penales también es funcionario público (o autoridad) quien participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de Derecho privado, pero participada por la Administración, y el personal contratado, laboral etc., siempre que participe del ejercicio de la función pública (en este sentido VALEJJE PÉREZ, pp. 467 ss.).

Pero la definición que da el art. 24, con ser tan laxa, no es, sin embargo, lo suficientemente amplia como para servir de denominador común a todos los tipos delictivos contenidos en el Título XIX. Como hemos dicho, en este Título se hacen extensivas responsabilidades penales a sujetos que en ningún modo pueden considerarse funcionarios a efectos penales. Así, por ejemplo, el art. 422 hace extensivas las penas del cohecho a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública; el art. 435,3, las de la malversación a los depositarios o administradores de caudales embargados; el art. 416, las de la infidelidad en la custodia de documentos a los particulares encargados accidentalmente de su despacho o custodia, etc. Por eso, el concepto de funcionario público, o, en su caso, el de au-

toridad, es ante todo un *concepto funcional* que debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo en concreto, teniendo en cuenta para ello la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto; y luego, en algún tipo delictivo en particular, habrá que ver también las razones por las que se equiparan a ellos determinados particulares a los efectos de determinar el círculo de los posibles sujetos activos del delito en cuestión (en este sentido, véase VALEJE PÉREZ, pp. 479 ss.).

La mayoría de los delitos tipificados en el Título XIX son también realizables por la *autoridad* a que se refiere el art. 24,1. En realidad, no es apenas concebible una autoridad que no participe del ejercicio de funciones públicas, como tampoco es imaginable un funcionario que no tenga una cierta potestad de imperio, por lo que los requisitos antes señalados son también de aplicación aquí. Las notas características del concepto de autoridad son el tener *mando* o ejercer *jurisdicción* propia. El mando implica una actividad autoritaria. La jurisdicción, la capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos. Los *agentes de la autoridad* no ostentan estas cualidades, pero en tanto participen en las funciones públicas y estén incorporados a ellas en virtud de los títulos antes citados pueden tener la cualidad de funcionarios públicos. Si tienen, en cambio, categoría de autoridad los jueces y tribunales y los miembros del Jurado, una vez que han sido seleccionados y han jurado el cargo, hasta que termine el juicio; los Jurados suplentes, en cambio, tienen todo lo más la de funcionario público (así LLABRÉS/ TOMÁS-VALIENTE, pp. 30 ss.). También los miembros de una mesa electoral gozan de la misma cualidad.

b) Estrechamente relacionado con el concepto de funcionario o autoridad está el *problema de la participación del no funcionario (o no autoridad)* en los delitos cometidos por estas personas en el ejercicio de sus cargos. Estos delitos pertenecen al grupo de los *delitos especiales*, por cuanto exigen en los sujetos activos determinadas cualidades personales. La doctrina suele distinguir entre delitos especiales *impropios* y *propios*, según el tipo tenga correspondencia con uno común (por ej., malversación/ apropiación indebida) o no (prevaricación). En los impropios resuelve la cuestión de la participación de extraños aplicando el art. 65,1, de forma que el funcionario respondería por el delito especial y el extraño por el común, independientemente de cuál haya sido su contribución al hecho concreto. En los propios sólo se excluyen la coautoría y la autoría mediata del extraño, pero no la hipótesis de participación *stricto sensu* (inducción y cooperación necesaria o no). Creo que la solución respecto a los impropios debe ser también la regla general de la accesoriedad de la participación y la unidad de título de imputación: el partícipe (inductor o cooperador) debe responder, por tanto, del delito cometido por el autor, ya que los delitos especiales

impropios de los funcionarios no son meras cualificaciones de tipos básicos comunes (el hurto o la apropiación indebida respecto a la malversación), sino delitos autónomos y distintos. El criterio de la «infracción del deber», según el cual el funcionario es siempre autor en estos delitos cualquiera que haya sido su contribución material al hecho, debe rechazarse por cuanto ni el artículo 28, ni los concretos tipos delictivos lo acogen de un modo general, salvo en algunos supuestos específicos. Eso quiere decir que sólo en aquellos casos en los que se equiparan el hacer activo del funcionario y el simple consentir que el extraño realice la conducta activa puede aceptarse la teoría de los «delitos consistentes en la infracción de un deber», como, por ejemplo, sucede cuando el funcionario o autoridad consiente en la destrucción o inutilización de los medios puestos para impedir el acceso a un documento del que tenga su custodia (art. 414,1), o permite el acceso a documentos secretos (art. 415; en relación con los secretos relativos a la defensa nacional, el art. 601 castiga incluso al encargado de la custodia de esos secretos que «por imprudencia grave» diere lugar a que otro los conociera); o en la malversación de caudales públicos, cuando el funcionario consiente que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos (art. 432). Respecto a la intervención del particular en estos delitos, muchas veces el problema se ha resuelto expresamente elevando a la categoría de delito independiente contra la Administración pública la conducta del particular: así, por ejemplo, en el art. 418 se castiga al particular que se aprovecha de la información privilegiada suministrada por el funcionario o autoridad; en el art. 423, al que intenta corromper a las autoridades o funcionarios públicos; y en el art. 429, al que influyere en un funcionario o autoridad. Pero cuando no es así, deben aplicarse las reglas generales de la participación, respondiendo también el particular por el delito especial, aunque, como dispone el apartado 3 del art. 65, añadido en la reforma de 25 de noviembre de 2003, «cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate» (en este sentido ya se había pronunciado un sector de la doctrina y la jurisprudencia, véase MUÑOZ CONDE, 14ª ed., p. 933; RUEDA MARTÍN, p. 164; cfr. también SSTs 18 enero-1995 y 24 junio 1995, y el comentario a las mismas de MARÍN DE ESPINOSA, 1996, pp. 22 ss. Sobre este problema en relación con el delito de malversación, véase *infra* capítulo siguiente).

c) En todo caso, debe tenerse en cuenta que respecto al funcionario público la responsabilidad penal en esta materia corre paralela con una *responsabilidad disciplinaria*, dado el carácter de infracción del oficio público que estos delitos tienen. Esta responsabilidad disciplinaria puede ser incluso más grave que la penal, pudiendo llegar en los casos de infracciones muy graves (y la mayoría de los delitos comprendidos en el Título XIX lo son) a la separación definitiva del servicio (Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, arts. 87 y ss.; Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero, etc.). De este modo se infringe el principio *ne bis in idem* y se produce una subversión de valores, poniéndose una vez más en nuestro Ordenamiento la gravedad de la sanción administrativa por encima de la gravedad de la sanción penal. El Tribunal Constitucional en diversas resoluciones (30 enero 1981, 3 octubre 1983) ha establecido una dependencia, en cuanto a los hechos probados, de la sanción disciplinaria respecto a la sanción penal, pero mantiene la posibilidad de ambas sanciones cuando además de un delito la acción del funcionario afecta al servicio público (cfr. art. 42 Cp; véase BENLLOCH PETIT, pp. 303 ss.).

d) Distinta de la responsabilidad penal y de la responsabilidad disciplinaria es la *responsabilidad política*, que suele plantearse con frecuencia cuando se dan casos relacionados con los delitos de los que aquí se trata en los que pueden estar involucradas autoridades políticas. Corresponde al Parlamento el control y la exigencia de responsabilidad política por el mal uso o el abuso y la desviación en el ejercicio del poder político, incluso aunque éste se ejerza sin rozar los límites del Derecho penal. Así, por ejemplo, un personaje político no tiene por qué ser responsable penalmente de hechos de corrupción incluso delictivos que hayan cometido sus parientes, colaboradores o subordinados, utilizando indebidamente su nombre o las facultades en ellos delegadas por el personaje en cuestión. Pero aunque no tenga responsabilidad penal, siempre le queda al político la posibilidad de la dimisión o la rendición de cuentas ante el Parlamento. La responsabilidad penal no exime de la responsabilidad política, como tampoco la política tiene que eximir de la penal. Ambas van por derroteros distintos y no tienen por qué excluirse o impedirse mutuamente. La trascendencia social y política de estos hechos es lo que, de todos modos, explica el que algunos de los delitos aquí tipificados (infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes

y exacciones ilegales y las negociaciones prohibidas a los funcionarios) sean enjuiciables por el *Tribunal del Jurado*, de acuerdo con la Disposición Final 2ª del Código penal.

PREVARICACIÓN Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

El Capítulo I del Título XIX contiene bajo el nombre «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos» una pluralidad de tipos delictivos de difícil reducción a un denominador común. El mismo significado lingüístico de «prevaricación» es excesivamente vago, por cuanto sólo indica un quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas que, en el fondo, se da en todos los delitos de funcionarios públicos. El concepto de prevaricación es aplicable específicamente al delito previsto en el art. 404, mientras que los tipificados en los arts. 405 y 406 vienen referidos a determinados comportamientos en relación con el nombramiento ilegal de alguien para un cargo público o con la aceptación de ese cargo.

A) PREVARICACIÓN DE FUNCIONARIOS

Dice el art. 404: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

Este precepto constituye el tipo básico de otros delitos de prevaricación que se remiten a este art. 404, pero que castigan además con la pena de prisión o la de multa la prevaricación cometida por el funcionario en determinados ámbitos, como, por ejemplo, la ordenación del territorio (art. 320), la conservación del patrimonio histórico (art. 322) y la protección del medio ambiente (art. 329). La redacción de estos preceptos no coincide literalmente con la del art. 404 (por ej., se utiliza en ellos la expresión «contrarias a las normas urbanísticas» o «manifestamente ilegales», mientras que en el art. 404 se emplea la de «resolución arbitraria»), pero, salvo en el marco penal, constituyen el mismo delito, aunque habrá que tener en cuenta las particularidades típicas en cada caso. No sucede lo mismo con la *prevaricación judicial* que, como delito contra la Administración de Justicia, se tipifica en el Título XX con una regulación mucho más amplia.

La «prevaricación administrativa» es tanto en su elaboración teórica (merced a los importantes trabajos de OCTAVIO DE TOLEDO, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, ROLDÁN BARBERO, 1993, GONZÁLEZ CUSSAC y, en lo que se refiere a la prevaricación judicial, de GARCÍA ARÁN), como en su aplicación práctica (a través de importantes SSTs como las de 25 abril 1988, 17 septiembre 1990, 26 febrero 1992 y 5 mayo 1994), un delito elaborado en los últimos años sobre todo a partir de una concepción democrática del poder, en el que éste pasa a ser controlado judicialmente en sus desviaciones y excesos, llegándose incluso a la exigencia de responsabilidad penal cuando en el ejercicio de ese poder se produce una «aplicación torcida» del Derecho, que es, en definitiva, el núcleo de la prevaricación. La desviación de poder y la corrupción política y administrativa no sólo no son consustanciales a la democracia, sino incompatibles con ella y con un control democrático de los actos administrativos. Los principios de igualdad de oportunidades, de participación ciudadana en el control del poder y, sobre todo en lo que a la prevaricación afecta, de imparcialidad y corrección en la actuación administrativa (art. 103 CE) son básicos en el Estado de Derecho. Cuando no sólo no se respetan, sino que además se infringen gravemente es cuando se recurre al medio sancionatorio más contundente de cuantos dispone el Ordenamiento jurídico, el Derecho penal. También aquí el Derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, debiendo reservarse sólo para aquellos casos en los que la actuación administrativa constituye una infracción grave de los principios básicos de la Administración pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que pueda ser corregida con otro tipo de instrumentos jurídicos. Algunas de estas infracciones constituyen tipos delictivos específicos como son la infidelidad en la custodia de documentos, la revelación de secretos, el cohecho, la malversación, etc., que se recogen en este Título XIX que regula los delitos contra la Administración pública; pero para sancionar adecuadamente otras actuaciones administrativas incorrectas igualmente merecedoras de sanción penal se requiere de un delito genérico de prevaricación que, de algún modo, constituye el tipo básico al que reconducir los hechos que no son subsumibles en otros tipos delictivos del Título XIX más específicos. Esta es la función que cumple el art. 404, cuyo estudio vamos a realizar.

Tipo objetivo

La conducta típica consiste en dictar una «resolución arbitraria», es decir, una acción positiva de realización de un acto administrativo, que,

en principio, se estima incompatible con la simple omisión (así, por ej., STS 25 abril 1988; GONZÁLEZ CUSSAC, 1997, p. 81; ROLDÁN BARBERO, 1993, p. 3). Sin embargo, OCTAVIO DE TOLEDO (1980, pp. 49 ss., y 1996, pp. 6 s.) considera que la expresión «dictare» no es incompatible con la posibilidad de la comisión por omisión, que además puede fundamentarse en base al art. 11. Efectivamente, el reconocimiento en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de una cierta eficacia jurídica a los llamados «actos presuntos» posibilita que también por esta vía pueda hablarse de acto administrativo y que, por tanto, éste pueda dar lugar a un delito de prevaricación, siempre que se trate de un «asunto administrativo», es decir, de un asunto en el que se realicen funciones características de la Administración pública, y el sujeto que las realice tenga al menos aparentemente (recuérdese lo dicho *supra* sobre el funcionario de hecho) la cualidad de funcionario o autoridad (véase un resumen del criterio jurisprudencial en GRANADOS, Acuerdos, pp. 166 ss., quien expone el acuerdo de la Junta General del Tribunal Supremo celebrada el 30 de junio de 1997, de la que es expresión la STS 2 julio 1997: alcalde que no convoca el Pleno, favorable a la admisión de la comisión por omisión de este delito).

Mayores dificultades presenta la interpretación de los términos «injusticia» y «arbitraria». En el anterior Código penal sólo se hablaba de «resolución injusta» (cfr. art. 358 del anterior Código penal). OCTAVIO DE TOLEDO (1996, p. 9) critica esta sustitución, porque, a su juicio, la arbitrariedad no es más que una forma de injusticia, a la que no pueden reconducirse todas las demás. Pero la introducción de este término no ha cambiado mucho las posibilidades interpretativas de este delito, por cuanto la arbitrariedad es una forma de injusticia y este concepto sigue constituyendo el núcleo esencial del delito de prevaricación, tanto en el art. 404, como en otros en los que se regulan supuestos específicos de prevaricación (cfr. arts. 320, 322, 329, 446 y 447). En todo caso, tanto el concepto de arbitrariedad como el de injusticia son *objetivos* y, por tanto, no dependen de las convicciones particulares o subjetivas del funcionario. Aunque en un Estado de Derecho injusticia e ilegalidad son términos equivalentes, no debe olvidarse que en la interpretación de la ley hay algo más que la simple literalidad del precepto en cuestión, y que tan decisivo o más que la propia literalidad es la interpretación jurisprudencial y doctrinal del precepto, su correspondencia con la Constitución, el cumplimiento de principios interpretativos básicos, etc. En definitiva, el problema de lo que debe entenderse por injusticia se tras-

lada al ámbito de la interpretación, debiendo entenderse como injusta toda interpretación jurídica que sea difícilmente justificable en el plano teórico. También actuaciones «de facto» en las que, aparentemente, no se conculcan normas jurídicas, pueden constituir una injusticia y, por tanto, prevaricación, por ejemplo el retraso excesivo en la adopción de una resolución, la arbitrariedad (que no es la esencia de la prevaricación, sino una forma de manifestación de la misma), la desviación de poder, la decisión desigual de supuestos iguales (se le da, por ej., la licencia de construcción a unos, pero no a otros que se encuentran en la misma situación; se impone la sanción de tráfico a un conductor que ha cometido una infracción, pero no a otros que también la cometen pero que son amigos del policía). Igualmente puede considerarse injusta la decisión materialmente correcta, pero adoptada sin tener en cuenta las normas procedimentales más elementales (conceder autorización a una empresa de juegos no inscrita, sin previa convocatoria y sin requerir los informes preceptivos, cfr., por ej., STS 17 septiembre 1990: «caso Bañeros», y el comentario crítico a la misma de MARTÍNEZ-BUJÁN, 1995, pp. 15 ss.). En todos estos casos, la posibilidad de recursos administrativos que invaliden la resolución administrativa adoptada no elimina la existencia del delito de prevaricación.

Tipo subjetivo

La exigencia de que la resolución se adopte «a sabiendas de su injusticia» limita la posible exigencia de responsabilidades penales por este delito a los comportamientos injustos más graves y patentes, quedando fuera del art. 404 las resoluciones injustas objetivamente, pero adoptadas por negligencia, imprudencia, error o ignorancia, que pueden dar lugar, sin embargo, a sanciones de tipo disciplinario y a responsabilidad civil.

Concurso

Al constituir el art. 404 el tipo básico de todos los delitos contra la Administración Pública, queda generalmente desplazado por todos aquéllos cuya esencia consiste de algún modo en la realización de un acto injusto (nombramiento ilegal, abandono de destino, desobediencia, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, etc.). Cabe, sin embargo, el concurso con el cohecho (art. 419) y con el tráfico de influencias (art. 428). A favor de la tesis del concurso de leyes, DE LA MATA BARRANCO, pp. 347 ss.).

B) NOMBRAMIENTOS ILEGALES

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

El ejercicio de la función pública requiere determinadas cualidades en la persona llamada a ejercerla, variables según la función concreta a desempeñar. La falta de uno de estos requisitos o cualidades determina la nulidad del nombramiento. En el art. 405 se castiga incluso la simple propuesta, aunque no se haya llegado al nombramiento o a la toma de posesión, que constituyen actos posteriores impunes ya castigados con la propuesta, salvo que se produzcan directamente. Presupuesto objetivo es que el nombramiento (ilegal) se practique en el ejercicio de la competencia del funcionario o autoridad, lo que significa un abuso de esa competencia que es lo que constituye el núcleo del delito. El tipo subjetivo requiere que el nombramiento ilegal se produzca «a sabiendas» de la ilegalidad (cfr. MIR PUIG, 1996, pp. 307 ss.).

C) ACEPTACIÓN DE NOMBRAMIENTO ILEGAL

El art. 406 castiga con la pena de multa prevista en el art. 405 a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el art. 405, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles. En realidad, se trata de una forma de participación en el delito de nombramientos ilegales visto en el apartado anterior, pero, como sucede en tantas otras ocasiones en este mismo Título, el legislador ha querido resolver los problemas interpretativos que surgen en los delitos especiales propios elevando a la categoría de delito independiente la participación del particular en su nombramiento ilegal. El tipo requiere igualmente el conocimiento de la falta de los requisitos legalmente exigibles.

El particular nombrado ilegalmente se convierte en *funcionario de hecho*, pudiendo cometer además de este delito cualquier otro relacionado con la función que ilegalmente desempeñe como consecuencia de su nombramiento ilegal (cohecho, malversación, prevaricación, etc.), que entrará en concurso con el previsto en el art. 406.

**UNIDAD II: EL DELITO DE COHECHO Y LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN
LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL PERUANO.**

- 1) Reátegui Sánchez, James. “Corrupción de funcionarios”.**

LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA *.

James Reátegui Sánchez

« Los corruptos son delincuentes que no tienen necesidad de huir de nada. Nadie les agarrara el cuello. Están más allá de algún inexorable envilecimiento aunque algún juez molesto los haga comparecer para una cierta denuncia. Es una incomodidad, pero finalmente no ocurre nada». NEUMANN, Elías; “*La pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los Derechos Humanos*”, en: Libro Homenaje a Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, 1997, Pág. 362

1. Consideraciones generales sobre la corrupción.

El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín *rumpere*, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición. *Corrumpere*, entonces, debería significar: “romper con”, “romper en unión de”, pero en realidad quiere decir “echar a perder, pudrir”. Por lo tanto, la expresión corromper siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir la fuerza que corrompe y aquella persona sobre el que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre.

El fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia. El poder y corrupción se asocian cuando el primero no es considerado como un hecho regulado por el Derecho, entendiéndose a éste como un sistema normativo regulativo de conductas humanas. Por otro lado, no habría inconveniente de orden semántico que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes “corruptos”, en el mismo sentido podría hablarse de gobernantes o congresistas corruptos. Empero, lo que sí es cierto es que en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un decisor.¹

* Las referencias normativas que se realizan en la presente investigación están, principalmente, en función comparativa al Derecho penal peruano y argentino.

¹ GARZÓN VALDES, Ernesto; “*Acerca del concepto de corrupción*”, en: Varios Autores, La corrupción política, Madrid, 1997, Pág. 42 y 43

Lord Acton decía que el “...poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente” o como decía Montesquieu “La constante expectativa demuestra que todos los hombres investidos de poder son capaces de abusar de él y de hacer su autoridad tanto como puedan”. La influencia de la corrupción ha alcanzado a todos los países del orbe, y aún la corrupción alcanza a buen número de países europeos con sistemas políticos de los convencionalmente denotados *democracias consolidas*; aunque en sociedades menos desarrolladas, los efectos de la corrupción suelen ser más graves, que en países desarrollados; en la medida en que dificulta el crecimiento económico y pone en tela de juicio la percepción de la soberanía².

La corrupción instalada como sistema en una sociedad presupone un desprecio generalizado a la que se asocia la centralización de la toma de decisiones en el Poder Ejecutivo, la falta de autonomía en el poder jurisdiccional y en el Legislativo por los dictados del Ejecutivo con argumentos que se fundan en la emergencia o eficiencia económica. Por ello, llegamos a un punto donde lo único que importa es la riqueza y el mantenimiento de las ganancias como motores del progreso social. Sus defensores creen en que aspectos de moral, de espíritu o de mística para el progreso económico sin límites hallan campo propicio para la corrupción, y se suele instalar en este modelo político en que vivimos para formar parte de la llamada criminalidad no convencional acompañada por el abuso de poder. Pero no sólo por el abuso gubernamental que pueda existir, sino también el económico, el financiero, el industrial, el bancario, el tecnológico y el científico.

El problema del fenómeno de la corrupción es esencialmente político, y su consecuencia más relevante es que desemboca en un proceso de exclusión³. Pero también –y de ahí su complejidad- que existe una relación de funcionalidad entre la corrupción y el modelo económico que se siga. Así, por ejemplo, la corrupción hace a la esencia de la sociedad capitalista actual y es especial manifestación de la crisis del sistema. Por otro lado, hay información histórica que permite fundar la sospecha de que hubo formas de criminalidad funcionales a determinadas etapas del desarrollo capitalista, tal caso de la esclavitud, la piratería, el contrabando, las guerras dd mercado, el narcotráfico, etc⁴.

Didácticamente Hurtado Pozo prefiere hablar de dos tipos de corrupción: de una parte, la corrupción directa y de la otra parte, la corrupción institucionalizada. Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente (...) Esto es posible, sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las

² MURIEL PATINO, María Victoria; “*Economía, corrupción y desarrollo*”, en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, 2000, Pág. 27

³ VIRGOLINI, E. S. Julio; *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, 2004, Pág. 258

⁴ SIMONETTI, José María; “*Notas sobre la corrupción*”, en: Pena y Estado, Año 01, Número 01, Buenos Aires, 1995, Pág.177

tareas de los funcionarios y servidores de este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios. En cuanto a la corrupción institucionalizada se caracteriza por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es difícil establecer un vínculo entre las causas y los efectos⁵. De igual forma, resulta interesante poner de relieve una característica de la corrupción en un sentido criminológico. En tal sentido, según Cruz Castro “En la sociedad, prácticamente, no existe ninguna persona, organización o instancia oficial que desarrolle una acción sistemática contra la corrupción, excepto, en algunas ocasiones, los medios de comunicación social colectiva. Se trata de un delito sin víctima, por esta razón difícilmente el conocimiento de estos hechos llegará a conocimiento de las autoridades competentes mediante la denuncia común⁶”.

2. Corrupción y administración pública.

A la corrupción y su impacto en la administración pública la podemos definir como aquella desviación por parte de la administración de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, que no es otro que el “interés público”. Puede encontrarse definiciones muy generales como la de Andrés Ibáñez que indica que la corrupción son “...aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaleciendo de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobreprecio, obtienen a su vez un privilegio”⁷.

Sin embargo, la definición más utilizada por los científicos sociales –en este punto– es la elaborada por el profesor de la Universidad de Harvard Joseph S. Nay; de acuerdo con su explicación la corrupción, pero siempre vinculado de alguna forma a la administración pública es una “conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales. Esta definición incluye conductas tales como el cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)”⁸.

⁵ HURTADO POZO, José; “Corrupción: el caso peruano” en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995, Pág. 156.

⁶ CRUZ CASTRO, Fernando; “La Investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos”, en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995, Pág. 80.

⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; “Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial”, en: Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires, Pág. 425

⁸ Citado por BERALDI, Carlos Alberto; “Control de la corrupción mediante la desregulación”, en: Pena y Estado, Año 01, Número 1, Buenos Aires, 1995, Pág. 36 y 37

La *ratio* fundamental de la corrupción radica entonces en una desviación de ciertos parámetros de comportamientos. Debe destacarse también que el sustrato fáctico de la corrupción reside, fundamentalmente, en la actividad económica de la Administración y, habitualmente, en la atribución del control y aplicación de fondos públicos a cargos políticos (corrupción política) o funcionariales (corrupción funcional).⁹ La imputación hacia una persona como “corrupto” va asociado a la idea de que aquel esté en vinculación directa con la administración de los poderes del Estado, y no podría hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública, esto es, en términos domésticos, familiares o cotidianos: un particular persuade, a través de dinero, al presidente de un club privado para hacerlo ingresar en calidad de socio. Así las cosas, se pueden diferenciar nítidamente una corrupción que se presenta en el campo de las *acciones privadas* de la que afecta a la *administración pública*, privilegiándose a esta última como una cuestión de mayor importancia¹⁰. Al respecto, Mariano Grondona afirma “que la corrupción en el sector público es más grave que la privada, pues mientras ésta es susceptible de ser corregida por el Estado, si los mecanismos del Estado están infiltrados por la corrupción, el sistema queda sin apelaciones”¹¹. A esta última es la que los romanos llamaron *crimen repetundarum*, los ingleses *bribery*, los españoles *cohecho*, los portugueses *peita o soborno*, y los italianos *barateria*.

En el Perú, a través de los medios de comunicación principalmente, se conoció el “Caso Montesinos” donde aquel 14 de Septiembre del 2000, en las pantallas de Canal N se propaló el ya famoso video en el que aparecía el ex asesor de la Alta Dirección de Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos entregando quince mil dólares al congresista Kouri. Lo que vendría después es historia conocida. Sin lugar a dudas, los límites de la corrupción en el Perú han rebasado excesivamente los niveles de racionalidad. A raíz de los hechos de corrupción sucedidos en las altas esferas del poder en el Perú, se expidió todo un “paquete legislativo” para la lucha contra la criminalidad organizada movido por un factor común: la multicitada corrupción. Así, la primera ley, la N° 27378 del 21 de Diciembre del 2000, que establece beneficios de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada y la segunda Ley, la N°27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares. Modificaciones sustanciales que aluden principalmente al Derecho policial, Derecho penal material y premial por colaboración eficaz: exención de pena, suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, entre otras y el Derecho procesal penal (limitaciones de derechos).

Existe un documento internacional llamado la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, de fecha 29 de Marzo de 1996.

⁹ CARBAJO CASCON, Fernando; “Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción” en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000, Pág. 55.

¹⁰ BERALDI, Carlos Alberto; “Control de la corrupción mediante la desregulación”, cit. Pág.36

¹¹ Citado por SANDLER, Héctor Raúl; “La corrupción legislativa”, en: Sandler/Rajland (coord.), Corrupción. Una sociedad bajo sospecha, Buenos Aires, 1997, Pág. 167

(Reunidos en la ciudad de Caracas). Esta convención contra la corrupción también fue ratificada por la República Argentina el 17 de enero de 1997, entró en vigor definitivamente un año después de la conferencia interamericana, es decir el 6 de marzo de 1997. El Estado peruano también la aprobó mediante Resolución Legislativa 26757 de fecha 5 de marzo de 1997 y ratificada por Decreto Supremo 012-97-RE del 21 de marzo del mismo año. Me pregunto: ¿Los Convenios internacionales sobre la lucha contra la corrupción en los que el Perú y Argentina son firmantes, y por tanto vinculante en su aplicación, son instrumentos idóneos para complementar la eficacia represiva?; y ¿Si el Derecho penal de la corrupción respeta los límites que la Convención establece?.

Se puede percibir que existe una incertidumbre con respecto a la eficacia de las normas de la Convención para su aplicación dentro de un Derecho interno, pues existen dos tendencias: la primera sostiene que se apliquen directamente las normas de la Convención. La segunda, en cambio, requiere que las normas internas (principalmente el Código penal) se adecuen a la Convención, especialmente a las conductas típicas de corrupción. La segunda postura parece la más razonable. En todo caso, deben compatibilizarse las normas internas con los postulados de la Convención, mas todavía cuando en el artículo VII de dicha Convención, se establece que deben incorporarse los actos de corrupción en la medida que la legislación penal interna no contemple tales delitos: caso como el soborno internacional que no existe como modalidad típica en el Código punitivo peruano.

Cabe resaltar que el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito propuso excluir los actos de corrupción de la topología de delito político, especialmente para facilitar la extradición e igualmente el decomiso de los bienes adquiridos con dinero de origen espurio. La corrupción, tan igual a los casos conocidos como del terrorismo o “terrorismo especial”, tráfico de drogas, violación sexual, seguridad ciudadana, presentan en el campo del Derecho penal un problema en cuanto a su funcionamiento, legitimación y eficacia. Entonces cabe preguntarnos: ¿La eficacia del Derecho penal en la mayoría de veces está en función a decisiones coyunturales, temporales?. ¿Cómo solucionar los múltiples problemas de la corrupción desde la óptica del Derecho penal, si la corrupción es un problema estructural, de base?.

3. Aspectos esenciales de los delitos de corrupción de funcionario. A propósito de la reforma producida por la Ley 28355 del 4-10-2004.

3.1. Apuntes preliminares.

La expresión *cohechar*, según la Real Academia española, significa “sobornar, corromper con dádivas al juez, a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo

que se le pida”¹². Un término ligado al cohecho es la “coima” que en el siglo pasado la Real Academia española modificó el contenido con la aclaración que en la Argentina, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay se utiliza como cohecho. Históricamente era el delito del juez que traficaba con su función y cuya comisión autorizaba la repetición del dinero recibido con el juez corrupto. Criminológicamente el delito de cohecho está en el centro de los delitos llamados “de guante blanco”.

Históricamente el cohecho tenía su origen, según Soler, en los abusos de ciertos funcionarios, especialmente de los que gobernaban en lugares alejados, y sobre todo la dificultad de la prueba de un acto concreto de corrupción, determinaron que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento, pudiera pedirse tanto lo que el funcionario había logrado por venta de un acto de autoridad, como lo que hubiese logrado por vía extorsiva¹³. Por eso se entendía que existían puntos de conexión entre el delito de cohecho y la concusión. Actualmente, éstas figuras típicas son necesariamente autónomas, no obstante que responden a la protección de un mismo bien jurídico-penal institucionalizado (administración pública). Esto sucede en el Derecho peruano donde la figura básica del delito de cohecho está en el art. 393 y ss.; y la de concusión en el art. 382 y ss. del Código penal.

El núcleo fundamental del delito bajo estudio reside en la obtención de un “acuerdo injusto”, momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional. El delito de cohecho se caracteriza por consistir en un acuerdo –o intento de acuerdo- entre un funcionario público y un particular dirigido al intercambio de prestaciones recíprocas: las dádivas o presentes, por un lado, y el acto propio del cargo, por otro¹⁴. De manera tal que el pago del particular por una conducta que el funcionario público haya realizado, no es el delito de cohecho porque no obedece al “pacto”. Lo que caracteriza al injusto en examen es el compromiso venal que constituye su contenido; cuando ese pacto se perfecciona, recién ahí se consuma el ilícito penal. Por otro lado, José Peco sostenía que en “...el auténtico cohecho hay una captación de la voluntad del funcionario público sobre la base de una dádiva que muestra por modo inequívoco el apetito descompuesto de codicia”¹⁵.

Concretamente, en las conductas de corrupción que sanciona el Derecho penal se puede encontrar tres estadios de gradiente: primero el agasajo, los cortes presente y el fino obsequio, segundo encontramos las acciones donde ya el funcionario, en mérito a su autoridad, exige cobros injustos; y finalmente en orden de gravedad,

¹² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Tomo I, Madrid, 1992, Pág. 501

¹³ SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo 5, (actualizado por Manuel Bayala Basombrio), Reimpresión total, Buenos Aires, 1992, Pág. 206

¹⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, M^o José; *El Delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Madrid, 1999, Pág. 183

¹⁵ PECO, José; “Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho”, en: La Ley, 71, 1953, Buenos Aires, Pág. 845

las acciones de sobornar o corromper al magistrado o funcionario para que, contra justicia o derecho, haga o deje lo que se le pide¹⁶.

3.2. Sistemática legislativa: el caso de Argentina y Perú.

En el Derecho penal argentino, los actos de corrupción de funcionarios son tratados sistemáticamente en el Capítulo VI del título undécimo, Libro Segundo del Código Penal. La Ley 25.188 (B.O. 1/11/99) -Ley de Ética de la Función Pública- modificó la rúbrica de este capítulo, que con antelación a ella se denominaba simplemente *Cohecho*, para pasar a titularse, con un alcance mucho más amplio (a causa de la reforma introducida por la ley, fundamentalmente por la incorporación del artículo 256 bis), *Cohecho y Tráfico de Influencia*¹⁷. La principal novedad que introduce la nueva legislación 25.188, es hacer extensiva el marco de punibilidad, antes exclusivamente reservado a los jueces, a los funcionarios del Ministerio Público. Con la reforma constitucional acontecido en 1994, mediante el art. 36 de la Constitución Nacional, párrafo quinto que a la letra dice: “*Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurre en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos*”. La reforma se acentúa en el párrafo sexto de dicho artículo 36 al establecer que el Congreso sancionará una Ley sobre Ética Pública para el ejercicio de las funciones, con lo cual revela su preocupación de que se reglamente en todos sus aspectos la labor de los funcionarios y empleados públicos, para reducir la corrupción funcional. En fin, la reforma constitucional resultó de suma importancia no solamente para efectos de encontrar algún punto de apoyo “constitucional” en el siempre polémico delito de enriquecimiento ilícito, sino que también dicho artículo le es aplicable a determinados delitos contra la administración pública (relacionados fundamentalmente con la venalidad de los funcionarios públicos). En tal sentido, aquí estarían los supuestos típicos de cohecho y en los Capítulos VII, VIII, IX del Código penal argentino.

Por otro lado, los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano están sistemáticamente regulados en cuatro secciones. La primera: delitos cometidos por particulares; la segunda: delitos cometidos por funcionarios públicos, que en la sección IV se regula la “corrupción de funcionarios”; la tercera: delitos contra la administración de justicia. La cuarta y última contiene las disposiciones comunes referidas al concepto jurídico-penal de los funcionarios y

¹⁶ MIKKELSEN – LÖTH, Jorge Federico; *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, 2001, Pág. 10

¹⁷ Los tipos penales de tráfico de influencia se conocen desde el Derecho romano, concretamente cuando uno de sus amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante éste: Al descubrirlo el emperador, lo condenó a morir ahogado por el humo; de allí el nombre de “*venta de humo*”. En términos tradicionales, se ha entendido al delito de tráfico de influencias como un negocio en el cual una de las partes se compromete con la otra, mediante pago, a influir sobre un funcionario público, en asuntos de su competencia, para obtener de éste algún beneficio a favor de quien paga la influencia. Es un acuerdo de voluntades sobre un servicio que promete el traficante y por el cual recibe dinero, dádiva o promesa remunerativa..

servidores públicos aplicable a todo el capítulo XVIII. Como es sabido, en el marco del Derecho peruano, los delitos de corrupción de funcionarios están inmersos dentro de un catálogo mucho más amplio que es el de los delitos contra la administración pública (Título XVIII). En tal sentido, se colige que necesariamente cualquier acto de corrupción tiene que estar en vinculación con la actividad estatal donde se desempeña el sujeto activo. Esto es, que todas las figuras delictivas situadas en el Título XVIII tienen como bien jurídico común la “correcta función pública”, y más concretamente los principios esenciales a cada una de las actividades prestadas por el Estado, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. De manera que si se llegara a evidenciar un comportamiento en donde se vulnerará el principio de veracidad con la consiguiente imparcialidad que ésta genera para alguna de las partes involucradas, definitivamente se está causando un perjuicio en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas. La actividad administrativa que está al servicio de la sociedad en general no puede ser influenciada a través de bajos intereses lucrativos que están reñidos con la lealtad y la moral.

Ahora bien, ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito de corrupción de funcionarios públicos?. Ante todo, debemos tener en consideración que la corrupción responde a una realidad criminógena peculiar y diferente a los delitos contra la administración pública. ¿Será verdaderamente el correcto funcionamiento de las instancias de la administración pública, o el principio de imparcialidad, lo que al final de cuentas le interesa proteger al legislador?. En cuanto al delito de cohecho existe una postura jurisprudencial que indica que el bien jurídico-penal es la *moralidad* y corrección que debe imperar en la administración pública¹⁸. Empero, lo que definitivamente en la infracción penal bajo estudio se castiga –fundamentalmente– es la venalidad del funcionario o servidor público, buscando proteger jurídico-penalmente el normal funcionamiento de la administración¹⁹. Esto proviene de aquellas concepciones

¹⁸ En este sentido, véase: CNCCorr, sala I, 18-9-96, “W.C. y otro”, LL 1998-F. 838, PJN Intranet, extraído de: DONNA, Edgardo Alberto (Dir), *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, 2004-I, Pág. 390

¹⁹ SOLER, tomo 5, 1992, Pág. 207: “...resulta que el objeto tutelado por esta clase de infracciones es el funcionamiento normal y correcto de la administración, el cual es puesto en peligro por el solo hecho de la existencia de actos de corrupción”. NÚÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo Quinto, Vol. II, Parte Especial, Córdoba, 1992, Pág. 97: “Todas las figuras de cohecho implican un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios públicos o a la incitación en el ejercicio de sus propias funciones, incluso para cumplirlas con arreglo a su deber legal”. FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo VII, Buenos Aires, 1993, Pág. 290: “Específicamente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados. Lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo”. LAJE ANAYA, Justo/ GAVIER, Enrique Alberto; *Notas al Código penal argentino*, tomo III, Parte Especial, Córdoba, 1996, Pág. 142: “Las disposiciones de este capítulo protegen la administración pública frente a los actos de corrupción venal de sus funcionarios y contra los comportamientos de los particulares que atentan contra la dignidad, normalidad y corrección de las conductas funcionales de sus integrantes”. MOLINARIO, Alfredo J.; *Los delitos*, tomo III, (actualizado por Aguirre Obarrio), Buenos Aires, 1999, Pág. 354: “El bien jurídicamente protegido es la corrección e insospechabilidad de los funcionarios públicos y su decoro”. DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, Santa Fe,

que entienden que el Estado es un fin en sí mismo y una afirmación de que él es un medio para el bienestar de los individuos.

3.3. Configuración típica del cohecho y la Ley 28355.

En el Derecho penal peruano, cabe destacar la modificatoria que introduce la Ley 28355 (04-octubre-2004) en diversos artículos del Código penal y legislación penal complementaria. En efecto, según el artículo primero de la citada Ley modifica diversos artículos del Código penal, específicamente a tres delitos: 1) Asociación ilícita, 2) Corrupción de funcionarios público (cohecho, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito) y 3) La Ley penal contra el Lavado de Activos. El legislador se ha mantenido fiel a la codificación de 1991 y no ha tenido en cuenta la incorporación como figura delictiva del soborno internacional, es decir, los casos por ejemplo, de soborno en las transacciones internacionales de negocios y otros (Convención interamericana contra la corrupción, art. VIII²⁰).

2000, Pág. 211, correctamente sostiene que: “De modo que se protege, además del normal funcionamiento de la administración, que los funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del Estado”. ESTRELLA, Oscar Alberto /GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, tomo 3, Buenos Aires, Pág 386. Por otro lado, GIL LAVEDRA, Ricardo; “*Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo*”, en: DP, N 15 a 20, Buenos Aires, 1982, Pág. 710 sostiene que el correcto desenvolvimiento de la función administrativa aparece mediatamente tutelado, dado que no es necesario que el acto prometido se lleve a cabo, y que bien puede tratarse de la conducta que legalmente corresponda. No es posible que acá se vea afectado la administración, lo que se protege directamente en los capítulos es la probidad del funcionario público en el ejercicio de su cargo. CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte Especial*. Tomo 2, Buenos Aires, 1997, Pág. 270 apunta que lo que se protege es “la venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento.”

Así, también, entiende la jurisprudencia argentina: “*El bien que protege este artículo es la pureza de la función pública, por lo cual es indiferente la legalidad o ilegalidad del acto del funcionario, ya que lo que interesa es su competencia para realizarlo*”, Cám. 2 Crim, Mendoza, 6 de junio 1953, JA, 1953-IV Pág., 347.

Por otro lado, en cuanto al tema de titularidad del bien jurídico protegido en este delito, que es importante para efectos de determinar hacia quien y a dónde va dirigido la reparación civil, la jurisprudencia peruana ha tomado posición al respecto. Así, en el Expediente Nro. 97-191601-JP-01-Loreto se anuncia: “*En el delito de corrupción de funcionarios, el titular del bien jurídico es el Estado, correspondiéndole a éste la reparación civil y no a las personas que integran los donativos al funcionario público, los que no pueden figurar como agraviados*” en: Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia, 4, Lima, Pág. 420. En tal línea de pensamiento, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, de fecha 29 de Marzo de 1996, se legisla en el artículo VI sobre supuestos de hecho de corrupción y beneficios ilícitos por razón del cargo (conductas, medios), así como de la autoría y participación (implícitamente se menciona la organización criminal), grados de desarrollo del delito, y un artículo ligado a este tema es el XII donde se prescribe que: “*Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado*”, se destaca, asimismo meros actos preparatorios y de peligro abstracto.

²⁰ La Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, Artículo VIII Soborno transnacional, establece: “*Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que*

En cuanto al delito de cohecho, la Ley 28355 respeta la clasificación tradicional, es decir, *cohecho pasivo*, (art. 393, art. 394, art. 395, y art. 396 del Código penal) constituido por la acción del funcionario o servidor público que recibe, acepta o solicita una ventaja o beneficio por la ejecución u omisión de un acto funcional. Por el otro lado, se conserva el *cohecho activo* (art. 397 y 398 del Código penal) integrado por la acción de un particular o hasta de un funcionario público que es el que ofrece, da, entrega, promete o corrompe a través de un medio corruptor que prevé la ley al funcionario o servidor público para obtener de él algún tipo de beneficio. En lo que aquí respecta –esto es al delito de cohecho–, considero conveniente y necesario realizar una valoración general del mismo poniendo énfasis en los aspectos novedosos de suma importancia:

- **Reubicando y reformulando** algunas figuras delictivas ya existentes: el art. 394-A –corrupción de funcionarios en programa de apoyo– a la sección de los delitos de abuso de autoridad, (ahora en el art. 376-A). La reubicación del cohecho activo genérico (ahora en el art. 397) diferenciándolo si es para un cohecho pasivo propio o impropio. Asimismo, la reubicación del cohecho activo específico (ahora en el art. 398) que a su vez puede diferenciarse: por la “*calidad del agente*”: si es un agente común (párrafo primero) o si es un agente en calidad de abogado o perteneciente a un estudio de abogados (párrafo tercero); y por la “*calidad del receptor*” –siendo indiferente en este caso la calidad del agente– que a su vez puede estar agrupado, por una parte en Magistrados, Fiscales, Perito, Arbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo (párrafo primero) y por otra en secretarios, relatores, especialistas, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor e intérprete o análogo (párrafo segundo).

Por otro lado, la reformulación abarca la *creación* de tipo penales nuevos (aunque en realidad serían formas agravadas del cohecho pasivo): art. 393 “cohecho pasivo propio a petición del funcionario” en el párrafo segundo y el “cohecho pasivo propio condicionado” en el párrafo tercero; art. 394 “cohecho pasivo impropio a petición del funcionario” en el párrafo segundo.

- **Derogando:** el art. 398-A y 398-B, “corrupción activa de magistrados y auxiliares por letrado” y la “inhabilitación del ejercicio de la abogacía” respectivamente. También entra aquí el art. 395 segunda parte. Es acertada la derogación porque la inhabilitación en el caso del art. 398-B resultaba un

tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores promesas o ventajas, a cambio de los que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que no hayan tipificado el delito de soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan”.

contrasentido, pues según el art. 36 del Código penal, se prevé que la inhabilitación se extiende por igual tiempo que la pena principal, y el último párrafo del art. 398-A (hoy derogado), decía que la inhabilitación tenía que ser puesto en conocimiento a la Corte Superior de Justicia y del fiscal Superior Decano para que proceda a *anular* el asiento de inscripción en el Libro de Registros, asimismo se disponía poner en conocimiento a la Universidad que otorgó el Título Profesional de Abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días, proceda a su *cancelación*. Se establecía una inhabilitación perpetua, una especie de “pena de muerte en la profesión”.

- Por último, en el **marco de la punibilidad** se pueden encontrar algunas modificaciones, siempre –lamentablemente- con el objetivo de *agravarlos*²¹: en el art. 393 antes de 3 a 6 años, ahora de 5 a 8 años más inhabilitación en el primer párrafo, de 6 a 8 años en el párrafo segundo, y de 8 a 10 años más inhabilitación en el párrafo tercero; en el art. 394 antes de 2 a 4 años, ahora de 4 a 6 años más inhabilitación en el párrafo primero, de 4 a 8 años más inhabilitación en el párrafo segundo, y de 5 a 8 años más inhabilitación en el párrafo tercero; en el art. 396 antes no menor de 4 años, ahora de 5 a 8 años más inhabilitación; en el art. 399 (hoy art. 397), antes 3 a 5 años, ahora de 4 a 6 años, en el primer párrafo y de 3 a 5 años en el segundo párrafo. Aunque también en forma mínima se ha tratado de *conservar* el marco punitivo: el art. 395 establece la misma penalidad: antes de 6 a 15 años más inhabilitación y multa, ahora también es de 6 a 15 años más inhabilitación y multa, con la creación de un nuevo marco penal en el segundo párrafo: 8 a 15 años más inhabilitación y multa.

3.3.1. Cohecho pasivo propio.

²¹ Aún cuando los demás delitos reformulados no sean objeto de nuestro análisis debe decirse:

El delito de negociación incompatible del cargo (ahora ubicado en el art. 399), en lo que respecta al supuesto típico se le ha agregado un elemento subjetivo específico: “*en provecho propio o de tercero*”. También fue agravado el marco penal: antes era sólo de 2 a 5 años, actualmente es de 4 a 6 años más inhabilitación.

En el delito de tráfico de influencias (art. 400) se le agregan las siguientes frases: “...o teniendo influencias...” y “...que ha de conocer”; además se le agrega una circunstancia agravante en el segundo párrafo: “*Si el agente es un funcionario o servidor público...*”. En ambos párrafos se agrava la pena.

En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401), este ha sufrido cambios sustanciales en la redacción típica. Ahora prescribe: “*El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente*”; además la novedad también está en que se le agrega en segundo párrafo: “*Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresa estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional...*” En ambos párrafos se agrava la pena.

El delito de cohecho pasivo propio reformulado está regulado en el art. 393²² del Código Penal peruano. Veamos sus aspectos esenciales:

- a) En el primer párrafo del art. 393 (tipo básico) se pueden desprender en cuanto a los elementos objetivos en una conducta *antecedente* y una *subsiguiente*. En la primera, los elementos son: 1.- Solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja y 2.- Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja. Lo “pasivo” del *nomen juris* está precisamente en la descripción de los verbos rectores, el funcionario público “acepta” o “recibe” que implica indudablemente una actitud receptora, nunca puede – para éste delito en particular- “exigir” ni “coaccionar” porque sino se estaría entrando al terreno típico de la concusión (art. 382 CP). Recibir implica una efectiva dación, traspaso, o entrega de: donación, promesa cualquier otra ventaja o beneficio. Aceptar, en cambio, implica un pacto, *cerrar trato*, con alguna expectativa de recepción de algún medio corruptor, sea en forma verbal o por escrito, en forma explícita o implícita.

En el cohecho pasivo el funcionario público se limita a recepcionar lo que el cohechante activo le da, o lo acepta simplemente. En estas circunstancias el funcionario público es literalmente “comprado” por el otro, autor de cohecho activo (art. 397 CP) Por definición, el cohecho pasivo supone un convenio, explícito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario o servidor público²³, y es lo que lo diferenciaría, por ejemplo de la concusión que las cosas transitan al revés: es el funcionario público el que pretende algo del tercero, que es quien, víctima de la intimidación, es el exigido para dar o prometer un bien o beneficio patrimonial.

Los medios corruptores para este delito pueden darse de muchas formas: “donaciones”, “promesas” o cualquier otra “ventaja” o “beneficio”²⁴. Las donaciones son la liberalidad de una persona que trasmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra que la acepta; la promesa es la expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa; una ventaja podía ser: al sueldo del funcionario “sobreañadirle” al común que gozan otros. En el Código penal argentino, en cambio, los medios corruptores son más específicos: “dinero”, “promesa directa o indirectamente” o “cualquier otra dádiva”. Cabe indicar que tanto los medios corruptores para que sean capaces de consumir formalmente el delito de cohecho tienen que tener

²² Art. 393º “El funcionario o servidor público que acepta o recibe 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,...

²³ Véase, en este sentido, DONNA, tomo III, 2000, Pág. 243 “La oferta debe surgir del tercero, no del funcionario público”. Asimismo, el fallo de la Cám. Acusación Córdoba, 8/8(89, “Sosa, Ramón A”, LLC, 1990-504: “El cohecho pasivo es un delito de acción bilateral, supone una codelincuancia del funcionario con el tercero cohechante, un acuerdo, explícito o implícito, **propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario**” (extraído de: ESTRELLA /GODOY LEMOS, tomo 3, 1996, Pág. 389).

²⁴ En el delito de tráfico de influencias (art. 400 CP peruano) también se prevé los mismos medios corruptores: “...donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio...”.

idoneidad vinculante y suficiencia motivadora. Por consiguiente quedarán como tentativas inidóneas²⁵ todas aquellas conductas que teniendo significación en términos de donativos o similares no tengan relación de causalidad con el acto violatorio de su función. En cuanto a los medios corruptores, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública de Argentina, menciona textualmente como regla general: (art. 18) “*Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere*”.

En cuanto a la modalidad subsiguiente del cohecho pasivo –una vez que el funcionario o servidor público haya aceptado o recibido cualquiera de los medios corruptores que prevé el tipo penal- ésta tendrá una finalidad específica: 1.- Para hacer (acción) u omitir (omisión simple) una actividad que es propia de su función “infringiendo su deber funcional” que es lo que lo va a diferenciar del cohecho pasivo impropio, o 2.- Acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes funcionales.

En la primera finalidad, el acto ha de ser futuro (“...**para** hacer u omitir...”), no interesando para efectos consumativos que se cumpla tal finalidad. Al respecto, Soler señala, que debe existir un “...trato anterior al acto y entre aquel y el mismo debe mediar una relación de carácter interno, psicológico: el pago o la promesa han de ser recibido *para*, es decir, en consideración a una conducta futura del funcionario”²⁶. En la segunda finalidad, en cambio, el agente público ha debido ejecutar el acto infringiendo sus obligaciones funcionales. En otros términos se trata de los casos de “pago posterior al cumplimiento del acto”. Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si un funcionario público no interviene en un asunto y acepta o recibe una merced corruptiva para recomendar ese mismo asunto al colega que entiende de él, cometerá otra infracción penal (delito de tráfico de influencias), pero no cohecho pasivo. Asimismo, si el funcionario carece de facultades o competencia y aún así acepta o recibe una merced corruptiva,

²⁵ Se presenta en dos casos:

- a) Cuando es ineficaz absolutamente el *medio empleado*: un medio puede ser tanto los “instrumentos” como a la “conducta” del sujeto. Ej. Una persona quiere matar a otra, y creyendo que le pone veneno a la sopa, le pone azúcar. O quien pretende causar un aborto aplicando a la mujer inyecciones analgésicas en la creencia que son idóneas.
- b) El otro caso, por la impropiedad absoluta del *objeto*: Ej. El autor dispara sobre la víctima, que está durmiendo en la cama, cuando en realidad ésta ya había fallecido. O la tentativa de aborto de una mujer no embarazada, o tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario.

En conclusión: el art. 17 del Código Penal peruano, no castiga esta clase de tentativa en función a que los actos ejecutivos no crean peligro alguno para el bien jurídico protegido, puesto que siendo inidóneos estos actos, la posibilidad del riesgo queda descartada desde principio.

²⁶ SOLER, tomo 5, 1992, Pág. 211

la conducta puede desplazarse al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) o a la estafa (art. 196). Este razonamiento se debe a que la misma ley lo precisa: art. 393 “...un acto en violación **de sus** obligaciones (...) a consecuencia de haber faltado **a ellas**...”, párrafo primero y segundo. En suma, la infracción a las obligaciones debe producirse a un acto determinado relativo a las funciones y facultades del agente público, que es precisamente el factor motivante para la iniciación de las maniobras corruptivas por parte del cohechante activo.

- b) Lo más relevante del segundo párrafo del art. 393, producido a través de la reforma, es que el funcionario o servidor público *solicita* la oferta corruptora en forma indirecta o indirecta (delito de cohecho pasivo propio a pedido del funcionario). Solicitar significa “pretender, pedir o buscar una cosa con diligencia y cuidado” o “pedir una cosa de manera respetuosa”²⁷. En principio, la acción de “solicitar” estaba anteriormente en la fórmula originaria, pero adicionado –con el mismo marco penal- al verbo “aceptar”. Ahora se ubica como una circunstancia agravante –por mayor *disvalor* de la acción- del tipo básico del art. 393 (la pena resulta superior –ahora- al tipo básico, que es no menor de 6 ni mayor de 8 años más inhabilitación). El texto modificado admite –correctamente- que las conductas petitionarias sobornantes que realiza el funcionario público resulta ser más reprochable ético-socialmente que simplemente recibir o aceptar algún medio corruptor. Habíamos dicho que los verbos “recibir” y “aceptar” pueden ser realizadas en forma directa o por persona interpuesta. Aquí, en cambio, la solicitud implica una actitud personal por parte de quien lo hace. En esta parte el legislador ha empleado unos términos lo suficientemente firmes como para que se respete de forma obligada su lenguaje (por ejemplo: *solicitar directamente*), pero, al mismo tiempo, utiliza expresiones flexibles como para que se pueda determinar su contenido y esencia en forma plural. Aquí entraría lo que el legislador peruano ha incorporado en el segundo párrafo: “...solicita, directa o **indirectamente**...”²⁸. Esta última expresión puede interpretarse de dos maneras: puede admitirse “terceras personas” –particulares o funcionarios- en la ejecución del ilícito, o puede admitirse “solicitudes incubiertas” pero buscando la finalidad de que el cohechante activo haga la oferta –ofrecer, dar o prometer- corruptora. La primera interpretación resultará innecesaria a la luz del principio de economía legislativa, pues se entiende que, aún existiendo personas ajenas al “pacto venal” pero que colaboran o auxilian en la

²⁷ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, tomo 2, Madrid, 1992, Pág. 1899

²⁸ En este punto, se ha seguido en líneas generales, la redacción de la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción. Así, el art. VI, actos de corrupción, se establece: “1) La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a) *El requerimiento* o la aceptación, directa o *indirectamente*, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas...”

ejecución típica, estarían abarcadas por las reglas de la autoría y participación criminal.

En cuanto a la segunda interpretación habrá que decir, en principio, que cuando el funcionario público formula la propuesta nos apartamos del cohecho. Sin embargo puede existir la posibilidad de ciertas actividades facilitadoras del funcionario, previa a la formulación concreta de la propuesta corruptora por parte del cohechante activo. Estas actividades facilitadoras o solicitudes indirectas para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones es denominada, según la doctrina y jurisprudencia argentina, como “puente de plata”. “Bajo este concepto –según Rimondi- quedarán comprendidas las insinuaciones o sugerencias más o menos hábiles o encubiertas, silencios y gestos sugerentes que pueda hacer el funcionario público para que la oferta corruptiva sea efectuada por el particular. Es decir que, dentro de la figura del cohecho, quedarán también atrapados los casos en los que, previo a la propuesta del corruptor, el funcionario público tiende un “puente” de unión con éste, dejando de lado formalidades propias de su labor, acortando la distancia entre ambos para facilitar la conducta posterior de su interlocutor”²⁹. Se trataría, entonces, de actos preparatorios de mera expectativa realizado por el funcionario, destinada a que la otra parte inicie la ejecución del cohecho (activo). En ese sentido, lo que sanciona el legislador peruano es que la solicitud corruptora la comience el funcionario o servidor público, no importando cómo la haga –directa o indirecta, explícita o implícita-. Entonces la pregunta que surge sería: ¿habrá cohecho pasivo una vez que el funcionario hizo la solicitud y el otro no efectiviza la contra-propuesta de ofrecer, dar o prometer?. La respuesta es positiva. Entonces, en el Código penal peruano puede existir cohecho pasivo (propio, impropio, y específico), sin que exista la calificación de cohecho activo. El hecho de que el funcionario público inicie las maniobras corruptivas, a través de la solicitud o pedido –que podría entenderse una actitud “activa”-, no le quita el calificado de “pasivo” en el delito de cohecho, pues aquel se caracteriza por la capacidad en la *recepción* de los objetos materiales corruptores: el funcionario público no podrá (auto) recibir ni (auto) aceptar –por más que lo haya pedido directamente- donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio si no existe *el otro* que lo haga realidad. En suma, se trata de un pedido, solicitud o sugerencia *para dejarse* corromper. Lo que sí la solicitud (pasiva del funcionario) no debe transformarse progresivamente en una

²⁹ Véase, en este sentido: RIMONDI, Jorge Luis; “La doctrina del “puente de plata” en el cohecho”, en: La Ley, Buenos Aires, 1999-B, Pág. 309. Este autor (Pág. 308), sumamente crítico en la doctrina que afirma que en el cohecho la propuesta corruptora debe surgir siempre del particular: “La autoridad pública que detenta el funcionario *“per se”* lo coloca en una situación de prevalencia frente al particular. De tal modo, de surgir del primero la iniciativa de acuerdo, la voluntad del segundo se encontraría viciada por el dominio de la situación del funcionario público”.

“exigencia”, “obligación”, porque de ser así caería bajo uno de los verbos rectores de la concusión y entraríamos a una relación concursal³⁰.

La incorporación típica de la “solicitud” como forma agravada del cohecho pasivo trae consigo una incongruencia sistemática insalvable, porque como se ha dicho, el cohecho y la concusión –siendo ésta por tradición más grave- tienen puntos obviamente diferentes en cuanto al supuesto de hecho, pero ahora, al elevarse la pena del delito de cohecho a petición del funcionario resulta casi idéntica la penalidad en estas figuras (art. 382 no menor de 2 ni mayor de 8 años y el art. 393 –párrafo segundo- no menor de 6 ni mayor de 8 años y el art. 394 –párrafo segundo- no menor de 5 ni mayor a 8 años). Resultaría, entonces, lo mismo –a efectos penológicos- “pedir” que “exigir” por parte del sujeto activo algún tipo de beneficio económico.

- c) Finalmente en el art. 393 –tercer párrafo- del CP, y sin duda lo más destacable de la modificatoria legal es la incorporación de la figura del “cohecho pasivo propio condicionante o condicionado”. Esto es, que el funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional, que puede ser acciones u omisiones, derivada precisamente del cargo o empleo que desempeña a la *entrega o promesa* de algún medio corruptor. Esto sería lo que ordinariamente se conoce como “me pagas y luego actúo”. Definitivamente, constituye una agravante del cohecho pasivo simple no por la calidad del agente sino por la forma que adquiere la solicitud del funcionario para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Aquí necesariamente el cohechante activo tendrá que realizar materialmente –por la exigencia típica- la entrega o simplemente prometerle algún medio corruptor. Nótese que aquí los medios corruptores resultan ser más restrictivos: sólo donativo o ventaja. Esta figura delictiva nuevamente produce una zona gris entre el cohecho pasivo y la concusión (implícita).

3.3.2. Cohecho pasivo impropio.

³⁰ Así, lo ha entendido la jurisprudencia argentina: “El nombre de esta figura no solamente proviene de la consideración del sujeto del delito (el corrupto), sino de que la acción de éste consiste generalmente en una actitud pasiva: cuando el funcionario sale de esa actitud para entrar a requerir, imponer o procurar el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión, e inclusive para ciertos autores este detalle muestra una línea divisoria entre ambas infracciones” CNCas. Pen, sala IV, 29-8-2000, “V.C.E s/Recurso de casación”, c 1626, PJN Intranet, extraído: Donna, Edgardo Alberto (Dir.) Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública, 2004-I, Buenos Aires, Pág. 391

El delito de cohecho pasivo impropio está regulado en el art. 394³¹ del Código penal peruano, y lo que se reprime es la conducta del funcionario o servidor público que si bien está acorde con el ejercicio de su función, es decir no está prohibido su actuación, el origen de tal comportamiento está en una actitud forzada anteladamente por un factor corruptor que le propinó un particular o hasta otro funcionario. La impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta sus obligaciones funcionales, es decir, la realización de la acción u omisión se produce dentro del marco legal y reglamentario. Es más, no interesa finalmente que el funcionario o servidor público haga o deje de hacer de acuerdo a su competencia. Este delito requiere definitivamente –como en el anterior- de un trato previo. Alcanzará con la aceptación de una promesa o con la recepción por ejemplo del dinero u otra dádiva encaminada a los objetivos establecidos en la ley. En otras palabras, se trata que los objetos corruptores: donativo, promesa o cualquier otra ventaja envilezca y desprestigie la función pública.

Se destaca, asimismo, en el segundo párrafo del art. 394 la figura del cohecho pasivo impropio a petición del funcionario, entonces vale lo dicho anteriormente. Por otro lado, en el Derecho argentino, el cohecho pasivo del art. 256³² del Código penal no diferencia entre la propiedad e impropiedad de la obligación funcional, de manera que la calidad de legal o ilegal del acto resulta indiferente. Igualmente la Convención del 26 de mayo de 1997 relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, al definir la corrupción pasiva en el artículo 2 dice que se da cuando “...un funcionario público, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto de su función o un acto en el ejercicio de su función”.

3.3.3. Cohecho pasivo específico.

³¹ Art. 394: “El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado....

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....

³² Art. 256.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”.

Se encuentra tipificada en el art. 395³³ -primer párrafo- del Código penal existiendo una delimitación del ámbito de la autoría que es casi exclusiva: Magistrados, Fiscales (éstos comprenden a todas las instancias) Peritos, Miembros del Tribunal Administrativo y el tipo comprende también otros sujetos activos dentro del marco de la interpretación analógica. Como puede apreciarse la calidad especial del sujeto activo está enfocada aquellos que tienen conocimiento (funcional y territorial) y facultad para resolver determinadas situaciones confrontacionales, y se soslaya, por ejemplo, a otros tipos de funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública. En este contexto, ¿Será más grave el cohecho del Juez que el del Presidente de la República, Ministro o el de un Congresista?. Puede decirse que estos altos funcionarios encontrarían tipificación en el cohecho pasivo del art. 393, por lo de “funcionario público” pero la pena resulta ínfima: en el primer supuesto, es no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación. En cambio, en el cohecho pasivo específico (art. 395) que es donde debería estar el cohecho del Presidente, Ministro, etc. –y porque sería mucho más grave- la pena es no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación. Definitivamente, no resulta proporcional la pena del cohecho pasivo “genérico” aún el supuesto típico más grave (art. 393 –tercer párrafo) para los “altos funcionarios”.

La conducta típica está circunscrita, en el segundo párrafo, a que el funcionario (específico) *solicite* los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador la prevé, como en todas las anteriores, como una circunstancia agravante. Sin embargo, en el art. 395 CP –primer y segundo párrafo- se destaca que la aceptación o recibimiento de los medios corruptores pueden darse “*bajo cualquier modalidad*”.

Se hubiera preferido quizá una tipificación integral del artículo 396³⁴ -corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales- con el artículo 395 que venimos comentando en razón de que ambos responden a una misma finalidad política criminal: “cautelar los niveles de parcialidad en el ámbito de la administración de justicia”. En todo caso, el legislador ha creído conveniente que por razones de organización, estructura y jerarquía judicial, en uno existe un mayor *disvalor* del injusto penal expresado en su condición de sujetos que conocen y están facultados para administrar justicia, y de otro lado, un menor *disvalor* del injusto expresado en su condición de sujetos que prestan apoyo o auxilio a la función jurisdiccional, cuando en realidad son los secretarios judiciales los que por su cercanía y

³³ Art. 395. “El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia....

El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directamente o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento.....

³⁴ Art. 396. - “Si en el caso del artículo 395º, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a las anteriores.....

proximidad a los litigantes, cometen inescrupulosamente malos actos, en términos de estadísticas “ocultas”, en contra de su función pública. En este sentido, en el Derecho argentino también se contempla el cohecho pasivo específico agravado por la calidad del agente receptor en el art. 257 del Código penal³⁵.

3.3.4. Cohecho activo genérico y específico.

Mediante el cohecho activo se intenta disuadir a los particulares y también a los funcionarios públicos de facilitar o colaborar en la corrupción de la administración pública. El delito de cohecho activo genérico (propio y el impropio) y específico se encuentran tipificados, reformulados ahora, en el art. 397 y 398 del Código penal peruano respectivamente. En el art. 397, párrafo primero y segundo, cualquier persona –se trata de un delito común o de sujeto activo indeterminado (“*El que...*”) que esté interesada en obtener algo del funcionario relacionado con el ejercicio de sus funciones, y para lograrlo trata de persuadirlo corrompiéndolo mediante los siempre aludidos factores corruptores: promesas o ventajas de cualquier índole.

En el art. 398 del Código penal peruano (cohecho activo específico) los medios corruptores empleados por el cohechante activo tienen una doble especificidad: por un lado, está dirigida a determinados sujetos que administran justicia en un sentido amplio, y por otro, está dirigida a influenciar en la decisión de dichos sujetos en un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Antes en el tipo penal se decía –con mala técnica- con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo.

La exigencia típica del art. 397 y 398, según la cual, para la configuración de estos delitos, se precisa que el cohechante activo *ofrezca, de o prometa*. La acción de “dar” es entregar algo, y el verbo “prometer” resulta ser lo mismo que “ofrecer”. Ahora, las acciones pueden llevarse a cabo personalmente por el agente activo (particular o por otro funcionario o servidor público) o a través de un intermediario –persona interpuesta- del agente activo. En el texto argentino se precisa en el art. 258 y 258 bis los verbos *dar u ofrecer y, ofrecer*” u “*otorgar*” respectivamente. Aunque habría que precisar que el art. 398 –tercer párrafo- del Código penal peruano excluye el verbo prometer y en su lugar ubica la expresión *corromper* que es una fórmula mucho más abarcativa que las anteriores y ubica un momento temporal de estrechez del pacto venal entre el abogado y funcionario público. Esta fórmula estaba en el texto original (art. 399 primer y segundo párrafo: “*El que trata de corromper...*”). En todo caso, el verbo corromper cumpliría mejor la función apelativa o comunicativa respecto a la ciudadanía, conciliando el lenguaje legal con el cotidiano y popular, y, sobre todo, evitaría posibles equívocos al intérprete y aplicador de la ley penal. En suma, resulta conveniente y útil la incorporación del abogado como sujeto

³⁵ Art. 257 *Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia*”

activo no sólo en su función individual –como estaba en la versión original– sino el abogado que forma parte de un estudio de abogados.

Con este precepto, lo que el legislador quiere, es adelantar las barreras de protección penal, tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, que se consuman instantáneamente al producirse la oferta para corromper. Basta para consumir el sólo ofrecimiento (delito instantáneo), el poner al alcance aunque no en la mano del funcionario el regalo de algún bien (o dinero, o crédito, o comercio sexual, etc.), no siendo necesario la efectiva entrega de la cosa por parte del sujeto activo. Alcanza con tentar al funcionario o tomar algo, siendo indiferente la aptitud que éste asuma, pues el delito se consuma tanto si acepta como si se rechaza el ofrecimiento³⁶. Todas las modalidades de acción requieren de la realización de una actividad (la emisión de una declaración de voluntad o la recepción de una dádiva, física o jurídicamente), pero no de la obtención de un resultado lesivo. La pretensión del sujeto activo tiene que ser al menos conocida por el funcionario. Si el funcionario o servidor público aceptó la proposición corruptora, su comportamiento se tipificará como cohecho pasivo.

En líneas generales el cohecho pasivo –propio e impropio– presupone un cohecho activo, pues el funcionario o servidor público no puede cometer por sí mismo el cohecho pasivo si el cohechante activo no ha dado, ofrecido o prometido el donativo, promesa, ventaja u otro beneficio para que realice u omita actos en violación o dentro de sus obligaciones funcionales. Por el contrario, puede existir la tipificación del cohecho activo (genérico y específico) sin que concurra un cohecho pasivo (por ejemplo, el funcionario no acepta la oferta corruptora). No podrá darse el cohecho pasivo si no se da de manera necesaria el cohecho activo, pero como tipos penales independientes y no como forma de participación criminal. Ahora bien, quien ofrece o promete puede actuar, por ejemplo, inculpable –por error *juris*– sin que ello obste a la comisión del delito por parte del funcionario público, en cuanto éste reciba lo ofrecido o acepte lo prometido con las finalidades previstas por la figura delictiva. Sin embargo, un caso especial – como hemos visto– es el segundo párrafo del art. 393, y segundo párrafo del art. 394 con las indicaciones que se han anotado.

En cuanto a la subjetividad del delito de cohecho (pasivo y activo) habrá que tener en cuenta lo siguiente. En el delito de cohecho pasivo se destaca, como es sabido, un ámbito de restricción subjetivo que se vale el legislador para direccionar la conducta típica. Así, el art. 393, párrafo primero y segundo: “...**para** realizar u omitir...”; art. 394, párrafo primero y segundo: “...**para** realizar u omitir...”. Asimismo, en el cohecho activo se precisa: art. 397 párrafo primero y segundo: “...**para** que realice u omita...”; art. 398 párrafo primero: “...**con el objeto** de influir...”. En estos casos hablamos de elementos subjetivos (específicos) del tipo o del injusto que la doctrina lo ha dividido en delitos de intención y delitos de tendencia. En

³⁶ CNCas. Pen, sala III, 11-8-99-“MP y otro s/Recurso de casación”, c. 1833, PJN Intranet (extraído de DONNA (Dir.), Revista de Derecho Penal, 2004-I, Pág. 408.

todos estos delitos nos encontramos en la primera modalidad³⁷, siendo –en consecuencia– un tipo incongruente por no corresponderse la parte subjetiva de la acción con la objetiva, por exceso subjetivo. Además que debe considerarse los supuestos de *error* como elemento cancelatorio de la tipicidad subjetiva³⁸³⁹. Por otro lado, uno de los aspectos de la reforma (que sería no-reforma) es la conservación subjetiva en el art. 395 pues disipa cualquier género de dudas, precisando el ámbito interno del agente otorgándole a éste un carácter de dolo directo, pues la recepción de los medios corruptores tiene que ser “...**a sabiendas** que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia”.

3.4. El delito de cohecho como forma de “encuentro” en los tipos pluripersonales.

La doctrina ha clasificado en cuanto a los sujetos activos se refieren en: tipos unipersonales y tipos pluripersonales. En los primeros creo que no habrá mayores problemas ya que constituyen la mayoría de los tipos de la Parte Especial, es decir, aquellos que para la consumación se necesita de la intervención de un solo sujeto activo que lleva adelante la conducta típica. En cambio los segundos –tipos pluripersonales– sí merecen especial consideración. Sus características generales son: a) varias conductas que componen el tipo penal; b) la estructura típica necesita de la intervención de dos o más personas; c) que dichas conductas formen parte del total del acontecer lesivo descrito en el tipo penal; d) que se trate de una única figura delictiva y de un mismo bien jurídico protegido (único delito); e) el reproche tendrá que ser personal, de manera que no tienen por qué correr idéntica suerte los demás intervinientes.

A los tipos pluripersonales también se le suele llamar “participación necesaria” o simplemente “codelincuencia”. La expresión participación necesaria no es del todo exacta, porque puede tratarse en el caso concreto de una coautoría y porque la cooperación en cualquiera de sus formas con otra persona no precisa haber alcanzado el grado de participación criminal⁴⁰. También no faltan autores que

³⁷ Cuando se alude “con el *fin*” es igual cuando se alude “*para* obtener provecho” en el delito de hurto y robo por ejemplo. En el delito de asociación ilícita también se prescribe “destinada *a cometer* delitos”. En otros delitos, en cambio, los elementos subjetivos ayudan a fijar el contenido preciso del injusto para descartar otros delitos, como por ejemplo, en el delito de contra el pudor de menores (art. 176-A CP) “El que sin propósito de tener acceso carnal...”

³⁸ Véase, en este sentido: Jfed. N 1 de Mendoza, sala B, 11-12-85 “F.c/GG.C y ot. P/Av Inf. Art. 259 del Cód. Pen –Compulsa de autos 40.107” LD textos- (extraído de DONNA, Edgardo Alberto; Revista de Derecho Penal, 2004-I, Pág. 410) “En el caso en examen, los procesados recibieron voluntaria y conscientemente no una dádiva, sino un regalo navideño, por cortesía, y en atención a las fiestas en que es práctica realizar estos regalos. No está acreditado, al menos sin duda alguna, el elemento subjetivo: dolo directo. El error ha alterado en el agente la significación jurídica presupuesta por la figura delictiva. Ricardo Levene, en Manual de Derecho Penal, Parte Especial, p. 541 dice “Es aquí necesario distinguir la dádiva de las simples atenciones que, aunque sean realizadas en consideración a su oficio, han sido impuestos por la costumbre y por ello no revisten antijuricidad”

piensan que existen tipos en que se requiere necesariamente la intervención de sujetos que actúan como partícipes necesarios y, sin embargo, son impunes, junto a otros cuya intervención también es necesaria, pero que pueden ser tanto autores como víctimas (Vg. art. 97 Código penal argentino). Por otro lado, la expresión codelincuencia tampoco resulta conveniente ya que tiende más a comprender una terminología de la escuela positivista desprovista del verdadero alcance que debe tener.

A mi entender, la mejor expresión es la de tipos *pluripersonales* y a su vez éstas pueden ser de dos maneras: delitos de “convergencia” y delitos de “encuentro”. En los primeros, las conductas se dirigen unilateralmente a un mismo fin, por Ej. las asociaciones ilícitas. En los delitos de convergencia en virtud de la ley penal todos los intervinientes en la ejecución del hecho punible serán considerados como autores directos, coautores, según el grado de su intervención. Cabe resaltar que en estos delitos no se plantea el verdadero inconveniente de la intervención pluripersonal.

Donde sí habrá que tener especial interés es en los delitos de encuentro, que existe cuando hay varias acciones que son coincidentes con la dirección volitiva, ya que esas coincidencias se impelen recíprocamente entre sí, de tal manera que el “encuentro” produce el efecto consumativo del respectivo tipo penal. En los delitos de encuentro las conductas se cruzan, dando lugar de este modo a la tipicidad, en forma tal que es necesario determinar en muchos casos cuál es el papel que juegan los distintos protagonistas. Estos delitos se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo *colabore* con el sujeto activo para llevar adelante las exigencias típicas, por Ej. el delito de cohecho pasivo⁴¹, porque para que exista como tal tiene que haber un cohechante activo, más allá de que resulte o no punible con arreglo a las demás categorías dogmáticas del delito; otro delito sería el de bigamia, entre otros.

En el Derecho alemán, los delitos de encuentro se refieren a los supuestos del favorecimiento de acciones sexuales de menores (parágrafo 180 del Código penal), donde la ley únicamente señala pena, en preceptos particulares para determinados intervinientes, mientras que deja a los demás impunes. En tales casos lo problemático en sí de la esencia de la participación o del sentido del correspondiente precepto penal se deduce que el interviniente necesario tampoco pueda ser castigado por inducción o por complicidad aunque desborde el papel que le atribuye el tipo de que se trate. En esta línea de pensamiento, Jakobs comentando los pormenores de los delitos de encuentro, distingue varias modalidades: por un lado, en algunos delitos sólo la interacción de varias personas

⁴¹ En contra, para el Derecho argentino: DONNA, tomo III, 2000, Pág. 214, quien sostiene que el delito de cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo. LAJE ANAYA / GAVIER, tomo III, 1996, Pág. 144, indican que la recepción o la aceptación de la promesa por parte del funcionario, es *subjektivamente convergente* con el fin perseguido por el autor del cohecho activo. Existen autores que explican que se trata de un delito bilateral. Así, SOLER, tomo 5, 1992, Pág. 207. NÚÑEZ, tomo V, II, 1992, Pág. 98.

de distinta trascendencia social hace posible un comportamiento delictivo frente al interviniente situado en posición de inferioridad. Por otro lado, distingue en la medida en que los partícipes son del mismo rango, en la cual habrá que distinguir de nuevo varias modalidades: cuando se trata de la prohibición de lesionar a otro incluso a pesar de la colaboración del lesionado; determinadas personas no pueden ser autores de un delito; si el motivo no excluye la responsabilidad por autoría es válido también para la responsabilidad del partícipe, también la participación es impune; entre otros⁴².

La jurisprudencia alemana propugna la punibilidad del interviniente necesario, cuando el mismo induce al hecho a la otra parte o le ayude en una “forma que sobrepase su papel”⁴³. Es decir, según el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana: a) Si la intervención del sujeto pasivo *no sobrepasa* la participación que requiere el tipo, permanece impune la conducta; b) Si el sujeto pasivo *sobrepasa* la intervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma innecesaria, su conducta debe castigarse. En España, Mir Puig se aparta de este planteamiento y sostiene que si el sujeto pasivo constituye siempre el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar *en todo caso impune*⁴⁴.

4. La corrupción de funcionario en el contexto de la criminalidad organizada.

4.1. Algunas notas con relación a la criminalidad organizada.

Hemos visto las dificultades que plantean la intervención de un sujeto o varios sujetos cuando la estructura típica necesariamente exige tal “colaboración” para la respectiva consumación. Ahora nos enfrentamos con el siguiente inconveniente: cuando todas esas intervenciones se realizan en un contexto donde existe una estructura jerarquizada, con férreas normas de funcionamiento interno, donde el poder decisorio recae en su cúpula, que tiene además una multitud de medios y sujetos dispuestos para llevar a cabo sus fines no necesariamente lícitos, sino que lindan con lo delictivo, cumpliendo simplemente las ordenes dictadas desde arriba.

Sabido es que la distinción entre autoría y participación se complica gravemente cuando el delito es cometido ya no por varias personas cada uno con distinto grado de intervención en su realización delictiva, sino que esas mismas personas son integrantes de grupos u organizaciones en cuyo seno se han diseñado planes conjuntos o han decidido la realización de acciones delictivas. En consecuencia la palabra “organización” resulta esencial en toda definición del llamado crimen organizado⁴⁵. Empero, organización no significa necesariamente cierta ordenación

⁴² JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 1997, Pág. 840 y ss.

⁴³ JESCHECK, Volumen 2, 1981, Pág. 969

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, Pág. 208 (las cursivas son del texto original).

⁴⁵ Es innegable el parentesco que existe entre las nociones próximas de delito de cuello blanco, económico o corporativo con el crimen organizado. Este parentesco ya estaba en el pensamiento de su

jerárquica de sus integrantes, ni una clara delimitación de funciones y competencia interna en un esquema rigurosamente estructurado. Es decir, puede darse el caso que dichas normas y estructura organizativa no sean tan rígidas, sino que existe, más o menos, un grupo de individuos que se juntaron sobre la base de un reparto de roles y tareas, y que se elija a uno de ellos como su jefe o cerebro de grupo, seguramente por su capacidad y destreza técnica, con lo cual se plantea el discutido tema del “jefe de la banda” y su responsabilidad jurídico-penal en hechos ilícitos que cometan sus subordinados. Debe quedar fuera de la concepción de “criminalidad organizada” el concepto de “banda” que sería un grado menos en la organización.

Las Conclusiones del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, en el listado de delitos figuran diecinueve modalidades de la delincuencia organizada, entre ellos figura el soborno y cohecho de funcionarios público, soborno y cohecho de funcionarios de partidos políticos y soborno y cohecho de representante elegidos⁴⁶. Existe, entonces, una criminalidad organizada para realizar delitos de cohecho, o mejor, asociaciones ilícitas para el soborno. En este sentido, en el contexto peruano la mencionada Ley 28355 también modificada la redacción del delito de asociación ilícita (art. 317 del Código penal) sancionando ahora al que “...*forma parte de una organización...*”, cuando antes sólo se mencionaba el hecho de “...*ser miembro de la agrupación*”.

Siguiendo en el Derecho peruano, cobra relevancia la temática de la criminalidad organizada en el ámbito funcional, pues la aplicación de algunas de las “Leyes anticorrupción” tienen como presupuesto la existencia, precisamente de una criminalidad organizada que se gestan “desde el Estado”, por parte de sus integrantes (sobre todo la legislación anticorrupción apunta aquellos funcionarios públicos que tienen la prerrogativa de acusación constitucional). En tal orden de ideas, por ejemplo, la Ley 27378 lleva como título “*Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la **criminalidad organizada***”. Asimismo, el art. 1 de la referida Ley tiene su ámbito de aplicación en la medida que sean: “1) *Perpetrados por una pluralidad de personas o por **organizaciones criminales**, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o **hayan intervenido funcionarios o servidores públicos** o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos*”. En otro contexto, la Ley 27379 establece que las medidas limitativas previstas en la Ley podrán dictarse, entre otros casos: (art. 1 numeral 1) a delitos perpetrados “...*por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o **hayan intervenido funcionarios o servidores públicos...***”. Reitera la misma Ley (art. 1 numeral 2) que “...*siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una **organización criminalidad***”.

fundador, Edwin SUTHERLAND, quien había señalado que, en el fondo, delito de cuello blanco siempre era crimen organizado (Así, VIRGOLINI, 2004, Pág. 187).

⁴⁶ En este sentido: BAIGÚN, David; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Buenos Aires, 2000, Pág. 12

4.2. Las vías de imputación individual utilizables para imputar comportamientos en el marco de la criminalidad organizada.

Como es sabido, Argentina y Perú se adscriben en el sistema de imputación penal exclusivamente individualista propias de las concepciones dogmáticas del injusto personal, y esto, obviamente imposibilita la imputación como la respectiva aplicación de la pena directamente a “organizaciones criminales”. Sin embargo, habrá que tener en cuenta lo siguiente: el conocimiento dogmático del Derecho vigente es presupuesto necesario para su acertada reforma. Antes de recurrir a modificaciones legislativas, la dogmática, que es el punto de partida y el límite máximo de interpretación intentará todo tipo de soluciones en el marco de su propia ley. Sólo así se comprobará con rigor que si no hay otra solución, con frecuencia se preferirá la reforma legislativa. Pero no pretendo ésta última solución, por que la dogmática jurídico-penal y el Derecho positivo contemplan algunas posibilidades de imputaciones individual. Una de las opciones se encuentra tipificada como infracción penal, que es la asociación ilícita, pero también enfrentaría con la siguiente dificultad: que las vías de imputación individual –ya sea desde la Parte General o Parte Especial- ponen el acento en aquel sujeto –o sujetos- que está situado jerárquicamente por encima de todo el personal por tener el control máximo de la organización. El problema se presenta porque no será el único miembro –por la pluralidad de personas que existen al interior de una organización o asociación criminal- que responderá penalmente por los delitos cometidos.

En suma, las vías de imputación individual utilizables en la criminalidad organizada son:

- a) En el ámbito de la autoría delictiva (dolosa) se ha pretendido el uso de las fórmulas de la *coautoría*⁴⁷, por la concurrencia de varias personas en forma inmediata y mediata, para situaciones de responsabilidad de las decisiones al interior de un grupo. Muñoz Conde dice que dentro de la coautoría debe distinguirse entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están

⁴⁷ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, Pág. 611. JAKOBS, 1997, Pág. 784: “Solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación de una unidad que abarque diversas aportaciones ejecutivas”. RIGHI, Esteban / FERNÁNDEZ, Alberto; *Derecho Penal, La ley, El delito, El proceso y la pena*, Buenos Aires, 1996, Pág. 303.

Como es sabido, la coautoría se rige por el principio de imputación recíproca, y sus requisitos son: decisión común (aporte subjetivo del hecho) que determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas, es otras palabras, el acuerdo de voluntades. Luego tenemos la realización común (aporte objetivo del hecho) que se fundamenta en el principio de trabajo, que a su vez fundamenta en dos aspectos: a) plan común, y b) contribución objetiva a la realización del hecho. Además, cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás formándose un todo unitario, realizando en la etapa de los actos de ejecución. Así, el art. 23º del CP peruano estatuye: “los que tomaran parte en la ejecución...”.

presentes en la ejecución del delito. Si el fundamento de la coautoría – agrega el autor- es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en la ejecución. “Solo así pueden calificarse también como autores de un delito, por ejemplo, no sólo al jefe y dirigentes de la banda que asuman funciones de decisión, dirección u organización estrechamente relacionadas con o que son parte integrantes fundamental de la realización del delito, sino también a los miembros de la misma que, sin intervenir en la ejecución, realizan durante la misma tareas de apoyo, vigilancia o transporte”⁴⁸. A mi entender, no veo que esta alternativa de imputación sea la más adecuada, porque según la propia definición de la coautoría funcional, los que dan las órdenes y el ejecutor directo ni siquiera se conocen y en modo alguno se hallan entrelazados sus comportamientos. La orden sólo tiene una única finalidad: desencadenar la acción típica.

Por otro lado, en estructuras verticales se recurre, generalmente a la calificación jurídica de la *autoría mediata* del superior jerárquico⁴⁹. Efectivamente, la doctrina penal ha ventilado determinados supuestos donde el instrumento (humano) es dominado por la voluntad de un “hombre de arriba” ubicado en un aparato organizado de poder⁵⁰. Esta

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial”, en: DONNA (Dir.), Revista de Derecho Penal, 2001-2, Buenos Aires, Pág. 761 y 762.

⁴⁹ ROXIN, Claus; *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid-Barcelona, 1998, Pág. 257 y ss. El mismo: “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, traducción de Carlos Elbert, en: Doctrina Penal, 1985, Buenos Aires, Pág. 402. MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz; *Derecho Penal. Parte General*, 2, traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, Pág. 355. STRATENWERTH, 1999, Pág. 242. HIRSCH, Hans Joachim; “Acerca de los límites de la autoría mediata”, traducción de Esteban Sola Reche y Michele Klein, en: Derecho Penal, Obras Completas, tomo I, Buenos Aires, Pág. 210 Este autor se muestra cauteloso y afirma que puede admitirse la autoría mediata en estos supuestos cuando “...el autor inmediato no puede, en virtud de la orden dictada, formar una decisión psíquicamente libre sobre su acción (...) si éstos no concurren, el autor inmediato es quien domina la realización de la acción y no quien le manda. Cuestión aparte –agrega el autor- es la de en qué medida podría ser apreciado un supuesto de coautoría”. AMBOS, Kai/ GRAMMER, Christoph; “La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Una cuestión de dominio de hecho por organización”, traducción de Eugenio Sarraabay, en: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, N 16, Buenos Aires, 2003, Pág. 168. SANCINETTI, Marcelo; *Teoría de delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, Pág. 713. El mismo: *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, 1988, Pág. 29. BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, Pág. 510. RUSCONI, Maximiliano A., en: Baigún /Zaffaroni/Terragni, *Código Penal y normas complementarias*, 2, Buenos Aires, 2002, Pág. 163. En forma implícita: ABOSO, Gustavo E.; “Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y el principio de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo Alemán (Busdesgerichtshof)” en: La Ley, 1999-B, Buenos Aires, Pág. 563.

⁵⁰ En este sentido: AMBOS, Kai; “Dominio del hecho por voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, en: Themis, N°37, Lima, 1998, Pág.188 afirma que “Las empresas no son criminales *per se*, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en

forma de autoría mediata ya no responde sobre situaciones donde el “hombre de adelante” actúa sobre la base de engaño o coacción, que en muchas ocasiones obra de forma plenamente responsable (autor directo), sino que ahora será sobre la base de la fungibilidad del ejecutor material y sobre la dirección (dominio) de la organización.

Los órganos decisores dentro de una organización criminal son los denominados “autores de escritorio” o “autores de despacho” que en sí mismo no colaboran en la ejecución (o durante la ejecución) del hecho punible, pero tienen propiamente el dominio del suceso típico, porque al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del “aparato” en la ejecución del hecho”⁵¹. Dichos aparatos pueden ser de organización estatal o no estatal⁵². En la cadena de mandos de esta forma operativa supone que la responsabilidad se hace mayor cuando se acerca gradualmente a la fuente de poder, e inversamente menor cuando se aproxima al ejecutor material del hecho.

También es posible encontrar la doctrina de autoría mediata en aparatos organizados de poder en la práctica judicial⁵³. El máximo exponente de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder lo es Claus Roxin, quien esbozó una revolucionaria tesis en este campo, como consecuencia del gobierno nacional socialista alemán en el

un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado”. Prosigue el autor que “Si la situación es diversa, es decir, si las “actitudes criminales” son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del “crimen organizado de modo similar a la mafia”, y por tanto en el grupo de casos aquí analizados. (Pág.189).

⁵¹ Véase, en este sentido, STRATENWERTH, 1999, Pág. 315.

⁵² Así, STRATENWERTH, 1999, Pág. 242 indica que el “...aparato de poder, sin embargo, no debe tener necesariamente carácter estatal; incluso, dentro de un sindicato de delinquentes se puede dar un dominio comparable en la organización”.

⁵³ En Argentina, cobró importancia, para los juzgamientos de los militares de las Juntas Militares que gobernaron dicho país entre los años 1976 y 1983, Kai Ambos cita la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, que advierte lo siguiente: “Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque **controlaban la organización** que los produjo (...). En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El **dominio** de quienes controlan el **sistema** sobre la consumación de los hechos que han ordenado es **total**, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería **automáticamente reemplazado** por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria (...). El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un **papel secundario** en la producción del hecho. **Quien domina el sistema domina** la anónima voluntad de **todos los hombres** que la integran” (citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*, Lima, 2002, Pág. 145-146).

Asimismo, existe la siguiente ejecutoria: “Es posible considerar como autor de un delito a quien, si bien no ha ejecutado directamente la figura típica correspondiente, ha mantenido total o parcialmente el dominio final de los acontecimientos mediante la utilización de una estructura organizada de poder, no siendo imprescindible que se halle en la cúspide de la estructura de poder, bastando la realización de su parte de conducta.aun en una relación de subordinación- que tienda a mantener en funcionamiento la mencionada organización”, Extraída de: DONNA/ DE LA FUENTE/ MAIZA/ PIÑA; *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 2003, Pág. 456

período de 1943 a 1945. La tesis apuntaba a raíz del “Caso Eichmann” en el año de 1963. Adolf Eichmann, era un alto funcionario nazi que planificó y puso en marcha actos de exterminio ejecutados materialmente por otros⁵⁴. Eichmann no cooperó ni al principio ni al final del hecho delictivo, más bien su intervención se limitó a pertenecer a eslabones “intermedios” de los mandos decisorios de la organización. Es decir, dicho sujeto con sus manos no hacía nada, no mataba a nadie, se trataba del “burócrata” o “autor de despacho” que fue juzgado y condenado como autor de los delitos de asesinato. Lo característico de la autoría mediata, para esta hipótesis, es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio en la decisión. Roxin explica que la fundamentación de la autoría mediata radica en el denominado “dominio de la voluntad”, porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino “en el poder de la voluntad conductora”.

- b) En el terreno de la participación criminal se ha admitido la figura de la *inducción*⁵⁵ del superior jerárquico sobre sus dependientes, porque entienden que éstos últimos –que son ejecutores directos– en la mayoría de situaciones tienen o mantienen una cuota de responsabilidad de dominio autónomo de los sucesos, porque poseen, entre otras cosas, el sistema de información. En línea se ubica, Donna, quien sostiene lo siguiente: “Pues bien, esta persona situada detrás de un autor libre tiene a nuestro juicio nombre y apellido, esto es, un inductor. Decirle a este sujeto autor es ampliar desmedida y peligrosamente el campo de la autoría, en desmedro

⁵⁴ El fundamento del dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann, también puede encontrarse en su defensa realizada por su abogado: “el defensor de Eichmann señalaba a su favor que de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataron a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor...” (ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., Pág. 271).

Pero también se le aplicó, en Alemania, para los casos del “Consejo Nacional de Defensa”. Se trata aquí del caso de los soldados de fronteras de la República Democrática Alemana que disparaban contra las personas que querían huir a la República Federal, o que los mataban colocando minas antipersonales. El BGH consideró a los guardas de fronteras como autores de un delito de homicidio (BGHSt 39, 31; 40, 232), pero condenó también a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana, a los que consideró responsables de las órdenes de matar, como autores mediatos.

⁵⁵ Según el art. 24º del CP peruano, es instigador “...quien determina a otro a cometer el hecho”. Por lo tanto se necesita dos elementos: a) Objetivamente la causación imputable, mediante un influjo psíquico suficiente intensidad en otro, con relación a los medios puede ser mediante consejos, una solicitud, una provocación, etc. b) Subjetivamente, que dicha causación sea dolosa. Aquí, se discute los casos del “agente provocador” que es aquel instigador que sólo quiere que el hecho principal sólo llegue al grado de tentativa. Es preciso que el inducido realice un tipo doloso de autoría. No puede ser objeto idóneo de la instigación el que ya estaba decidido a cometer el hecho concreto. El instigador responde en la medida que el hecho principal concuerde con su dolo. El hecho al que se instiga debe ser consumado o, cuando menos, constituir una tentativa. La instigación puede cometerse en la modalidad de co-instigación y la instigación accesoria. Tienen la misma penalidad el autor e instigador.

de conceptos que están firmes y legalmente reconocidos”⁵⁶. El mismo autor anota que “...no es posible aceptar la teoría del autor detrás del autor o que pueda existir un autor detrás de un autor que decidió libremente su acción”⁵⁷. Asimismo, autores como Herzberg y Köhler, entienden que en los casos de dominio organizativo los delitos cometidos por los ejecutores deben imputarse a los que se encuentren en las altas esferas del poder a título de inducción. La crítica incide en que el concepto de inducción, exige muchas veces una relación directa entre inductor e inducido que no se da en este tipo de situaciones, pues es evidente que quien da la orden es quien en última instancia, domina el suceso delictivo. También Malamud Goti sostiene que como “...sucedáneo de la autoría mediata puede construirse la responsabilidad de los funcionarios superiores como instigadores. Pero este procedimiento exige, una vez más, la existencia de dolo de los agentes, conforme al principio de accesoriedad”⁵⁸. Siguiendo con los partícipes, también se ha acudido a la fórmula de la *complicidad*⁵⁹ especialmente la

⁵⁶ DONNA, Edgardo Alberto; *Autoría y participación criminal*, Buenos Aires, 2002, Pág. 80

⁵⁷ DONNA, 2002, Pág. 79

⁵⁸ MALAMUD GOTI, Jaime; *Política criminal de la empresa. Cuestiones / Alternativas*, Buenos Aires, 1983, Pág. 39

⁵⁹ La complicidad criminal tiene dos clases: **la complicidad primaria y secundaria**. En la primera pasa centralmente por delimitar dos cuestiones: a) Cuándo se está frente a una complicidad primaria y cuándo a una coautoría. b) Cuándo se dice que la “colaboración” o “auxilio” es causal para la realización del hecho principal, o simplemente no es necesario. En la primera cuestión, el art. 25 del CP peruano describe “...sin el cual no se hubiere perpetrado”, lo que está describiendo es que la conducta del cómplice primario, en cuanto a su aporte, tiene que evaluarse a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Según ésta teoría, es causa de un resultado penalmente relevante (*conditio sine qua non*) toda condición que no pueda ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto. Para algunos autores, basta con que la conducta esté dirigida a favorecer o facilitar el hecho principal, que tenga una mínima conexión con la ejecución de éste. Para otros, por el contrario, se requerirá además una eficacia causal concreta de esa conducta en el resultado. LÓPEZ PEREGRIN, M^a Carmen; *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, Pág. 223 acota que la “Sola la aplicación de los criterios de imputación objetiva a la participación permite extender a este ámbito las garantías que se derivan de la aceptación de la norma penal como norma de motivación, dirigida a la prevención a través de la prohibición de conductas peligrosas”. La conducta del cómplice, en términos de imputación objetiva, no puede ser catalogada objetivamente como peligrosa *ex ante*, por que, como es sabido, para decidir la peligrosidad de la conducta se le suele recurrir al juicio de adecuación. Se olvidan que si bien la causalidad es un requisito indispensable para ésta temática, no es el único el requisito objetivo para imputar un resultado. Se tiene que plantearse la diferencia entre el ámbito ontológico y el normativo de la relación causal. En la complicidad primaria, el auxilio o colaboración del sujeto tiene que desarrollarse (siguiendo para ello a la accesoriedad cuantitativa, la secuencia del *iter criminis* externo), en la fase de los actos preparatorios, por que si se realiza en la etapa de ejecución, los aportes del cómplice se confundirían con los aportes de los coautores, claro uno “ayuda” y cambio, el otro “ejecuta”, pero en ambos casos será esencial, y en la práctica será difícil separarlos. MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, Pág. 406 y 407 sostiene que la cooperación necesaria del art. 28, b CP español debe tener lugar en la fase preparatoria o, si es simultánea a la ejecución del hecho, no ha de constituir una parte esencial del plan global de realización del mismo, pues de otro modo daría lugar a la auténtica coautoría del art. 28, primer párrafo CP español. La cooperación necesaria durante la fase ejecutiva será, pues, excepcional, ya que su carácter necesario la erigirá en principio en coautoría en sentido estricto. En cambio, no existe ninguna dificultad para que la “complicidad” del art. 29 CP, pueda prestarse tanto mediante anteriores (preparatorios) como simultáneos...”

primaria (cooperación necesaria), de los directivos o jefes en los hechos delictivos cometidos por los subordinados.

6. A modo de conclusión.

El sistema de tipificación en el delito de cohecho llevado a cabo tanto en Argentina como en el Perú está pensado en modelos que ya no responden a tiempos actuales, esto es, que los funcionarios y servidores públicos eran fundamentalmente catalogados como honestos, que nunca podría dudarse de su honestidad, y que los particulares eran los verdaderos corruptos dentro de la administración pública y quienes, en definitiva, impulsaban al acometimiento ilícito de la “coima”. Así, el empeño de algún sector doctrinal de seguir sosteniendo como regla general que en el cohecho como acuerdo vanal, debe necesariamente surgir de la iniciativa del particular corruptor, parece – actualmente- colapsar. Por tal motivo, el esquema de análisis del cohecho en los textos penales responden a una dualidad de *nomen juris* desfasada: “activamente” al particular (quien lleva adelante la conducta corruptora) y “pasivamente” al funcionario o servidor público (que es quien se deja corromper). Pero esta realidad ha cambiado, y ahora en muchas ocasiones, es el mismo funcionario público quien toma la iniciativa y solicita directamente algún medio corruptor previsto por la ley.

La criminalidad organizada es todavía una grave asignatura que casi todos los Estados aún tienen pendientes, que debe ser resuelto a través de un género cuadro de medidas para hacer frente a dicho fenómeno social y criminológico. La criminalidad organizada es en el fondo un concepto criminológico, que abarcaría desde las manifestaciones mafiosas tradicionales a modernas formas de criminalidad características de la sociedad de riesgos: la criminalidad medioambiental, la economía financiera, o incluso el fenómeno de la corrupción. En tal virtud, en la criminalidad organizada pueden cometerse hechos punibles que tengan como objetivo afectar intereses de la administración pública. En consecuencia, actualmente los actos de corrupción no se producen, generalmente, en virtud de partes individuales, sino en virtud de “partes organizacionales” (empresas y organismos públicos), donde lo “activo” y “pasivo” de la realización típica del cohecho responden a intereses de grupos. En todo caso, habría que hacer la distinción entre un “acto” o un “caso” de corrupción que en líneas generales resulta compatible con la redacción del modelo penal de definir actos individuales, con la de “sistemas” de corrupción.

En la complicidad secundaria, se entiende que en la complicidad secundaria, el aporte puede hacerse en la fase de los actos preparatorios, como en los actos ejecutivos, ya que su aporte no es esencial para efectos del plan total de cara a realizar el tipo penal. Así, por ejemplo, en la segunda parte el artículo 25 del CP peruano establece que la complicidad secundaria: “*de cualquier otro modo*”. Esto se corrobora por Ej. en el CP español, (art. 29) que estatuye: “*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”.

Hay una diferencia social y política fundamental entre los delitos vinculados con la corrupción y la comisión de algunos delitos convencionales, como el homicidio. En este caso, salvo situaciones excepcionales, no es habitual que los habitantes de una sociedad maten a otros. El Estado previene esa violencia y finalmente las agencias de control formal se ocupan de detectar y en su oportunidad de sancionarlos. En el fenómeno de la corrupción el punto de vista gira en torno diferente, por que las conductas que tienen como objetivo sobornar (a funcionario público) tienen como característica la habitualidad y son, muchas veces, tolerados socialmente que otros delitos.

La autoría y la participación en el seno de organizaciones (como en el caso Eichmann) sin lugar a dudas, trae a colación la figura de “autores de detrás del autor” (autor mediato con ejecutor directo doloso, o mejor dicho: “arriba del autor”). En otras palabras, unos de los problemas que debe enfrentar la autoría mediata en estructuras jerárquicas, es cuando el instrumento humano –el subordinado- obra consciente y voluntariamente en el hecho criminal. Esto nos lleva a la temática, aún no resuelta en la doctrina con claridad, del denominado “instrumento doloso” (*doloses werkzend*)⁶⁰. Como bien señala Rodríguez Mourullo, una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto de autor mediato y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediata⁶¹. Pues el recurso de la autoría mediata acabaría sustituyendo la responsabilidad individual por una difusa responsabilidad colectiva.

Lo que sí es claro, es que en la autoría mediata en estructuras jerárquicas puede admitirse una coautoría, ya que no debería existir ninguna contraposición entre uno y otro concepto (coautoría entre autores mediatos). Ahora bien, cada

⁶⁰ En el instrumento doloso se distinguen dos situaciones:

- a) Si el ejecutor directo actúa con la voluntad requerida por el dolo pero sin la especial intención o elemento subjetivo distinto del dolo o del injusto que requiere el tipo penal (“**instrumento doloso sin intención**”). Son razones subjetivas que lo impiden. Para suplir esto, se propuso considerar autor mediato al instigador y cómplice al ejecutor inmediato.
- b) Si el ejecutor directo, actúa con pleno conocimiento, pero no concurre la cualidad personal que el tipo exige para ser autor idóneo (“**instrumento doloso no cualificado**”). Son razones objetivas. A su vez cabe distinguir dos casos: posible autoría mediata del sujeto no cualificado (*extraneus*), que se sirve de un cualificado (*intraneus*) para realizar un delito especial y posible autoría mediata del *intraneus* que se sirve del *extraneus* para realizar el delito. En el primer caso, se parte de la premisa que los delitos especiales no pueden ser cometidos por cualquier persona, vale decir, quien no puede ser autor directo, no puede ser autor mediato. En delitos especiales propios, como el instrumento no realiza un hecho principal en el que fundamentar la responsabilidad del extraño no cabe acudir ni a la inducción ni a la complicidad, por la que la conducta del instigado sería impune. En los delitos especiales impropios, por el contrario, no habría problema en considerarlo autor mediato o indirecto del delito común básico que aparece conectado con el delito especial. En el segundo caso, nada impide que un sujeto cualificado utilice a otro no cualificado como instrumento para cometer un delito especial. Acá impera el principio inverso del caso anterior, quien puede cometer un delito por sí mismo, puede realizarlo a cabo también mediante un instrumento. Queda exceptuado los delitos de propia mano.

⁶¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; “El autor mediato en Derecho penal español”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1969, Pág. 467

actividad del aparato que se prolongue de modo no autónomo puede tener el efecto de fundar una participación. Quien solamente actúa en función de consejo, quien proporciona medios de existencia será considerado cómplice. De la misma forma el denunciante que está fuera del aparato sólo es un instigador, porque él, puede influir en la decisión de otro a cometer delitos⁶². El dominio de la organización necesita, en definitiva, una mejor fundamentación (¿se trata de una fungibilidad “abstracta posterior” en vez de “concreta”?), que entienda normativamente el principio de la responsabilidad. No debe olvidarse, además, que en el autor mediato –no en el instrumento- también deben concurrir todos los elementos de la culpabilidad como en cualquier supuesto de imputación individual.

⁶² ROXIN; “*Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*”, cit. Pág. 407

**UNIDAD II: EL DELITO DE COHECHO Y LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN
LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL PERUANO.**

- 2) Rojas Vargas, Fidel. "Delitos contra la administración pública",
editorial Grijley, tercera edición, Lima-2003, p. 583 y ss.**

2

Negociación incompatible

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo y pasivo. V. Comportamientos típicos: a) *Interesarse directa o indirectamente o por acto simulado*. b) *El objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación*. c) *Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional*. VI. Elemento subjetivo. VII. Consumación y tentativa. VIII. Participación. IX. Penalidad. X. Concurso de delitos. XI. Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*. 2. *Causas de justificación*. 3. *Causas de exculpación*. XII. Problemática. XIII. Legislación extranjera: 1. *España (1870)*. 2. *España (1995)*. 3. *Francia (1810)*. 4. *Italia (1930)*. 5. *Argentina (1922)*. 6. *Portugal (1982)*. 7. *Colombia (1980)*. 8. *España (1995)*.

Art. 397: "El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años [Texto según la modificación efectuada por el Artículo Único de la Ley Nº 27074 de 26 de marzo de 1999]".

I ANTECEDENTES LEGALES

La fuente directa se halla en el artículo 345 del Código penal de 1924⁽⁶⁰⁷⁾: "*El funcionario o empleado público que directa e indirectamente se*

⁽⁶⁰⁷⁾ Artículo que a su vez tiene su precedente en el artículo 201 del código de 1863. Ambos textos punitivos tienen idéntica redacción típica, salvo en la penalidad, ya que en el código de 1863 sólo se sanciona con inhabilitación y multa.

interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación adjudicación o participación intervienen y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias".

La fuente legislativa extranjera se halla en los artículos 175 del Código penal francés de 1810 ⁽⁶⁰⁸⁾ y 324 del Código penal español de 1850, que sirvieron de matrices para las fórmulas peruanas de 1863, 1924 y 1991, argentina de 1922 (actualmente vigente) y colombiana de 1936 y 1980.

II. LA FIGURA PENAL

El modelo peruano de negociación incompatible de funcionario o servidor público tiene gran similitud con los modelos colombiano (art. 145) y argentino (art. 265). En este último las modalidades de interés ilícito pueden producirse directamente, por persona interpuesta o por acto simulado. En la figura peruana puede ser directa o indirectamente o por acto simulado. Dos maneras de significar lo mismo. Cabe destacar que la norma penal nacional a diferencia de la argentina no ha consignado expresamente el componente provecho patrimonial (en beneficio propio o de tercero).

Se trata de una figura de incompatibilidad de cierta generalidad al no especificarse la naturaleza del contrato u operación que, como se apreciará del análisis a realizar, tiene grandes similitudes con el delito de colusión defraudatoria contenido en el art. 384 del Código Penal, con las obvias diferencias que en la negociación no es requerible la concertación ni la existencia de perjuicio; esto último explica la penalidad menor del art. 397. El legislador peruano ha preferido ubicar esta figura en el rubro de corrupción de funcionarios, a diferencia del español que lo considera una forma de fraude ilegal (Código penal de 1973) o un delito incluido en el rubro "negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos" (Código penal de 1995). Por

⁽⁶⁰⁸⁾ Véase *infra*, p. 595.

su parte, la legislación penal argentina ubica este tipo penal en un capítulo autónomo denominado "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas". A efectos de una mejor sistematización, esta figura penal –de *lege ferenda*– deberá ser reubicada a continuación de la colusión defraudatoria, ya que se trata de una modalidad atenuada de la misma.

Este tipo penal merece cuestionamientos no por su existencia como sostiene ABANTO VÁSQUEZ ⁽⁶⁰⁹⁾, sino por su ubicación sistemática, que al igual que la figura de colusión defraudatoria exige una Sección independiente integradora de "las negociaciones e incompatibilidades de los funcionarios y servidores públicos". No es exacto equiparar la negociación incompatible a una fase de tentativa del delito de colusión defraudatoria, pues éste posee un componente de tipicidad objetiva que le es inexistente a aquélla; en efecto, "el concertarse con los interesados" es el elemento que la define normativamente y que se halla ausente en el tipo penal 397.

II BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a los de ella. Se busca también mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales obtenidas.

La jurisprudencia argentina ha resumido en un feliz desarrollo conceptual el tema del bien jurídico, cuando señala: "El objeto tutelado en la figura del artículo 265 del Código Penal es el interés del Estado en el fiel y debido cumplimiento de las funciones de la administración en sentido amplio: de modo tal que la conducta de sus funcionarios no

⁽⁶⁰⁹⁾ ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 446.

sólo esté claramente orientada en un sentido imparcial sino que se encuentre fuera de cualquier sospecha de parcialidad"⁽⁶¹⁰⁾.

Para ANTOLISEI el fin de la norma es asegurar el desinterés del funcionario público en el ejercicio de sus funciones ⁽⁶¹¹⁾.

Resulta discutible que el bien jurídico específico sea preservar la *imparcialidad* ⁽⁶¹²⁾, con la que debe guiar sus *actuaciones* el funcionario o servidor legitimado para intervenir en las *contrataciones* a nombre del Estado, pues como ya se ha indicado reiteradamente dicho funcionario no puede actuar *imparcialmente* sino en estricta *sujeción* a los *intereses* públicos.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo el funcionario o servidor público con facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo. La autoría puede ser simple o colegiada (coautoría). De emplear el autor terceras personas que ejecutan el acto de interesarse (modalidad de comisión indirecta del delito), éstas serán sus cómplices, de comportarse dolosamente, dada la imposibilidad que compartan roles de coautoría con el sujeto especial, pese a lo decisivo que pueda representar su aporte material. De no existir vinculación en razón al cargo o función en el interés ilícito del funcionario o servidor, el supuesto de hecho ilícito será atípico de esta figura.

Hay que enfatizar que la calidad funcional requerida por este tipo penal con relación al autor se concuerda con el rol que juega éste en la estructura de la negociación o contratación. En efecto, no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo. Esta restricción establecida por la norma penal pareciera que excluye a los que sólo cumplen encargos o delegaciones sin estar referenciadas en los deberes del cargo.

⁽⁶¹⁰⁾ Sentencia de la C. Fed. de Córdoba, Sala Crim., 11 de mayo de 1981. "Rodríguez Roberto" (DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 316).

⁽⁶¹¹⁾ ANTOLISEI: *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, pp. 629 y 314. MANZINI: *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 36.

⁽⁶¹²⁾ Véase por ejemplo, defendiendo tal posición, ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 446.

Es sujeto pasivo genérico del delito el Estado. Las diversas reparaciones públicas o estrictamente estatales pueden constituirse en sujetos pasivos específicos directamente afectados en grado de peligro por el comportamiento ilícito del funcionario o servidor público, y a quienes beneficiará la reparación civil.

COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El verbo rector es: interesarse.

Modalidades de comisión: **a)** directamente; **b)** indirectamente; **c)** por acto simulado. Cada una de las cuales configura un ilícito penal propio o combinable.

Los componentes materiales del comportamiento típico son tres:

a) Interesarse directa o indirectamente o por acto simulado

El interés típico del artículo 397 no tiene una acepción declaradamente genérica, ni el sentido directo de provecho o utilidad que en una de sus múltiples acepciones contiene el término interesarse, sino el de interferencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales. CREUS condensa bien esto cuando indica "interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros" ⁽⁶¹³⁾. El interés puede surgir antes del contrato (acto preparatorio aún no punible), durante la ejecución del mismo o en la fase de liquidación ⁽⁶¹⁴⁾ y puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas.

Hay que notar, que el componente normativo en análisis es "se interesa", lo cual excluye del ámbito de tipicidad intereses futuros o hipotéticos, ya que la norma penal está construida sobre actos en tiempo presente y directamente vinculados a determinadas actividades en las que intervienen los sujetos públicos.

⁽⁶¹³⁾ CREUS: *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 309.

⁽⁶¹⁴⁾ CAMAÑO ROSA ("Delitos contra la administración pública en el Código penal", cit., p. 63) acota que la intervención interesada puede ocurrir en el proyecto, redacción, notificación, modificación, revocación, anulación y ejecución.

Nuestra legislación penal no dice nada acerca de la *naturaleza de dicho interés*, a diferencia, por ejemplo, de la colombiana (art. 145) que habla de *interesarse* en provecho propio o de un tercero, o el portugués (art. 427) que refiere el interés del funcionario para obtener participación económica ilícita para sí o un tercero; o de la italiana (art. 324, derogado) que extendía el interés del funcionario a cualquier acto de la administración pública en función a un interés particular amplio ⁽⁶¹⁵⁾. Como afirma CAMAÑO ROSA, "no es necesario que dicho interés privado ~~entre~~ en conflicto con el interés público, basta que sea incompatible funcionalmente, pues aquí se castiga la conjunción de los intereses" ⁽⁶¹⁶⁾.

Dos son las posiciones dadas sobre la naturaleza del interés: **1** se trata de un interés en procura de provecho o ventaja económica para sí o para un tercero (GARRAUD, MERLE, VITU, en la doctrina francesa); y **2** el interés posee naturaleza amplia, no sólo económica, basta que sea incompatible funcionalmente (SABATINI, MANZINI, ANTOLISEI, DELPINO, en la doctrina italiana). Roger MERLE y André VITU, por ejemplo, sostienen que es objetivo del art. 175 del Código penal francés el luchar contra el espíritu de lucro de los funcionarios públicos en la gestión de los negocios públicos ⁽⁶¹⁷⁾. MANZINI, por su parte, explica que el interés puede ser por un fin ilícito particular de la naturaleza que fuere en provecho propio o ajeno ⁽⁶¹⁸⁾. Se aprecia así el peso de la doctrina francesa en nuestros legisladores que decidieron por considerar al delito de interés ilícito como una forma de corrupción.

La polémica de carácter histórico entre ambas escuelas obedece en realidad a la especial configuración de los componentes típicos de los artículos 175 francés y 324 italiano ⁽⁶¹⁹⁾, donde en el primero se alude

⁽⁶¹⁵⁾ Ver *infra*, p. 596.

⁽⁶¹⁶⁾ CAMAÑO ROSA: "Delitos contra la administración pública en el Código penal uruguayo", cit., p. 63.

⁽⁶¹⁷⁾ MERLE, Roger y VITU, André: *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, Paris, Editions Cujas, 1982, p. 297.

⁽⁶¹⁸⁾ MANZINI (*Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 318) indica que: "en lo que concierne a este interés del oficial público, es de observar que su ingerencia en relación al acto, puede adoptar una forma cualquiera: *activa*, desde la simple propuesta de una orden del día, el voto, la decisión, el co-interés financiero, la recepción de una dieta, el aprovechamiento en beneficio propio de ventaja únicamente concedidas a las entidades públicas; u *omisiva*, como cuando el oficial público no se retire una vez surpasa la incompatibilidad específica".

⁽⁶¹⁹⁾ Véase *infra*, pp. 595-596.

expresamente a *affaires* (negocios) y en el segundo se habla de "*cualquier acto*" de la administración pública.

Tanto el Código penal argentino como el peruano siguen en este punto la orientación francesa, razón por la cual son válidas plenamente las interpretaciones que sobre su contenido y naturaleza efectúan los doctrinarios argentinos. Se trata de injerencias infuncionales donde el interés del funcionario o servidor, dado la naturaleza de los actos en que interviene, reviste naturaleza económica (provechos, ventajas, etc.).

Interesarse de forma directa es la primera modalidad prevista en la ley penal peruana. Y ello implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria, ejecución, etc., del contrato u operación.

Interesarse en forma indirecta es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas (el caso típico del uso de testaferros), pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos que participan o tienen de hecho niveles de injerencia, quienes se ubican en el ámbito de los actos de dominio y control del sujeto activo del delito para sus fines ilícitos. Dichos intermediarios juegan aquí el papel de cooperadores o cómplices y según el caso pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato.

Interesarse mediante acto simulado es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales; es negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o en una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes. El acto simulado, dice FONTÁN BALESTRA, es aquel que contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido ⁽⁶²⁰⁾.

b) El objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación.

Los contratos en los que es parte el Estado son variados y numerosos y se refieren a negociaciones obviamente lícitas de contenido

⁽⁶²⁰⁾ FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 146.

múltiple, no sólo económico (de servicios, culturales, económicos, de obras, etc.), de derecho privado o público. Como precisa ALBERTO MILLÁN, la incriminación funciona para todos los contratos que realiza el Estado cualquiera sea el carácter y materia en que actúa ⁽⁶²¹⁾.

Las *operaciones* son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos (licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiación, etc.). El objeto de la norma penal al emplear este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.

Queda claro entonces que el interés ilícito del funcionario o servidor público tiene naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden tener diversidad de líneas (económicas, culturales, de servicios, etc.).

c) Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional

El funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función a las prerrogativas de su cargo, puesto o empleo en la administración pública. Ello supone que: **a)** es inherente al ámbito de su competencia el ser parte en el contrato u operación; **b)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo.

El acto de intervenir es legítimo, el interés particular puesto de manifiesto es ilícito y se inscribe en el contexto del régimen de incompatibilidades del funcionario o servidor público que deberá ser previamente dilucidado en vía administrativa.

Para que se produzca el delito de negociación incompatible debe producirse el conflicto de compatibilidades. El funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado. Pero, sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal, tornándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional ⁽⁶²²⁾. Ni el Esta-

⁽⁶²¹⁾ MILLÁN, Alberto S.: "El delito de negociaciones incompatibles", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, enero-marzo, Buenos Aires, 1970, p. 30.

⁽⁶²²⁾ A esta situación SOLER (*Derecho penal argentino*, cit., T. VI, p. 189) llama el desdoblamiento de la personalidad del funcionario: a un tiempo resulta intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado particular y como órgano del Estado.

do está representado por el sujeto especial, ni éste cumple con las obligaciones de su cargo: el interés personal entra en colisión con el interés de la administración pública, circunstancias en las cuales el control estatal, primero administrativo y –de reunir las características de relevancia– luego el penal, interviene.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo es doloso. Requiere dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La figura penal de negociación incompatible es a todas luces un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no requiere para su consumación que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado ⁽⁶²³⁾; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro donde se castiga el interés tendencioso e ilícito del funcionario o servidor.

No se requiere, asimismo, que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de éste sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la administración pública. El agente puede interesarse para sí en una parte del contrato u operación y en lo que resta asumir el interés de la administración estatal, situación en la cual igualmente se habrá consumado el delito. Es debatible la relevancia penal de la hipótesis en la cual el acto de interesarse indebidamente le reporte mayor beneficio a la administración pública en la celebración del contrato o la negociación, además del probable interés conseguido u obtenido por el agente, si es que no existía una forma posible de evitar la producción de tal interés sin perjuicio para con el Estado o cuando la inexistencia del mismo hubiera propiciado situaciones desventajosas para los intereses económicos de la administración pública. Se impone aquí invocar prin-

⁽⁶²³⁾ Véase tesis afirmativas y negativas sobre este punto MOLINA ARRUBLA: *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 280-281.

cipios generales de mínima intervención y última ratio, dejando a la esfera administrativa la solución del conflicto.

Las modalidades de tentativa son muy discutibles. Si el acto de interesarse admite fragmentación y un *iter* espaciado, puede hablarse de tentativa. Pueden darse situaciones de delito continuado y de permanencia. El tipo es fundamentalmente de comisión activa que no descarta por lo mismo omisiones relevantes.

VIII. PARTICIPACIÓN

En los actos de contratación administrativa pueden concurrir aportes de dominio y control del hecho (propio de los autores) como actos de cooperación secundaria e instigación atribuibles a particulares e incluso a funcionarios o servidores que no poseen vinculación funcional con los contratos u operaciones, y cuyo contexto de participación puede adquirir diversas manifestaciones (intermediarios, facilitadores de las negociaciones con intencional orientación de las mismas, terceros negociadores que sirven a los intereses del funcionario o servidor vinculado, etc.). En los actos de interesarse ilícitamente, por tratarse de un delito de peligro de imputación personal, sólo cabe pensar en la hipótesis de instigación al interés ilícito atribuible a particulares o a sujetos públicos desvinculados funcionalmente.

IX. PENALIDAD

Penalidad promedio para los delitos cometidos por sujetos públicos: 2 a 5 años de privación de libertad más la inhabilitación de ley como pena accesoria (art. 36, incisos 1 y 2 del Código penal).

X. CONCURSO DE DELITOS

Pueden generarse situaciones de concurso con los tipos penales de colusión defraudatoria (art. 384), tráfico de influencias (art. 400), de pública (arts. 427, 428), patrocinio ilegal (art. 385).

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Hay atipicidad al no existir vinculación entre el comportamiento del funcionario o servidor consistente en interesarse y el cargo o función. No existencia de referentes de incompatibilidad.

2. Causas de justificación

- Obrar bajo orden obligatoria de autoridad competente.
- La autorización formal dada por un superior jerárquico o entidad autorizada no permite justificar la antijuricidad del hecho.
- La posición de garante que ocupa el sujeto público no permite la presencia de las demás causas justificantes o permisos para obrar contra el derecho.

3. Causas de exculpación:

- El error de prohibición invencible. Cuando el comportamiento del sujeto activo obedece a la firme creencia de que en el ámbito de acción en que actúa el hecho no está prohibido por la norma o no ingresa el régimen de incompatibilidades funcionales, o que la ley permite el interesarse al no haberlo prohibido expresamente.

XI. PROBLEMÁTICA

- 1)** *¿En el caso que el funcionario o servidor se interese para favorecer concertadamente a otro funcionario de jerarquía superior, abarca también el tipo de negociación incompatible esta situación?*

Sí, ambos serán comprendidos como coautores del delito.

- 2)** *¿Es comisible el delito de interés ilícito en contrato u operación por omisión?*

Sí, es posible que se presente en la modalidad que se perfecciona por acto simulado, en la que por la naturaleza misma de la simulación es dable admitir comportamientos omisivos con carga intencional comisiva, perpetrada en tal caso por terceros.

- 3)** *¿Influye en algo el hecho que el funcionario antes de adquirir tal calidad haya estado interesado en los contratos u operaciones como particular?*

La figura plantea dos situaciones: **a)** la del particular que accede al cargo; y **b)** la del funcionario que asume tales funciones. Es irrelevante para configurar el delito; puede ser invocado por el juez como un elemento a tomar en cuenta para determinar pena.

- 4) *¿Si el contrato en el que interviene el funcionario o servidor en razón a su cargo, es nulo ipso iure, el interés particular puesto en él por dicho sujeto sigue siendo típico?*

El caso es debatible. Se puede argumentar la inidoneidad del elemento normativo principal que hace atípica la figura, quedando subsistente la relevancia administrativa en los actos del sujeto público. Pero con igual fuerza argumentativa se puede aducir distintamente en función al sentido de peligro del término *interesarse*.

- 5) *¿El consentimiento o la complacencia puesta por el superior jerárquico o la entidad administrativa al comportamiento del funcionario o servidor que se interesa ilegalmente, justifica la antijuricidad del delito, es decir, justifica ante el derecho tal conducta?*

No. En tal supuesto el superior jerárquico comete el delito del art. 377 del Código penal, si es que no existe concierto; de producirse será coautor de negociación incompatible o cómplice según el grado de sus aportes.

- 6) *¿Si producto del interés ilícito del funcionario o servidor se produce ventaja o utilidad económica para el Estado, pierde tipicidad o contiene menor grado de injusto penal el delito?*

Por regla general tal circunstancia es irrelevante, el delito igualmente se habrá consumado. La figura penal del art. 397 no castiga el cumplimiento del acto (contrato u operación), ni la verificación del beneficio o perjuicio, sino el interés particular puesto por el funcionario o servidor violando sus deberes funcionales. Sin embargo, en situaciones límites donde el interés particular e indebido administrativamente del agente produce un contexto evidente de ventajas a la administración pública, habrá que estar a los principios que guían el ordenamiento penal peruano ⁽⁶²⁴⁾.

- 7) *¿Si el funcionario o servidor que se interesa ilegalmente recibe donativo promesa o ventaja, existe concurso de delitos?*

Sí, en una unidad jurídica de acción se ha producido las figuras de negociación incompatible (art. 397) y cohecho pasivo (art. 393). Existe concurso ideal de delitos, el sujeto especial será juzgado por ambos delitos.

⁽⁶²⁴⁾ Véase *supra*, p. 591 ("Consumación y tentativa").

**UNIDAD II: EL DELITO DE COHECHO Y LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL PERUANO.**

- 3) **Díaz-Maroto y Villarejo, Julio. “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales.” En: Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Ángel Gaspar Chirinos y Raúl Ernesto Martínez Huamán (Directores). Gaceta Jurídica. 2015.**

LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES¹

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO

Catedrático acreditado de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid.

I. Introducción.- II. La respuesta del Código Penal español.- III. Análisis de los tipos penales: 1. Bien jurídico protegido. 2. Sujetos y responsabilidad de las personas jurídicas. 3. Los funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales. 4. Comportamiento típico: a) Modalidades. b) Objeto material. c) Por sí o por persona interpuesta. La mediación. d) *Iter criminis*. 5. Aspecto subjetivo. 6. Participación. 7. Competencia y corrupción pasiva. 8. *ADDENDA*.

I. Introducción

El fenómeno de la corrupción, en cualquiera de sus vertientes, sea social, económica o política, ocupa buena parte de las reflexiones y preocupaciones del mundo actual, constituyendo uno de los temas estrella dentro de la política criminal internacional, señalándose² que la corrupción es considerada hoy en día como un gran problema social que puede poner en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedades, amenazar el

¹ El texto se corresponde con el publicado en 2013 en la Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales, vol. II, nº 2, pp.23-50. En la *Addenda* se indican las correcciones realizadas al tipo penal en la actual tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Penal, y que, habiendo sido ya aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del 21 de enero de 2015, no parece que vaya a sufrir cambio alguno en su paso por el Senado.

² Cfr. HUBER, Bárbara. *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*, Revista penal, núm. 11, enero 2003, p.41. Según datos a 2011 de la Comisión Europea, cuatro de cada cinco ciudadanos de la UE consideran que la corrupción es un problema muy grave en su país y subrayan que es necesario un compromiso político más firme para luchar contra este delito y los daños económicos, sociales y políticos que causa, calculándose que la corrupción tiene un coste anual de 120.000 millones de euros, aproximadamente el 1% del PIB de la UE. A partir de 2013, la Comisión publicará cada dos años un informe anticorrupción que constituirá un mecanismo de vigilancia y de evaluación propio de la UE. El informe recogerá las tendencias y las deficiencias a las que habrá que dar solución y estimulará el intercambio de mejores prácticas, permitiendo percibir mejor los esfuerzos realizados y los problemas planteados así como las causas de la corrupción.

desarrollo social, económico y político y arruinar el valor de la democracia y la moral³. Es más, desde el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), se ha llegado a afirmar que la corrupción representa el más peligroso de todos los fenómenos patológicos sociales porque no ataca al Estado, sus instituciones y los principios básicos de la democracia desde fuera, sino que los “corroe desde dentro”, como parte integrante de cada administración pública⁴. La cuestión requiere, pues, una tarea importante de estudio y cooperación, sobre todo en un mundo inmerso en un proceso de globalización como es el actual⁵.

Precisamente, en un mundo globalizado se sienten con mayor urgencia las necesidades de que un fenómeno tan extraordinariamente dañino como es la corrupción encuentre vías de solución desde, en lo que aquí atañe y dejando aparte otros aspectos, el prisma estrictamente penal⁶. Es más, incluso se ha considerado ese marco de la globalización como una de las causas destacadas de la creciente intervención jurídico-penal en el ámbito económico, pues el soborno internacional es un fenómeno cuyas consecuencias desconocen las fronteras y, por eso, la lucha sólo será eficaz si se contempla desde la cooperación internacional⁷. En todo caso, ni ello parece fácil, ni

³ Sobre los efectos económicos y sociales de la corrupción, vid. MALEM SEÑA, Jorge F. *La corrupción*, Barcelona 2002, pp. 177-186.

⁴ Vid. KOS, Drago. *Seguimiento de los esfuerzos contra la corrupción en Europa*, en Revista penal, núm. 16, julio 2005, p. 54. El GRECO es un órgano de trabajo del Consejo de Europa, creado en 1999, cuyas actividades están dirigidas a la lucha contra la corrupción en sus Estados miembros, mediante evaluaciones mutuas y formulación de recomendaciones tendentes a establecer unos estándares mínimos armonizados en la materia.

⁵ Vid. TEUBNER, Gunther. *Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el estado*, en “Derecho penal y política transnacional”, (Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio, coords.), Barcelona 2005, p. 31, quien indica que “la globalización es un proceso policéntrico, en el que diversos ámbitos vitales superan sus límites regionales y constituyen respectivamente sectores globales autónomos”.

⁶ Vid., por ejemplo, VOGEL, Joachim. *Derecho penal y globalización*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 9, (“Globalización y Derecho”), 2005, edición a cargo de Manuel Cancio Meliá, pp. 113 y ss.

⁷ Vid.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia 2003, pp. 49 y ss. En España, la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada interviene en los procesos penales relacionados con los delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales (art. 19, cuatro, ñ) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, tras las modificaciones operadas por la Ley 24/2007, de 9 de octubre.

podemos negar la dosis de escepticismo que existe sobre las posibilidades del derecho global para una suficiente realización del ideal del imperio de la ley en éste y en otros campos⁸.

Aunque es cierto que no existe un concepto unívoco o unitario de corrupción, con carácter general en casi todos los intentos de definición aparecen normalmente tres elementos: el abuso de una posición de poder, la consecución de una ventaja patrimonial a cambio de su utilización y el carácter secreto del pago, poniéndose de relieve la necesidad de concurrencia de dos partes para que la misma llegue a perfeccionarse⁹. Todo ello nos acerca a la figura del soborno o del cohecho, como se prefiere enunciar en nuestro Derecho, afirmándose con razón, que el cohecho es “el más prototípico delito de corrupción”, o, que el verbo “corromper” se identifica con el de “sobornar”¹⁰.

Tomando en cuenta que el concepto de corrupción es dúctil y heterogéneo, desde el prisma de concebirlo como categoría jurídico-penal, sólo puede ser entendido como un concepto legal de referencia, que nos sirve para englobar como ámbito material de estudio una serie de delitos en los que puede verse lesionado o puesto en peligro el correcto ejercicio de la función pública a través de actuaciones que se desvíen del interés general reportando beneficio económico personal a sus autores¹¹. Generalmente, como señaló TIEDEMANN, las gratificaciones se dan para asegurarse ventajas en la aplicación de la ley, para garantizar la aprobación de un contrato proyectado o para incentivar el desempeño de funciones que el funcionario está obligado a cumplir como parte de su cargo, es decir, sin gratificación adicional alguna¹².

⁸ Vid. LAPORTA, Francisco J. *Globalización e imperio de la Ley. Algunas dudas westfalianas*, en “Globalización y derecho”, *cit.*, pp. 177 y ss. Vid., también, con carácter más general, PASTOR, Daniel R. *El poder penal internacional*, Barcelona 2006, *passim*.

⁹ Como señalara DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *La respuesta a la corrupción pública*, Granada 2004, pp. 3-4.

¹⁰ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, en “El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos”, Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torío López, Granada 1999, p. 868.

¹¹ Cfr. CONTRERAS ALFARO, Luis H. *Corrupción y principio de oportunidad penal*, Salamanca 2005, p. 152.

¹² Cfr. TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, Barcelona 1985, p. 63.

II. La respuesta del Código Penal español.

La Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, modificó el Código Penal de 1995 añadiendo un nuevo Título XIX bis al Libro II del CP, que denominó “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, con un único artículo (el 445 bis) que es, realmente, una nueva modalidad de cohecho dirigida a evitar la corrupción en las transacciones internacionales. Como se indicaba en la exposición de motivos de la citada ley, el origen de esta decisión debe situarse en el Convenio de «lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», aprobado por la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos), hecho en París y firmado por España el 17 de diciembre de 1997 (el Convenio fue ratificado mediante Instrumento de 3 de enero de 2000 y publicado en el BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002). Posteriormente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, modifica el artículo 445 (debió decir el 445 bis) manteniendo el texto anterior, ahora numerado como 1, y añadiendo un nuevo apartado 2, en el cual se incluía la posibilidad de imponer alguna o algunas de las consecuencias accesorias contempladas entonces en el artículo 129 del CP; asimismo, convierte (derogándolo tácitamente) el inicial Título XIX bis en el nuevo Capítulo X del Título XIX¹³.

Pese a las dos reformas legislativas citadas, este tipo penal desde su incorporación al Código penal había recibido por parte de la doctrina penal críticas sobre su necesidad, su propia redacción, su ubicación, etc., indicándose las deficiencias que presentaba y que demandaban una nueva reforma que, de manera definitiva, acomodara nuestro Derecho interno a los términos del Convenio OCDE¹⁴.

¹³ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El delito de corrupción del artículo 445 del Código Penal*, en “Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. *Liber Amicorum* en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García”, Madrid 2006, pp. 500-501; EL MISMO, *La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El artículo 445 del Código Penal español*, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, 20, julio-septiembre 2007, pp. 111-142.

¹⁴ Esta necesidad de modificación había sido puesta de manifiesto con motivo de la segunda fase de evaluación a España que tuvo lugar en la sede de la OCDE, en París, durante los días 21 a 24 de marzo de 2006. Vid. ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael, «La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», en *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*, suplemento al núm. 2015 del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2006, pp. 207 y ss.

Esta necesidad de modificación también había sido puesta de manifiesto por la OCDE que, de acuerdo con lo establecido en el art. 12 del Convenio y tras evaluar la legislación española en fase 1 (en el año 2000) y en fase 2 (en el año 2006), consideró que aquella cumplía con el Convenio salvo en ciertos aspectos que afectaban a la definición del delito de corrupción de agentes públicos extranjeros, al nivel de las sanciones, y por último a la responsabilidad de las personas jurídicas. La OCDE realizó una serie de recomendaciones para asegurar la prevención, la detección, la investigación y la persecución efectivas del delito de soborno de agente público extranjero. De entre estas recomendaciones, probablemente la de mayor relevancia fue la que trataba de la responsabilidad de las personas jurídicas respecto a la corrupción de agente público extranjero, habiendo recomendado el Grupo de Trabajo a España que modificara su legislación para asegurarse de que todas las personas jurídicas puedan considerarse directamente responsables de corrupción de agente público extranjero.

A ese objetivo se dirigió la reforma operada en el art. 445 del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, que, en su artículo Centésimo trigésimo tercero, indica que “Se modifica el artículo 445, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indevido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*¹⁵

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero:

a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.

*c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.»*¹⁶.

Son varias las modificaciones sufridas por el tipo penal merced a esta última reforma del CP¹⁷. En el apartado XXVII del Preámbulo de la LO 5/2010 se indica lo siguiente:

“En los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

Con base en lo establecido en dichos convenios se precisaba una adaptación de las penas, pues se exige que al menos en los casos graves se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. A ello se suma la conveniencia de extender el concepto de funcionario para que alcance también al funcionario comunitario y al funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la Unión Europea.

¹⁵ El texto inicial del Proyecto de reforma era el siguiente: “2. Cuando del delito fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá las penas de prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de diez a quince años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del duplo al décuplo del montante de dicho beneficio.”

¹⁶ El texto vigente hasta el 22 de diciembre de 2010 era el siguiente: “1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.

2. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código”.

¹⁷ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *La corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, en “Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero”, Pamplona 2011, pp. 607-627.

A través de las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003 se incorporó a nuestro Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, en cumplimiento del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Pese a ello, lo cierto es que la configuración del tipo penal presenta deficiencias que demandan una nueva reforma que, de manera definitiva, acomode nuestro Derecho interno a los términos del Convenio, lo que obliga a dar una nueva redacción al artículo 445 para que así quepa, de una parte, acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos”.

Pues bien, los objetivos parecen logrados y, en conjunto, cabe calificar la **reforma** como **positiva**, ya que, en líneas generales, resuelve la mayor parte de los problemas identificados por la doctrina¹⁸, si bien la ratificación por España, por Instrumento de 26 de enero de 2010, del Convenio penal sobre la Corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999¹⁹, así como la posterior ratificación, por Instrumento de 16 de diciembre de 2010, del Protocolo Adicional a dicho Convenio, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003²⁰, obligará a realizar ulteriores modificaciones en el tipo penal, siguiendo las recomendaciones contenidas en el Informe de la Tercera Ronda de Evaluación relativo a España adoptado por el GRECO en su 42 Reunión Plenaria (Estrasburgo 11-15 de mayo de 2009).

III. Análisis de los tipos penales

1. Bien jurídico protegido

Desde su introducción se puso de manifiesto, como ya se ha señalado, la inadecuada ubicación del precepto²¹. El nuevo Título dedicado a la corrupción internacional se situó entre los Títulos destinados a tutelar con carácter general el correcto desempeño de la

¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Corrupción en las transacciones internacionales*, en “Comentarios a la Reforma Penal de 2010”, (Álvarez García/González Cussac, dirs.), Valencia 2010, pp. 489-490.

¹⁹ Vid. BOE núm. 182, de 28 de julio de 2010.

²⁰ Vid. BOE núm. 56, de 7 de marzo de 2011, con corrección de errores en BOE núm. 84, de 8 de abril de 2011.

²¹ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales* (art. 445 del Código Penal), en La Ley, núm. 6740, 21 de junio de 2007, pp. 2-3.

función pública (Tít. XIX, de los delitos contra la Administración Pública y Tít. XX, de los delitos contra la Administración de justicia). Parecía, entonces, que debía inferirse que la finalidad que perseguía la incriminación de los comportamientos allí descritos se situaba también en el correcto desempeño de la función pública²². No obstante, las conductas incriminadas en el artículo 445 tutelan intereses que nada o poco tienen que ver con éste. En concreto, el bien jurídico tutelado en este delito debería cifrarse en «el correcto desarrollo del tráfico comercial internacional»²³, por lo que el lugar sistemático adecuado para incorporar este ilícito debería haber sido, atendido el bien jurídico, el título dedicado a los delitos socioeconómicos²⁴, pues es lugar común señalar el poder corruptor que la llamada delincuencia económica ejerce sobre la Administración pública involucrando a los funcionarios públicos²⁵.

Teniendo en cuenta que el objetivo del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, en virtud del cual se creó el precepto penal, es salvaguardar el principio de libre y limpia competencia esencial para el buen funcionamiento del mercado, cuando alguien soborna a un funcionario que interviene en un acto de contratación pública, señala CUGAT que no sólo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor, sino que además vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en la función pública²⁶. Por todo ello entiende esta autora que es innegable la doble naturaleza del

²² Así, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español, parte especial*, 6ª ed., Barcelona 2010, p. 1171, señala la protección de la imparcialidad funcional internacional y la de los intereses de la comunidad internacional en el concreto sector de la actividad económica internacional.

²³ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Quintero-Morales), 9ª ed., 2011, p. 1858, precisando, a continuación, que “y más precisamente en el debido respeto de las reglas de la *leal competencia*, basadas esencialmente en la transparencia, veracidad y la igualdad de oportunidades”.

²⁴ Así, también, Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y BLANCO CORDERO, Isidoro, Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, p. 12; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, cit., p. 80; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, «La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales», en *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad* (Diego DÍAZ-SANTOS y FABIÁN CAPARRÓS, coords.), Madrid 2003, p. 194.

²⁵ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal Económico*, 2ª ed., Madrid 2010, p. 26.

²⁶ Cfr. CUGAT MAURI, Miriam. *Comentarios al Código Penal, Parte especial*, (Córdoba Roda-García Arán), tomo II, 2004, p. 2116. Vid., también, DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *La respuesta a la corrupción pública*, Granada 2004, p. 15, señalando que aunque en un primer momento el bien jurídico

bien jurídico protegido: el libre mercado y la función pública. En sentido parecido, se ha afirmado el carácter marcadamente *pluriofensivo* del precepto, consecuencia de la observación de que la imparcialidad de los funcionarios públicos incide de manera decisiva en la competencia. Con este precepto se tutelan por ello, tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública como la competencia, si bien el peso de ésta alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción sólo es punible cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas²⁷.

La confusión generada por el legislador en cuanto al bien jurídico protegido no hacía sino acrecentarse con el cambio de ubicación operado por la LO 15/2003. Si lo que quiere protegerse es la función pública (en atención a la rúbrica del nuevo Título en que se inserta), entonces no tiene sentido que la nacionalidad del funcionario altere la naturaleza del cohecho. Téngase en cuenta que si la misma conducta se realizara para obtener una decisión favorable de un funcionario público español que participara en una *actividad económica internacional*, entrarían en consideración los tipos clásicos de cohecho, para los que se prevén modalidades distintas. La confusión continúa, pues la reforma de 2010 mantiene dicha ubicación en el Capítulo X del Título XIX, dedicado a los “delitos contra la Administración pública”. No obstante, entiende NIETO que el Convenio OCDE ha redactado el tipo sin atender a un concepto, como el del bien jurídico, que sólo constituye, dice, un instrumento de racionalidad legislativa en la tradición jurídica europea, y no en toda²⁸.

En definitiva, el tipo penal ostenta una naturaleza esencialmente socioeconómica que tiende a proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional²⁹. Es más, se ha dicho que la corrupción es *per se* una delincuencia económica organizada³⁰.

protegido en este tipo penal puede parecer referido al correcto ejercicio de la función pública – transnacional–, la perspectiva económica aporta un elemento fundamental.

²⁷ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/BLANCO CORDERO, Isidoro. *Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., pp. 12-13.

²⁸ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. *Corrupción en las transacciones económicas internacionales*, en “Memento experto. Reforma Penal 2010”, (Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, coord.), Madrid 2010, p. 548.

²⁹ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción*, cit., pp. 80-81.

³⁰ Así, NIETO MARTÍN, Adán. *La corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, en “Estudios de Derecho Penal”, Univ. de Castilla-La Mancha, 2004, p. 95.

2. Sujetos y responsabilidad de las personas jurídicas

Sujeto activo puede ser cualquiera, pues el tipo penal está concebido como un delito común (“los que”), por lo que cualquier particular que corrompa o intente corromper al funcionario público extranjero con la finalidad allí descrita cometerá el delito. Se ha dicho que la corrupción como arma mercantil se convierte en una cuestión de toma de decisión racional que es adoptada, planeada y ejecutada por empresarios que operan en ámbitos inmersos en el mercado global con la complicidad de funcionarios públicos³¹.

Ahora bien, resulta difícil imaginar casos de adjudicación de contratos mediante el soborno en los que la persona física que lo ofrezca al funcionario extranjero no actúe en nombre de una empresa que aspire a lograr una posición dominante respecto de la competencia. Consciente de esta situación, el art. 2 del Convenio OCDE, referido a la responsabilidad de las personas jurídicas, establece que “Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero”, aclarándose en los “Comentarios” al Convenio que en el caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, no se exigirá de esa Parte que establezca dicha responsabilidad penal³², lo que no excluye sanciones de otra naturaleza, esto es, civiles o administrativas. En los Comentarios al Convenio, y con independencia de las pecuniarias, se citan la exclusión del derecho a beneficios o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para participar en la contratación pública o en la práctica de otras actividades comerciales, la sumisión a supervisión judicial, y una orden judicial de disolución.

Así las cosas, la vigencia entonces en nuestro derecho penal del principio *societas delinquere non potest*, obligaba a no poder sancionar a las personas jurídicas con penas. Ahora bien, considerar que la persona jurídica carecía de capacidad delictiva (capacidad de acción y culpabilidad) no significaba, necesariamente, que fuera una realidad

³¹ Así, OLAIZOLA NOGALES, Inés, *Los delitos contra la Administración Pública*, en “Nuevas tendencias en Política Criminal” (Santiago MIR y Mirentxu CORCOY, dirs.), Buenos Aires 2006, p. 381.

³² Estos Comentarios al Convenio de la OCDE fueron adoptados por la Conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997 y, aunque no posean carácter vinculante, sirven como criterios interpretativos de las disposiciones del Convenio.

completamente ajena al derecho penal, como se extraía de la existencia del artículo 129 en el Libro I del Código Penal. En este contexto hay que entender, en buena lógica, la reforma operada en el Código penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, al añadir, como ya se señaló, un nuevo apartado 2 al artículo 445 CP por el que se abría la posibilidad de que el juez o tribunal pudiera imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 CP en estos casos, pensadas para ser aplicadas en el ámbito de la delincuencia económica y orientadas, como decía entonces el propio artículo 129 en su apartado 3, a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma. Consecuencias *accesorias* las denomina el Código, aunque en otros artículos las sigue llamando simplemente “medidas” (por ejemplo, en los arts. 294 y 366) y que, a mi juicio, ni son propiamente medidas de seguridad ni tampoco penas, al no responder a la naturaleza de ninguna de ellas³³.

Con la introducción de este segundo apartado en el artículo 445 CP, que curiosamente ya aparecía en el texto inicial del Anteproyecto de reforma y que luego desapareció del mismo, venían a soslayarse algunas de las deficiencias detectadas en la punición de las conductas de corrupción en el ámbito de las transacciones económicas internacionales y, a su vez, se daba un paso más en el cumplimiento de las disposiciones del Convenio OCDE. En dicho Convenio, al referirse a las “sanciones” en su artículo 3.2, se indica que “En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte velará para que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias por la corrupción de agentes públicos extranjeros”. En todo caso, téngase en cuenta que en el catálogo de las consecuencias previstas entonces en el artículo 129 CP³⁴ no estaban incluidas las de carácter pecuniario y que, además, estas “consecuencias” eran de aplicación potestativa y no preceptiva. En definitiva, seguía sin existir en este aspecto la necesaria correlación entre

³³ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Las medidas de seguridad y el Código Penal español de 1995*, en Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales, núm. 5, 2002, pp. 198-199.

³⁴ En el que se contemplaban hasta la reforma de 2010 la clausura, disolución, suspensión de actividades, prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, y la intervención de la empresa. Ahora, como penas (art. 33.7), aparecen asociadas a las personas jurídicas.

el tipo penal y el Convenio OCDE, lo que constituía, una vez más, una oportunidad fallida y, por eso, criticable³⁵.

En este contexto hay que recordar que esa misma LO 15/2003, de 25 de noviembre, añadía un apartado 2 al artículo 31 CP pretendiendo “abordar la responsabilidad de las personas jurídicas”, según se indicaba en su Exposición de Motivos, mezclando esta cuestión con los supuestos de actuaciones en nombre de otro y, a mi juicio, creando más confusión, si cabía, sobre tan controvertida problemática³⁶. La confusión aparecía, entre otras cosas, porque lo que ahí se establecía parecía más bien una especie de responsabilidad civil, directa y solidaria, de la persona jurídica al pago de la multa impuesta en sentencia al sujeto que actuó por cuenta de la misma y en su nombre, pudiéndose cuestionarse, entonces, incluso la propia constitucionalidad del precepto por la presunta vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas. Además, tampoco creo que este añadido al artículo 31 CP supusiera, de nuevo, poner en cuestión la vigencia del principio *societas delinquere non potest*³⁷. En todo caso, conviene recordar que el debate sobre la conveniencia o no del establecimiento de una verdadera responsabilidad jurídico-penal de las empresas se desarrollaba, en ese momento, sobre todo en el campo de la política criminal y alcanzaba sus verdaderas dimensiones en el plano de la construcción de modelos de autorresponsabilidad³⁸.

Pues bien, la reforma de 2010 parece zanjar, al menos desde el punto de vista legislativo, la cuestión. En primer lugar, y tras otros intentos fallidos³⁹, se introduce en el Código penal un nuevo art. 31 bis, que recoge una doble vía de imputación de

³⁵ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales* (art. 445 del Código Penal), cit., p. 3.

³⁶ Vid. sobre ello, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de lege data y de lege ferenda*, en La Ley, núm. 6548, de 13 de septiembre de 2006, pp. 1 y ss.

³⁷ En este sentido, por ejemplo, MIR PUIG, Santiago. *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en “Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón”, Valencia, 2004, p. 762.

³⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa*, en “Nuevas tendencias en Política Criminal” (Mir Puig y Corcoy Bidasolo, dirs.), Ob. Cit., 2006, p. 10.

³⁹ Sobre los distintos avatares, vid., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español*, en “Estudios de Derecho penal económico”, Pamplona 2009, pp.253-282

responsabilidad penal a la persona jurídica: los casos de delito cometido por el *administrador o representante* de la persona jurídica, en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, y los casos de delito cometido por un *empleado* sometido a la autoridad del administrador o representante, cuando haya podido cometerlo debido a la falta de la debida vigilancia sobre él⁴⁰.

Y, en segundo lugar, el nuevo apartado 2 del art. 445 señala ahora: *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Las penas del CP art. 33, apartado 7, a las que se quiere hacer referencia y que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

⁴⁰ Vid. al respecto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Responsabilidad de personas jurídicas*, en “Memento experto. Reforma Penal 2010”, (Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, coord.), Madrid 2010, p. 13 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en “Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero”, (Julio Díaz-Maroto y Villarejo, dir.), Pamplona 2011, pp.78 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español*, en “El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma” (Jesús-María Silva Sánchez, dir.), Madrid 2012, pp. 62 y ss.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Estas previsiones respecto a las personas jurídicas contribuirán a que las empresas españolas con actividades comerciales en el extranjero, aun cuando incluyan la prohibición de estas conductas en sus “códigos éticos”, pongan en marcha “programas de cumplimiento” (*compliance programs*)⁴¹ que eviten la comisión de estos hechos por parte de sus directivos y empleados, ya que no contar con estos programas supone una infracción del *debido control* a que se refiere el art. 31 bis CP y puede dar lugar a la imputación de la empresa⁴².

Al respecto, téngase en cuenta que, tras la reforma de 2010, el art. 31 bis.4 CP, considera en su apartado d) circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la de “Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, *medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”, expresión que no es más que una definición de un programa de cumplimiento eficaz.

⁴¹ Los programas de cumplimiento, reconocidos legislativamente en Estados Unidos desde 1991, lo que hacen es determinar los riesgos jurídicos que se derivan de la normativa estatal para cada concreta empresa y, a partir de esa evaluación, adoptar las medidas necesarias: códigos de conducta, formación de los empleados y directivos, procedimientos de detección, etc.

⁴² Así, explícitamente, NIETO MARTÍN, Adán. *Corrupción en las transacciones económicas internacionales*, cit., p. 552. Vid., ampliamente, ALONSO GALLO, Jaime. *Los programas de cumplimiento*, en “Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero”, (Julio Díaz-Maroto y Villarejo, dir.), Pamplona 2011, pp. 143-199.

3. Los funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales

Otra de las cuestiones a dilucidar al contemplar la anterior redacción del artículo 445 CP era la de convenir en una definición sobre lo que debíamos de entender por “funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales”, cuestión que, aparentemente, era de sencilla respuesta y que, sin embargo adquiriría alguna dificultad⁴³.

En efecto, se había dicho que la definición del concepto de funcionario del Convenio OCDE, en el que se inspira la norma penal española, entraba en relativa contradicción con lo que hasta ahora se ha entendido mayoritariamente por funcionario público en nuestro Derecho penal. Siendo el objetivo último del Convenio la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, pueden considerarse funcionarios también quienes trabajan al servicio de empresas públicas que, sin embargo, no están integradas orgánicamente en la Administración Pública⁴⁴, y de los que podría cuestionarse su encaje en el concepto de funcionario del art. 24 CP español⁴⁵.

Precisamente, una de las preocupaciones puestas de manifiesto por la OCDE era la inexistencia en nuestro Derecho interno de un concepto de funcionario público extranjero en los términos previstos en el art. 1.4 del Convenio⁴⁶, y que volvió a señalarse en las Recomendaciones de 2006. Al respecto, se había señalado que la definición de autoridad y funcionario público nacionales contenida en el art. 24 CP podría extrapolarse al internacional y en donde tendrían cabida, en principio, todos los supuestos previstos en el Convenio, e, incluso, cabía plantearse la aplicación directa del

⁴³ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal)*, cit., p. 3.

⁴⁴ Así, textualmente, CUGAT MAURI, Miriam. *Comentarios*, cit., p. 2122.

⁴⁵ El art. 24.2 CP señala que, a los efectos penales, “*Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*”. En todo caso, el criterio meramente funcional, para la asignación de la condición de funcionario público, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a mantener, de manera uniforme y constante, que el concepto de funcionario público, a efectos penales, es más extenso que el que derivaría de una estricta concepción administrativa. No se puede olvidar que el Código Penal, no obliga a mantener una visión estrictamente normativa del concepto de funcionario, ya que no define al funcionario desde un punto de vista legal, sino que emplea deliberadamente la expresión «se considera», desmarcándose de todo rigor legalista (STS de 16 de junio de 2003).

⁴⁶ Como se hacía en el texto inicial del Anteproyecto de reforma del CP.

Convenio en este punto⁴⁷, opción esta última que parece que era por la que habían optado las autoridades españolas⁴⁸. Además, y respecto de los funcionarios o agentes de organizaciones internacionales, como ya se ha dicho, el Convenio se refiere a las de carácter *público*, dando cabida a cualquier organización internacional formada por Estados, gobiernos u otras organizaciones internacionales públicas, no las de tipo humanitario o las no gubernamentales⁴⁹.

En estos aspectos, también la reforma 2010 parece que ha tenido en cuenta las anteriores críticas y, ahora, el nuevo apartado 3 del art. 445, además de suprimir la referencia a “las autoridades”, contiene una definición, copiada literalmente del art. 1.4.a texto del Convenio, de lo que debe entenderse por funcionario público extranjero:

- a) *Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.*
- b) *Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.*
- c) *Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública*⁵⁰.

4. Comportamiento típico

a) Modalidades

Como ya se adelantó, la conducta contemplada en el artículo 445 CP guardaba muchas similitudes con el delito de cohecho activo o de particular, pudiendo considerarse entonces como un supuesto de esta figura delictiva, cuyas penas le eran de aplicación por la remisión explícita que se hacía en el tipo al artículo 423 CP, “en sus respectivos casos”, caracterizado por cometerse en la realización de actividades

⁴⁷ Así, ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. *La corrupción*, cit., p. 211, quien, no obstante, era partidario de incluir el concepto en un nuevo apartado del art. 24 CP.

⁴⁸ Vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *la corrupción*, cit., pág. 100.

⁴⁹ Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Los nuevos delitos*, cit., p. 19.

⁵⁰ El art. 2.c) de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, ratificada por España mediante Instrumento de 9 de junio de 2006, y que entró en vigor para nuestro país el 19 de julio de 2006, señala que por «funcionario de una organización internacional pública» se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”.

económicas internacionales y dirigirse a la corrupción de un funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales. La conducta, pues, venía a coincidir con la de las modalidades de cohecho de los arts. 419 y 423 CP⁵¹.

Con la nueva redacción y las importantes modificaciones operadas en los delitos de cohecho, el nuevo art. 445 afirma su carácter autónomo respecto de esas figuras penales, y la acción delictiva puede consistir en ofrecer, entregar o conceder cualquier beneficio indebido, económico o de otra clase, al funcionario público con la finalidad de *corromper* o *intentar* corromperlo, o *atender* las solicitudes realizadas por los funcionarios, si bien mantiene la simetría con los comportamientos de cohecho activo de particulares que se contemplaban en el anterior artículo 423 CP.

Corromper equivale a aceptar o admitir dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas por parte del funcionario público extranjero. *Atender* a las solicitudes del funcionario público extranjero significa, en pura lógica, la aceptación por el particular de la propuesta realizada por aquél consistente en la entrega, inmediata o futura, de una dádiva⁵².

La finalidad que ha de perseguir el particular con su conducta es doble, por un lado, conseguir o conservar un contrato en concreto y, por otro, y más genéricamente, conseguir o conservar un beneficio irregular relacionado con la actividad económica internacional. El contenido del acuerdo no alcanza a cualquiera de las actividades que puede desempeñar en el ejercicio del cargo el funcionario extranjero o de una organización internacional sino únicamente a aquellas que afectan a las transacciones económicas internacionales.

Además, al demandar el texto legal que el contrato o el beneficio se obtenga o mantenga de forma irregular, en puridad, no exige que el acto pretendido sea ilegal o injusto, parece que basta con la irregularidad, es decir, lo que se aparta del orden establecido. No obstante, tanto lo que debemos entender por “beneficio irregular” como por “actividades económicas internacionales” no está exento de dificultad.

⁵¹ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales* (art. 445 del Código Penal), cit., p. 3.

⁵² Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada 2003, p. 307.

A ello debe añadirse que la reforma de 2010 ha introducido un **tipo agravado** en el último párrafo del apartado 1, cuando *el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad*.

b) Objeto material

Desde la perspectiva del particular, el objeto del acuerdo se encontrará integrado por los *ofrecimientos, promesas o concesiones de cualquier beneficio indebido*, esto es, prestaciones, en principio, de carácter material valorables económicamente, pero que la reforma de 2010 ya se encarga de señalar, siguiendo las indicaciones del art. 1.1 del Convenio OCDE, que abarcan «cualquier beneficio indebido, *pecuniario o de otra clase*»⁵³.

En cuanto al valor de la contraprestación, para la doctrina, el criterio fundamental no es (no debe ser, cabe agregar) ni cuantitativo ni social normativo, sino de imputación objetiva: lo importante es que la contraprestación ilícita debe tener capacidad objetiva de corromper⁵⁴. En todo caso, dada la fenomenología del soborno transnacional, todo apunta a que este tipo penal está pensado para aquellos casos en los que las sumas implicadas sean verdaderamente relevantes⁵⁵.

En relación con esto último, debe llamarse la atención sobre la modificación respecto a las penas a imponer, pues no parecía muy lógico que la normativa anterior, siguiendo las remisiones penológicas que se establecían con los delitos de cohecho, la multa se estableciera sobre el valor de la contraprestación y no sobre el del beneficio obtenido o pretendido. En el nuevo texto del art. 445, además de la pena de prisión, la multa señalada en días-multa (de doce a veinticuatro meses) se convierte en proporcional “cuando el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante” en

⁵³ En las Recomendaciones de la OCDE de 2006 ya se hacía hincapié en que la norma penal española debía dejar claro que en el tipo están incluidos tanto los beneficios pecuniarios como los de cualquier otra índole (favores de naturaleza sexual, promesas de condecoraciones, etc.). Vid. ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. *La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, cit., pp. 212-213.

⁵⁴ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. *La corrupción*, cit., p. 81; OLAIZOLA NOGALES, Inés. *Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, en “Enciclopedia penal básica” (Luzón Peña, dir.), Granada 2002, p. 479.

⁵⁵ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción*, cit., p. 97.

cuyo caso se establece del tanto al duplo del montante del beneficio⁵⁶. No obstante, y aun cuando se ha elevado el marco penal, la pena de prisión de dos a seis años que ahora se establece, resulta privilegiada en su límite mínimo respecto de las conductas de cohecho realizadas por particulares (art. 419 en relación al art. 424) que es de prisión de tres a seis años, por lo que no parece justificada ni adecuada⁵⁷.

Téngase presente, además, que, tanto la cuantía del soborno como el producto de la corrupción, o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, están sujetos a “embargo y confiscación”, utilizando la misma terminología del Convenio OCDE⁵⁸.

Esta previsión del Convenio de la OCDE entiendo que está cubierta respecto del tipo penal contemplado en el artículo 445 CP, por mor del contenido del art. 127 CP, que establece el decomiso de las ganancias o beneficio obtenido. Es más, el apartado 2 del artículo 127, introducido por la reforma operada en el CP por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (actual número 3), contempla el comiso de valor equivalente o por sustitución; de tal manera que, si impuesta una pena por delito o falta dolosos y, en consecuencia, acordado accesoriamente el comiso, sea de efectos procedentes del delito, sea de bienes, medios o instrumentos con los que hubiese sido preparado o ejecutado, sea, en fin, de las ganancias de la infracción, resultase imposible llevarlo a efecto, pasa a ser procedente el de otros bienes pertenecientes a las personas criminalmente responsables del hecho, por valor equivalente al de los que no se pudieron decomisar y aunque les pertenezcan lícitamente⁵⁹.

c) Por sí o por persona interpuesta. La mediación

Aun cuando el artículo 445 CP sea un delito común, en el que el autor puede ser cualquiera, en el tipo penal se recoge, en consonancia tanto con el Convenio OCDE como con las propuestas adoptadas en el seno de la Unión Europea, tanto la corrupción

⁵⁶ Una consideración de este tipo se hacía en las Recomendaciones de 2006, pues fijar el *quantum* de la pena de multa en función de la dádiva ofrecida parecía que hacía depender aquel de la mayor o menor facilidad para corromper al funcionario público. Así, ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. *La corrupción*, cit., p. 216.

⁵⁷ Así, críticamente, RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Corrupción en las transacciones internacionales*, cit., p. 490.

⁵⁸ Cfr. Art. 3.3. Los Comentarios al Convenio señalan que “En el término *confiscación* se incluye el decomiso cuando proceda”.

⁵⁹ Vid. En este sentido, literalmente, la Circular 1/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado.

directa, *por sí*, como indirecta, *por persona* interpuesta. Esta mención expresa a la persona interpuesta parece superflua, si bien es posible entender que dicha mención sirve para dejar claro, sin necesidad de acudir siquiera a las reglas generales, que quien corrompe o intenta corromper, es autor en todo caso⁶⁰. Se castigan, por tanto, las conductas de quienes utilizan a un tercero para corromper al funcionario público extranjero.

La figura del *intermediario* es esencial en las figuras de cohecho, sobre todo cuando éste se realiza en el comercio internacional, donde las empresas necesitan valerse de conocedores del “medio” que los pongan en contacto con las personas idóneas⁶¹. Obsérvese que el trabajo del *intermediario* actúa, por un lado, como potente factor de simplificación de la intercomunicación corruptora y, por otro, de filtro y mampara ante indiscretas miradas externas a la relación corrupta, tejiéndose así la red de las ganancias indebidas⁶². Esta conducta ha de ser considerada como *coautoría*. La previsión legal del art. 445 CP está destinada a cubrir los supuestos en que los nacionales se valen de los servicios de intermediarios extranjeros que actúan en el extranjero, elevando a la categoría de autor a quien no es más que un partícipe en el hecho delictivo, evitando así la aplicación del principio de accesoriedad y haciendo posible su persecución⁶³.

No se requiere que el intermediario actúe a sabiendas. Por lo tanto, aunque pueda ser infrecuente, podría abarcar conductas de *autoría mediata* en las que alguien utiliza a un intermediario como instrumento no doloso, cuando el intermediario actuase sumido en un error. En caso de que, por el contrario, el intermediario actúe a sabiendas, la equiparación legal de quien actúa *por sí* o *por persona* interpuesta permite castigar a título de autor tanto a quien induce y se sirve de alguien como al inducido que interviene directamente en el acto de corrupción, rompiendo con ello con

⁶⁰ Así, expresamente, OLAIZOLA NOGALES, Inés. *Delitos de corrupción*, cit., p. 479.

⁶¹ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. *La corrupción*, cit., p. 88.

⁶² Así, MILITELLO, Vincenzo. *Concusión y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia*, en “Temas de Derecho penal Económico” (Terradillos/Acale, coords.), Madrid 2004, pp. 247 y 253, en concreto.

⁶³ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción*, cit., p. 94.; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales*, cit., p. 200.

las reglas ordinarias de participación⁶⁴.

Además, la corrupción del funcionario público extranjero es también punible cuando los ofrecimientos, promesas o concesiones sean en su propio beneficio o en el de un tercero. Quedan cubiertos así los casos en los que *la ventaja se entrega a un tercero* como consecuencia del pacto entre el corruptor y el funcionario corrupto. Por ejemplo, cuando se paga al partido político al que pertenece el corrupto⁶⁵.

d) *Iter criminis*

Todas las figuras delictivas de cohecho, y ya hemos dicho que el artículo 445 CP puede ser considerado así, se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley⁶⁶. El delito se consuma con el mero intento de corromper al funcionario público extranjero, sin que sea preciso que aquél acepte, y mucho menos que realice el acto al que se había comprometido en contraprestación por el ofrecimiento o promesa. La efectiva aceptación de la oferta por parte del funcionario, así como su actuación posterior, son irrelevantes a efectos de la consumación del delito, para el que basta que se haya puesto en peligro la función pública de forma idónea, cuestión distinta es la posibilidad de apreciar, además, la eventual prevaricación intentada o consumada, en su caso⁶⁷.

En cuanto a la tentativa propiamente dicha, según el inciso final del artículo 1.2 del Convenio OCDE⁶⁸, la tentativa debe ser castigada de la misma forma que en el derecho interno. Y esto es precisamente lo que se hace en el artículo 445 al castigar, como acaba de indicarse, a quienes “intentaren” corromper al funcionario público extranjero con la misma pena que al que corrompe. Se equiparan así conductas de mera tentativa a la

⁶⁴ Cfr. CUGAT MAURI, Miriam. *Comentarios*, cit., p. 2120; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Los nuevos delitos*, cit., p. 16.

⁶⁵ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. *Los nuevos delitos*, cit., p. 19.

⁶⁶ Cfr., por todas, STS 19 de julio de 2001.

⁶⁷ Como indica CUGAT MAURI, Miriam. *Comentarios*, cit., p. 2119.

⁶⁸ “La tentativa y la confabulación para corromper a un agente público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un agente público de esa Parte”.

consumación, con un adelantamiento de las barreras de protección penal. Esto supone que, una vez lanzada la oferta corruptora por parte del sujeto activo, su desistimiento voluntario posterior carecerá de relevancia⁶⁹.

Respecto a la punición de los denominados por la doctrina actos preparatorios punibles, esto es, la conspiración, la proposición y la provocación, el Convenio OCDE sólo hace referencia a la *confabulación*, que podríamos equiparar a la conspiración del artículo 17.1 del CP. La posibilidad de su punición en la figura que estudiamos, no está prevista ni contemplada en el tipo penal, lo que parece razonable a la vista de la regulación española en la que existe ese anticipo de las barreras de protección penales, aunque como se ha dicho así lo prevea el Convenio.

5. Aspecto subjetivo

El artículo 445 CP únicamente admite la forma de comisión dolosa, no sólo porque no esté prevista la forma imprudente en su punición, lo que ya sería bastante dada la cláusula general contenida en el artículo 12 CP, sino porque su propia naturaleza hace que sea muy difícil interpretar los actos de corrupción al margen de la voluntariedad de su autor. Aun cuando se sostiene que la literalidad del precepto exige el dolo directo⁷⁰, no faltan autores que entienden que el delito admite o puede admitir el dolo eventual⁷¹, lo que me parece más plausible. También parece que sea de aplicación, en algún supuesto, la doctrina de la *ignorancia deliberada*.

A lo dicho ha de añadirse que, como ya se señaló, el comportamiento del autor debe ir dirigido a que los funcionarios públicos extranjeros “actúen o se abstengan de actuar...para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular”. Pues bien, esta específica finalidad revela una intencionalidad que difícilmente puede equipararse a otra cosa que no sea el dolo, aunque a mi juicio no debe confundirse con aquél. Además, a esa redacción, tomada casi de una forma textual del artículo 1.1 del

⁶⁹ Expresamente DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. *Los nuevos delitos*, cit., p. 24.

⁷⁰ Así, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción*, cit., pp. 114-115; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La corrupción*, cit., p. 202.

⁷¹ Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. *Los nuevos delitos*, cit., p. 19; OLAIZOLA NOGALES, Inés. *Delitos de corrupción*, cit., p. 480; NIETO MARTÍN, Adán. *Corrupción en las transacciones económicas internacionales*, cit., p. 548.

Convenio OCDE, debe añadirse que ese propio texto internacional utiliza el adverbio “deliberadamente”, lo que, una vez más, nos acerca a los genuinos comportamientos dolosos⁷².

Dicho esto, si, como yo entiendo, el artículo 445 CP está configurado como un delito *de tendencia*, esto es, en el que la acción se define como expresión de una tendencia subjetiva del agente, de tal manera que sólo resulta típica si su ejecución externa va acompañada de esa tendencia interna, esa finalidad debe ser considerada como un elemento subjetivo del tipo⁷³. De esta manera, la presencia o ausencia de tal elemento determina ya la tipicidad o atipicidad de la acción, siendo, por tanto, algo distinto del dolo⁷⁴. En definitiva, creo que es preferible entender que el tipo de tendencia del artículo 445 CP requiere esa especial finalidad, como elemento subjetivo, a que sea necesario un dolo específico en la conducta del sujeto⁷⁵.

6. Participación

El artículo 1.2 del Convenio OCDE se refiere a la punición de conductas⁷⁶ que pueden ser interpretadas de manera equivalente a los comportamientos recogidos en los artículos 27 y siguientes del CP. Así, la *incitación* y la *instigación*, tendrían su equivalencia en la inducción del artículo 28 a) CP, el *auxilio* podrá ser contemplado, según los casos, como cooperación necesaria o complicidad de los artículos 28 b) o 29

⁷² En este mismo sentido, el artículo 3.1 del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, dice: “A efectos del presente Convenio constituirá *corrupción activa* el hecho *intencionado* de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio o un acto en el ejercicio de su función”.

⁷³ Así, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. *Los nuevos delitos*, cit., p. 20. En contra, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción*, cit., p. 105.

⁷⁴ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal, parte general*, Madrid 1977, p.254; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª ed., Valencia 2010, p. 278; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª ed., Barcelona 2011, p. 287; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Valencia 2012, p. 234.

⁷⁵ Como sostiene FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción*, cit., p. 105.

⁷⁶ “Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un agente público extranjero”.

del CP, y la *autorización*, como autoría por omisión o como cooperación⁷⁷. De todas formas, el inductor realiza ya el tipo penal, al establecerse en el artículo 445 CP la punición de la conducta realizada “por sí o por persona interpuesta”, la cual puede ser evidentemente un inducido⁷⁸.

Aunque se ha criticado que, desde la perspectiva de la punibilidad, la norma sanciona únicamente a uno de los dos sujetos cuya intervención es imprescindible para cometer el delito (el particular), sin embargo, se ha entendido que penalizar la conducta del agente público extranjero no habría sido la solución acertada ni la más realista⁷⁹. En todo caso, el Código penal español ha seguido las pautas marcadas por el Convenio de la OCDE y de la legislación anticorrupción norteamericana que le sirve de modelo, como la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, la *Trade Act* de 1988 y la *Internacional Anti Bribery and Fair Competition Act* de 1998⁸⁰, cuyo pragmatismo al respecto es más que evidente.

7. Competencia y corrupción pasiva

Como ya se ha dicho, la no previsión en el artículo 445 CP del castigo de la corrupción *pasiva* (modalidad contemplada, no obstante, en el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997, al que España se adhirió el 20 de enero de 2000, y que entró en vigor de forma general y para España el 28 de septiembre de 2005)⁸¹, acarrea la impunidad del funcionario público extranjero en estas

⁷⁷ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción*, cit., p. 117.

⁷⁸ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. *Los nuevos delitos*, cit., p. 24.

⁷⁹ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción*, cit., pág. 88. Así, también, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales*, cit., p. 197.

⁸⁰ Vid. CUGAT MAURI, Miriam. *Comentarios*, cit., p. 2118, nota 169. Sobre otras iniciativas internacionales, Vid. HUBER, Bárbara. *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*, cit., pp. 47 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción*, cit., pp. 52 y ss.

⁸¹ En su artículo 2 se contempla la conducta de *corrupción pasiva*, señalándose en su apartado 1 que “A efectos del presente Convenio constituirá corrupción pasiva el hecho intencionado de que un funcionario,

conductas,⁸² por lo que para la aplicación extraterritorial de la ley penal española, entiende MUÑOZ CONDE que habrá de atenderse al principio de territorialidad, y los hechos sólo podrán ser castigados si se realizan en el territorio español. Entiende este mismo autor que el cohecho pasivo del funcionario sólo podría ser castigado si, además de cometerse en territorio español, se pudiera incluir en los arts. 419, 420, 421 o 422 del CP, ya que el art. 445 no lo menciona expresamente; pero, en este caso, ello supondría que el funcionario público extranjero tiene también la cualidad de funcionario público conforme al art. 24 CP, con lo cual la reforma legal habría sido innecesaria⁸³. En contra de esta posibilidad ya se habían manifestado, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO⁸⁴, aun cuando estos dos autores entienden, con todo, que el funcionario público extranjero que solicita dádivas del particular español podría ser sancionado como *inductor* al delito del art. 445 CP, si el particular español procede a la entrega o realiza una promesa u ofrecimiento de entrega, siendo ésta la vía a través de la cual pueden encauzarse sus actos siempre que los tribunales españoles sean competentes, por ejemplo, porque la solicitud de la dádiva se realiza en territorio español.

Ahora bien, si no sucede así, existen evidentes obstáculos para la aplicación extraterritorial de la norma española. FABIÁN CAPARRÓS⁸⁵ analiza la virtualidad de utilizar, como principio complementario al de territorialidad, el de personalidad activa⁸⁶, ambos contemplados en el artículo 4 del Convenio OCDE, señalando la

directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función”. Además, en su apartado 2 se establece de una manera expresa y tajante que “Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales”.

⁸² Salvo que se trate de un funcionario de la Unión Europea o de un funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión, tal y como ahora se contempla en el art. 427 CP.

⁸³ Cfr. *Derecho penal, parte especial*, 18ª ed., Valencia 2010, p. 1031. En sentido parecido, OLAIZOLA NOGALES, Inés. *Delitos de corrupción*, cit., p. 479.

⁸⁴ Cfr. *Los nuevos delitos*, cit., pág. 28.

⁸⁵ Cfr. *La corrupción*, cit., pp. 145 y ss.

⁸⁶ El ordenamiento español no recoge el principio de personalidad pasiva como tal, ni el de justicia penal sustitutiva, aunque los mismos pueden tener entrada a través de la cláusula del art. 23.4.h) LOPJ. Vid. GIL GIL, Alicia. *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Granada 2006, p. 49.

dificultad para su posible utilización, pues raramente podrán darse los tres requisitos que se exigen en el artículo 23.2 de la LOPJ española.

La restricción al cohecho activo en el Convenio OCDE obedece a razones pragmáticas, pues la sanción al funcionario extranjero estaría ya cubierta por su propio derecho y, además, la sola pretensión de intentar juzgar la corrupción de tal funcionario en un país que no es el suyo, daría origen a numerosos conflictos internacionales⁸⁷. No estando previstos en el Convenio de la OCDE ni el principio real o de protección ni el de justicia universal⁸⁸, sólo los mecanismos de cooperación internacional, como el instituto de la extradición o la Orden Europea de detención y entrega⁸⁹, facilitarán la persecución y castigo de los comportamientos de corrupción en las transacciones económicas internacionales.

8. ADDENDA

En el momento en que se remite este trabajo para su publicación en Perú en el proyectado libro “Estudios de Política Criminal y Derecho Penal: Actuales Tendencias”, está tramitándose en sede parlamentaria un Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Penal⁹⁰. El texto del Proyecto ya ha sido aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados⁹¹ y, remitido al Senado⁹², se encuentra en trámite su discusión y aprobación pertinentes.

⁸⁷ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. *Corrupción en las transacciones económicas internacionales*, cit., p. 548.

⁸⁸ Aun cuando nuestro legislador pudo establecer una excepción de territorialidad, como hizo en el artículo 301.4 CP, en referencia al blanqueo de dinero, lo que no ha hecho “afortunadamente”, según FABIÁN CAPARRÓS, *La corrupción*, cit., p. 152. Vid. Sobre ello, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Madrid 1999, pp. 33-34.

⁸⁹ Incorporada a nuestro derecho interno mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo. Vid., con carácter general, ARROYO ZAPATERO, Luis. *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006; MARCOS FRANCISCO, Diana. *Orden europea de detención y entrega. Especial referencia a sus principios rectores*, Valencia 2008.

⁹⁰ Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 66-1, de 4 de octubre de 2003.

⁹¹ El resultado de la votación fue de 186 votos a favor, 144 en contra y una abstención. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 254, de 21 de enero de 2015.

⁹² Vid. BOCG, Senado, núm. 465, de 29 de enero de 2015.

En el texto ya aprobado por el Congreso, el tipo penal que comentamos ha sido reubicado dentro de la Sección 4ª, del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse “De la corrupción en el sector privado”.

En el apartado XX de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de reforma se ofrece la motivación que ha llevado al Gobierno a la modificación legislativa en este punto. Así, se dice:

Se crea, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del CP, una nueva sección referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero).

Esta modificación se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas. En el caso de la regulación del cohecho transnacional, se modifica su marco penal, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal. Con esta finalidad, se precisa que la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, si bien se dispone que, en todo caso, se impondrá la pena de prohibición de contratar con el sector público y de recibir subvenciones o ayudas pública, beneficios o incentivos fiscales, o de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública.

La regulación se completa con la inclusión de un tipo agravado aplicable en los casos de especial trascendencia, la regulación de los criterios de conexión que permitan extender la jurisdicción de los Tribunales españoles para perseguir esta forma de delincuencia y, en el caso del cohecho, la remisión a la nueva definición funcional de funcionario público introducida en el nuevo artículo 427.

El artículo en cuestión es el nuevo 286 ter, con el siguiente contenido:

«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.»

A falta de un estudio más reposado, lo más significativo de los cambios es la nueva ubicación del tipo penal, pues de su inicial inclusión entre los “Delitos contra la Administración pública” (art. 445, hasta ahora), ha pasado a ser contemplado dentro del Título en que se contemplan los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” (art. 286 ter), lo que, como ya expusimos *supra*, me parece más adecuado.

Por otra parte, el contenido real del nuevo artículo 286 ter no difiere del actual art. 445, habiéndose utilizado la definición contenida en el apartado 3 del art. 445 de funcionario público extranjero para refundirla con la que ya se contenía en el art. 427 en relación con la de funcionario de la Unión Europea. De ahí, que el nuevo texto se remita ahora a los arts. 24 (que no sufre variación alguna en su redacción) y al modificado art. 427 para concretar los sujetos. Así, la nueva redacción del art. 427 señala:

«Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a:

- a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.
- b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.
- c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.»

Por último, en esta rápida aproximación a las modificaciones del tipo penal, señalar que se produce un aumento de la penalidad con que se conmina, elevándose respecto a la actual la pena de prisión de dos a tres años (en su límite inferior) y también la cuantía de la multa, que pasa del tanto al duplo, al triplo del montante del beneficio obtenido, en su inciso final del primer párrafo. En definitiva, pocas variaciones y poco que añadir a lo expuesto en el texto del trabajo original ya publicado con anterioridad.

En todo caso, la valoración de la reforma, a expensas de un análisis más detenido, puede considerarse en este concreto punto como acertada, lo que no puede decirse del conjunto de las otras y variadas modificaciones operadas en el texto del Código penal aún vigente (en especial la introducción de la denominada “prisión permanente revisable”) término utilizado para evitar llamarla lo que realmente es, la

prisión o cadena perpetua, institución que choca, al menos, con el principio constitucional de reinserción social de los penados, por lo que merece la mayor de las críticas posibles.

Tiempo habrá para una exégesis de los preceptos que ahora se modifican, desde luego en otro lugar, aunque debo adelantar que una lectura, insisto, apresurada de la reforma, me confirma lo ya dicho en otras ocasiones, y es que debe recordarse que el endurecimiento de las sanciones y la creación de nuevos tipos penales (innecesaria en muchos casos) ha de hacerse con la inexcusable observancia de los principios de proporcionalidad y de última *ratio*, así como de respeto a los derechos constitucionales de los destinatarios de la norma, ciudadanos libres en fin, que no pueden ser tratados como elementos hostiles o enemigos frente a los que no cabe más que protegerse.

El refranero español nos ilustra con que “más vale prevenir que curar”, pero el adelantamiento de las barreras de protección de los bienes jurídico-penales suele desembocar en nefastas políticas de “ley y orden” en las que anclar las medidas de prevención general y especial, sin más, con el peligro de convertirse, como advirtió Roxin, en terror estatal. Es significativo que, desde las reformas introducidas en el Código penal a partir del año 2003, nuestro sistema penal se ha orientado decididamente hacia un Derecho Penal *de la seguridad* o, más bien, del control o aseguramiento del comportamiento futuro a través de la intimidación y la inocuización, respondiendo a una evidente expansión del Derecho penal, esto es, crecimiento del ámbito de intervención del Derecho penal, agravación de las penas y flexibilización de las garantías político-criminales. Si sumamos esta constante expansión del Derecho penal material a un procedimiento criminal vetusto e inquisitivo y carente de medios (necesitado claramente de una reforma acorde con las reformas sustantivas penales), el resultado es evidente: derechos individuales bajo mínimos.

Por otra parte, y no es ocioso recordarlo, no siempre la respuesta penal, la “huida al Derecho penal”, es la más adecuada, y menos en un país como España que, pese a que tiene uno de los índices de criminalidad más bajos de la Unión Europea, su tasa de personas en prisión (actualmente en torno a las 70.000) es la más alta de los países de nuestro entorno cultural.

**UNIDAD III: EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y EL
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO
PENAL PERUANO.**

- 1) Rojas Vargas, Fidel. "Delitos contra la administración pública", editorial Grijley, cuarta edición, Lima-2007, p. 833, ss.**

PODER JUDICIAL

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL PENAL

“DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

FIDEL, ROJAS VARGAS.



FIDEL ROJAS VARGAS

Delitos contra la Administración Pública

CUARTA EDICIÓN

completamente actualizada,
corregida y aumentada

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

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

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

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



1ra. edición: mayo, 1999

2da. edición: enero, 2001

Reimpresión: enero, 2002

3ra. edición: octubre, 2002

Reimpresión: octubre, 2003

4ta. edición: enero, 2007

Reimpresión: agosto, 2007

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

© 2007. *Delitos contra la administración pública*

© 2007. Fidel Rojas Vargas

© 2007. Editora Jurídica Grijley S.R.L.

Composición e Impresión *Surge Group Perú*

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

ISBN 9972-04-105-0

GRULEY LIMA
Jr. Lampa 1221 - Lima 1
TF: 427 3347
info@grjley.com
grjley@terra.com.pe

Av. Tingo María 1330 - Lima 1
TF: 337 6449 T: 337 6525

Jr. Azángaro 1077 - Lima 1
T: 321 0256
libreria_grjley@speedy.com.pe

GRULEY TRUJILLO
Jr. Pizarro 540
TF: 471 640 C: (044) 920 8894
trujillo@grjley.com
grjley_trujillo@speedy.com.pe

GRULEY CHICLAYO
San José 1087
T: 204 145
chiclayo@grjley.com

GRULEY AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
T: 286 379 C: (054) 929 6700
arequipa@grjley.com
grjley_arequipa@speedy.com.pe

3

Enriquecimiento ilícito

SUMARIO: I. Antecedentes legales. II. La figura penal. III. Los modelos de enriquecimiento: a. Fórmulas en base al referente material. b. Fórmulas en base al referente formal. c. Fórmulas en base a cláusula condicional. d. Fórmulas en base al destinatario. e. Fórmulas en base a la penalidad. IV. La figura penal y el derecho comparado. V. Aspectos históricos en América Latina. VI. El incremento del patrimonio: la noción de enriquecimiento. VII. Las fuentes del enriquecimiento. VIII. El delito de enriquecimiento ilícito. IX. El bien jurídico protegido. X. Sujeto activo y pasivo. XI. El injusto objetivo: 1. El contraste ostensible entre el patrimonio económico ex ante y el patrimonio económico ex post del sujeto público. 2. El incremento relevante. 3. Los medios típicos de enriquecimiento ilícito. 4. La ilicitud formal y el deber de justificación por parte del sujeto activo. 5. La relación funcional del enriquecimiento con el cargo. XII. Elemento subjetivo. XIII. Consumación y tentativa. XIV. Participación. XV. La subsidiaridad del delito. XVI. Agravante por la calidad y posicionamiento del agente. XVII. Penalidad. XVIII. Fases negativas del delito. 1. Atipicidad y causales de justificación. XIX. Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. Colombia (1980). 3. Panamá (1982). 4. Costa Rica (1971). 5. Venezuela (Ley del 31 de marzo de 1964). 6. Puerto Rico (Decreto 270 del 13 de febrero de 1973). 7. México (1922). 8. Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996). 9. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (México, 2003).

Art. 401: «El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación cons-

titucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.» [Modificado por el Art. 1º de la Ley 28355 de 06 octubre de 2004]

Tipo penal sustituido

Art. 401: "El funcionario o servidor público, que por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años."

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita [Texto según la modificación efectuada por el Art. 7 de la Ley Nº 27482 de 15 de junio de 2001]."

I. ANTECEDENTES LEGALES

Fue el Decreto Legislativo Nº 121 de fecha 12 de junio de 1981 el que anexó al Código penal de 1924 el art. 361-A que contenía la figura típica del enriquecimiento ilícito bajo el siguiente texto:

«El funcionario o servidor público que por razón del cargo, o de sus funciones se enriqueciere indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de diez años ni menor de cuatro años, multa de la renta de sesenta a ciento ochenta días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27 por doble tiempo de condena.

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas de sus bienes y rentas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido y de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa ilícita.

Las pruebas presentadas para justificar el incremento patrimonial, son reservadas, y no podrán ser utilizadas para ningún otro efecto».

II. LA FIGURA PENAL

La reforma radical del artículo 401 efectuada por Ley N° 28355 ha significado lo siguiente:

- A. El comportamiento típico ha sido establecido a través de la frase «ilícitamente incrementa su patrimonio», a diferencia de la fórmula derogada que lo hacía radicar en la frase «se enriquece ilícitamente»;
- B. Este incremento ha sido referenciado en los ingresos legítimos del funcionario o servidor público durante el ejercicio de sus funciones;
- C. Se ha incorporado además como factor importante de la tipicidad objetiva del delito que el agente «no pueda justificar razonablemente» dicho incremento, No justificación razonable que siendo en propiedad una circunstancia procesal ha sido introducida como componente del tipo penal;
- D. Se ha incorporado además en el tipo penal una circunstancia que califica y agrava el injusto penal cuando el autor es un funcionario público de alto nivel, en dos supuestos: a) haya ocupado cargos de alta dirección, o b) esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional;
- E. La penalidad de la circunstancia agravante ha sido establecida en un marco flexible que va de los 8 a los 18 años, la mas alta de las fijadas para delito contra la administración pública, a demás de la pena de inhabilitación.

La reforma practicada por la Ley N° 28355 ha supuesto asumir en parte uno de los componentes de la fórmula argentina del enriquecimiento ilícito: la no justificación del incremento, con lo cual la consumación del delito pareciera que pasa a constituirse más en un asunto de prueba que de componentes de tipicidad objetiva; argumento incorrecto como se pormenorizará más adelante. El Congreso al promulgar la ley que contenía este diseño se apartó del proyecto que el Ministerio Público le había hecho llegar ⁽⁹⁰⁶⁾, el mismo que ponía énfasis en

⁽⁹⁰⁶⁾ Fórmula de enriquecimiento ilícito propuesto por el Ministerio Público para su discusión en el Congreso el 4 de diciembre de 2002:

Art. 401. «El funcionario o servidor público que se enriquece ilícitamente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años:

La pena será no menor de diez años ni mayor de veinte, cuando:

un elenco de cuatro circunstancias agravantes sin alterar el tipo básico ⁽⁹⁰⁷⁾. La variación en términos de palabras de la acción típica (incrementa su patrimonio) en realidad en nada ha contribuido a esclarecer el contenido cuantitativo de la acción, el mismo que sigue en poder discrecional de los Fiscales y jueces, quienes sin embargo se encuentran limitados en esta tarea de difícil argumentación, en los casos que no supongan el fluir de millones, de cientos o decenas de miles de soles.

En la forma como está redactada la figura peruana actual de enriquecimiento ilícito ella constituye una creación, por cierto no del todo afortunada, del legislador nacional. Construyéndose así un tipo extremadamente genérico, válido sólo para casos significativos, que lo puede decir todo como también nada, que puede ser eludido fácilmente, de difícil probanza, o aplicado ideológicamente como mecanismo de persecución política.

III. LOS MODELOS DE ENRIQUECIMIENTO

Antes de adentrarnos en el estudio de la figura del art. 401 es oportuno presentar de manera comparada los esquemas o

a) El funcionario ocupa cargos de confianza o cargos en la alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública,

b) El funcionario está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional,

c) El monto del enriquecimiento supera las cincuenta unidades impositivas tributarias

d) El agente se vale de persona interpuesta» (en «Proyecto de ley anticorrupción y contra el crimen organizado», Ministerio Público-Fiscalía de la Nación, noviembre de 2002, p. 12.

⁽⁹⁰⁷⁾ Careciendo por lo mismo de seriedad las afirmaciones de HUGO ALVAREZ, cuando hace radicar en el Ministerio Público la causa de las desventuras de la reforma del tipo básico de enriquecimiento ilícito. Señala Hugo, «En nuestro medio la última reforma del artículo 401 del Código Penal nos ubica, lamentablemente, en una postura de negación del principio de mínima intervención, dicha reforma amorfa del tipo partió como iniciativa legislativa de la Fiscalía de la Nación. Recurrir al expediente facilista no es lo más adecuado ni moderno sino un mea culpa de lo ineficiente de la institución que, por imperio de la ley, tiene la carga de la prueba». Más aún dicho autor omite referirse a que la circunstancia agravatoria incorporada al artículo 401 fue una de las cuatro propuestas de agravantes efectuadas por el Ministerio Público. Véase de HUGO ALVAREZ, Jorge B., «El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10, N° 76, enero, Lima, 2005, p. 57.

fórmulas legales que se han ofrecido en Argentina y Colombia al respecto ⁽⁹⁰⁸⁾.

a. Fórmulas en base al referente material

1. Enriquecimiento patrimonial apreciable (Argentina).
2. Incremento patrimonial no justificado (Colombia).
3. Enriquecerse ilícitamente (Perú).
4. Enriquecido su patrimonio (Puerto Rico).

b. Fórmulas en base al referente formal

1. No justificar la procedencia del enriquecimiento (Argentina).
2. Por razón del cargo o de sus funciones (Colombia).
3. Por razón de su cargo (Perú).
4. Con posterioridad a la asunción del cargo, empleo o encomienda (Puerto Rico)

c. Fórmulas en base a cláusula condicional

1. Al ser debidamente requerido (Argentina).
2. Siempre que el hecho no constituya otro delito (Colombia).
3. No pueda justificar al serle requerido debidamente

d. Fórmulas en base al destinatario

1. Enriquecimiento suyo o de persona interpuesta para disimularlo (Argentina).
2. En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial (Colombia).
3. Haya enriquecido su patrimonio o el de un tercero (Puerto Rico).

e. Fórmulas en base a la penalidad

1. Prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años (Argentina).

⁽⁹⁰⁸⁾ Véase además otros modelos (Puerto Rico, Venezuela, etc.), en *infra* Legislación extranjera.

2. Prisión de 6 a 10 años, multa por el valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones por el mismo tiempo (Colombia).
3. Reclusión de 3 a 8 años (Costa Rica).
4. Pena privativa de libertad de 5 a 10 años e inhabilitación (Perú).

IV. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Nos encontramos frente a una figura penal técnicamente imperfecta pero social y políticamente legitimada. La imperfección radica en el hecho de no describir una conducta concreta sino una situación o estado económico cuya procedencia reputada ilícita está sujeta necesariamente a valoración judicial. Ello posibilita ineludiblemente un sinnúmero de problemas exegeticos que hacen de difícil aplicación el esquema peruano del enriquecimiento ilícito, con el subsiguiente peligro de ser utilizado como un mecanismo de presión política desde el poder o, contrariamente, de dejar impune al delito.

En cambio se trata de una criminalización social y políticamente pertinente por cuanto permitirá, a nivel teórico cuando menos, conminar penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos y los efectos de los mismos de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el mandato constitucional de que «*todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación*»⁽⁹⁰⁹⁾. No siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico y de lucro, los sujetos públicos se deben a la Nación mas no a los apetitos y avidez crematística de sus impulsos. Y si esta dedicación a los intereses públicos les reporta un regular y justo enriquecimiento, en buena hora, pero lo que sí es intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva es que se haya usado el cargo o la función para acumular o hacer ilícitamente riqueza.

A nivel del derecho comparado es donde más esfuerzos se han hecho para tratar jurídicamente el tema de la corrupción vía enriqueci-

⁽⁹⁰⁹⁾ Art. 39 de la Constitución Política del Estado peruano: «*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley*».

miento ilícito, a través de convenciones y leyes marco que obligan a los países a regular figuras de enriquecimiento ⁽⁹¹⁰⁾ y mediante la implementación de conferencias y campañas anticorrupción tanto en Europa como en los otros continentes; sin embargo la propuesta no ha calado en la gran mayoría de las legislaciones penales europeas que se han mostrado particularmente renuentes a aceptar en sus ordenamientos jurídicos una figura por naturaleza subsidiaria, ya que pensar en el enriquecimiento ilícito en tanto figura penal autónoma implicaría destruir la base de coherencia de los delitos de corrupción.

La propuesta político-criminal, en lo que concierne a los diseños normativos latinoamericanos, se ha orientado en base a dos modelos de técnica legislativa:

- a) Tipificar el enriquecimiento ilícito de funcionarios a nivel de Código penal; y
- b) Regularlo en leyes-marco especiales o estatutos anticorrupción.

Tanto la Convención Interamericana como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, partiendo de la idea central que «el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley» (Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción 2003) han establecido diseños legislativos en relación al enriquecimiento ilícito, en tanto mecanismo legal preventivo de lucha contra el crimen organizado y la corrupción significativa ⁽⁹¹¹⁾.

V. ASPECTOS HISTÓRICOS EN AMÉRICA LATINA

El delito de enriquecimiento ilícito es una figura penal nueva que aparece en la segunda mitad de este siglo. En América Latina, específicamente en Argentina, se empezó a hablar normativamente de enriquecimiento de contenido delictivo en los proyectos de Código penal de 1941 y 1953; y ya más explícitamente en el Proyecto SOLER de 1960, que a través de su artículo 346 (inciso d) señaló: «Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años y multa de 30 a 100 días, el funcionario público que sin

⁽⁹¹⁰⁾ Para el caso de Europa véase PARISI, Nicoletta: *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione*, Padova, Cedam, 1996.

⁽⁹¹¹⁾ Véase *infra*, Legislación extranjera.

incurrir en un delito severamente penado no justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio, posterior a la asunción de un cargo público». Finalmente el 12 de junio de 1963 por Decreto Ley 4.778 se incorporaría al Código penal argentino un primer modelo de enriquecimiento ilícito de funcionarios ⁽⁹¹²⁾.

En Colombia, ya desde 1972 en el Congreso de dicho país se propuso la creación de la figura del enriquecimiento ilícito, lo que dio origen al artículo 179 del Proyecto de Código penal de 1974, que ofreció cuatro referentes de importancia: 1) que se produzca durante el ejercicio del cargo o en los dos años siguientes al término del mismo; 2) que sea por razón del cargo o derivado de la influencia del mismo; 3) que el incremento patrimonial indebido sea para sí o para un tercero; 4) que el hecho no constituya otro delito. A lo que se agregó la presunción de enriquecimiento en base a que el incremento patrimonial no sea justificado, y a que los gastos hechos por el sujeto público no guarden proporción con sus ingresos lícitos. Puerto Rico igualmente regularía en su Código Penal de 1974 (artículo 254) dicha figura delictiva.

Tenemos así, con los diseños argentino y colombiano, los principales componentes materiales y formales del delito en estudio. En realidad todos estos intentos y los diseños legislativos que después entraron en vigencia obedecieron a la necesidad de cubrir mediante un tipo residual las deficiencias de la maquinaria judicial y las que resultaron de una tipología punitiva, que contemplaba delitos de infracción de deber caracterizados por específicos marcos de vinculación funcional, impracticable en su capacidad técnica de rendimiento para cubrir estados de incrementos patrimoniales aparentemente al margen de comportamientos lícitos. Como bien precisa NAKAZAKI

⁽⁹¹²⁾ El Decreto Ley 4778 de la República Argentina, disponía en su artículo 259: *"Será reprimido con prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que, para lucrar o hacer lucrar a otro utilizare informaciones o datos que sólo hubiera podido conocer con motivo de su cargo. Será reprimido con la misma pena, el funcionario público que, durante el desempeño o dentro de los 3 años siguientes a su cesación en la función pública, no quisiere o no pudiese justificar ante la autoridad competente, cualquier incremento importante de su patrimonio producido durante su desempeño y comprobado por dicha autoridad".* Posteriormente, por Ley 16.648 (de 30 de diciembre de 1964), fue derogado dicho dispositivo, entrando en vigencia la actual fórmula de enriquecimiento ilícito del Código penal argentino.

SERVICÓN, luego de revisar los criterios de diversos penalistas sobre este punto, ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación –al no poder probar el delito que permitió esta acumulación– se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito, que se utilizaría precisamente en los casos en que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal ⁽⁹¹³⁾. La *ratio legis* del enriquecimiento ilícito tuvo así una clara orientación residual.

En el Perú, con la vigencia del código de 1991, se prefirió omitir la mención a la no justificación por considerarse ello una inversión de la carga de la prueba, así como se optó por no hacer alusión al tiempo límite de comisión del delito (más allá de la vigencia del cargo). Obviamente, que en el Perú, al igual que en Colombia y Argentina, el peligroso incremento de los patrimonios no justificados de los funcionarios y empleados que se enriquecen durante el ejercicio de la función pública originó la necesaria respuesta estatal para controlar o disminuir a niveles aceptables las prácticas inmorales o delictivas de los incrementos patrimoniales. Esto último se entiende por cuanto erradicar el enriquecimiento es un objetivo que colisiona contra el sistema mismo del ejercicio del poder en sociedades de economías capitalistas que elevan a un primer nivel de prioridad la búsqueda y obtención de riqueza económica. Para 2004 año en el que la Ley N° 28355 modifica la fórmula original del enriquecimiento ilícito, el Congreso de la República se decidió por incorporar la mención que había desestimado en 1991, en intento sumamente objetable de racionalizar procesalmente el tipo penal.

En 1980 el Perú salía de un cuestionable proyecto dictatorial militar que originó sospechosas fortunas en no pocas personas que detentaban cargos públicos (militares de alta graduación y civiles). Encumbrados funcionarios de los gobiernos liderados por los Presidentes Belaunde (1980-1985), García (1985-1990) y Fujimori (1990-2000) no

⁽⁹¹³⁾ NAKAZAKI SERVICÓN, César Augusto, «Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria», en *Ius et Praxis*, N° 33, enero-diciembre, Lima, 2002, p. 192.

estuvieron al margen de sospechas, presunciones y denuncias penales de corrupción, sino que la corrupción y el enriquecimiento ilícito de funcionarios se incrementó peligrosamente, llegando a límites intolerables que escaparon a los tradicionales mecanismos normativos de control. Estas actividades prácticamente se institucionalizaron en el período 1995-2000, generalizándose con especial crudeza y patetismo en un gran número de cuadros políticos, militares y burocráticos de alto nivel del régimen de Alberto Fujimori, en el contexto de una corrupción sistemática. Más de dos décadas signadas por un hilo de continuidad histórica que hizo de la corrupción y el atesoramiento de riquezas, por parte de determinados funcionarios afines a las posiciones de gobierno, un estilo funcional de actuación. El fenómeno, por lo demás, no ha sido ni es exclusivo del Perú, ya que es una constante en los países que tienen ineficientes medios de control sobre los fondos públicos que se entregan –a través de las contribuciones– a sus gobernantes.

VI. EL INCREMENTO DEL PATRIMONIO: LA NOCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO

Nuestra legislación penal no ha ofrecido sobre este punto ningún parámetro objetivo para delimitar conceptualmente lo que significa «incrementar su patrimonio», en el contexto del delito de enriquecimiento ilícito, ni de los términos *enriquecerse* y/o *riqueza*. En tal defecto le corresponde a la jurisprudencia peruana ofrecer lineamientos directrices, situación que tampoco –hasta donde se conoce– se ha producido. En tales circunstancias es pertinente acudir a la regulación internacional, a la doctrina y a los referentes normativos internos y de derecho comparado para suplir tales vacíos.

La Convención Interamericana de 1996 ofreció una pauta en esta difícil labor de tener que completar el tipo penal vía interpretación de sus escuetos y ambiguos componentes gramaticales: había de tratarse de un incremento de significativo exceso respecto a los ingresos legítimos del funcionario durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser justificado por él (artículo IX). La Convención de las Naciones Unidas de 2003 por su parte no aportó ningún dato de importancia pues se limitó a reproducir la redacción anterior, sin que la acotación «cometer intencionalmente» significara avance alguno sobre la materia. En consecuencia el aporte de las cartas in-

ternacionales especializadas en materia anticorrupción, fuera de la precisión de la Convención Interamericana no ha supuesto un avance de importancia.

La fórmula nacional adoptada mediante Ley N° 28355 no ha incorporado en la estructura del tipo la recomendación valorativo-cuantitativa de la Convención Interamericana, que enfatiza lo significativo del incremento, prefiriendo usar el alcance genérico del término «incremento», con lo cual se desaprovechó la oportunidad para dotar de razonabilidad a la conducta típica con base a baremos más indicativos de la lesividad material del comportamiento, prefiriendo derivar dicho componente hacia una consideración procesal.

El acrecentamiento o incremento del patrimonio económico de una persona, puede ser establecido con base a dos indicadores principales: un primer referente circunscrito al ámbito temporal y definido por la situación *ex-ante* al proceso de incremento y la situación *ex-post* de correlato o efecto de dicho proceso, y por un segundo referente relacionado a la conceptualización social promedio del estado de riqueza (es decir, del monto) y de la noción de enriquecimiento.

El enriquecimiento en pequeña, mediana o gran entidad supuesto por el incremento del patrimonio del sujeto público, puede ser súbito o paulatino, en un solo acto o progresivamente, por acumulación o atesoramiento, de forma directa a través de actos propios del funcionario o servidor público o —como precisa PEÑA OSSA— por medio de actos sufragados por terceras personas que pasan a incrementar el patrimonio del sujeto público ⁽⁹¹⁴⁾. Este tipo de enriquecimiento siempre supondrá una ostensible y marcada asimetría entre lo que se tuvo y lo que se tiene, o entre lo que debía en términos contables y lo que tiene. *Patrimonio económico* es todo lo que puede traducirse o convertirse a dinero (bienes muebles e inmuebles, dinero, derechos patrimoniales, acciones y participaciones en empresas, capital fijo y circulante, créditos, títulos valores, etc.) ⁽⁹¹⁵⁾.

⁽⁹¹⁴⁾ PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 202.

⁽⁹¹⁵⁾ Para autores como PEÑA CABRERA, Raúl y FRANCIA ARIAS, Luis (*Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1993, p. 44) y CANCINO-TOSCANO (*El delito de enriquecimiento ilícito*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1986, p. 332), son

Los Códigos penales argentino y de Puerto Rico han regulado expresamente la forma pasiva de enriquecimiento consistente en disminuir o superar las cargas o pasivos que el funcionario tenía antes del ejercicio de la función. Así, el primero de los señalados códigos (art. 268.2) precisa que «Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiere incrementado con dinero, cosa o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. Por su lado, el artículo 254 del Código de Puerto Rico, señala «Se entiende que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se haya incrementado con dinero o bienes sino también cuando se hayan cancelado o extinguido obligaciones que lo afectaban. Con relación a este punto CASTILLO ALVA sostiene que jurídico-penalmente también se reputa enriquecimiento a la disminución anómala de los pasivos⁽⁹¹⁶⁾. Señala CASTILLO que el enriquecimiento en su modalidad de *disminución de pasivos* encierra mayor peligrosidad criminal, e inclusive, a veces, un mayor injusto, en la medida que el funcionario o servidor público, conocedor de que los organismos o autoridades competentes están en condiciones de iniciar en cualquier momento contra él o su gestión una pesquisa o una investigación sobre la situación de sus activos, puede que no se preocupe de éstos ni utilice su cargo para lograr una mayor fortuna, sino como un mecanismo y medio idóneo para eliminar, por ejemplo, las cuantiosas deudas que arrastra que han sido contraídas antes de ingresar a la administración pública. El mismo autor precisa que si se excluyera del ámbito de protección de la norma a este conjunto de casos, los funcionarios hábiles e ingeniosos encontrarían en la parsimonia de la judicatura y la indiferencia de la ciencia penal una forma de burlarse de la ley, de la sociedad y el derecho.

también enriquecimiento las prerrogativas que eximen al funcionario o servidor público de hacer gastos que normalmente estaría obligado a realizar.

Tales gastos eximidos a decir de los autores colombianos citados en el párrafo anterior pueden expresarse en alojamientos gratuitos en hoteles, entradas a espectáculos, facilidades para obtener ganancias en juegos y espectáculos, exención de deudas, etc. Las apreciaciones de dichos autores deberán ser tomadas con mucha objetividad y sentido común para no convertir el derecho penal en un instrumento sobrecriminalizador.

⁽⁹¹⁶⁾ CASTILLO ALVA, José Luis, "El caso Joy Way: sus connotaciones penales y tributarias", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 33, junio, Lima, 2001, p. 77.

La situación *ex-ante*, la previa al enriquecimiento, puede abarcar tanto estados de carencia de medios y recursos patrimoniales de relativa y promediada prosperidad como estados de riqueza inicial de partida. La persona en tales casos tiene objetivamente un nivel o rango determinado de bienes o simplemente carece de bienes relevantes para definir un estado de riqueza inicial.

El factor tiempo en otras legislaciones penales adquiere importancia para apreciar el incremento significativo, ya en cuanto se produzca durante el ejercicio de los cargos o empleos o ya cuando estos han terminado pero el incremento tiene vinculación causal con dicho ejercicio. Así, el Código penal de Puerto Rico, prevé el caso del enriquecimiento del patrimonio del funcionario o empleado público o de un tercero incluso hasta 5 años después de haber cesado en el cargo (artículo 254). El Código penal de Colombia extiende dicha temporalidad a los dos años siguientes (artículo 412), idem el artículo 268.2 del Código penal argentino.

A fin de conferirle un contenido material que racionalice la intervención penal en materia de enriquecimiento ilícito, pueden adoptarse por vía interpretativa diversos enfoques: Una tesis económica, que dará énfasis al monto patrimonial significativo (en sentido positivo de acrecentamiento o negativo de disminución de pasivos) con base a parámetros móviles de conformidad al rango y remuneración del funcionario, por ejemplo entre otras variables a tomar en cuenta. Una tesis normativa que destacará el desbalance patrimonial, sin prestar mayor importancia a lo significativo o insignificante del incremento. Una tesis mixta que partiendo de situaciones de desbalance sólo conferirá relevancia penal si el resultado es significativo. Si bien las limitaciones de la primera tesis se hacen radicar en la indeterminación del «monto significativo», ello en realidad es un pseudo problema pues jurisprudencialmente, en deficiencia de norma, puede el órgano jurisdiccional establecer parámetros al respecto; ganando en cambio proporcionalidad el injusto con vistas a lo elevado de la pena, confirmándose con mayor razón el carácter residual del tipo penal; por cierto lo que no llegue a ingresar a ese monto significativo supondrá un espacio de atipicidad en correspondencia a principios de mínima entidad e insignificancia de la conducta productora de enriquecimiento. La segunda tesis, puede conducir a inequidades y desproporcionalidad en la respuesta punitiva. Una posición mixta se hace por lo mismo

más atractiva a fin de ser aplicada en el ámbito de definición del elemento objetivo-normativo del delito de enriquecimiento ilícito.

VII. LAS FUENTES DEL ENRIQUECIMIENTO

Enriquecerse económicamente es una opción patrimonial que se ajusta social y jurídicamente a las expectativas de realización personal que plantea y permite el sistema social capitalista o de mercado. Pero también puede ser una opción que para afirmarse quebrante normas sociales y o jurídicas, viole deberes especiales, afecte bienes jurídicos individuales, colectivos o institucionales. En este segundo gran supuesto nos estamos refiriendo al enriquecimiento ilícito, en tanto comportamiento penalmente desvalorado; con el primero aludimos al enriquecimiento lícito o ajustado socialmente.

Una persona (particular o sujeto público) puede enriquecerse lícitamente por diferentes vías: producto de su trabajo individual, familiar o colectivo (negocios, empresas), o de los servicios remunerados (profesionales o no) que preste a una institución nacional privada o pública (asesorías, cargos públicos de alta estimación a nivel emolumentos) o internacional (consultorías, puestos expectantes en organismos internacionales, etc.), como también por el advenimiento de caudales hereditarios, donaciones, legados, rentas, premios, loterías o también como resultado del ejercicio de la profesión y de las remuneraciones del cargo o empleo, o del concurso de ambos de no existir incompatibilidades.

El enriquecimiento ilícito, en cambio, tiene como fuentes generadoras una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales que regulan las interacciones humanas y los ámbitos pautados de competencias funcionales. Puede enriquecerse ilícitamente tanto el particular que cause lesión o menoscabo al patrimonio de otro mediante diversidad de figuras de incumplimiento de obligaciones y contratos (Modalidad de enriquecimiento indebido sustanciable vía Código Civil, arts. 1954 y 1955) ⁽⁹¹⁷⁾, como el que poseyendo un cargo o empleo

⁽⁹¹⁷⁾ Código Civil, art. 1954: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

público se vale del mismo para incrementar su patrimonio. Obviamente que estamos así frente a dos vías, jurídicamente estimadas, desvaloradas de enriquecimiento, la primera de naturaleza civil y la segunda de contenido penal. Ahora bien, si el funcionario hace valer su cargo, es decir, hace prevalecer sus calidades funcionales o de empleo en las contrataciones y negociaciones civiles en las que interviene, no vemos inconveniente mayor para que ello produzca el ingreso de sus actos al segundo ámbito de ilicitud, es decir, la relevancia penal por delito de enriquecimiento.

VIII. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El art. 401 del Código penal hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito tanto en función al sujeto que ilícitamente incrementa su patrimonio, a diferencia de la anterior y derogada fórmula que simplemente decía «se enriquece ilícitamente», como al modo en que se produce; así, la figura en estudio es atribuible sólo al sujeto público (funcionario y/o servidor) ⁽⁹¹⁸⁾ que durante el ejercicio de sus funciones realiza un incremento ilícito de su patrimonio. Durante el ejercicio del cargo, no antes, no después, es la opción político criminal concretada en la norma que ha asumido el legislador nacional. Con lo cual restringe la oportunidad del incremento ilícito y por lo mismo la tipicidad del comportamiento.

La norma penal de enriquecimiento ilícito no ha regulado el caso del particular que se enriquece, como si lo han hecho otras legislaciones penales, que contemplan la hipótesis del tercero beneficiado, que recibe igual pena que el autor (Puerto Rico), o con otras palabras, «la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento» que al igual que en el caso anterior tiene reservada igual pena que el autor del enriquecimiento (Argentina).

Código Civil, art. 1955: *«La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización».*

⁽⁹¹⁸⁾ Legislaciones penales como la de Puerto Rico y Panamá sólo hacen referencia al funcionario público. Esto mismo pasaba con el Código penal argentino en la Fórmula-Proyecto de 1963.

La redacción anterior del tipo penal de enriquecimiento ilícito contenía la frase *por razón del cargo* ⁽⁹¹⁹⁾, la misma que jugaba el papel de mostrar la vinculación del incremento patrimonial, ello podía entenderse en tres dimensiones: a) *en una primera perspectiva de naturaleza amplia* donde sólo importa la calidad ostentada, es decir, por el solo hecho de hacer valer la condición de funcionario o servidor público, sin importar que se actúe o ejercite la función o servicio; aquí no existen límites a la tipicidad previa del hecho, en tanto fuentes de enriquecimiento; b) *en sentido restringido*, con relación a las funciones o servicios realizados por los sujetos públicos; existe aquí la necesidad de una vinculación funcional de los actos ilícitos con las atribuciones propias del cargo o empleo, vale decir, del ejercicio de funciones, y c) penalmente *por razón del cargo*; *cargo público* es una dignidad, puesto o empleo que impone determinadas obligaciones a cumplir y deberes a observar, pero permite a su vez derechos y atribuciones especiales. Actuar por razón del cargo y actuar en razón a la función son dos modos de integrar un concepto global de función y servicio público. El primero es más amplio y de mayor contenido que el segundo. Por razón del cargo cubría ambas manifestaciones de poder del funcionario y en menor medida del servidor público, que deberán ser detectadas y evaluadas por el juzgador. Que estas manifestaciones de poder se hallen cubiertas por aspectos reglados que son tendenciosamente orientados a fines personales irregulares, discrecionales o arbitrarios, son todas hipótesis que pueden ser abarcadas por la figura del enriquecimiento ilícito. Ahora, la nueva redacción ha eliminado esta vinculación funcional de la acción de incremento patrimonial para referirse en cláusula abierta al hecho del funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, con lo cual pareciera que el legislador ha querido cubrir el amplio espectro de ilicitudes que provocan aumento patrimonial y que el sujeto público no puede justificar. Con ello el tipo penal se ha convertido en un tipo indeterminado en grado aún mayor que el que regía antes de la reforma, ya que es difícil interpretar que el ejercicio de la función cumpla el rol delimitador de la relevancia del incremento, ya que ello está colocado solamente como un referente de los ingresos legítimos, no como un filtro de tipicidad. La posibilidad de interpretación con búsqueda de un sentido

⁽⁹¹⁹⁾ Véase *supra*, p. 484 y ss. ("La relación funcional: «por razón de su cargo»").

racionalizador y afín a los principios del derecho penal (mínima intervención, fragmentariedad, lesividad, proporcionalidad, y otros) por parte del intérprete se hace aquí más perentoria que nunca para subsanar los desbordes legislativos.

Un funcionario o un servidor público puede enriquecerse en sentido amplio, y ello ser posible de valoración a título de ilicitud penal, con base a los tres supuestos que a continuación se detallan y que han merecido posiciones encontradas en la doctrina nacional:

- 1) Cometiendo ilícitos penales comunes: hurtos, estafas, apropiaciones ilícitas, tráfico ilícito de drogas, defraudaciones tributarias, aduaneras, lavado de activos, tráfico de armas, extorsiones, secuestros, etc., o también incurriendo en actos de ilicitud civil (tales como incumpliendo obligaciones, celebrando contratos leoninos, etc.). En estos supuestos, si el funcionario o servidor público no comete tales actos ilícitos haciendo prevalecer el cargo o valiéndose de éste, no podremos hablar de fuentes de enriquecimiento ilícito, dado que no se ajustan a la razón del cargo exigida en el tipo penal.
- 2) Producto de las concusiones, peculados, negociaciones incompatibles, tráfico de influencias, actos de corrupción funcional (cohechos pasivos), etc., en los que ha incurrido el sujeto público. En estos casos se habrán descartado las imputaciones específicas y especiales por tales delitos, ya que sería impracticable e inaceptable por inconstitucional efectuar una doble o triple valoración penal ⁽⁹²⁰⁾. GÁLVEZ VILLEGAS ha sugerido la idea que todo delito funcional que suponga incorporación patrimonial a favor del sujeto activo es ya también enriquecimiento ilícito, vale decir, todo delito funcional de acrecentamiento patrimonial concurra necesaria, simultánea e idealmente con el enriquecimiento ilícito. Esta concepción tiene el inconveniente de hacer innecesaria la existencia de los delitos funcionales con contenido de ilicitud patrimonial, por cuanto bastará la figura de enriquecimiento ilícito que es la que comandaría los efectos punitivos, quitándole contenido real a las conductas típicas de los otros delitos y que concursan idealmente con la figura penal 401 del Código Penal. La tesis

⁽⁹²⁰⁾ En este punto, véase GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 200.

del concurso ideal absolutiza así el rol político-criminal y la importancia del enriquecimiento ilícito, al cual sobredimensiona como tipo penal autónomo eclipsando y tornando simbólicos los demás delitos de función que importen acrecentamiento patrimonial. El error de GÁLVEZ VILLEGAS reside en no haber captado que en el concurso ideal la misma acción debe producir efectos lesivos y jurídicos distintos, configurando otras tipicidades; en su razonamiento, al argumentar que la incorporación de bienes al patrimonio del sujeto activo implica consumación de delito de peculado y también del enriquecimiento ilícito, el autor confunde un componente de la acción típica (incorporación de los bienes al patrimonio del agente) con la plurilesividad a los intereses normativos penalmente tutelados (concurso ideal), sin demostrar cuál es la otra lesión al bien jurídico generada a partir de la tesis de la incorporación de bienes. Además, el hecho de la incorporación general de bienes que el autor la hace valer para las dos figuras delictivas no puede ser reputada como demostrativa de la existencia de la plurilesividad normativa, ni mucho menos de la tipicidad del enriquecimiento ilícito, la que exige un incremento significativo. La base del error de la propuesta del citado penalista se halla en haber refundido tipicidades con el argumento del concurso ideal de delitos, lo que de aceptarse alteraría sustancialmente la sistemática y la existencia misma de los delitos de función con contenido patrimonial, sobredimensionando al delito de enriquecimiento que pasaría a ser considerado una figura penal genérica y matriz de los delitos funcionales, lo cual contradice radicalmente el sentido comunicativo de dicho delito, que por ubicación sistemática y naturaleza es subsidiario y de recogida.

- 3) Haciendo valer su cargo para obtener bienes que acrecientan su patrimonio mediante comportamientos que no han sido declarados judicialmente delictivos. Ingresan en este tercer orden conductas ilícitas no denunciadas o no esclarecidas suficientemente e infracciones de relevancia administrativa (incompatibilidades, prevalimientos, asesoramientos a empresas particulares, etc.)⁽⁹²¹⁾.

⁽⁹²¹⁾ Al respecto LEVENE, Ricardo, "El delito de enriquecimiento ilícito", en *La Ley*, T. 112, oct.-dic., Buenos Aires, 1963, p. 1100.

El enriquecerse ilícitamente tiene el contenido penal del art. 401, según PRADO SALDARRIAGA y PORTOCARRERO HIDALGO, siempre que no provengan de los delitos funcionales contemplados en el Código penal (corrupción, peculado, etc.)⁽⁹²²⁾. Por su parte ÁNGELES y FRISANCHO participan de la idea que el enriquecimiento no debe provenir de los delitos comunes, pues en tales casos deberán aplicarse dichas figuras al funcionario o servidor que delinque, acotando a continuación los autores en referencia que en la generalidad de los casos el acrecentamiento patrimonial es obtenido en base a la comisión de diversos delitos contra la administración pública⁽⁹²³⁾. GÁLVEZ VILLEGAS es del criterio que los acrecentamientos patrimoniales que tienen en su base de procedencia actos de ilicitud civil o de otro tipo distinta a la penal no resultan absorbibles por la tipicidad del enriquecimiento ilícito, ya que el derecho penal y el control penal en su conjunto sólo operan como *ultima ratio*, dada la naturaleza subsidiaria de la reacción penal y el carácter de mínima intervención de la norma penal⁽⁹²⁴⁾. Continúa indicando dicho autor que la fuente del enriquecimiento patrimonial o constitutivo del delito de enriquecimiento ilícito, será un acto penalmente relevante, esto es, configurativo de un delito, fundamentalmente de un delito contra la administración pública, o específicamente de la administración de justicia; asimismo, excepcionalmente podrá tratarse de un delito común, como por ejemplo un delito de estafa (en que el funcionario público se vale de su calidad de tal para materializar el engaño a la víctima del delito), un delito contra la fe pública, un delito tributario (en que el agente valiéndose del cargo burla el pago de los tributos y con ello logra simultáneamente aminsonar sus pasivos y de este modo mejorar su situación patrimonial), etc. Asimismo, podrá tratarse de un enriquecimiento proveniente de un delito o ilícito penal sujeto a la competencia del fuero privativo

⁽⁹²²⁾ Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Todo sobre el Código penal*, Lima, IDEMSA, 1997, T. I, p. 291; PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 229. PORTOCARRERO está más cercano a la tesis de los autores colombianos, por cuanto señala que el enriquecimiento ilícito es todo aumento patrimonial que proviene ilícitamente, menos de comportamientos que ya tienen tipo.

⁽⁹²³⁾ Cfr. ÁNGELES/FRISANCHO, *Código penal VII*, cit., p. 3284; PEÑA CABRERA/FRANCIA, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 47.

⁽⁹²⁴⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 140, 141.

militar ⁽⁹²⁵⁾. CARO CORIA, admitiendo que debe descartarse la admisibilidad del enriquecimiento proveniente de actos inmorales, en abierta oposición al punto de vista sugerido para el debate por ABANTO VÁSQUEZ, aceptando determinadas hipótesis con base a delitos de dominio y especiales, y luego de proponer que se preste atención a una base mínima de responsabilidad penal cifrada en la infracción de deberes funcionales, tiene sin embargo una perspectiva distinta frente al tema de las fuentes del enriquecimiento, al considerar que no resulta necesario el ejercicio casuístico, dada la subsidiaridad del tipo y la exigencia de la relación funcional entre el resultado de enriquecimiento y el desempeño del cargo ⁽⁹²⁶⁾. En la doctrina colombiana, MOLINA ARRUBLA pone de manifiesto las incongruencias derivadas de la fórmula legislativa de enriquecimiento ilícito de su país, que condiciona la consumación del delito siempre y cuando el hecho imputado no constituya otro delito, circunstancia que lo convierte en una figura penal incompleta ⁽⁹²⁷⁾.

Tenemos así una dispar posición doctrinal en el país. PRADO SALDARRIAGA y PORTOCARRERO HIDALGO sostienen la tesis que el delito del art. 401 no debe provenir de los delitos propios del ejercicio de la función, dejando abierta la posibilidad que sí lo sean de los delitos comunes. ÁNGELES-FRISANCHO en la línea opuesta sostienen que generalmente el enriquecimiento proviene de los delitos de función. Ambas posiciones son vulnerables como demostraremos más adelante. GÁLVEZ VILLEGAS y CARO CORIA, aceptan con restricciones la naturaleza amplia de las fuentes de enriquecimiento.

En suma, *enriquecerse mediante incremento patrimonial* de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder: se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito.

Quedan sin embargo necesitadas de esclarecimiento algunos específicos aspectos relacionados con las fuentes del enriquecimiento ilí-

⁽⁹²⁵⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 144.

⁽⁹²⁶⁾ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, El Jurista, 2002, pp. 203-206.

⁽⁹²⁷⁾ MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 318.

cito. En efecto, como bien concuerda la doctrina nacional, no puede existir la figura de enriquecimiento ilícito con base a delitos comunes ya juzgados y sancionados, tampoco con base a delitos de función por los cuales igualmente se procesó y sancionó penalmente, pues en tales casos además de implicar ello doble valoración sobre un mismo hecho y remoción de un proceso que puede que haya quedado en cosa juzgada, se estaría imputando responsabilidad por un resultado material en fase de agotamiento post-jurisdiccional, lo que implicaría revivir los tan temidos procesos medievales de sanción por responsabilidad objetiva, dado que el resultado enriquecimiento derivaría de un delito que ya fue agotado en sus aspectos normativo, fáctico, judicial y de pena.

Situación distinta –sujeta aún a mayor análisis al respecto– se presenta con los delitos comunes o especiales de función que hayan prescrito, esto es, que no hayan merecido un pronunciamiento firme por parte de la instancia jurisdiccional respectiva por factor tiempo, pero que, sin embargo, han enriquecido ostensiblemente al funcionario o servidor (extorsiones, hurtos, estafas, robos, defraudaciones, apropiaciones ilícitas, fraudes tributarios, tráfico de drogas, de armas, etc.). Igual situación se presenta con los supuestos penalmente relevantes que nunca fueron denunciados por los entes o autoridades competentes, ni procesados o descubiertos pero sí se materializaron pasando a engrosar la vasta lista oscura de la delincuencia subterránea; hipótesis todas en la que cabe la posibilidad de remitir subsidiariamente a la figura de enriquecimiento para procesar penalmente al funcionario o servidor público ⁽⁹²⁸⁾.

Volviendo al tema, en el caso que se observe –como ocurre con frecuencia– una marcada posición de enriquecimiento ilícito a través de los delitos de función ya sancionados penalmente, la pregunta que hay que hacerse es: ¿los anteriores estados de enriquecimiento ilícito descritos, ingresan en las previsiones de tipicidad abierta del art. 401? La respuesta en realidad no es sencilla. Si se afirma positivamente, complementando lo dicho en el párrafo precedente y con base a una lectu-

⁽⁹²⁸⁾ Admiten esta lectura, con referencia puntual al tema de la prescripción ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 485; SAN MARTÍN/CARO/REAÑO, *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, cit., p. 204. No lo admite GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 147.

ra distinta, cabe la posibilidad de que incursionemos en los terrenos de la responsabilidad objetiva, pues al cancelarse o extinguirse el derecho del Estado a perseguir los delitos comunes o de función, o al haber sido absuelto el sujeto público es impertinente hablar de dolo o culpa en el enriquecimiento; con mayor énfasis aún nos acercáramos al tema de la responsabilidad objetiva al haber sido éstos delitos ya sancionados o juzgados. Si en cambio, respondemos negativamente quedarán a vistas de la sociedad civil un gran número de riquezas ignominiosas como ejemplo de la corrupción del poder público y de la que disfrutarán quienes lucraron con las funciones y empleos públicos. En esta segunda hipótesis el mensaje de prevención general de la norma penal sufriría así un cuestionamiento demoledor. Considero que frente a este juego de preguntas y respuestas la posición que se adopte, no obstante la inmoralidad del hecho y la vulnerabilidad de la función y del servicio público, deberá estar en armonía con los postulados del Estado de Derecho. Para ello retomo las palabras de Sancinetti: «respétese las garantías constitucionales que desde la revolución francesa para aquí constituyen un patrimonio común de los pueblos civilizados, con establecer leyes que las violen no se dignifica ninguna comunidad. Sólo una evolución social lenta y en libertad podrá depurar progresivamente la calidad de sus funcionarios públicos en un futuro lejano que dé para la decencia de nuestros hijos una época esencialmente diferente» ⁽⁹²⁹⁾.

IX. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El artículo 401 del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación. No es el patrimonio el punto de atención de la norma penal ⁽⁹³⁰⁾, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con los dineros del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo como dato material se concluya por la existencia objetiva del delito, sino la necesidad de con-

⁽⁹²⁹⁾ SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento de funcionario público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 126.

⁽⁹³⁰⁾ De parecer distinto HUGO ALVAREZ, quien sí considera al patrimonio como bien jurídico protegido no obstante no sea el predominante (HUGO ALVAREZ, «El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal», cit., p. 58).

trolar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público⁽⁹³¹⁾. Resulta cuestionable que se trate de proteger la moral pública como afirman algunos autores (FERREIRA DELGADO y otros). El concepto «moral» es muy equívoco y sujeto a múltiples y disímiles interpretaciones. Por lo demás, hace ya tiempo atrás que el derecho penal y la moral pública tienen sus propios espacios de vigencia y control.

Pormenorizando algo más el sentir de la doctrina sobre el objeto jurídico protegido por la norma penal de enriquecimiento ilícito, INCHAUSTI, sostiene que el propósito protector apunta a preservar la ética del funcionario en cuanto base ésta del respeto a los organismos del Estado... «se preserva con la figura en análisis, el decoro, la dignidad, la insospechabilidad de la administración pública»⁽⁹³²⁾. DONNA, asumiendo como propia la posición de un sector de la doctrina argentina, ve en la protección de la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan el interés jurídico protegido⁽⁹³³⁾.

La Corte Suprema en Ejecutoria del 16/5/2003, Exp. N° AV-09-2001, consideró que el bien jurídico lesionado en el enriquecimiento ilícito es la administración pública, lo que significa ejercicio de funciones y servicios públicos; observancia de los deberes del cargo o empleo; con-

⁽⁹³¹⁾ Según ABANTO VÁSQUEZ (*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 477), es difícil encontrar un objeto del bien jurídico concretamente protegido, existiendo en todo caso un peligro abstracto en relación con los demás objetos protegidos por los demás tipos penales. Para CASTILLO ALVA ("El caso Joy Way", cit., p. 79) la esencia del artículo 401 y del bien jurídico protegido por la norma no es el impedir el perjuicio del patrimonio del Estado, ni el deber de vigilar el destino correcto de los fondos del tesoro público, sino el mandato que el funcionario o servidor —o todo miembro de la administración pública— no utilice ni emplee su cargo para lograr alguna ventaja económica o una mejora patrimonial. GÁLVEZ VILLEGAS (*Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 115), por su lado, anota que es la funcionalidad, el prestigio, dignidad y confianza de la función pública —lo que comprende a su vez a la actuación de los agentes que la integran— el bien jurídico específico; CARO (SAN MARTÍN/CARO/REANO, *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, cit., p. 125 y ss.) considera que para determinar el bien jurídico es necesario establecer las condiciones de merecimiento y necesidad de pena que lo fundamentan.

⁽⁹³²⁾ INCHAUSTI, Miguel A., *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Buenos Aires, Ad hoc, 2001, p. 39.

⁽⁹³³⁾ DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 393.

tinuidad y desenvolvimiento normal del ejercicio; prestigio y dignidad de la función; probidad y honradez de sus agentes; y protección del patrimonio público de los símbolos y distintivos estatales ⁽⁹³⁴⁾.

X. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo exclusivamente el funcionario y servidor público. Los particulares no podrán ser denunciados o procesados por delito de enriquecimiento ilícito, tal conducta y/o resultado en el Perú es penalmente atípica. Los sujetos públicos para ser sujetos de sanción penal deberán enriquecerse teniendo un cargo o empleo del que abusan o utilizan violando los deberes institucionales y funcionales que de los mismos se desprenden.

Sujeto pasivo es el Estado, ya que el es su titular. Resulta no asimilable la idea que los particulares puedan, en este ilícito penal, ser sujetos pasivos del delito. Sin embargo, pueden presentarse circunstancias en las que determinados particulares reclamen ser sujetos agraviados con el enriquecimiento del funcionario o servidor público, situación que puede conllevar a que dichas partes reconduzcan sus peticiones por la vía civil correspondiente, siendo difícil que en sede penal se satisfagan sus expectativas de restitución o reparación civil.

⁽⁹³⁴⁾ Dicha enunciación generalizadora del bien jurídico protegido efectuada por la Corte Suprema fue con relación al caso de enriquecimiento ilícito imputado a Blanca Nélida Colán, ex Fiscal de la Nación. Dicha alta funcionaria del Ministerio Público fue acusada, entre otros supuestos delictivos, de mostrar manifiesta parcialidad y sometimiento al «régimen fujimontesinista» al haber omitido denunciar e investigar a Vladimiro Montesinos por actos de corrupción. El sustento para declarar la culpabilidad de la procesada por delito de enriquecimiento ilícito radicó en el resultado de las pericias contables que concluyeron existía un incremento patrimonial no justificado, luego de haber analizado la documentación entregada por la Sub Comisión del Congreso, la declaración del impuesto a la renta, y los descargos de la procesada, en tanto no había sustento sobre los prepagos realizados al Banco Nuevo Mundo, no aceptándose la tesis de la imputada de haber tenido ahorros guardados en casa que no los depositó en entidad bancaria por temor a una quiebra financiera; argumentos reputados por el órgano judicial supremo de inconsistentes y poco creíbles. Considerándose más bien y por el contrario que ello ha puesto en evidencia que los signos exteriores de riqueza tienen un origen ilícito, producto de dinero mal habido recibido de parte del asesor presidencial, a cambio de favores políticos y también para garantizar su permanencia e incondicionalidad en el cargo (Véase dicha Ejecutoria en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Tomo II, Lima, Editorial Idemsa, 2004, p. 356).

XI. EL INJUSTO OBJETIVO

El tipo penal del art. 401 no describe en forma precisa conducta alguna más allá de la referencia al incremento del patrimonio, ni aporta mayores elementos de tipicidad que guíen el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala. No obstante, de la naturaleza del hecho ilícito, de la gravedad de la sanción y del carácter subsidiario o complementario de dicha norma, se pueden destacar los siguientes elementos materiales y formales implícitos en la fórmula peruana del enriquecimiento ilícito:

1. El contraste ostensible entre el patrimonio económico ex-ante y el patrimonio económico ex-post del sujeto público

El material probatorio (informes contables, pericias financieras, declaraciones de rentas, y otros) actuado durante el proceso debe poner en evidencia situaciones de asimetría, desproporciones o sencillamente contrastes notables entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo público en relación a los detentados o tenidos antes del ingreso al mismo, que no pueden ser explicados o justificados técnicamente o mediante criterios de estimación valorativa con el total de ingresos lícitos del funcionario o servidor una vez practicadas las deducciones del caso y realizadas las comparaciones estadísticas. No cabe admitir situaciones de enriquecimiento ilícito por montos nimios o insignificantes que más pueden llevar al error estadístico que a acreditar delito. Aquí deberá estarse a lo establecido en la fórmula sugerida por la Convención Interamericana contra la corrupción; por lo mismo sólo un contraste ostensible, conforme a parámetros tributarios, variables sociales de enriquecimiento o análisis personalizado del estatus socioeconómico del agente, nos permitirá superar la indeterminación del lenguaje empleado por el legislador, aunque corregida en parte cuando incorpora en un segundo párrafo de corte procesal la frase «notoriamente superior». En los casos que el incremento patrimonial recién se patentice ulteriormente al término o después del ejercicio de la función o empleo, el enriquecimiento deberá estar en vinculación causal con el período de ejercicio funcional.

La declaración de rentas o los informes de las remuneraciones por todo concepto, que las entidades públicas a las que pertenece el funcionario o servidor emitan a solicitud, son datos, que por lo general consti-

tuyen un reflejo de los ingresos o del patrimonio de partida o intermedio del sujeto público, que puede aportar evidencias objetivas sobre la existencia o no del incremento patrimonial ilícito que haga o genere enriquecimiento. No obstante, la declaración de rentas puede ser un referente fácilmente eludido ⁽⁹³⁵⁾ por la astucia del funcionario o servidor, que por lo general utiliza a terceros allegados o no a su entorno familiar y que le sirven para disimular la consumación del delito ⁽⁹³⁶⁾. Desde otra perspectiva, la declaración de rentas del funcionario, debe ser vista racionalmente por el juzgado a fin de no convertir el delito del artículo 401 del Código Penal en un mero esquema contable de desbalances, lo cual posibilita flexibilizar o racionalizar el carácter determinante de dicha declaración de ingresos en supuestos en los que existan ingresos lícitos formalmente no sustentables pero que son reales.

El dispendio exagerado de dinero, la ostentación de bienes y los signos apreciables de prosperidad real que contrasten con sus ingresos oficiales o con su riqueza inicial, o las súbitas o progresivas pero irregulares procesos de cancelación de deudas apreciables de dinero, serán todos indicios a tomar en cuenta por el juzgador para evaluar los niveles de pertinencia y subsunción del incremento económico en los requerimientos de la objetividad del injusto penal de enriquecimiento ilícito.

2. El incremento relevante

La estimación cuantitativa de cuál es el monto penalmente relevante para asimilar el incremento a la noción de enriquecimiento ilícito es de por sí variable y sujeto a discusión, en la medida que se establezcan cuáles son los indicadores económicos promedio o de consenso que definan los signos de prosperidad en un país y los niveles de ingreso de los sujetos activos del delito, o como propone CARO CORIA «tantas veces el sueldo del funcionario» ⁽⁹³⁷⁾. Que el contraste sea osten-

⁽⁹³⁵⁾ Así, HUERTA ACUÑA, Teófilo Martín, «Breve estudio del enriquecimiento ilícito», en *XVII Congreso Latinoamericano - IX Iberoamericano - I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, Ara Editores, 2006, p. 747: Es bien sabido que dichas declaraciones no se ajustan necesariamente, en todos los casos, a la verdad.

⁽⁹³⁶⁾ Al respecto, véase CASTILLO ALVA, «El caso Joy Way», cit., p. 77, quien pone en duda la eficacia de las formales declaraciones juradas de rentas de los funcionarios.

⁽⁹³⁷⁾ CARO CORIA, en REAÑO P./CARO CORIA/SAN MARTÍN, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir aspectos sustantivos y procesa-*

sible o, con el lenguaje de la norma penal complementaria, «notoriamente superior», descarta de la figura de enriquecimiento los *quantums* convertibles a dinero que se hallen por debajo de las expectativas regladas de ingresos de los funcionarios y servidores, así como, los montos deleznales de aumento en los bienes económicos. Este contexto definirá un espacio de vigencia del principio de *última ratio* del derecho penal. Le compete, en suma, a la Corte Suprema, en deficiencia de pautas legales y o reglamentarias, fijar los indicadores del caso según las particularidades concretas. Los términos de referencia en función a un número determinado de unidades impositivas tributarias, de los sueldos máximo y mínimo de los funcionarios y servidores públicos, o pautas más concretas que evalúen caso por caso los factores de enriquecimiento, son criterios que pueden ayudar a definir la estimación cuantitativa.

Complementando lo anterior debe tenerse en cuenta que el Código penal, en la versión anterior de la figura penal, al usar la palabra «se enriquece» estaba enfatizando un estado de real y marcada prosperidad económica no compatible con cuadros de incrementos insignificantes. Enriquecerse es un estado *ex post* de apreciable solvencia patrimonial económica en un contexto social determinado. No resulta atinado conceptualizar el enriquecimiento desde una perspectiva normativa que vea en cualquier suma de dinero, en su extremo deleznable, agregada al patrimonio del sujeto activo y resultante del desbalance estadístico, el dato relevante del enriquecimiento ilícito.

3. Los medios típicos de enriquecimiento ilícito

El art. 401 del Código penal en su redacción original no decía nada al respecto, posteriormente por reforma producida mediante el D. L. N° 89 del 7 de mayo de 1992, se anexó el art. 401-A que incorporó la frase «en todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados». Como hemos indicado ya, el tipo penal de enriquecimiento ilícito se ha construido en base a una fórmula extremadamente genérica y abierta, que no establece conducta alguna ni da referentes objetivos para la

les, cit., p. 210. El caso de México es ilustrativo en este punto, ya que allí la agravante se define en razón a la cantidad del incremento tomando como referente el salario mínimo diario, ver Legislación extranjera.

apreciación del incremento relevante. Para subsanar en parte tal situación el contenido del art. 401-A ofrece al análisis algunos puntos de partida interesantes. En primer lugar, los medios de enriquecimiento anotados (es decir, los donativos, dádivas o presentes) son propios de los delitos de corrupción de funcionarios. En segundo lugar, la norma penal complementaria está ofreciendo un marco de referencia para delimitar los alcances de tipicidad del supuesto de hecho.

Donativos y dádivas ⁽⁹³⁸⁾ tienen idéntico significado lingüístico. Su uso diferenciado en la norma penal refleja un exceso de puntilliosidad político-criminal, a no ser que el legislador haya tenido en consideración el factor cuantitativo para definir la dádiva, como obsequio o regalo de menor gravitación que el donativo ⁽⁹³⁹⁾. En cambio, el *presente*, que sigue siendo igualmente un obsequio o regalo, tiene un indicador de oportunidad afectiva, que lo distingue de la dádiva o del donativo, referido a la cosa u objeto especial revestido de un matiz no directamente patrimonializado (entregado al sujeto público a cambio de alguna prestación o favor). Más allá de estas precisiones, tales términos ofrecen el mismo significante en cuanto a sentido patrimonial básico. Nótese que la norma no alude a las ventajas, las que en alguna forma y en determinados casos también poseen equiparación económica, lo que puede traer complicaciones cuando el órgano persecutor del delito tenga que efectuar valuaciones de la masa patrimonial incrementada.

La pregunta que de inmediato surge es ¿son los donativos, dádivas y presentes los únicos medios de enriquecimiento ilícito, de modo que el tipo penal cierre con ellos sus exigencias patrimoniales? La respuesta tiene que partir de una necesaria observación: el art. 401-A es una regla de agregado (que complementa la figura del art. 401 o tipo básico de enriquecimiento ilícito) referida a una consecuencia jurídica cuya pertinencia era innecesaria, por cuanto bastaba, si se quería hacer mención al decomiso de los bienes, el artículo 102 del Código Penal, quedando por lo mismo circunscrito el contenido del tipo complemen-

⁽⁹³⁸⁾ Véase *supra*, p. 635 y ss. ("Los medios corruptores").

⁽⁹³⁹⁾ En modo alguno es válida aquí la acepción extensiva del término "dádiva" que hace Carlos CREUS, en cuanto objeto desprovisto de contenido económico (CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 281; *idem*, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, 1981, pp. 274-275).

tario a la alusión material de los medios de enriquecimiento (*donativo, dádiva, presente*) y a la expresión aclaratoria que la precede (*en todo caso*). Bajo estas circunstancias se puede considerar, desde la perspectiva de una interpretación literal, que el legislador peruano ha querido denotar que el delito de enriquecimiento ilícito es igualmente una forma de corrupción de funcionarios. Interpretación que permitiría considerar bajo dicho contexto que los medios de enriquecimiento señalados cerrarían el tipo penal.

Sin embargo, queda en pie la objeción que el enriquecimiento ilícito de funcionario y servidor público no siempre se consuma vía donativo o presente, sino también por otros medios más expeditivos (exacciones, apropiaciones, sustracciones, etc.); argumentación nada deleznable, aún más si consideramos que optar por la perspectiva del cierre del tipo presupone admitir que sólo los delitos de corrupción constituyen la fuente generadora del ilícito penal de enriquecimiento ilícito. Como se apreciará, no por el hecho de la inclusión de la regla 401-A ha sido esclarecida la fuente del incremento patrimonial reputado penalmente ilícito. Las inconsistencias técnico-legislativas del tipo básico y complementario de enriquecimiento ilícito siguen así poniendo en tela de juicio su existencia misma, en tanto coherencia lógico-sistemática y corrección técnico legislativa, además de los problemas derivados de su necesidad político-criminal.

4. La ilicitud formal y el deber de justificación por parte del sujeto activo

Si el enriquecimiento, es decir, el marcado y ostensible contraste entre lo que se tuvo antes del acceso al cargo y lo que se tiene durante o después de él, constituye el contenido material del delito en estudio, en cambio la ilicitud —en el más amplio sentido, ya sea penal, civil, administrativa, etc., o en un sentido más estricto— es el componente formal que integra el delito. La ilicitud del enriquecimiento vía acreditación de la procedencia ilegal o socialmente desvalorada tiene que mostrar al juzgador que el incremento rebasa significativamente el estimado promedio de recursos económicos del sujeto activo (resultantes de contrastar los ingresos legales y debidos por todo concepto del funcionario y/o empleados), y por sobre todo que la forma y modos de su obtención han sido ilegítimos, situación

que se torna incompatible con la posición de garante y/o de servicio a la nación asumida por todo sujeto público.

La ilicitud es formal, por cuanto no es objeto de la norma penal 401 el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos lesionados o los intereses y valores sociales afectados, tampoco el efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito. Interesa tan sólo la ilicitud penal del resultado «enriquecimiento», es decir, demostrar que su procedencia u obtención no ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles ni se debe a factores socialmente ajustados (herencias, negocios familiares, premios, etc.).

El componente de la no justificación del incremento patrimonial ostensible incorporado en el tipo penal con la reforma provocada por la Ley N° 28355, en tanto imperativo de conducta dirigido al funcionario o servidor (de quien se presume ha incrementado su patrimonio ilícitamente), constituye uno de los elementos del tipo que ha sido intensamente objetado tanto en la doctrina argentina, colombiana y nacional. Con mayor fuerza aún que la indeterminada conducta del incremento patrimonial. Las razones que se han dado son de peso para cuestionar la constitucionalidad de la figura penal de enriquecimiento ilícito al suponer la inversión de la carga de la prueba ⁽⁹⁴⁰⁾ (afectación de los principios de legalidad, presunción de inocencia, prohibición de declarar contra si mismo (*nemo tenetur*), debido proceso, defensa en juicio, presunción de culpabilidad). No obstante y como bien describe DONNA también se han producido argumentaciones para sustentar el deber de justificar el incremento patrimonial con base al argumento central del estado democrático de derecho (deberes funcionales del sujeto público de asegurar los fines de la administración pública y que le colocan en una posición de tener que fundamentar su posición de garante). Una bien lograda frase de SOLER sintetiza esta posición «nada desmedido, irregular o severo hay en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre

⁽⁹⁴⁰⁾ Por todos véase la evaluación en contra y en pro de la justificación por parte del sujeto público del incremento patrimonial reputado ilícito, en DONNA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 382 y ss.

un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado; la asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial, con lo que quien sienta esta obligación como demasiado pesada e incómoda debe apartarse de la función pública. Esa obligación de rendición de cuentas sitúa al funcionario público en igual posición que los administradores de la quiebra, los de una sucesión o aquellos otros de un consorcio de copropietarios ⁽⁹⁴¹⁾.

La justificación del *plus* significativo que hace enriquecimiento ilícito y que se le requiere al sujeto público imputado en el proceso penal, no es propiamente un problema de *inversión de la carga probatoria*, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos ⁽⁹⁴²⁾. Dicho deber de justificar se fundamenta y legitima en la posición de garante asumida por el funcionario y servidor público al ingresar al servicio de la nación, siendo un mandato derivable del enunciado constitucional que positiviza el hecho que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación ⁽⁹⁴³⁾; o como bien redondea VILLADA, debe desterrarse la idea de que en esta materia, el derecho penal se conduce con el funcionario como con cualquier ciudadano común, y es que el funcionario público, no es un ciudadano común ⁽⁹⁴⁴⁾. Adquiere mayor consistencia, conforme la re-

⁽⁹⁴¹⁾ Citado por DONNA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 385.

⁽⁹⁴²⁾ Las dificultades dogmáticas y procesales de las fórmulas colombiana y argentina que incluyen en el tipo penal la no justificación del incremento económico como elemento del injusto penal mereció por nuestro legislador nacional antes de la dación de la Ley 28355, la decisión político-criminal de no contemplarla como componente típico de la figura del art. 401. Se buscó de esta manera evitar las interpretaciones equívocas sobre la inversión de la carga de la prueba, que podía llevar a entender que el sujeto activo tenía la obligación de probar su inocencia.

⁽⁹⁴³⁾ Art. 39 de la Constitución Política del Estado peruano: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley".

⁽⁹⁴⁴⁾ VILLADA, *Delitos contra la función pública*, cit., p. 385.

dación actual del delito de enriquecimiento ilícito, la tesis de CREUS sobre la naturaleza omisiva del delito, el cual según tal apreciación tendría su núcleo de ilicitud en la no justificación o en la no justificación suficiente de la procedencia del enriquecimiento ⁽⁹⁴⁵⁾.

No se trata, entonces, tan sólo de establecer presunciones de enriquecimiento, hay que acreditarlo con los diversos medios probatorios que existan (pericias contables, estimados financieros, análisis *ex-ante* y *ex-post*, concurrencia de indicios, etc.). La carga de la prueba deberá estar siempre a cuenta del denunciante o de la entidad institucional que es parte en el proceso penal (se entiende el Ministerio Público, secundado por la labor de las Procuradurías del Estado). La negativa del sujeto activo a justificar en modo alguno debe ser considerada una presunción de culpabilidad o una acreditación del hecho imputado, más allá de las implicancias administrativas o de relevancia penal (diferentes a la figura 401) que el caso pueda ameritar, asistiéndole por lo mismo al sujeto activo la presunción de inocencia con toda su fuerza principista y procesal, pese a que exista un incremento significativo en tanto esto último no es más que el dato fáctico sobre el cual tendrá que construirse toda el armazón de la imputación con base a indicadores probatorios y de responsabilidad subjetiva. Presunción que exige al juez permitirle al imputado examinar la prueba de cargo a fin de que ejercite su defensa cuando dichos medios probatorios hayan supuesto levantamientos de reserva, secretos bancarios, financieros, u otra información que se mantuvo reservada por las entidades de control o de persecución.

5. La relación funcional del enriquecimiento con el cargo

Si bien la redacción actual de la figura de enriquecimiento ilícito no hace mención a la razón del cargo se deja intacto el análisis de este componente.

La fórmula peruana, a diferencia de la colombiana, sólo ha incluido la frase «*por razón del cargo*». ¿Ello permite colegir acaso que está excluido el ejercicio de la función como fuente generadora del incremento patrimonial, o debe entenderse que «*por razón del cargo*» también incluye el ejercicio funcional? El

⁽⁹⁴⁵⁾ Al respecto véase la crítica de SANCINETTI (*El delito de enriquecimiento de funcionario público*, cit., p. 105) a los planteamientos de los tratadistas clásicos argentinos (CHIAPPINI, CREUS y otros).

tema es de por sí debatible. La posición del autor de este trabajo es afirmativa conforme se ha detallado ya anteriormente ⁽⁹⁴⁶⁾, no pretendiendo con ello soslayar la necesidad del debate interpretativo y esclarecedor al respecto.

Si asumimos la tesis que el artículo 401 cierra el tipo penal de enriquecimiento ilícito en lo concerniente a los medios que generan dicho resultado, entonces la vinculación funcional se circunscribirá a los ilícitos penales de corrupción cometidos por los funcionarios y servidores públicos como fuente generadora de enriquecimiento, quedando excluidos los efectos económicos logrados con la realización de los delitos comunes (estafas, hurtos, apropiaciones, extorsiones, etc.). Igualmente estarán al margen de la vinculación funcional por razón del cargo los otros ilícitos penales distintos a los de corrupción (peculado, concusión, etc.).

En cambio, si se parte del criterio que el art. 401-A, si bien juega un papel complementario, que no es excluyente ni pretende totalizar las fuentes de enriquecimiento, entonces por razón del cargo va a significar dos cosas: 1) el enriquecimiento se produce durante el ejercicio de las actividades del funcionario o servidor público, incluyendo una extensa gama de ilícitos penales funcionales o ilícitos administrativos; excluyéndose aquí los acrecentamientos patrimoniales que el sujeto público haya realizado en su calidad de particular, sin que, en tal hipótesis, para nada haya intervenido la calidad funcional o el ejercicio del cargo; supuesto que si bien puede, en determinados casos, admitir la presencia de un marco de incompatibilidades, ello no es suficiente para dotarle al acto o resultado de enriquecimiento patrimonial relevancia penal por delito de función y menos por enriquecimiento ilícito; 2) el enriquecimiento se produce mediante el prevalimiento del cargo sin requerir que necesariamente se ejercite actividades de función o servicio. En esta perspectiva se amplía aún más las fuentes generadoras del enriquecimiento ilícito, pudiendo abarcar incluso a delitos comunes cometidos por el sujeto público con abuso del cargo, hipótesis en la que se advierte con mayor notoriedad el abuso de poder del sujeto público.

No existe razón suficiente –de carácter político-criminal ni de naturaleza dogmática– para circunscribir la fuente generadora del enriquecimiento ilícito a los delitos o actos ilícitos distintos a los de función, o para considerar que sólo éstos en exclusividad pueden dar cuenta de la figura 401. Que el Código penal colombiano lo haya así regulado no es argumento válido para que lo traslademos a nivel de interpretación al modelo peruano, más aún si el legislador nacional pudiendo haber incluido tal componente condicional no lo hizo.

⁽⁹⁴⁶⁾ Véase *supra*, p. 848.

El vínculo funcional comprende así un amplio abanico de fuentes generadoras de riqueza ilícita en el marco de prevalimiento manifestado. Si excluimos el prevalimiento, el tipo penal pierde fuerza relevante, porque no es lo mismo que un funcionario o servidor se enriquezca a que se enriquezca en razón de su cargo ⁽⁹⁴⁷⁾.

XII. ELEMENTO SUBJETIVO

Por principio jurídico-dogmático asumido por el derecho penal peruano, no se puede castigar ningún delito por la sola existencia de un resultado material, en este caso de enriquecimiento, es decir, por el incremento patrimonial que no ha sido acreditado en su procedencia ilícita. Tiene que haber existido dolo en los actos de incremento ilícito. La responsabilidad objetiva (castigar al margen de dolo o culpa, sólo en razón al hecho material), está desterrada de nuestro ordenamiento penal, por lo menos a nivel de principio tutelar. El dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de enriquecerse ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud. No es admisible la tesis de que el delito de enriquecimiento exija ánimo de lucro o tendencia interna trascendente, conforme indica GÁLVEZ VILLEGAS ⁽⁹⁴⁸⁾, pues además de no ser una exigencia del tipo, con ello se estaría restringiendo innecesariamente el ámbito de tipicidad del delito, excluyéndose comportamientos y resultados de enriquecimiento referenciables en la simple conducta dolosa; a lo que hay que agregar la dificultad que se deriva de dicha tesis para admitir un delito con dolo directo y ánimo de lucro que sea a la vez susceptible de cometerse con dolo eventual.

⁽⁹⁴⁷⁾ En este punto, enfatizan igualmente la razón del cargo CARO CORIA (SAN MARTÍN/CARO/REAÑO: *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, cit., p. 194 y ss., vinculando la razón del cargo a criterios de imputación objetiva), CASTILLO ALVA ("El caso Joy Way", cit., p. 22, ampliamente y evaluando las distintas lecturas que existen al respecto) y GÁLVEZ VILLEGAS (*Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 152).

⁽⁹⁴⁸⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 155 a 157.

XIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Estamos ante un delito de naturaleza comisiva activa y de resultado condicionado a los resultados de una acción procesal, que se consume en la medida en que se acredite la existencia de un incremento significativo y contrastante, el mismo que es resultado de actividades no conformes a derecho en el contexto del ejercicio funcional, ya sea durante el período temporal de vigencia del mismo o ulterior a él. En este último caso siempre y cuando exista nexo causal imputable del resultado enriquecimiento con el período de ejercicio funcional ⁽⁹⁴⁹⁾.

Corno se observará no es sólo el incremento lo que va a consumir el delito, ya que un enriquecimiento no explicado de por sí no es delictivo, tampoco son suficientes las presunciones que al respecto se hagan ni la negativa a justificar del funcionario o servidor. El centro de gravedad delictiva recae en la comprobada desproporción económica de origen ilícito poseída por el sujeto público, o en la cancelación-disminución ostensible de pasivos, vinculados ambos a su condición de funcionario o servidor público que los explica y da sentido penalmente relevante. Asimismo, es de considerar no acertada la opinión de ABANTO VÁSQUEZ ⁽⁹⁵⁰⁾ para quien el delito se consume no solamente con el incremento del patrimonio del funcionario sino con el «vencimiento de los plazos para la justificación de tal incremento», lo cual incorpora un elemento procedimental en el *iter criminis* del delito, que el tipo penal no registra, además de hacer depender los plazos de prescripción de la acción de un criterio no establecido por la parte general del Código Penal peruano. No compartimos la opinión de GÁLVEZ VILLEGAS ⁽⁹⁵¹⁾, se-

⁽⁹⁴⁹⁾ La Ejecutoria Suprema del 16 /5/2003, Exp. AV-09-2001, ya citada anteriormente considera al enriquecimiento ilícito un delito comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consume en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la medida que el mismo es resultado de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el período de ejercicio público funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación.

⁽⁹⁵⁰⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 487.

⁽⁹⁵¹⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 161.

gún la cual la incorporación de los bienes, derechos y/o activos al patrimonio del sujeto activo, de su familia o de la persona interpuesta, o al asumir la titularidad de los bienes, consuma el delito. GALVEZ funde aquí, en un solo concepto, acción con resultado, tomando a ambos elementos de tipicidad como idénticos, lo cual por lo demás justifica su perspectiva de análisis que ve en el tipo penal 401 un delito de simple actividad.

Cuando el tipo penal señala refiriéndose al sujeto público, «no pueda justificar razonablemente» no está diciendo con ello que no justifique, esto es que no quiera o se vea imposibilitado de justificar, sino que más bien está colocándose en la situación racional, desde la perspectiva normativa, que pese a sus intentos las razones dadas para justificar el incremento no son idóneas o suficientes para superar la imputación de ilicitud, lo cual no supone que el Juez vea en ello criterio de culpabilidad, pues está el Fiscal en la obligación de presentar un plexo probatorio razonable, más allá de la inidoneidad del sustento del sujeto público imputado. El deber de justificar si bien es un importante componente del núcleo de la ilicitud penal por sí solo, ante su ausencia no consuma el delito. La no justificación razonable en proceso penal es un factor de primera importancia para avanzar en la acreditación del delito, pero sin embargo y pese a su importancia para dar por consumado el delito de enriquecimiento ilícito el Fiscal deberá acreditar con los medios probatorios, que detallan objetiva y técnicamente el incremento notorio, que dicho incremento no justificado o insuficientemente justificado es ilícito; en este contexto deberá el Fiscal confirmar que la inidoneidad de las razones dadas por el procesado se basan en la procedencia ilícita del incremento. La justificación del incremento torna irrelevante la imputación de ilicitud y por lo mismo de la tipicidad del supuesto.

La razonabilidad de la justificación, en tanto exposición argumentada de fundamentos o razones, va dirigida tanto al obligado como al juez que aprecia dicha razonabilidad, por lo cual no se requerirá una matemática proporción de ajuste sino elementos significativos de contraste económico.

La tentativa supone que existen actos fragmentarios que por sí mismos no son suficientes para acreditar la existencia material y subjetiva del delito de enriquecimiento. Es admisible que se presenten actos

de tentativa en la medida de incrementos fronterizos con los incrementos significativos, que rebasen las estadísticas de error, lo cual supone, como correctamente indica CASTILLO ALVA, la posibilidad que se presente la figura del desistimiento voluntario a enriquecerse⁽⁹⁵²⁾. Asuntos por cierto necesitados de mayor ahondamiento temático.

XIV. PARTICIPACIÓN

Sólo pueden enriquecerse ilícitamente, según la figura del art. 401, los funcionarios y servidores públicos. Los mismos que responderán a título de autores o coautores.

El Código Penal peruano vigente no ha normativizado expresamente la situación jurídico-penal de los terceros llamados «hombres de paja», testaferros o personas interpuestas (particulares allegados o extraños pero vinculados con el sujeto activo), quienes por lo general son utilizados o concertados por los sujetos públicos para disimular u ocultar el estado de enriquecimiento logrado por éstos; supuesto de hecho en el que responderán por delito de encubrimiento o receptación según cuales sean las particularidades del caso y de concurrir las exigencias de tipicidad subjetiva. En el caso de los testaferros o de los instrumentos (que obran dolosamente) empleados por los funcionarios y servidores públicos para enriquecerse, al estar ubicados en el proceso del *iter criminis* del delito, serán reputados cómplices del sujeto público⁽⁹⁵³⁾. En lo general y como bien recuerda GÁLVEZ VILLEGAS⁽⁹⁵⁴⁾, rigen aquí las reglas de la accesoriedad limitada de la participación. Aquellos supuestos en los que sean familiares de vinculación directa con el sujeto activo del delito, esto es, hijos, padres, cónyuge, esposa, hermanos, etc., quienes son utilizados para lograr el enriquecimiento ilícito del agente o para disimularlo, deberán ser evaluados caso por caso para descartar comportamientos desprovistos de tipicidad, al hallarse fundados en el principio de confianza y no concurrencia de los

⁽⁹⁵²⁾ CASTILLO ALVA, "El caso Joy Way", cit., p. 81.

⁽⁹⁵³⁾ Así, por ejemplo véase, en la Ejecutoria suprema de 2 de julio de 1998, Exp. N° 143-98, Sala C (Queja), Lima, la calificación legal de cómplice en el delito de enriquecimiento imputado al acusado.

⁽⁹⁵⁴⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 182 y 183.

elementos de tipicidad subjetiva exigibles a los partícipes, a efectos de hacer relevante la imputación penal.

Nuestra legislación penal no tiene una figura propia de enriquecimiento ilícito de particulares, que sí la observamos, por ejemplo, en la legislación penal especial colombiana (Decreto 2266 de 1991) y argentina (Código Penal, artículo 268.2, último párrafo). Obviamente, que el tratamiento jurídico-penal de la persona interpuesta es de por sí opinable y debatible, debiendo en este punto complementarse la norma penal de enriquecimiento ilícito con un agregado complementario o con una autonomización normativa sobre la punición del testaferrato, de forma que se racionalice la criminalización y punición de tales partícipes.

XV. LA SUBSIDIARIDAD DEL DELITO

Sostener que el delito de enriquecimiento posee naturaleza subsidiaria implica lo siguiente:

- a) Que existe la posibilidad que presentado el supuesto de hecho de incremento patrimonial significativo vinculado a la razón del cargo, dos o más figuras penales puedan dar cuenta de su tipicidad en situación de concurso aparente.
- b) Que la subsidiariedad descarta la posibilidad que el supuesto de enriquecimiento sea absorbible en su tipicidad objetiva y subjetiva por otras figuras penales que también poseen como componente un relativo o significativo incremento del patrimonio del agente (por ejemplo, un peculado doloso, el provecho obtenido en una colusión defraudatoria, una concusión o un cobro ilegal de remuneraciones [exacción ilegal], etc.).
- c) Que la subsidiariedad descarta la posibilidad de aplicar alternativamente (o uno u otro) los tipos penales funcionales, dado que lo subsidiario es excluyente de lo principal o de lo alternativo.
- d) Que el tipo de enriquecimiento no posee naturaleza autónoma, en tanto tipo penal, vale decir que carece de una conducta típica propia, operando con carácter residual, esto es, con efecto de rechojo de aspectos de tipicidad de otros ilícitos, sin que pueda confundirse con éstos ⁽⁹⁵⁵⁾.

⁽⁹⁵⁵⁾ Véase el argumento de ABANTO VÁSQUEZ (*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., cit., p. 485), quien desdobra la naturaleza del

- e) Generalmente la subsidiariedad posee descripción legal expresa, cuando la norma así lo establece⁽⁹⁵⁶⁾, pero en otras situaciones la relación de subsidiariedad se halla implícita en la configuración normativo-descriptiva del tipo penal, tal como sucede con el delito de abuso genérico de autoridad que es una figura penal subsidiaria con relación a los tipos penales especiales de abuso (artículo 376 del Código Penal con relación a los artículos 378, 379, 380, 382, etc.). En el contexto del derecho penal comparado, para describir la relación de subsidiariedad expresa usualmente se han acudido a las frases «siempre que el hecho no constituya otro delito» (Colombia), «sin incurrir en alguno de los delitos de este capítulo» (Puerto Rico), «sin incurrir en un delito más severamente castigado» (Costa Rica y Panamá).
- f) El delito de enriquecimiento ilícito mantiene una relación subsidiaria con los tipos penales de concusión, exacción ilegal, colusión defraudatoria, peculado doloso y extensivo, cohecho pasivo genérico y específico de aceptación de donativos, tráfico de influencias, entre otros. No pudiendo concursar ni real ni idealmente con tales figuras delictivas, lo que significa que la imputación por enriquecimiento ilícito cancela la establecida por los demás delitos para un mismo supuesto de hecho, lo que deberá establecerse en la medida de lo posible en la calificación del supuesto de hecho o en los momentos pertinentes del desenvolvimiento procesal del caso.

delito en autónoma y subsidiaria, dependiendo de cuál sea la fuente ilícita de origen del incremento significativo: en el primer caso, cuando el incremento patrimonial no tiene nada que ver con la comisión de delitos pero implican la infracción de deberes funcionales o cuando tiene que ver con delitos que ya han prescrito; en el segundo caso cuando el enriquecimiento provenga de otros delitos perseguibles penalmente. Esta tesis, pese a su originalidad, mantiene algunas dificultades para la interpretación, en cuanto a los límites de las infracciones funcionales capaces de revestir de relevancia penal por enriquecimiento ilícito y el tema de la eficacia de la prescripción, entre otros aspectos, tornan debatible la tesis de ABANTO.

⁽⁹⁵⁶⁾ Por citar un ejemplo, el artículo 438º del Código Penal referido al delito de falsedad genérica: «El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad (...)». Aquí la norma penal imprime taxativamente el sello de subsidiariedad al delito.

El criterio de subsidiariedad⁽⁹⁵⁷⁾ admitida preliminarmente para el delito de enriquecimiento ilícito ofrece la ventaja que no descarta la posibilidad de reorientar la calificación legal, si de los medios probatorios actuados resulta aplicable al supuesto de hecho un tipo funcional especial y no el artículo 401. Efecto remisivo que racionalizará la labor persecutoria del delito por parte del Ministerio Público.

Las críticas formuladas a la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito con relación a los demás delitos funcionales –no pudiendo hablarse aquí de subsidiaridad con referencia a delitos comunes, dada la naturaleza especial del tipo penal 401– apuntan a deslegitimarla desde dos argumentos ⁽⁹⁵⁸⁾: a) la existencia de un concurso ideal y no de uno aparente, conjetura sobre la cual ya se ha puesto de relieve sus inconsistencias ⁽⁹⁵⁹⁾; y b) el tipo penal subsidiario siempre tiene una pena menor que los tipos especiales, es decir, posee menor gravedad. Se acude aquí a una razón dominante en la esfera civil, sin tomar en cuenta que el derecho penal tiene la característica que comúnmente recrea conceptos y los potencia en función al ámbito de protección de la norma, de modo tal que un criterio cuantitativo, válido posiblemente en esferas extrapenales, no puede invalidar una construcción que otorga coherencia a la sistemática penal especial.

La función que cumple la subsidiariedad está relacionada con la necesidad político-criminal de cubrir espacios o ámbitos desprovistos de regulación y por lo mismo susceptibles de impunidad, por deficiencias probatorias o restricciones descriptivo-comprensivas de los tipos penales básicos o principales. Desde esta perspectiva de análisis, la subsidiaridad no siempre y necesariamente (lo que de por sí es criticable) va a guardar concordancia con los principios de legalidad y determinación de las de las conductas, lo que hace que en su formulación se acuda por lo general a cláusulas abierta de tipicidad que hacen difícil

⁽⁹⁵⁷⁾ Asume también esta tesis con intensa defensa HUGO ALVAREZ, «El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal», cit., pp. 60 a 63. Pormenorizadamente sobre la tesis de la subsidiaridad véase NAKAZAKI SERVICÓN, «Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria», cit., p. 190 y ss.

⁽⁹⁵⁸⁾ Véase al respecto GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 198 y ss.

⁽⁹⁵⁹⁾ Véase *supra*, p. 848 y ss..

la labor de interpretación y pueden permitir desbordamientos de criminalización.

XVI. AGRAVANTE POR LA CALIDAD Y POSICIONAMIENTO DEL AGENTE

La Ley N° 28355 anexó al artículo una circunstancia que agrava severamente la pena al funcionario público que «haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o si está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional». Mediante esta circunstancia el legislador se ha dirigido a un sector reducido y privilegiado de funcionarios públicos que concentran poder burocrático, funcional y político y deciden en las altas esferas de la administración pública, y por lo mismo se hallan en posiciones de mayor vulneración del bien jurídico específico.

En este punto lamentablemente el Congreso al dar la Ley N° 28355 no tomó en cuenta las otras circunstancias de agravación que se le propuso, tales como la de tomar el referente de las cincuenta unidades impositivas tributarias a efectos de incrementar la pena, así como el de regular expresamente el testaferrato.

XVII. PENALIDAD

El Código penal peruano es uno de los más severos en Latinoamérica en sancionar penalmente el delito de enriquecimiento ilícito. No obstante que muy raras veces fue aplicable el tipo penal en mención, excepción hecha de los recientes procesos contra funcionarios del fenecido régimen político presidido por el presidente Fujimori.

La penalidad es doble de cinco a diez años de la privación de la libertad (pena efectiva) e inhabilitación conforme al art. 36 inc. 1 y 2) para el tipo básico, y de 8 a 18 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al art. 36 incs. 1 y 2 para el tipo agravado.

XVIII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad y causales de justificación:

- Por inexistencia del dolo.

- Por enriquecimientos socialmente ajustados (producto de sus emolumentos, premios, servicios profesionales, etc.), por actos que suponen irregularidad administrativa ⁽⁹⁶⁰⁾.
- Por incrementos deleznales.
- Por hechos fortuitos o herencias.
- Por justificación contable o financiera.

XIX. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 268 (2): *Será suprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.*

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años».

Este tipo penal fue anexado al código argentino por Ley 16.648 de fecha 30 de diciembre de 1964 que incorporó el Capítulo IX «Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados».

2. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980, texto actualizado por Ley 190 de 1995), art. 148: *El servidor público que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años de prisión, multa equivalente al valor del enriquecimiento o interdicción de derechos y funcionarios públicos por el mismo término de la pena principal.*

⁽⁹⁶⁰⁾ Así, la Ejecutoria Suprema del 6/12/2002, Exp. 3071-2001 Puno de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo, consideró que la percepción de doble remuneración implica la infracción de una norma de carácter administrativo más no delito de enriquecimiento ilícito (en SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública*. Ju-

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial justificado».

C.P de Colombia (2000): art. 412: *El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años.*

3. Panamá (1982)

«C.P. de Panamá (1982), art. 335: *Será sancionado con prisión de seis a dieciocho meses y de veinticinco a setenta y cinco días-multa el servidor que sin incurrir en un hecho punible más severamente penado:*

(...)

- *No justifique, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento patrimonial suyo de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo público. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento, será sancionado con veinticinco a setenta y cinco días-multa».*

4. Costa Rica (1971)

«C.P. de Costa Rica (1971), art. 344: *Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:*

(...)

- *No justifiare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público».*

5. Venezuela (Ley del 31 de marzo de 1964)

«Ley del 31 de marzo de 1964 de Venezuela, art. 25: *El enriquecimiento ilícito tiene lugar cuando el funcionario o empleado público, durante el*

desempeño de su cargo o dentro del año siguiente a su cesantía se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que sobrepasan notoriamente sus posibilidades económicas.

Para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado público se tomarán en cuenta: 1) sus condiciones personales; 2) la cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; 3) la ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento».

6. Puerto Rico (Decreto 270 del 13 de febrero de 1973)

«Decreto 270 del 13 de febrero de 1973, de Puerto Rico, art. 477.- Enriquecimiento ilícito: El funcionario público que sin incurrir en alguno de los delitos de este capítulo se enriqueciere sin justa causa, a costa de la hacienda pública o municipal, será sancionado con prisión de 6 meses a 6 años. Se presume enriquecimiento ilícito el aumento de capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que se ha tomado posesión del cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, y fuere notablemente superior al que normalmente hubiere pedido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital, o de sus ingresos, por cualquier otra causa».

7. México (1922)

«C.P de México (1922), art. 275: Comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia.

Para determinar el enriquecimiento del servidor público, se tomarán en cuenta los bienes a su nombre y aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, además de los que a este respecto disponga la legislación sobre responsabilidad de los servidores públicos.

Al servidor público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito, se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y el momento en que se comete el delito se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda el equivalente a cinco mil veces el salario mínimo antes anotado, se impondrán de dos a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.

8. Convención Interamericana Contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)

«Convención Interamericana contra la Corrupción, art. IX.- Enriquecimiento ilícito: Con sujeción a su construcción y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito el incremento del patrimonio de un funcionario con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan».

9. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (México, 2003)

«Art. 20: Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él».

**UNIDAD III: EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y EL
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL
PERUANO.**

- 2) Gómez Pavón, Pilar. "El delito de tráfico de influencias en el
Código penal español. Una aproximación a su regulación." En:
Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Ángel Gaspar
Chirinos y Raúl Ernesto Martínez Huamán (Directores). Gaceta
Jurídica. 2015.**

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. UNA APROXIMACIÓN A SU REGULACIÓN

Pilar Gómez Pavón¹

Las breves líneas que siguen las voy a dedicar a la aproximación al estudio de los denominados delitos de tráfico de influencias, tal y como se encuentran regulados en el actual Código Penal español; no se trata de un estudio en profundidad, porque las limitaciones de extensión lo impiden, sino de plantear los problemas que entendemos se presentan en su aplicación, más en un ordenamiento y sistema como el español en el que por diversas circunstancias, venimos asistiendo a una judicialización de actividades en el ámbito de la Política, posiblemente por la ausencia de una sistema adecuado para establecer las responsabilidades administrativa y/o políticas en las que puedan incurrir estas personas, y sin que ello signifique negar la necesidad del empleo del Derecho Penal en aquellos casos en que se considere que revisten la suficiente gravedad para fundamentar y justificar el uso del ordenamiento punitivo². No es pues finalidad de este trabajo un estudio exhaustivo y completo de delito de tráfico de influencias, tal como está regulado en el texto penal español en los artículos 428 a 431.

Los casos de corrupción, no exclusivos de la sociedad española, han hecho que la ciudadanía se sensibilice ante estos problemas, buscando una respuesta adecuada a estos hechos, que indudablemente deben ser objeto de sanción penal, pero como acabo de decir, la falta de un sistema de respuestas no penales supone un riesgo en la interpretación y aplicación de la ley penal, que puede extender su ámbito de aplicación más allá de lo que permite el principio de legalidad, mediante una interpretación extensiva de la norma. La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 300/12, de 3 de mayo, en su Fundamento Quinto, considera que aún siendo los hechos reprochables en cualquier caso, solo se puede fundamentar la responsabilidad penal cuando se consideren probados los elementos que integran este delito; *“La consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta (...) que prohíbe taxativamente la analogía “in malam partem” es decir la aplicación del tipo a casos distintos de los comprendidos expresamente en él”*

Y precisamente ese es el objeto de estas páginas, analizar los denominados delitos de tráfico de influencias en la legislación penal española.

¹ Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid y Subdirectora del Instituto Universitario de Criminología de la misma casa de estudios.

² En sentido similar, MORILLAS CUEVAS, en “Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial”, dirigido por Cobo del Rosal, Madrid, 2000, pág. 817.

El Código Penal español regula en su Título XIX los Delitos contra la Administración Pública, y en su Capítulo VI, los delitos de tráfico de influencias, en los artículos 428 a 431³. Delitos introducidos por Ley Orgánica de 9/91, de 22 de marzo⁴.

El Código Penal español recoge estos delitos, tanto como especiales en los que solo puede ser autor el funcionario o la autoridad, como comunes cuando son cometidos por particulares, ampliando la responsabilidad a las personas jurídicas tras la reforma del texto por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio.

El artículo 428 prohíbe influir en una autoridad o funcionario público, por quien también pertenece a la función pública, prevaleciéndose de su cargo o de cualquier otra situación derivada de una relación personal o jerárquica para conseguir de forma directa o indirecta un beneficio económico, bien para él o para un tercero. En este tipo, al igual que en cualquier otro del los que forman parte del Capítulo, según la jurisprudencia se protege la imparcialidad y objetividad de la función pública⁵, pero de acuerdo con la Sentencia del mismo Tribunal de 24 de junio de 1994 la influencia debe realizarse con el propósito de introducir en la motivación del funcionario, “*elementos ajenos a los intereses públicos*” y supone una influencia en el proceso decisorio del funcionario o autoridad, lo que hace cuestionable la tipicidad del hecho cuando la influencia y posterior resolución en su caso, no es ajena al interés público, en cuanto lo que se

³ Artículo 428: “*El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al triple del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior*”

Art. 429: “*El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleciéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior*”

Art. 430: *Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.*

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”

Art. 431. “*En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso*”

El artículo 31 bis del actual Código Penal español establece, por primera vez en la legislación española la responsabilidad de personas jurídicas, bien por hechos realizados por personal directivo, bien por la omisión del deber de control de estos sobre personas subordinadas a ellos. El artículo 66 bis establece las reglas para individualizar la pena a las personas jurídicas y en el artículo 33, 7 las penas que pueden imponerse a estas, que se consideraran todas graves.

⁴ Estos preceptos no sufrirán modificación con la reforma del Código Penal que entrara en vigor próximamente.

⁵ Además de la Sentencia citada, en el mismo sentido las también de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 480/04, de 7 de abril y 335/06, de 24 de marzo.

persigue no es lesivo para el mismo, así por ejemplo influir en otro funcionario para que resuelva de una determinada forma que le genere un beneficio a él o a terceros, pero que objetivamente esa resolución sería la adoptada en cualquier caso ya que es la que resulta más conveniente para el interés público. Y así se ha destacado por la doctrina para todos los tipos comprendidos en el Capítulo, que el bien jurídico protegido sería la imparcialidad en la función pública, con una común finalidad político criminal: consistente en evitar una desviación del interés público al particular⁶. La cuestión como ya hemos dicho en líneas anteriores es si es posible considerar típica una lesión de la imparcialidad que no suponga ese desvío del interés público al particular.

Elementos comunes a los delitos previstos en los artículos 428 y 429 es el comportamiento típico (influir), y los medios también típicos (prevalimiento), aunque estos últimos pueden diferir en su origen dado la diferente condición del autor: funcionario público/ autoridad o particular. También en ambos tipos la influencia deberá ser sobre un funcionario público o autoridad. Antes de seguir adelante conviene poner de relieve que en el ordenamiento penal español el concepto de funcionario público o autoridad no coincide con el de la legislación administrativa o del resto del ordenamiento jurídico, así en el artículo 24, se considera como autoridad *“al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia”*, y en todo caso los miembros de ambas Cámaras, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, así como a los funcionarios del Ministerio Fiscal. El número 2 de este artículo define al funcionario como *“todo aquel que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”*. No es tan importante la forma por la que se accede, siempre que sea una de las enumeradas en el Código Penal, como el desempeño de funciones públicas

Posiblemente sea la conducta descrita en estos tipos la que ocasione unos mayores problemas cara al principio de legalidad, y a una interpretación extensiva de la ley penal, *“in malam partem”* y, en consecuencia prohibida.

Como se ha puesto de manifiesto por doctrina y jurisprudencia, cualquier interpretación legal debe tener como límite la literalidad de los términos, es decir el sentido gramatical de los mismos, de tal forma que todo lo que excede de ese sentido debe considerarse atípico, y su subsunción en un determinado delito, contrario al principio de legalidad penal. La Sentencia del Tribunal Constitucional 137/97, de 21 de julio, en su Fundamento Jurídico 7, considera que *“el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios”*, aún cuando no debe olvidarse que, tal como dice la sentencia citada, el lenguaje es a veces *“relativamente vago y versátil”*, por lo que deberá acudir a un criterio añadido, que no puede ser la mera interdicción

⁶ MUÑOZ CONDE, “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia, 1026; CUGAT MAURÍ, “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, Barcelona, 1997, págs. 104 y ss, entre otros.

de la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad, ya que según el Tribunal Constitucional español, *“una resolución judicial que no adolezca de esos defectos puede, no obstante, resultar imprevisible para el ciudadano –y como se ha dicho, no permitirle programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente y constituir una manifestación de la ruptura del monopolio legislativo- y administrativo, con la subordinación y limitación que el es propia- de determinación de las conductas ilícitas”*⁷. Para la sentencia citada, el principio de legalidad resulta vulnerado por resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos empleados en la norma aplicada (en referencia al método gramatical de interpretación), pero *“son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios”*⁸

Para la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/02, de 13 de septiembre la vulneración del principio de legalidad puede producirse tanto cuando se constata una aplicación analógica o extensiva de la norma a partir de la motivación de la sentencia, como cuando esa aplicación se revele en la falta de motivación. La doctrina constitucional española vincula el principio de legalidad, como no puede ser de otra forma, a la seguridad jurídica, a la previsibilidad de aplicación de las normas, de forma tal que el ciudadano pueda organizar su comportamiento de acuerdo con ellas.

En el entendimiento del principio de legalidad no es posible olvidar que solo la emanación de la ley penal del órgano representativo de la voluntad general puede legitimar la intervención penal; una interpretación extensiva y analógica supone en último término la invasión por parte del poder judicial de ámbitos que no le son propios, como es el legislativo.

Lo acabado de expresar en relación con el principio de legalidad tiene importancia en la interpretación del artículo 428 del Código Penal español, en concreto en la del comportamiento típico, puesto que influir puede ser susceptible de varias interpretaciones.

Atendiendo al primero de los criterios interpretativos, por influir debemos entender, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en su segunda acepción *“Ejercer predominio o fuerza moral”*⁹. Pero el significado típico de esta

⁷ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional español, 133/87

⁸ En sentido similar a la sentencia citada en el texto, las del mismo tribunal 69/89; 214/89; 116/93; 26/94; 306/94; 184/95

⁹ En este sentido Cugat Mauri, “Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial” III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia”, Valencia, 2013, pág. 467. En el mismo sentido Berdugo Gómez de la Torre, “Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias”, en Delitos de funcionarios públicos, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994; Morillas Cueva y Portilla Contreras, “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, en Comentarios a la Legislación penal, T. XVI, Madrid.

influencia debe ponerse necesariamente en relación con los medios típicos, el prevalimiento originado por alguna de las situaciones descritas en los artículos 428 y 429 del Código Penal: ejercicio del cargo, relaciones jerárquicas o personales en el primero de los preceptos y solo las relaciones personales en el segundo. Y de acuerdo con ello, la jurisprudencia ha considerado que existe influencia en los términos de estos dos tipos penales, cuando se constata una presión moral eficiente derivada de la posición o status del influyente, sobre el actuar o las resoluciones del influido¹⁰.

Con todo, y a pesar de las resoluciones judiciales, tanto del Tribunal Supremo como de las diferentes Audiencias Provinciales, no resulta fácil llegar a establecer que debe considerarse influencia a efectos de los artículos 428 y 429 del Código Penal español. Aún descartando la tipicidad de las denominadas conductas menores, como pueden ser las meras sugerencias, el interés mostrado por un determinado asunto, solicitudes de información de la tramitación, el problema dista de estar resuelto.

El propio empleo del verbo influir lleva a esta confusión, más cuando debe distinguirse por un lado de la inducción y por otro de la coacción. Inducir en Derecho Penal es equivalente a hacer nacer en otro o determinarle a la comisión de un delito; comisión que se realiza por el inducido, en principio autor material del hecho punible, sin que quien induce participe de otra forma en su ejecución, ni y esto es relevante en este punto, se produzca una disminución de la libertad del inducido.

Contrariamente cuando nos encontramos en presencia de una coacción, la persona que finalmente actúa lo hará con una merma importante de su libertad, que puede llevar a considerarle no responsable penalmente. Para Cugat Mauri, *”generalmente se exige un grado de coerción de la libertad del influido superior al de la inducción, aunque inferior al de la coacción”*¹¹

Ahora bien, partiendo de la base de que en los delitos de los artículos 428 y 429 del Código Penal no se requiere la anulación de la libertad del funcionario, el problema estribará en determinar qué grado de afectación de la misma es preciso para poder hablar de influencia en los términos típicos de estos artículos; no se entiende que se diga que debe ser mayor que en la inducción, si por esta entendemos actuar de tal forma que se determine a otro a cometer un delito; si en la inducción el actuar del inductor es lo que lleva a cometer el delito al autor material, y en la influencia tiene que ser de tal relevancia que altere el proceso decisorio del funcionario, es difícil establecer diferencias en cuanto a la entidad de la presión ejercida, siempre que en la inducción esa presión pueda considerarse como uno de los medios típicos para conseguir la ejecución.

¹⁰ En este sentido ver la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 157/97, de 4 de febrero; 300/12, de 3 de mayo del mismo Tribunal; se aprecia en la que resolvió un caso en su momento muy mediático en España, 537/02, de 5 de abril, en la que se consideró que el comportamiento de un alcalde sobre una persona que había concurrido en las listas del mismo partido a las elecciones, para que tomara una determinada resolución constituía tráfico de influencias. Aunque la pertenencia a un mismo partido político y la posición de poder no pueden llevar a considerar típico el actuar del superior en cualquier caso.

¹¹ Cugat Mauri, ob. cit., pág. 468.

Realmente, la influencia no tiene que ser para la comisión de un delito, sino para la adopción de una determinada resolución que, como acabamos de decir no necesariamente debe ser constitutiva de delito, sino que vulnera la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública. Tan es así que si la decisión tomada por esa influencia reúne los elementos típicos de un delito, el funcionario que adopta la resolución responderá por él, pero no por el delito de tráfico de influencias del que solo serán responsables los funcionarios, autoridades o particulares autores típicos de este delito. Y esta entendemos que es una diferencia esencial entre ambas figuras.

Si se acepta lo acabado de decir, la diferencia entre inducción e influencia, de acuerdo con el Código Penal español, no es la mayor o menor relevancia de la presión, sino la diferente finalidad de quien la ejerce; en un caso va dirigida a la comisión de un delito y solo en ese caso es punible, y en el segundo (influencia), persigue la adopción de una resolución administrativa que le pueda generar un beneficio económico para sí o para un tercero. Por ello consideramos que las similitudes con la inducción son más aparentes que reales, aún cuando los verbos típicos (inducir e influir) puedan tener un significado similar, pero jurídico penalmente son diferentes¹².

Si, como así parece ser la opinión mayoritaria, por no decir unánime, de doctrina y jurisprudencia, la influencia supone una intervención en el proceso de formación de la voluntad de un tercero, en este caso un funcionario o autoridad pública, deberá exigirse que pueda imputarse objetivamente al actuar del autor de estos delitos la resolución que finalmente adopte el funcionario¹³. Ciertamente como se apunta por algún autor esta necesidad plantea problemas de prueba, puesto que lo que tiene que acreditarse más allá de toda duda es que la decisión del funcionario, que quiebra el principio de objetividad e imparcialidad que debe regir el funcionamiento de la Administración, es consecuencia natural y jurídicamente de la influencia ejercida sobre el funcionario competente para adoptarla¹⁴. Problemas derivados tanto de la pertenencia al ámbito interno de los sujetos involucrados, como del propio conocimiento de la existencia de esa relación.

Con todo, el problema sobre que deba considerarse influencia no resulta de fácil solución, pare ello no puede olvidarse que el autor debe actuar prevaleciéndose de las relaciones que median entre él y el funcionario o autoridad sobre la que se ejerce la presión. Relaciones que, como hemos dicho, están enumeradas en régimen de *numerus clausus* en la ley, sin que pueda extenderse a otras. Pero a pesar de ello, el sistema empleado por la ley no garantiza la seguridad jurídica en la interpretación de estos tipos penales.

El artículo 428 limita el prevalimiento al que tiene su origen en el ejercicio de su cargo o de una situación derivada de una relación jerárquica o personal. Y el artículo 429 solo a las derivadas de una situación personal, dado que el autor típico no puede ser

¹² Sobre las similitudes, ver Cugat Mauri, ob., cit., pág. 468, quien parece considerar que ambas figuras son similares, aunque luego señale las diferencias, pero no en el sentido del texto.

¹³ Así las Sentencias del Tribunal Supremo 537/02, de 5 de abril y 2025/1, de 29 de octubre, entre otras.

¹⁴ Cugat Mauri, o., cit., pág. 469.

un funcionario, sino un particular. En cuanto al ejercicio de las facultades del cargo, debe tenerse en cuenta las pautas de funcionamiento de la Administración Pública en los momentos actuales, donde no puede hablarse de obediencia debida, más bien al contrario, el funcionario viene obligado al cumplimiento del ordenamiento jurídico. Ni puede predicarse con carácter general por la pertenencia al mismo partido político, ni por la posición de poder que se pueda ostentar en él. Es cierto que la Administración Pública tiene una estructura jerarquizada, pero eso no significa que las “órdenes” del superior tengan fuerza suficiente para conseguir el dictado de una resolución en beneficio propio o de tercero, de forma directa o indirecta. El segundo origen posible es cualquier situación derivada de una relación personal o jerárquica, y plantea problemas interpretativos mayores. Para la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 537/02, de 5 de abril, *“si bien en principio parece que puede tomarse en consideración cualquier relación familiar, afectiva o amistosa, dado que el prevalimiento es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, debe darse al mismo una interpretación restrictiva, en cuanto supone un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo. Citándose como casos concretos de ello el chantaje moral, las relaciones amorosas serias o las perspectivas futuras en la carrera profesional o política, como puede ser en los cargos de elección pública el temor a ser eliminado de las listas electorales en próximas elecciones”*.

Para la Sentencia del mismo Tribunal 300/12, de 3 de mayo, cuando el prevalimiento se origina en un abuso del cargo o en una relación jerárquico, debe existir un *“abuso de una situación de superioridad, como ha señalado acertadamente la doctrina, por lo que no penaliza genéricamente cualquier gestión realizada por quien ostenta un nivel jerárquico superior, sino únicamente aquellas en que dicha posición de superioridad se utiliza de modo desviado, ejerciendo una presión moral impropia del cargo”*.

Tanto en uno como en otro caso, para el Tribunal Supremo español, es necesario que concurra esa presión moral, como algo más que una simple sugerencia, incluso de una indicación precisa, ya que deberá ir acompañada siempre por un abuso de una situación que, por cualquiera de los orígenes indicados en el texto legal, coloque al autor en una situación de poder en relación con el funcionario o autoridad al que se pretende influir. Y para la Sentencia citada en último lugar es preciso algo más, que la presión sobre el funcionario se realice con la finalidad *“de introducir en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos”*.

Y de esta exigencia, entendemos se debe establecer uno de los límites a la aplicación tanto del artículo 428 como del 429 del Código Penal; que la resolución que se pretende sea ajena a esos intereses públicos, por lo que deberían excluirse aquellas resoluciones que no afecten a la imparcialidad en el ejercicio de la función pública de forma esencial¹⁵, según CUGAR MAURI, todo aquello orientado a conseguir algo a lo

¹⁵ En este sentido Cugar Mauri, ob., cit., pág. 477

que se tiene derecho y se hubiera obtenido de todas formas¹⁶. Entendemos que si la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública no resulta lesionada, no es posible aplicar los tipos de los artículos 428 o 429 del Código Penal español, pero no puede olvidarse que para la jurisprudencia y parte de la doctrina, no es preciso en estos tipos que la resolución que finalmente se adopte sea injusta penalmente¹⁷. Así CUGAR MAURI considera que dependiendo de la desviación de la función pública podría distinguirse entre resoluciones prevaricadoras o meramente irregulares, lo que no supone dejar de considerar el hecho como un delito de tráfico de influencias¹⁸.

Establecer la tipicidad o atipicidad de la resolución en la mayor o menor desviación de la función pública requiere de una precisión anterior, que debe ir conectada con aquello que se pretende proteger, que según se afirma casi de forma unánime es la imparcialidad y objetividad de la función pública, en consecuencia la interpretación deberá fundamentarse en la mayor o menor afectación de esos intereses que no pueden venir dada por la entidad de la irregularidad de la resolución, al menos en relación a su contenido, sino por la mayor o menor posibilidad de obtención de esa misma resolución sin que mediere influencia; en este caso, cuando se ejerce la influencia, pero el resultado hubiera sido el mismo, no puede decirse que se mediatiza la decisión del funcionario en términos típicos, con independencia del juicio moral, político o administrativo que merezca el hecho.

¹⁶ Idém, ob., cit., pág. 478.

¹⁷ En este sentido la Sentencia 2025/01. De 29 de octubre.

¹⁸ Cugar Mauri, ob., cit., pág. 478, aunque admite que en la práctica será difícil aplicar estas figuras cuando la resolución no es prevaricadora o irregular: “costará apreciar que en tales casos haya existido un verdadero prevalimiento de una posición de poder”