



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Material Auto Instructivo
**CURSO: “PRINCIPALES ASPECTOS DE LOS DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS”**
Elaborado por el
Dr. Angel Gaspar Chirinos

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Zoraida Avalos Rivera
Vice- Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde - Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente material del Curso "Principales aspectos de los delitos de corrupción de funcionarios", ha sido elaborado por el Dr. Ángel Gaspar Chirinos, para la Academia de la Magistratura, en agosto del 2016.

PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION

LIMA – PERÚ

SILABO

NOMBRE DEL CURSO "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	ACTUALIZACION	Y
		PERFECCIONAMIENTO	
Horas Lectivas	:	74	
Número de Créditos Académicos	:	03	
Especialista que elaboró el material	:	Dr. Ángel Gaspar Chirinos	

II. PRESENTACIÓN

El curso para los discentes cuyo tema a desarrollar: "PRINCIPALES ASPECTOS DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS", tiene como finalidad principal en desarrollar los aspectos esenciales respecto a las nuevas perspectivas de los delitos enmarcados dentro del rubro de la corrupción en la administración pública.

El delito de corrupción de funcionarios será abordado en tres unidades, siendo la primera unidad: aspectos de la corrupción en la administración pública, segunda unidad: el delito de cohecho y la negociación incompatible en la legislación jurídico penal peruano y la tercera unidad: el delito de tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

En la primera unidad se desarrollará el concepto de la corrupción, características de la corrupción, clases y sujetos de la corrupción, sujetos de la corrupción y el fenómeno de la corrupción.

En la segunda unidad se abordará el delito de cohecho: concepto jurídico, la clasificación del cohecho reconocidos dentro de nuestra legislación jurídica; así mismo se enfoca el delito de negociación incompatible cuyos aspectos a analizar son el bien jurídico protegido, el sujeto activo, la conducta típica la muestra de interés y a consumación.

Y finalmente en la tercera unidad trataremos el delito de tráfico de influencias, cuyo análisis estará referido al bien jurídico protegido, la tipicidad objetiva, los sujetos (activo y pasivo), los comportamientos típicos, los grados

de desarrollo del delito, y las críticas al tráfico de influencias simulada; asimismo, en dicha unidad se desarrollará el delito de enriquecimiento ilícito.

Cada unidad incluye jurisprudencia relevante en nuestra legislación, así como las lecturas relacionadas a los temas de cada unidad.

Estamos convencidos de que el estudio disciplinado de este curso coadyuvará a un mejor desempeño de las importantes funciones de los discentes.

III. COMPETENCIA

Al final del curso el discente:

Conoce y diferencia la existencia en el catálogo de delitos enmarcado dentro de título XVIII "delitos contra la administración pública", en su capítulo II "delitos cometidos por funcionarios públicos", siendo un tema relevante en estas últimas décadas en la que los discentes podrán desarrollar de manera adecuada el análisis dogmático-jurídico de la corrupción de funcionarios o servidores públicos.

CAPACIDADES:

• **Primera Unidad: Aspectos generales de la corrupción en la administración pública.**

- Conoce de lo que debe entenderse por corrupción, las clases de corrupción, los sujetos de la corrupción y el fenómeno de la corrupción.

• **Segunda Unidad: el delito de cohecho y la negociación incompatible en la legislación jurídico penal peruana.**

- Distingue en qué casos esta frente al delito de cohecho y en qué casos en el delito de negociación incompatible.

• **Tercera Unidad: el delito de tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito en la legislación jurídico penal peruana.**

- Aplica de manera correcta las conductas que subsumen en el tipo penal del tráfico de influencias en sus distintas modalidades (influencia real y la influencia simulada);
- Diferencia que el enriquecimiento ilícito es una conducta autónoma y no dependiente de otro delito precedente.

III. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: Aspectos generales de la corrupción en la administración pública.

Contenidos Conceptuales	Contenidos Procedimentales	Contenidos Actitudinales
Abuso de autoridad.	Definición de los agentes del delito, bien jurídico protegido y límites de los marcos de imputación	Actitud crítica para discernir entre el fuero común y militar, lo cual permite que exista una delimitación en ambos fueros jurisdiccionales, para su juzgamiento.
Delito de peculado.	Definición de los agentes del delito, caracterización del tipo de delito, bien jurídico protegido y criterios de imputación.	Actitud crítica poder discernir las categorías procedimentales.
<p>Casos Sugeridos:</p> <p>1) Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N°. 02284-2007-HC/TC. (CUSCO)</p> <p>2) Acuerdo Plenario. N°4-2005/CJ-116.</p> <p>3) Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N°. EXP. N.º 04004-2010-HC/TC (SAN MARTIN)</p>		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <p>1) Salinas Siccha, Ramiro. "Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana".</p> <p>2) García Cavero, Percy. "La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal 2009".</p> <p>3) Muñoz Conde, Francisco. "Derecho penal parte especial", decimosexta edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia-2007, p. 949, ss.</p>		

UNIDAD II: El delito de cohecho y la negociación incompatible en la legislación jurídico penal peruano.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
Cuhecho pasivo propio.	Ofrece un desarrollo de las modalidades de la comisión, bien jurídico protegido y criterios de imputación. El agravio hacia el estado.	Actitud crítica para identificar y hacer uso de las diversas categorías procedimentales.
Negociación incompatible.	Se exponen las formas de realización de la conducta típica, los diversos agentes que intervienen, el bien jurídico protegido y los criterios de imputación. El plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos.	Actitud crítica para poder hacer uso de las categorías procedimentales.
<p>Casos Sugeridos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Recurso de nulidad N° 2068-2012-Corte Suprema de Justicia. 2) Casación N° 253-2013 (Puno) 3) Acuerdo Plenario 01-2005 ESV 22. 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Reátegui Sánchez, James. "Corrupción de funcionarios". 2) Rojas Vargas, Fidel. "Delitos contra la administración pública", editorial Grijley, tercera edición, Lima-2003, p. 583 y ss. 3) Diaz-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.

UNIDAD III: El delito de tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito en la legislación jurídico penal peruano.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
Tráfico de influencias.	Se expondrá que uno de los perjuicios que origina el fenómeno de la corrupción, es que socaba la legitimidad de las instituciones públicas.	Actitud crítica para identificar el tráfico de influencias y precisar cuándo es una simple gestión de intereses.
Enriquecimiento ilícito	El delito de enriquecimiento ilícito en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.	Actitud crítica para poder identificar criterios de imputación adecuados.
<p>Casos Sugeridos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N.º 05206-2011-PHC/TC (CALLAO) 2) Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N.º. 00017-2011-PI/TC (Lima) 3) Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de las cortes superiores del 21 06 2008 (enriquecimiento ilícito). 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Rojas Vargas, Fidel. “Delitos contra la administración pública”, editorial Grijley, cuarta edición, Lima-2007, p. 833, ss. 		

- 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.

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso "delitos contra la administración pública", es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los discentes tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- 1) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano", Lima, 2003.
- 2) ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Burocrático Mexicano. Porrúa México, 1995.
- 3) AGUILAR LOAYZA, María Lorena. "Reformas respecto al delito de cohecho: Tentativa del delito y penas impuestas a los sujetos del tipo penal", Universidad del Azuay, Facultad de ciencias jurídicas escuela de derecho, Cuenca, Ecuador, 2012.
- 4) ANTÓN ONECA / RODRÍGUEZ MUÑOZ. Derecho Penal, Madrid, 1949, tomo II, p. 214, citado por ETCHEBERRY, Derecho Penal. Parte Especial, tomo IV, 3ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- 5) CANCINO MORENO, Antonio. "El delito de peculado en el nuevo código penal", Bogotá, 1983.
- 6) CARRARA. "Programa de Derecho criminal". Parte especial, vol. V, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, 4ª edición revisada, Ed. Temis, Bogotá, 1993.
- 7) CHIRINOS SOTO, Francisco, "Código Penal", Lima, 2006.
- 8) DEFLEM, M. "Corruption, Law and Justice: A Conceptual Clarification", en Journal of Criminal Justice 23, 1995. Citado por Reyna Alfaro en: "Delitos contra la administración pública".
- 9) DIAZ-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.
- 10) ETCHEBERRY, ALFREDO, "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo IV, 3ra Edición, Editorial Jurídica de Chile, 3º edición, 1997.
- 11) GARCÍA CAVERO, Percy. "La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú"- Anuario de Derecho Penal, 2009.
- 12) 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.
- 13) GUILLERMO OLIVER, C. "Aproximación al delito de cohecho", REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 5 – Año 2004, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
 - 14) KAUFMANN, Daniel. "Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica", Revista Perspectivas (Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile).
 - 15) MORILLAS CUEVA, DP Español. PE, 2005.
 - 16) OLIVERA PRADO, Mario. "Hacia una sociología de la corrupción", Revista Cuba Socialista.
 - 17) PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. "Manual del Derecho Penal". Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá, 2005.
 - 18) PAGLIARO, Antonio, "Principi di diritto penale parte speciale: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano, Giuffrè, 1995.
 - 19) PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de abuso de autoridad. consideraciones dogmáticas y político-criminales", Revista de derecho Themis, Lima.
 - 20) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Derecho Penal, Parte Especial; primera edición. Editorial Moreno S.A. Lima, noviembre, 2008.
 - 21) PROYECTO ANTICORRUPCIÓN, "alerta anticorrupción apuntes de tipicidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito", IDEHPUCP.
 - 22) QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español, parte especial, 2011.
 - 23) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. "Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias". 2004.
 - 24) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "Derecho Penal, Parte Especial"; Editorial Jurista Editores; Lima, 2009.
 - 25) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "Corrupción de funcionarios".
 - 26) REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Delitos contra la administración pública", primera edición, editorial Jurista Editores, Lima. 2009.
 - 27) RODRÍGUEZ COLLAO LUIS, OSSANDÓN WIDOW MARÍA MAGDALENA, Delitos Contra la Función Pública, "El derecho Penal Frente a la Corrupción Política, Administrativa y Judicial", Editorial Jurídica de Chile, 2005.
 - 28) ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la administración pública", Lima, editora jurídica Grijley, 4ta edición, 2007.
 - 29) SCHÜNEMANN, Bernd, "El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría", Revista

- de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia. N ° 75, Volumen 25. Bogotá, 2004,
- 30) SOLER, Sebastián; "Derecho penal argentino", tomo 5, (actualizado por Manuel Bayala Basombrio), Reimpresión total, Buenos Aires, 1992.
- 31) SUAREZ MONTES. "Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias", en Homenaje a Juan del Rosal.
- 32) VALDEZ SILVA, Francisco Antonio. "El delito de tráfico de influencias: La lesividad de la influencia simulada y el título de imputación del interesado en las influencias". Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en: Enfoque Derecho, 09 octubre, 2015.

INTRODUCCIÓN

El tema: "PRINCIPALES ASPECTOS DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS", es interesante e importante toda que desarrolla los aspectos esenciales referidos a las nuevas perspectivas de los delitos enmarcados dentro del rubro de la corrupción en la administración pública.

La corrupción es sinónimo de la causación del daño económico del patrimonio del Estado, atenta contra la integridad y el funcionamiento eficiente de la administración pública, frustra la confianza pública en los órganos del estado, deteriora el estado de derecho y la democracia, tuerce la leal competencia económica e impide el desarrollo económico. En tanto, la corrupción es especialmente peligrosa cuando se lleva a cabo de manera sistemática o transnacional. Es por ello necesario combatir con medidas eficaces la corrupción en las relaciones económicas, para ello en el presente manual autoinstructivo se desarrollará las principales conductas típicas del delito de corrupción de funcionarios o servidores públicos.

El desarrollo será abordado en tres unidades, siendo la primera unidad: aspectos de la corrupción en la administración pública, segunda unidad: el delito de cohecho y la negociación incompatible en la legislación jurídico penal peruano y la tercera unidad: el delito de tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

En la primera unidad se desarrollará el concepto de la corrupción, características de la corrupción, clases y sujetos de la corrupción, sujetos de la corrupción y el fenómeno de la corrupción.

En la segunda unidad se abordará el delito de cohecho: concepto jurídico, la clasificación del cohecho reconocidos dentro de nuestra legislación jurídica; así mismo se enfoca el delito de negociación incompatible cuyos

aspectos a analizar son el bien jurídico protegido, el sujeto activo, la conducta típica la muestra de interés y a consumación.

Y finalmente en la tercera unidad trataremos el delito de tráfico de influencias, cuyo análisis estará referido al bien jurídico protegido, la tipicidad objetiva, los sujetos (activo y pasivo), los comportamientos típicos, los grados de desarrollo del delito, y las críticas al tráfico de influencias simulada; asimismo, en dicha unidad se desarrollará e delito de enriquecimiento ilícito.

Cada unidad incluye jurisprudencia relevante en nuestra legislación, así como las lecturas relacionadas a los temas de cada unidad.

Estamos convencidos de que el estudio disciplinado de este curso coadyuvara a un mejor desempeño de las importantes funciones de los discentes.

INDICE

UNIDAD I ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	15
1. CONCEPTO JURÍDICO DE LA CORRUPCIÓN.	17
1.1. CARACTERÍSTICAS DE LA CORRUPCIÓN.	19
2. CARACTERES Y MANIFESTACIÓN DE LA CORRUPCIÓN.	20
3. CLASES Y SUJETOS DE LA CORRUPCIÓN.	24
3.1. CLASES DE LA CORRUPCIÓN.	24
3.2. SUJETOS DE LA CORRUPCIÓN.	36
4. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN.	40
UNIDAD II EL DELITO DE COHECHO Y LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL PERUANO	47
1. COHECHO.	49
1.1. Concepto de cohecho.	50
1.2. Clasificación del cohecho.	53
2. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.	58
UNIDAD III EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	68
1. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.	70
1.1. Análisis del art. 400 del Código Penal "tráfico de influencias".	70
1.2. Bien Jurídico Protegido.	71
1.3. Sujeto Activo.	72
1.4. Sujeto Pasivo.	72
1.5. Comportamientos típicos.	73
1.6. Tipicidad Subjetiva.	75
1.7. Grados de Desarrollo del delito: Tentativa y Consumación.	76
2. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.	76
2.1. Comportamiento típico del delito de enriquecimiento ilícito:	77
2.2. Bien jurídico protegido.	78
2.4. Sujetos del delito.	80
2.5. Consumación.	80
2.6. Tentativa.	81

UNIDAD I

ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



PRESENTACIÓN

El interés nuestro al poner este material en sus manos, es que les sirva de motivación para hacer conciencia de la problemática que vivimos, y se sientan comprometidos con el proceso de construcción de la utopía en el estado peruano y sus instituciones libres de este flagelo, acompañándonos en la tarea de hacer de nuestra nación una más del conjunto de naciones que asumen con responsabilidad la tarea de erradicar la corrupción. Al presentar el material, quisiéramos expresar que si bien nos dedicamos a analizar de manera particular la corrupción que engloba el código penal.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿conoce usted las principales causas que dan origen a la corrupción?
2. ¿cuál sería la categoría que cree usted donde se encuentra con mayor rango el fenómeno de la corrupción; en los países de primer, segundo o tercer mundo? Porque y explique.
3. ¿cree usted que el flagelo de la corrupción en la legislación peruana es porque el sistema aplicado sea mala?

1. CONCEPTO JURÍDICO DE LA CORRUPCIÓN.

La palabra corrupción viene del latín "corrumpere", que significa echar a perder, corrupción es la acción y efecto de corromper (depravar, echar a perder, sobornar a alguien, pervertir, dañar, etc.), hacer abuso del poder público con fines privados, de funciones que desempeñan los funcionarios públicos y que utilizan la función pública para su propio beneficio, de un grupo o sector que se beneficia directa o indirectamente, de manera ilícita, para sacar un provecho económico o de otra índole; poniendo sus intereses personales, grupales o sectoriales por encima de los demás y por encima de sus funciones o rol para el cual fue asignado y/o nombrado, es decir que se les da un rol en la administración pública para satisfacer el bien común de la sociedad, siendo esta última razón, por la cual fueron electos para esos cargos, su actuación de este mal funcionario público es carente de toda ética moral.

A decir, del jurista Deflem sobre la corrupción, él afirma: "que *corrupción no es sinónimo de ilegalidad*, lo que aparece ejemplificado con una serie de prácticas y actividades que no implican la violación de ninguna disposición legal, pero que llevan consigo una falla ética y de comportamiento colectivo (como las acciones que transgreden los cánones de conducta establecidos por organizaciones o corporaciones, o por asociaciones de profesionales), que tienen efectos sobre el conjunto de la economía y de la sociedad y que, por esto mismo, son parte de lo que genéricamente se denomina corrupción"¹.

La corrupción también se define como el "conjunto de actitudes y actividades del funcionario público que transgrede sus compromisos adquiridos consigo mismo, utilizando los privilegios otorgados y confiados de acuerdo al rol que desempeña en cualquier institución del Estado, esos

¹ DEFLEM, M. "Corruption, Law and Justice: A Conceptual Clarification", en Journal of Criminal Justice 23, 1995, p. 249 ss. citado por Reyna Alfaro en: "Delitos contra la administración pública".

acuerdos tomados, con el objetivo de obtener un beneficio ajeno al bien común". Por lo general se apunta a los gobernantes o los funcionarios públicos elegidos o nombrados, que se dedican a aprovechar los recursos del Estado, para de una u otra forma enriquecerse o para beneficiar a parientes o amigos. Así mismo el plan de anticorrupción de nuestro país, define a la corrupción de la siguiente manera: *"la corrupción es el uso indebido del poder para obtener beneficios irregulares (económicos o no) violando la ley y afectando la legitimidad de la autoridad y los derechos fundamentales de la persona"*².

Para Daniel Kaufmann la corrupción es: "El abuso de un cargo público para obtener beneficios personales, vale decir, la corrupción siempre involucra a un funcionario público. Esto implica incluir las relaciones deshonestas entre el sector privado y el público. Queda fuera de este marco de estudio el fraude que ocurre sólo dentro del sector privado"³.

En las últimas décadas, se vive una sensación donde la población en general está teñido por la corrupción: Policías, médicos, abogados, estudiantes, y en general de todos las profesiones y estratos sociales, prefieren el camino corto e indebido de los actos indignos. Los ejemplos que reciben los ciudadanos por parte del poder político no son tampoco plausibles, lo que conduce a que la corrupción crezca. El argumento sería: Si el otro lo hace, y se beneficia aprovechándose de otros ¿Por qué yo no? La respuesta también es simple, porque tenemos que luchar para que el otro se conduzca bien, dando desde cada uno el ejemplo, y denunciando al corrupto, pues de lo contrario, todos perdemos. En un mundo que se pudre, terminaremos todos corrompidos.

² Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. p. 15.

³ KAUFMANN, Daniel. "Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica", Revista Perspectivas (Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile).

1.1. CARACTERÍSTICAS DE LA CORRUPCIÓN.

Antes de centrarse en las características de la corrupción, hay que recordar las palabras sabias de un gran filósofo de siglos atrás, pero que sin embargo ya definía y diferenciaba a la corrupción desde siglos atrás, pues estamos hablando de Aristóteles, quien en su obra "la Política" se refería a *la corrupción como un delito de los gobernantes «que se reparten entre sí la fortuna pública contra toda justicia»*. Aristóteles limita la corrupción a los gobernantes en nombre de los ciudadanos poseedores de esclavos, posición invisible para él y hasta para muchos de sus admiradores y críticos.

Las características más resaltantes en este tema de la corrupción contra la administración pública son las siguientes:

- a) Toda acción corrupta consiste en la trasgresión de una norma.
- b) Actos realizados por funcionarios que usan su posición con fines propios o a beneficio de terceros.
- c) Surge dentro del beneficio de una función asignada.
- d) El individuo corrupto intenta siempre encubrir activamente su comportamiento.
- e) Uso indebido del poder.
- f) Mal uso de los poderes públicos.

Estas características hacen de la corrupción algo ilícito, fuera de las normas y leyes creadas para la convivencia y el ejercicio de funciones, en este caso públicas. La corrupción produce beneficios directos o indirectos a quienes se hacen cómplices de esta práctica, en todos estos casos, uno de los elementos que mueven a preocupación es descubrir que la corrupción cada día gana más terreno y en muchos casos es socialmente conocida y aceptada, como si la tuviéramos inyectada en la sangre de cada ciudadano.

2. CARACTERES Y MANIFESTACIÓN DE LA CORRUPCIÓN.

Según el jurista Olivera Prado, existen cinco caracteres principalmente, que distinguen, el fenómeno de la corrupción: "En primer término, *su generalización*, en cuanto se registran manifestaciones de este fenómeno prácticamente en todos los países del mundo. Enseguida, *su heterogeneización*, lo cual implica que las modalidades de la corrupción son diversas y tienden a multiplicarse: además, de las ya reconocidas en los Códigos Penales surgen modalidades nuevas asociadas al avance del crimen organizado, los avances tecnológicos y la globalización. En tercer lugar, *su enraizamiento en el tejido social*, puesto que la corrupción no se queda a nivel de los gobiernos y áreas de poder visible, sino que llega incluso a las organizaciones sociales, como la actividad, empresarial, educativa, deportiva y sindical. En cuarto lugar, *su internacionalización y transnacionalización*, pues con el poder corruptor y económico del crimen organizado, así como por la misma globalización del mundo, la corrupción rompe las barreras nacionales, adquiriendo conexiones insospechadas. Por último, *sus graves consecuencias económicas, políticas y sociales en cuanto a exacción y dilapidación de fondos públicos*, afectación de intereses colectivos, ingobernabilidad, afectación de la moral social, consecuencias que ya han sido motivo de gran atención en foros del más alto nivel, entre lo que se cuentan ocho Conferencias Mundiales sobre la Corrupción, auspiciadas por organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial"⁴.

A decir de la doctrina, con la cual compartimos los aspectos reflejados en ella, sobre los caracteres y la manifestación de la corrupción, establece lo siguiente: "En verdad, es tan grande la diversidad de los actos que quedan comprendidos bajo el nombre de corrupción que no resulta posible efectuar una reseña completa de todos ellos. Sin embargo, utilizando los parámetros mayormente utilizados por los autores, es posible formular alguna agrupación

⁴ OLIVERA PRADO, Mario. "Hacia una sociología de la corrupción". Revista Cuba Socialista. p. 7 y ss.

que permita dar cuenta de los caracteres fundamentales de los distintos comportamientos que se consideran como manifestaciones de corrupción. Así, por ejemplo, tomando como base el criterio de la modalidad ejecutiva del acto, los autores entienden que la corrupción puede materializarse tanto en acciones realizadas con abuso de una posición de confianza- situación que constituye la regla general-, como en acciones en las que media el empleo de engaño o coerción (por ejemplo, de jefe a subalterno); y tanto en acciones que suponen un concierto de voluntades, como en acciones en las que no esté presente este elemento.

Asimismo, en relación con la motivación, se acepta que las conductas corruptas pueden estar impulsadas por el afán de lucro o por un ánimo distinto, y en el primer caso, que la actuación puede tener por objeto tanto la reducción de costos como el incremento efectivo de las utilidades generadas en una determinada operación. Tratándose de actuaciones en que interviene un agente público, la opinión unánime considera que aquéllas pueden darse, indistintamente, al interior del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial. En este contexto, Schloss señala que los actos constitutivos de corrupción pueden estar encaminados al logro de los siguientes objetivos:

- a) evitar licencias, permisos y firmas;
- b) adquirir poder monopolístico, como por ejemplo, imponiendo obstáculos al ingreso de competidores;
- c) adquirir acceso a bienes públicos, incluyendo el otorgamiento legal y/o ineconómico de contratos de obras o servicios públicos;
- d) obtener acceso al uso de bienes públicos o peor aún su apropiación y desmantelamiento;
- e) obtener acceso a condiciones financieras preferenciales;
- f) ejercer comercio ilegal de bienes prohibidos, por razones de seguridad o salud, tales como drogas y material nuclear;

- g) efectuar transacciones financieras ilícitas, tales como lavado de dinero y utilización ilegal por los funcionarios de información privilegiada en actividades del sector financiero;
- h) influenciar actos administrativos o legislativos; y, por último,
- i) influenciar decisiones judiciales.

En ese mismo caso, se acepta que el acto corrupto puede obedecer tanto en la iniciativa del agente, como a la de una persona ajena al ámbito funcional, pero que de alguna manera se encuentra en situación de tener que relacionarse con dicho ámbitos.

Desde un punto de vista normativo, ahora, las formas de corrupción suelen organizarse en torno a dos polos extremos. Por un lado, las infracciones penales, que definen un comportamiento preciso y su sanción (cohecho activo y pasivo, exacción, maquea la igualdad de oportunidades en los contratos públicos, ventajas obtenidas en los contratos públicos, ventajas obtenidas por parte de actuales o antiguos funcionarios). En el otro extremo, se encuentran las conductas socialmente censurables, pero cuyo modelo de sanción no está legalmente determinado (*lobbying*, algunas formas de evasión fiscal, creación de *sociedades-pantalla*, regalos de fin de año ofrecidos por una empresa a determinados funcionarios o a la persona electa para un cargo, algunas modalidades que pueden revestir los procesos de privatización).

Un segundo eje de diferenciación-expuesto por Lascoumes-es transversal al que acabamos de reseñar y concierne al marco de realización de los comportamientos precedentemente enunciados. También en él los casos concretos no están separados de manera dicotómica, sino que se sitúan entre dos polaridades, una pública (administrativa o política) y otra privada (un individuo o una organización). Lo esencial de las relaciones corruptas se sitúa en la intersección de estos dos espacios de realización, es decir, en la

interacción entre espacio público y espacio privado (tráfico de influencias por un depositario de la autoridad pública; ataque a la igualdad de los candidatos en un concurso público; contratación de un funcionario por una empresa sobre la que él ejerce o ejerció algún grado de control). Pero hay otros comportamientos que pertenecen específicamente a uno u otro espacio. La exacción ilegal, por ejemplo, se realiza totalmente en el seno del ámbito público: consiste en percibir, por parte de un depositario de la autoridad pública, una suma indebida. En el extremo opuesto, puede mencionarse el hecho de solicitar o aceptar, el directivo de una empresa ofertas o promesas para cumplir o abstenerse de realizar un acto propio de su cargo. Este comportamiento es absolutamente simétrico al que concierne a los funcionarios públicos y a quienes detentan un cargo de elección popular.

Según un esquema desarrollado por Roncal Plaza, las distintas acciones susceptibles de ser clasificadas como actos corruptos pueden ser reunidas en tres grupos:

a) Actos de corrupción directa.

En los que se da un aprovechamiento por parte del funcionario público, del agente privado o de un particular, para obtener un beneficio. Dentro de este grupo se encuentran: el abuso de poder, que puede ser entendido como el acto por el cual un agente público o privado utiliza el poder de su cargo en perjuicio de una persona, grupo de personas o instituciones, públicas o privadas, que se sitúen en una posición inferior a aquél; la apropiación de bienes públicos o privados, sea que pertenezcan a la institución en que el hechor se desempeña o que éste haya tenido acceso a ellos gracias a la función que desempeña el individuo; el enriquecimiento ilícito, que se considera como el incremento del patrimonio de un agente, en forma desproporcionada a sus ingresos legítimos o la obtención de mejoras económicas, durante el ejercicio de una función, sin una debida

justificación; la extorsión, definida como la utilización del poder de que se dispone para presionar a un tercero para obtener un beneficio privado; el favoritismo, es decir, la conducta destinada a obtener beneficios para personas cercanas y es efectuada por un agente público o privado, en desmedro de otras personas más idóneas que buscan la obtención de un cargo o de un beneficio; y, por último, el nepotismo, que la es conducta que tiende a favorecer a un pariente.

b) *Actos de corrupción mediada.*

Denominación que comprende todos aquellos actos en que el beneficio particular del agente corrupto proviene de la actuación de un tercero. Aquí quedan comprendidas: a) la aceptación de ventajas indebidas; b) el tráfico de influencias; c) el soborno; d) el clientismo político, es decir, el pago de los candidatos a sus votantes para conseguir su elección; y e) malas prácticas electorales, que consisten en acciones ilícitas en procesos electorales con el objetivo de modificar los resultados de una elección.

c) *Abuso de los sistemas de gestión.*

Que consiste en general en el aprovechamiento de las falencias detectadas en los sistemas de procedimientos en que se halla inserto el individuo. Aquí quedan comprendidos: a) el manejo indebido de bienes y fondos públicos o privados; b) el manejo indebido y el ocultamiento de información; c) las negociaciones incompatibles con el cargo o función que se desempeña; d) los manejos indebidos de procedimientos públicos; y e) el lavado de dinero"⁵.

3. CLASES Y SUJETOS DE LA CORRUPCIÓN.

3.1. CLASES DE LA CORRUPCIÓN.

La corrupción es un tema de investigación sumamente difícil de abordar en su totalidad, a continuación veremos algunas clases de manifestación de la

⁵ REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Delitos contra la administración pública". Primera edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2009. p. 91 y ss.

corrupción, según el *capítulo XVIII*: "delitos contra la administración pública", en su *capítulo II*: "delitos cometidos por funcionarios públicos", del **Libro Segundo: Parte Especial** de nuestro Código Penal, vigente.

3.1.1. Abuso de autoridad.

Tiene su base jurídica en el art. 376-A del Código Penal peruano, donde a la letra establece:

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

En este artículo se establece las sanciones para los funcionarios que cometen este delito, pero son tan insignificantes estas sanciones, que la mayoría se siente tentado a cometer arbitrariedades, si con ellas pueden destruir personas, instituciones privadas, ganar una coima por debajo de la mesa ofrecida por los enemigos de la víctima, desde mi perspectiva creo que se debe hacer una reforma con respecto a este artículo, tomando en cuenta a la política criminal y de acorde con nuestra realidad social y cultural nacional. Porque la autoridad competente bien retarda o excede la potestad atribuida a su cargo o función, perjudicando a los sometidos a su autoridad o a su jurisdicción, sin respetar sus derechos fundamentales o sin respetar a la tutela jurisdiccional y/o principio de legalidad, etc., de los recurrentes a su jurisdicción , en busca de justicia. Muchos dirán que no es

cierto, que en el Perú se respetan los derechos humanos, que el país ha cambiado, pero no es cierto, si el país hubiere cambiado se haría justicia para todos de igual modo, y no se viera a diario casos de una incorrecta e inadecuada aplicación del *Derecho*; y se restituiría sus derechos a las personas que fueron privados de ellos, de manera abusiva y violando el orden jurídico (el principio de inocencia, es uno de ellos).

Desde la *perspectiva de la sociología jurídica*, podemos indicar que el *abuso de autoridad se define como "todo acto del funcionario que se excede en sus atribuciones o facultades respecto a particulares o a la cosa pública"* o también como "la injusticia cometida por personas que ejercen atribuciones funcionales, administrativas, o jurídicas al rehusar hacer, retardar o exceder la autoridad atribuida a su cargo o función; perjudican a un tercero". En el derecho penal, el asunto se restringe en gran medida y se define como "el ejercicio ilegal, arbitrario, prepotente, del poder por parte de quien ostenta la autoridad y en agravio de quien le está sometido o subordinado"⁶.

En principio debemos indicar que se trata de un delito de acción o de omisión; sin embargo, parece no haber consenso dentro de la doctrina respecto de si se trata de un delito de actividad (delimitación de una conducta) o de resultado (individualización de una consecuencia material) o, si es un delito de lesión o de peligro.

3.1.1.1. Bien jurídico protegido.

Según el profesor Abanto Vásquez establece que en el caso del delito de "*abuso de autoridad*" que por tratarse de un delito contra la administración pública, también se protege el correcto funcionamiento de la administración pública, sin embargo, en la pretensión de otorgar una diferencia específica

⁶ Cfr. CHIRINOS SOTO, Francisco. "Código Penal". Lima. 2006. p. 820.

al delito en cuestión señala que, se trata del bien jurídico “desempeño funcional”⁷.

Concretamente es la legalidad del acto oficial la que se afecta, es decir el correcto desempeño funcional por parte de la autoridad. El autor hace diferencias entre “*desempeño funcional*” y *honradez y corrección del propio funcionario público*. Afirma que la frase segunda hace referencia a conceptos de *ética y moral* que, *no necesariamente son protegidos por el derecho*. Se busca que los funcionarios públicos investidos de autoridad ejerzan sus atribuciones o competencias sin vulnerar los derechos de los particulares, de lo que se trata es de preservar la regularidad del funcionamiento de la administración pública, la legalidad de los actos administrativos.

Para el profesor Raúl Pariona Arana, el bien jurídico protegido en este delito es: “El correcto funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos. Se protege, en consecuencia, el interés de los ciudadanos en la correcta actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones. En este ámbito se protege –además– la corrección y la legalidad del ejercicio de la función frente a los ataques abusivos que podrían realizar. También se protege el interés del Estado en la correcta actuación de sus agentes”⁸.

3.1.2. Concusión.

El delito de concusión es un delito especial, toda vez que el círculo de autores está limitado a los funcionarios públicos, esta delimitación se justifica en que todo sujeto, al ingresar a la función pública, adquiere las potestades suficientes para lesionar el fin prestacional que la administración pública

⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano”. Lima. 2003. p. 224.

⁸ PARIONA ARANA, Raúl. “El delito de abuso de autoridad. consideraciones dogmáticas y político-criminales”. Revista de derecho Themis. Lima. p. 93.

cumple en un Estado Social y Democrático de Derecho. El delito de concusión, se encuentra tipificado en el *artículo 382° del código penal* a la letra dice:

"El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa".

Es necesario precisar que los supuestos que recoge el tipo penal de concusión corresponden a situaciones en las que el particular se encuentra alejado de cualquier vínculo con la administración pública. Por tanto, el particular no tiene posibilidad alguna de acceder y afectar el bien jurídico penalmente protegido. La concusión no sanciona la conducta del particular en tanto es víctima de violencia que anula su voluntad.

En palabras del jurista Schünemann, el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el bien jurídico tutelado a raíz del poder estatal del que dispone"⁹. La característica especial del delito de concusión subyace en que el servidor público abusa del cargo para obligar o inducir a una persona a dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial para sí o para otro. La Corte Suprema de Justicia hace referencia a este elemento de la conducta prohibida de la siguiente manera: "(...) este abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o una inducción, es decir, conlleva al uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que

⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. "El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría", Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá: 2004, N° 75, Volumen 25. p. 13. ss.

acceda a sus ilegítimas pretensiones (...)»¹⁰. La concusión no sanciona la conducta del particular en tanto es víctima de violencia que anula su voluntad; es decir, el delito de concusión *exige como medio comisivo el uso de la violencia o amenaza que vicie la voluntad del sujeto*. De ahí que se afirme que en casos de concusión, el particular que entrega la ventaja o dádiva siempre será eximido de cualquier tipo de imputación por otros delitos contra la administración pública, como bien podría ser el caso del delito de cohecho, por ejemplo.

3.1.2.1. Bien jurídico protegido.

A decir del profesor Fidel Rojas el bien jurídico que se busca proteger en este delito es: "La norma penal, al conminar penalmente los comportamientos señalados, busca proteger el regular funcionamiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública, conjuntamente a la corrección y probidad de los funcionarios y servidores públicos"¹¹. En consecuencia, el bien jurídico protegido en el delito de la concusión es el regular funcionamiento, administración pública, la corrección y probidad de los funcionarios o servidores públicos. Es el fin prestacional que cumple la administración pública de acuerdo a nuestra Constitución, el objeto del bien jurídico es la legalidad del ejercicio de la función pública.

Para la doctrina contemporánea (italiana), entre los cuales destacan: Pagliaro, Manzini, Riccio y Marggiore, entre otros; el primer jurista admite al respecto que: "si bien el sujeto principal de la tutela penal lo constituye la administración pública, se está protegiendo también, de modo derivado, los intereses del particular lesionado en su libre determinación e intereses patrimoniales"¹².

¹⁰ R.N. 1601-2006, Ejecutoría Suprema emitida el 28 de enero de 2009.

¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la administración pública", 3ª edición, editorial Grijley. Lima. Perú. 2002. p. 241.

¹² PAGLIARO, Antonio, "Principi di diritto penale parte speciale: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano. Giuffre. 1995. p. 241.

3.1.3. Peculado.

El delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiadas por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado.

El legislador peruano describe el delito de peculado en los artículos 387 y 388 de su código penal, en el cual establece: **art. 387: peculado doloso y culposo.** “El objeto de apropiación es el mismo en ambos casos. Sea dinero, valores, bienes, caudales o efectos, el telos de una redacción que sanciona el comportamiento de peculado tiene que ver con la apropiación personal de bienes o servicios públicos, a los que tiene acceso determinado funcionario justamente en razón del cargo que ostenta. Y lo mismo debe decirse respecto de los vocablos que describen las competencias del funcionario respecto de lo apropiado. Sea administración, cobro o custodia, se entiende que es el abuso de esas atribuciones para fines personales...” y su **Art. 387: peculado de uso.** “El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública...”.

A decir del jurista Fidel Rojas, él: “Afirma que solamente puede ser autor de peculado el funcionario o servidor público quien reúne las características de relación funcional exigidas en el tipo penal, esto es, quien posea los caudales o efectos públicos como consecuencia de un deber de percepción,

custodia o administración de los mismos. No cualquier funcionario es sujeto activo de peculado, sino el que tiene una relación de función con los fondos públicos en razón de su cargo."¹³.

Para Abanto Vásquez sostiene sobre el delito de peculado que: "El sujeto activo del peculado es un funcionario público con competencia funcional específica; la administración, percepción o custodia de bienes públicos debe estar confiada en razón de su cargo. El bien jurídico objeto de tutela mediante el tipo penal de peculado solamente puede ser afectado cuando el funcionario público ataca el patrimonio del Estado violando el deber específico que tiene con éste"¹⁴.

El jurista colombiano, Cancino Moreno al comentar el derogado código colombiano sostiene que: "El peculado, cualquiera sea la clase, sólo puede ser cometido por un empleado público en ejercicio de sus funciones encomendadas por él por ley, reglamento, contrato u órdenes especialmente impartidas por quien tiene autoridad para hacerlo. Las dos exigencias, esto es, la del título empleado y la de actuar dentro de la órbita de su competencia son inseparables e inmodificables"¹⁵. Para el profesor Peschiera el delito de peculado es: "Es un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado status o rol especial"¹⁶.

¹³ ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la administración pública". Editorial Grijley. Lima. 2003. pp. 281 y ss.

¹⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", Lima. 2003. p. 338.

¹⁵ CANCINO MORENO, Antonio. "El delito de peculado en el nuevo código penal". Bogotá. 1983. p. 80 y ss.

¹⁶ REAÑO PESCHIERA, José Leandro. "Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias". 2004. p. 23 y ss.

3.1.3.1. Bien jurídico protegido.

Teniendo en cuenta que en el delito de Peculado concurren dos aspectos básicos, por una parte el quebrantamiento al correcto ejercicio de la función pública y por otro lado, la afectación al patrimonio público, se tendría que estudiar el Peculado desde tres perspectivas axiológicas: como un delito de carácter meramente patrimonial, como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la administración pública o como un delito de naturaleza pluriofensivo¹⁷.

A decir de la doctrina mayoritaria, sobre cuál es el bien jurídico protegido de este delito se divide en dos posiciones: "a) En primer término, a enfatizar más los aspectos objetivos de lesión del patrimonio público que la simple infracción de los deberes surgidos del cargo, siendo ambos componentes del delito peculado. Esto se confirma, entre otras razones, con el ingreso en la redacción del tipo penal de un factor cuantitativo para agravar y también atenuar el injusto penal de dicho delito, como se observa, ejemplo, en los párrafos segundo y tercero del artículo 432 del C Penal español (358); b) en segundo lugar, en el interés por superar concepciones reputadas de tradicionales en tanto referencia al deber de fidelidad o lealtad, postulando, en cambios, una acentuación de los criterios de corrección en el funcionamiento de la administración pública. Norberto de la Mata y Xavier Etxebarria argumentan del siguiente modo: "en la concepción del deber del cargo para definir el injusto de los delitos denominados de funcionarios se traduce una visión autoritaria de la actividad administrativa que, inadmisibles en un **Estado Social y Democrático de Derecho**, obliga a su reformulación. La mera infracción de un deber, «la deslealtad», no puede fundamentar la intervención penal, si no se relaciona con el sustrato del que deriva dicho

¹⁷ PARIONA ARANA, Raúl B. "El delito de peculado como delito de infracción de deber. Director de la Investigación". Lima. 2011. p. 14.

deber, un objeto de tutela penal concreto de cuya indemnidad es garante el funcionario".

En el marco de la segunda dirección, un sector doctrinario y jurisprudencial español (de la Mata y Etxebarria, Muñoz Conde, Carlos Mir Puig, entre otros) es del parecer que el bien jurídico en el delito de peculado está representado por la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la administración pública por parte de la administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad. Específicamente, Mir Puig resume con la siguiente frase el objeto de la tutela penal¹⁸: "...en el delito de malversación, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público".

3.1.4. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS.

El delito de corrupción de funcionarios se encuentra tipificado en nuestra legislación, dentro de los delitos cometidos por funcionarios públicos en su sección N° IV, en los artículos 393 al 401-B, dentro de los cuales se encuentran tipificados los siguientes delitos: el cohecho en sus diferentes modalidades, la negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el decomiso de donativo, entre otros, estos delitos de corrupción de funcionarios se encuentran en la parte especial de nuestro código penal; el sistema penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios en nuestro sistema jurídico, se gestó como consecuencia del esfuerzo de la transición democrática, luego de la caída del régimen venal del expresidente Fujimori, en diciembre de 2000. En ese sentido, partiendo de un marco normativo inadecuado para delitos cometidos en contextos sistémicos, el Estado inició un proceso de reformas urgentes que permitieron, posteriormente, a la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, la Procuraduría Pública del Estado y el Poder Judicial

¹⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la administración pública". Editorial Grijley. Lima. 2003. pp. 320 y ss.

enfrentar con cierta eficacia un fenómeno de corrupción de gran envergadura, nunca antes develado en la historia de la República, de los cuales los más resaltantes y latentes en nuestra realidad actual lo desarrollaremos más detalladamente en las dos siguientes unidades. Sin embargo en este tema, trataremos de manera general algunos conceptos básicos. El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del *latín corruptio o corruptionis, que significa alteración, seducción, 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". 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.

La corrupción de funcionarios es un grave problema que enfrentamos, no solo en nuestro país sino los distintos Estados del mundo. La historia reciente del Perú ha puesto de relieve, de manera dramática, que se trata de un problema latente para nuestra aún incipiente institucionalidad democrática; la corrupción de funcionarios socava la legitimidad del Estado y con ello su fundamento democrático, afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, el patrimonio estatal, el carácter público de la función, la ética en el ejercicio de funciones públicas, con lo cual genera que se inserte en el colectivo social la idea de que la función pública se vende al mejor postor.

A decir del profesor Fidel Rojas: "El término "corrupción" tiene una vasta diversidad de aplicaciones que rebasan el marco jurídico. Así, significa: **a)** alterar y trastocar la forma de alguna cosa; **b)** echar a perder, dañar, pudrir, descomponer; **c)** oler mal; **d)** incomodar, fastidiar, irritar (uso lingüístico

figurado); e) vicio o abuso introducido en las cosas no materiales; f) soborno, cohecho; g) delito de perversión sexual. Para el derecho penal interesan las dos últimas acepciones; para los efectos de nuestro estudio sólo la penúltima: el soborno o cohecho. *La corrupción pública puede ser definida, siguiendo a Alfonso Sabán Godoy como la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando éste difiere del general, al que toda actuación pública se debe por mandato constitucional o legal.* No todo acto de corrupción pública se halla tipificado; en el Código Penal peruano se ha enfatizado la de connotación patrimonial y se la ha revestido de requisitos normativos para ser relevante o merecedora de imputación. Pero sí se puede decir que toda corrupción pública implica necesariamente un rompimiento con el ordenamiento jurídico y con los valores que la sustentan”¹⁹. Desde la perspectiva de la Defensoría del Pueblo, los actos de corrupción implican el mal uso del poder público, es decir, el incumplimiento de los principios del buen gobierno, así como de los preceptos éticos formalizados o instituidos en la sociedad, que, además, tienen el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos para quien actúa o para terceros en perjuicio del bienestar general.

En los delitos de corrupción de funcionarios (cohecho, enriquecimiento ilícito, entre otros) donde *su contenido de su acto de corrupción tiene como objeto defraudar al Estado y afectar su patrimonio gravemente, sea porque el Estado se desprendió indebidamente de su patrimonio o porque dejó de cobrar lo que le correspondía.*

3.1.4.1. Bien jurídico protegido.

A decir de Fidel Rojas, “en el contexto doctrinario italiano, español y latinoamericano, tres teorías que resumen el objeto de la tutela penal, la ratio legis de la intervención penal:

¹⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la administración pública”. 3ª edición. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2002. p. 439.

- a) Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores (normal desarrollo de la administración pública).
- b) Proteger el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos, lo que se expresa en la necesidad de asegurar un marco ideal caracterizado por la ausencia de interferencias en la adopción de las decisiones públicas.
- c) Proteger a los actos de oficio, de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares y/o agentes públicos.

Es indudable que las tres concepciones tienen elementos de pertinencia y corrección al momento de precisar la especificidad del interés tutelado por la norma penal. Pero resulta más comprensiva y plausible la segunda orientación que ve en la imparcialidad del sujeto público el interés o valor esencial a tutelar normativamente. Con ello no se quiere indicar que resulten excluidos los otros enfoques, máxime si en determinadas situaciones el principio de imparcialidad exigible puede tornarse contradictorio con la naturaleza de los actos de determinados funcionarios de cargo político, por ejemplo"²⁰.

3.2. SUJETOS DE LA CORRUPCIÓN.

Desarrollar el tema de los sujetos de la corrupción dentro de los delitos contra la administración pública, en nuestra realidad actual es un aspecto problemático, lo que 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

²⁰ Ibidem, p. 455 y ss.

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. Según la *Ejecutoria Suprema del 6 de mayo de 1999, Exp. N° 1199-99-Cañete*, 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".

Sin embargo con respecto a determinar quiénes son los sujetos intervinientes en los delitos de corrupción de funcionarios públicos, por pertenecer estos delitos a los delitos especiales, existen dos teorías al respecto para determinar quienes deben de responder por estos delitos: la teoría de los extraneus y la teoría de los intraneus; la primera teoría sostiene que tanto las personas que no cumplan con una función pública deben de responder si cometen estos delitos, al igual que los si tienen una función o un cargo público, al respecto el profesor García Caveró sostiene: "«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»". 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 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 doctrinales como en la jurisprudencia de los tribunales penales...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"²¹.

La segunda teoría (extraneus) sostiene que los sujetos de la corrupción, solo están delimitado a los funcionarios o servidores públicos, porque estas personas tienen un rol especial dentro de la administración pública. En este mismo sentido la teoría de Jakobs 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. En nuestro ordenamiento legal penal existe norma expresa que enumera quienes son funcionarios o servidores públicos; siendo el Art.425 del Código Penal que precisa a quienes se considera, para efectos de atribuirles responsabilidad penal, como funcionarios o servidores públicos:

Artículo 425: Funcionario o servidor público.

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de él lo ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

²¹ GARCÍA CAVERO, Percy. "La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú"- Anuario de Derecho Penal. 2009. p. 1 y ss.

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. (*)

En esta misma línea de pensamiento, sobre la determinación de los sujetos en los delitos de corrupción sobre delitos contra la administración pública, el profesor Salinas Siccha, sostiene lo siguiente: “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...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 extraneo 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 autoría. De ello, se concluye que el intraneus es 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 lesionarlo. 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 penal. 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 casos”²².

²² SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos contra la Administración Pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana. p. 4 y ss.

4. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN. (Abanto Vásquez 701)

El fenómeno de la corrupción en la administración pública, en lo que se está viviendo en las últimas décadas, es una realidad tan grande y nefasta como la pobreza y otros males del Mundo; dentro de las diferentes definiciones que se han venido desarrollando en nuestra legislación jurídica sobre este tema, la doctrina mayoritaria sostiene: "La corrupción de funcionarios públicos es un delito que muestra preocupantes niveles de incremento. El problema se presenta en todo tipo de Estado, económicamente desarrollado o subdesarrollado, de economía liberal o de economía regulada, de estado liberal o de estado religioso, de sistema parlamentario o de monarquía. En tal medida se puede decir que la "corrupción de funcionarios públicos" siempre ha sido "global". Pero el proceso de "globalización" que se produce en la actualidad, en la medida en que trae consigo una aceleración de las interrelaciones individuales y empresariales y una desregulación a nivel internacional, favorece más que nunca el incremento de muchas formas de criminalidad, entre ellas, la corrupción. Por su parte, las ciencias penales recién en los últimos años han prestado especial atención al fenómeno de la corrupción. Ante esta situación, se observa últimamente una mayor actividad de los Estados tanto a nivel nacional como internacional. Así, se han reformado en muchos países, con menor o mayor acierto, las leyes nacionales, pero también se ha actuado de manera coordinada con otros Estados, buscando armonizar y uniformar la respuesta penal y extrapenal en las respectivas leyes internas (similares tipos de cohecho, armonización de la cooperación policial y judicial, etc.), y esforzándose por encontrar medios de carácter internacional en la lucha contra la corrupción. Anteriormente había reinado una pasividad increíble, explicable únicamente o bien por la ingenuidad del legislador de cerrar los ojos ante el problema existente, o bien por la influencia de los que dominan los aparatos de poder y están involucrados en estructuras corruptas. En Alemania, p. ej., durante mucho tiempo ha dominado la convicción sobre la "inocorrupción" del funcionario público alemán, heredero del legendario

"funcionario prusiano" del siglo XIX. Ahora, tras tantos escándalos, tal convicción ha demostrado no ser más que una ilusión. Por cierto, en el campo político no son raros los casos de "autoengaño"; aun en estos días es común el discurso político que asegura a los ciudadanos haber erradicado la corrupción de un país y, por tanto, el no necesitar preocuparse más por ello.

Entre los países industrializados correspondería sobre todo a Italia el triste papel de servir de modelo de sociedad donde imperaría el más alto nivel de corrupción. La corrupción y la mafia alcanzaron allí tal poder económico y político que, luego de la gran ofensiva contra la corrupción ("manos limpias") de principios de los 90, no habría quedado después ningún partido tradicional importante en las esferas del poder, dado que muchos de sus líderes habían sido o están siendo aún procesados por corrupción y otros delitos aún más graves. Y también miembros del actual gobierno tienen procesos pendientes por corrupción, de los cuales evidentemente tratan de librarse a través de dudosas maniobras legislativas ad-hoc (leyes de cambio de jurisdicción, acortamiento de plazos de prescripción, reintroducción de inmunidad política).

Tampoco Alemania ofrece un panorama alentador. Como ya se dijo antes, después de décadas de tranquilidad aparente bajo el sobreentendido de que en Alemania la corrupción no sería un grave problema, a principios de la década de los 90 del siglo XX llegaron a los tribunales una serie de casos de corrupción de miembros de las más altas esferas políticas y la industria. Después de muchas discusiones previas, en 1997 se promulgó la "Ley de lucha contra la corrupción" de 13-08-1997, que introdujo muchos cambios en los tipos de cohecho del CP alemán. Con esta ley, se ampliaron los tipos penales y crearon nuevos (p. ej. la corrupción privada), además de otros cambios del marco penal y las consecuencias jurídicas. Paralelamente se dieron cambios en leyes extrapenales para eliminar alicientes legales a la corrupción. El objetivo de la reforma consistía en mejorar la persecución

penal de la conducta corrupta ante las exigencias de la práctica penal y los desarrollos jurídicos internacionales (reforma de los tipos tradicionales de cohecho y ampliación del círculo de autores) y destacar la importancia de la protección de la libre competencia (introducción del tipo de "cohecho privado"). Pero aún después de ello han continuado los escándalos tras descubrirse nuevos casos graves de corrupción, vacíos de punibilidad y problemas interpretativos. También en Alemania, al igual que en muchos otros países, las reformas no han sido suficientes"²³.

²³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. "Dogmática penal, delitos económicos contra la administración pública". Editorial Grijley. Lima. Perú. 2014. p. 701 y ss.



RESUMEN DE LA UNIDAD I

- La corrupción debilita las instituciones públicas haciendo perder credibilidad de las autoridades, perjudicando la equidad y la eficiencia en la asignación de recursos económicos; así mismo, genera daño social y provoca que se viole el Estado de Derecho.
- La corrupción es una institución arraigada a la impunidad de nada vale la pena o pensar en sanciones penales. La moralización del estado tiene que ir acompañada por la moralización de la sociedad en general.
- Mientras exista la impunidad de nada vale la pena o pensar en sanciones penales. La moralización del estado tiene que ir acompañada por la moralización de la sociedad en general, porque en el enfrentamiento de la corrupción es compromiso de todos.



AUTOEVALUACIÓN

- 1) ¿A su modo de ver, la corrupción de funcionarios en el Estado Peruano conforme a la legislación actual, podrá ser erradicado?

- 2) ¿El partícipe podrá ser condenado en calidad de extraneus en los delitos de corrupción?

- 3) ¿Cómo solucionar los múltiples problemas de la corrupción desde la óptica del Derecho penal, si la corrupción es un problema estructural, de base?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) Salinas Siccha, Ramiro. "Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana".
- 2) García Caveró, Percy. "La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal 2009".
- 3) Muñoz Conde, Francisco. "Derecho penal parte especial", decimosexta edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia-2007, p. 949, ss.



CASO SUGERIDOS

- 1) Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N°. 02284-2007-HC/TC.
(CUSCO)
- 2) Acuerdo Plenario. N°4-2005/CJ-116.
- 3) Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N°. EXP. N.° 04004-2010-
HC/TC (SAN MARTIN)

UNIDAD II

EL DELITO DE COHECHO Y LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO PENAL PERUANO



PRESENTACIÓN

El cohecho y la corrupción en las adquisiciones del sector público pueden tener múltiples efectos negativos que conducen notablemente a proyectos innecesarios, inadecuados, antieconómicos y hasta peligrosos.

La siguiente sección hace un repaso de las reglas, procedimientos y prácticas en las adquisiciones del sector público y analiza las áreas donde el proceso es vulnerable frente al cohecho debido al tamaño de un determinado proyecto, al sector en cuestión o a las especificidades de la entidad encargada de compras. También señala los vínculos con otros delitos y conductas ilícitas, frecuentemente relacionados con el cohecho. Esta sección revela las numerosas oportunidades comunes de cohecho que ofrecen las adquisiciones del sector público. Este análisis funcional, basado en procesos, podría tal vez ayudar a definir las medidas para el combate a los delitos de cohecho.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿habrá cohecho pasivo una vez que el funcionario hizo la solicitud y el otro no efectiviza la contra-propuesta de ofrecer, dar o prometer?
2. ¿Será más grave el cohecho del Juez que el de Presidente de la República, Ministro o el de un Congresista?
3. ¿En el delito de negociación incompatible puede ser plausible el castigo al extraneus?

1. COHECHO

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 extorsiva²⁴.

El delito de Cohecho como representación de la corrupción no es un fenómeno nuevo, sino que ha estado presente desde la existencia de la humanidad misma, imperante en nuestro medio social, atacando al Estado, pero más directamente a su Administración, al impedir su correcto y normal funcionamiento.

Por ende, la sociedad en estas últimas décadas está viviendo un delito conocido como cohecho, que con el pasar de los años se ha logrado convertir en casi en una costumbre, representada en el hecho de "rendir honores" bajo cualquier medio denominado dádiva, a ciertos funcionarios del sector público, para conseguir de ellos un determinado favor.

El cohecho ha sido considerado modernamente dentro de la esfera de las ciencias políticas, debido a la estrecha vinculación que tiene con los ámbitos de poder. Esto, sin descontar que sus orígenes responden a consideraciones sociológicas, en vistas de su relación con la crisis de valores. A consideración de algunos, la actual ausencia de valores y

²⁴ SOLER, Sebastián. "Derecho penal argentino". Tomo 5. (actualizado por Manuel Bayala Basombrio), Reimpresión total. Buenos Aires. 1992. p. 206.

normas éticas ha generado el surgimiento de una especie de "cultura de la corrupción".

1.1. Concepto de cohecho

Etimológicamente el término cohecho proviene del latín "*coactare*" que quiere decir forzar u obligar.

Puede definirse el cohecho como la solicitud o recepción, en provecho propio o de un tercero, de dádivas, presentes u ofrecimientos, realizada por una autoridad, funcionario público, jurado, árbitro, perito o cualesquiera otras personas que participen en el ejercicio de funciones públicas, con el objeto de realizar un injusto relativo al ejercicio de su cargo, pudiendo ser éste constitutivo o no de delito e incluso no prohibido legalmente.

Tradicionalmente el término dádiva ha constituido el objeto material del delito de cohecho, y suele identificarse con el de recompensa. La dádiva puede definirse como una cosa que se da graciosamente²⁵, una mera liberalidad²⁶, mientras que el presente se identifica como —obsequio, regalo²⁷, el ofrecimiento como —exponer una cantidad o presente que se está dispuesto a dar o pagar²⁸ y la promesa como —promesa, expresión de voluntad de dar o hacer algo²⁹. Se incluyen no solamente las cosas que se entregan directamente, sino también ventas a precios inferiores al real, comisiones, descuentos, participaciones en negocios, las participaciones en negocios, los viajes de agradecimiento y el pago de deudas. Pese a lo anterior, es

²⁵ GIMENO LAHOZ / CORBELLA HERREROS. "Delitos contra la Administración pública". 1998. p. 73; MORILLAS CUEVA. DP español. PE. 2005. p. 900.

²⁶ QUERALT JIMÉNEZ. "Derecho penal español - Parte especial". 2011. p. 1162.

²⁷ GIMENO LAHOZ / CORBELLA HERREROS. "Delitos contra la Administración Pública". 1998. p. 73; MORILLAS CUEVA, DP español – PE. 2005. p. 900.

²⁸ MORILLAS CUEVA. DP Español – PE. 2005. p. 900.

²⁹ *Ibidem*.

indiferente que la dádiva o recompensa suponga un enriquecimiento para el funcionario o para un tercero³⁰.

El cohecho es una acción o efecto de sobornar a un funcionario (pallet). Constituye un delito contra la administración pública en el que incurren tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo. En algunas legislaciones, y ello es lógico, se estima que el delito reviste mayor gravedad cuando el cohechado es un juez. Se configure, por parte del funcionario público), por el hecho de recibir dinero o cualquier otra dádiva y aceptar una promesa para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, o para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario público, con el fin de que ese haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; o, en cuanto al juez, para dictar o demorar u omitir dictar una resolución o fallo en asuntos de su competencia³¹.

Antón y Rodríguez definen a este delito como "el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio".

El cohecho es un tipo de delito que está incorporado en el código penal; el cual consiste en que un funcionario es sobornado por otra persona con la finalidad de obtener un beneficio propio o de terceros. El Cohecho significa soborno, pero el soborno concretizado entre un funcionario y un particular; no obstante, debemos precisar que el término soborno se utiliza en el lenguaje jurídico, concretamente en el ámbito penal.

³⁰ LUZÓN CUESTA. DP. PE. 2007. p. 293; MUÑOZ CONDE. DP. PE. 2010. p. 1021.

³¹ AGUILAR LOAYZA, María Lorena. "Reformas respecto al delito de cohecho: Tentativa del delito y penas impuestas a los sujetos del tipo penal". Universidad del Azuay, Facultad de ciencias jurídicas escuela de derecho. Cuenca - Ecuador. 2012.

El delito de cohecho como la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste³².

Con esta conducta se afecta un bien jurídico que, según la doctrina actual y mayoritaria, consiste en el “correcto funcionamiento de la administración pública”; es decir, el funcionamiento de la administración pública al servicio de todos los administradores en el marco de un Estado Social y democrático de Derecho. A parte de esto, la doctrina suele admitir la afección inmediata de otros bienes (según la terminología que se emplea: objetos del bien jurídico) como la “imparcialidad del ejercicio de la función pública”, la “legalidad en el ejercicio de la función”, el “concepto público” de la función, etc.³³.

Francisco Carrara³⁴, reconocido penalista, se refiere ya directamente al cohecho como la “venta entre un particular y un funcionario público de un acto que pertenece a las funciones del servidor público y que deberían de ser gratuitas“. Decía que “cualquier abuso que realice un funcionario público de los poderes de que está investido es un grave delito que encierra un daño político intenso. Este daño político aumenta cuando el abuso de poderes se efectúa con fin de lucro...” No se podía tener confianza de obtener justicia ante un funcionario que vendía sus funciones.

³² OLIVER C., Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 5 – Año 2004. Facultad de Derecho Universidad de Chile. p. 87.

³³ Al respecto, ampliamente, exponiendo todas las posturas al respecto, OLAIZOLA NOGALES, “el delito de cohecho”. p. 89 y ss.

³⁴ CARRARA. Programa de Derecho criminal. Parte especial. Vol. V. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. 4ª edición revisada. Ed. Temis. Bogotá. 1993. Parágrafo 2545. p. 94.

Por otro lado, José Antón Oneca y José Arturo Rodríguez Muñoz, siguiendo a Giuseppe Maggiore, han definido al cohecho como “el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio”³⁵.

1.2. Clasificación del cohecho

La doctrina clasifica este tipo delictivos en cohecho pasivo y cohecho activo, según se entienda y perciba al funcionario que acepta o solicita una promesa o dádiva para realizar un acto relativo a su cargo (cohecho pasivo) o desde el punto de vista del particular que corrompe al funcionario con sus ofrecimientos y dádivas (cohecho activo).

En atención a la regulación de este delito en nuestro Código Penal puede decirse que esta tesis es correcta y que el cohecho pasivo es un delito distinto del cohecho activo, aunque el bien jurídico protegido es el mismo; visto desde una doble perspectiva: el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo).

No se trata, por tanto, de un delito bilateral, en el sentido de que el delito surge con el perfeccionamiento de un acuerdo de voluntades entre el particular y el funcionario, sino de dos delitos distintos y autónomamente castigados.

1.2.1. Cohecho pasivo

³⁵ ANTÓN ONECA / RODRÍGUEZ MUÑOZ. Derecho Penal. Madrid. 1949. Tomo II. p. 214. Citado por ETCHEBERRY. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. 3ª edición. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 1998. p. 252.

El cohecho pasivo supone un convenio, explícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario o servidor público³⁶.

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 activo³⁷. Es cohecho pasivo cuando el funcionario público o servidor público es quien acepta o recibe donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o beneficio, para realizar un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas o, para realizar un acto propio de su cargo. (...) ³⁸.

Según la legislación peruana, el cohecho pasivo se divide:

1.2.1.1. Cohecho pasivo propio (Artículo 393° del código penal):

Esto es cuando el funcionario o servidor público:

- Acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas;
- Solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas;
- Condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja.

³⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Jurista Editores. Lima. 2009. Primera edición. p. 487.

³⁷JURISPRUDENCIA en: CHIRINOS SOTO, Francisco. Derecho Penal, Comentado – Concordado – Anotado – Sumillado – Jurisprudencia. Editorial Rodhas. Lima. 2007. Tercera edición. p. 846.

³⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Moreno S.A.; Lima. Noviembre de 2008. p. 434.

1.2.1.2. Cohecho pasivo impropio (Artículo 394° del código penal):

Para el cumplimiento del cohecho pasivo propio, se requiere que el funcionario o servidor público:

- 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;
- 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.

1.2.2. Cohecho pasivo específico (Artículo 395° del código penal):

Se requiere que:

- El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo al cohecho, 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, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo al cohecho, bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o

cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento.

1.2.3. Cohecho activo

Es cuando el particular (extraneus) quien ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público, donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones o, realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones³⁹.

Según la legislación peruana, el cohecho activo se divide:

1.2.3.1. Cohecho activo genérico (Artículo 397° del código penal):

Se cumple cuando:

- El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones;
- El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación.

³⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Moreno S.A. Lima, noviembre de 2008. Primera edición. p. 482.

1.2.3.2. Cohecho activo transnacional (Artículo 397°-A del código penal):

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

1.2.3.3. Cohecho activo específico (Artículo 398° del código penal):

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o

forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

2. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.

El título XVIII del Libro II del Código Penal se ubica la tipificación del delito de negociaciones incompatibles por lo que la doctrina nacional y comparada interpretan y comentan lo que legislador ha pretendido resguardar al sancionar las conductas descritas en este tipo penal. De esta forma, el profesor ETCHEBERRY señala que "El legislador desea proteger aquí la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear a la Administración pública. Esta apariencia se ve lesionada si el funcionario se "desdobla", según la expresión de Soler, y representa su propio interés a la vez que el interés público"⁴⁰.

A su turno, los profesores RODRÍGUEZ COLLAO Y OSSANDÓN WIDOW han señalado que "El bien jurídico protegido, al igual que en el resto de las figuras de este grupo, está constituido por la función administrativa, cuyo correcto desempeño exige que se respeten los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones con los particulares. Es evidente que el funcionario público posee una doble personalidad, pues en algunas facetas de su vida actúa como autoridad y en otras, como particular; sin embargo, lo que no debe hacer es confundir ambas dimensiones, haciendo primar el interés individual por sobre el general, en abierta contradicción con tales principios"⁴¹.

⁴⁰ ETCHEBERRY, ALFREDO. Derecho Penal, Parte Especial. Tomo IV. 3ra Edición. Editorial Jurídica de Chile. 3ª edición. 1997. p. 248.

⁴¹ RODRÍGUEZ COLLAO LUIS, OSSANDÓN WIDOW MARÍA MAGDALENA. "Delitos Contra la Función Pública. El Derecho Penal Frente a la Corrupción Política, Administrativa y Judicial". Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 408.

Todos los tipos penales del Título XVIII del Código Penal (CP) resguardan el "correcto funcionamiento de la administración pública", siempre que se entienda con ello a la protección del fin objetivo, legal y prestacional en la gestión de los recursos públicos, llámese bienes o servicios. Este bien jurídico categorial está compuesto, además, por una serie de principios y deberes que se descargan sobre ciertas personas que decidieron ubicarse entre los recursos del Estado y sus destinatarios, es decir, sobre los llamados funcionarios públicos, únicas personas capaces de vincular al Estado con sus actos.

En el delito de negociación incompatible (art. 399 CP) se menciona lo siguiente:

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

De esta redacción se puede colegir que el interés estatal a proteger tiene que ver con el poder político (o de gestión de intereses) con que cuentan los funcionarios públicos y con la prohibición explícita de que obtengan algún beneficio indebido en razón de dicho poder. En términos más específicos, lo incompatible de una negociación radica en que esta tiene como razón de ser el interés particular del

funcionario, en detrimento del interés general y de los principios que de ello se desprenden, como por ejemplo, la transparencia en los contratos y operaciones comerciales donde el Estado actúa como parte. Así, parece lógico afirmar que el bien jurídico protegido (protegido del interés privado de los funcionarios públicos) es la objetividad y legalidad de los contratos u operaciones comerciales que la Administración lleva cabo.

El delito de negociación incompatible sanciona al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, de cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

Sujeto activo: conforme lo señala Fidel Rojas Vargas⁴², será sujeto activo el funcionario o servidor público con facultades para intervenir en contratos u operaciones por razón de su cargo. Ello supone que es inherente al ámbito de su competencia el ser parte en el contrato u operación y que es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo. De emplear el autor terceras personas que ejecutan el acto de interesarse, estas 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.

Conducta típica: es un acierto irrefutable del legislador haber utilizado una fórmula genérica para referirse a la forma en la cual el funcionario o servidor público muestra su interés en determinado contrato u

⁴² ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la administración pública". Cuarta edición. 2007. Editorial Grijley. pp. 819, 824 y 825.

operación (directa, indirecta o por acto simulado). Y es que en realidad la Administración como aparato gubernamental de ejecución y gestión funciona de forma coordinada, e incluso muchas veces dependiente entre cada una de sus oficinas, departamentos, direcciones o jefaturas.

Sobre el mismo Fidel Rojas Vargas⁴³ señala que el interesarse es tomar interés propio, lo cual excluye del ámbito de tipicidad intereses futuros o hipotéticos. Respecto a la naturaleza del interés el citado autor sostiene que se trate de un interés en procura de provecho o ventaja económica para sí o para un tercero; así como que el interés posee naturaleza amplia, es decir, no solo económica, baste que sea incompatible funcionalmente. Agrega el autor en mención que 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.), precisando que de no ser indebido el interés puesto por el funcionario o servidor, el hecho será atípico.

La “muestra de interés”: Respecto al objeto del interés del funcionario (contrato u operación), Fidel Rojas Vargas⁴⁴ señala que los contratos en los que es parte el Estado son variables y numerosos y se refiere a negociaciones obviamente lícitas de contenido múltiple, no solo económico, de derecho privado o derecho público. Asimismo, indica que las operaciones son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos, precisando que el objeto de la norma penal al emplear este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de

⁴³ ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la administración pública”. Cuarta edición. 2007. Editorial Grijley. p. 821.

⁴⁴ *Ibíd*em pág. 824.

actos en los cuales esté prohibido poner en práctica intereses infuncionales.

En la misma línea, la muestra de interés puede llevarse a cabo mediante un acto propio de las funciones del servidor público o, incluso, puede tratarse de acciones que trasgredan sus funciones. Y es que el tipo penal nada dice al respecto. El verdadero desvalor penal de la conducta radica en que el agente delictivo lleve a cabo conductas de interés que nacen en <razón de su cargo>, algo que debe ser interpretado, cuanto menos, de dos formas:

- i. La existencia de un abuso en el cargo: es decir, que el funcionario desconozca las funciones de sus subordinados, asuma competencias impropias o imponga su criterio u opinión respecto de alguna decisión que incida en el proceso de contratación o cualquier otra operación comercial en la que el Estado actúa como interesado (esta conducta no tiene que ser, necesariamente, directa respecto de la contratación u operación comercial, como bien señala el tipo penal);
- ii. el legislador no solo previó el único escenario en el que un determinado funcionario tenga competencia directa sobre algún proceso de contratación u operación comercial, sino que incluso prevé actos indirectos y simulados. En este sentido, nada impide que la frase "en razón de su cargo" también explique el actuar del funcionario interesado que sin tener competencia actual en algún contrato u operación lleve a cabo gestiones que a la postre viabilizarán contrataciones públicas de su interés. En este supuesto, claro está, habrá que probar además el interés futuro del funcionario.

El punto ii) mediante una interpretación sistemática y teleológica, tiene similitudes con nuestra legislación jurídico penal, al señalar: "El mencionado interés puede darse en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas". Es decir, un contrato u operación comercial debe ser entendido como un proceso dividido en diversas etapas como sean necesarias para su configuración, y sobre cada una de ellas se protege el mismo bien jurídico, o lo que es lo mismo, el delito de negociación incompatible puede materializarse en cualquier etapa y a través de cualquier muestra de interés razonable.

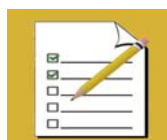
La consumación señala Fidel Rojas Vargas⁴⁵ que se trate de un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones, es decir, cuando el provecho, generalmente patrimonial propio para terceros, comanda su comportamiento funcional.

⁴⁵ *Ibíd*em pág. 825.



RESUMEN DE LA UNIDAD II

- En nuestro país se ha sostenido uniformemente, del mismo modo que en España e Italia, que este delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la Administración Pública y el prestigio de los funcionarios; se pretende: el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad».
- La división entre el tipo objetivo y tipo subjetivo del delito de negociación incompatible puede resultar en este caso algo artificial, porque, como dice Stratenwerth, "existen acciones cuyos aspectos exteriores e interiores no pueden separarse en la descripción".
- La imputabilidad externa, pues, y no la competencia interna, constituye el criterio de determinación de la tipicidad en orden a que el funcionario «intervenga por



AUTOEVALUACIÓN

- 1) ¿Hacia qué debe orientar su actuación concretamente el funcionario para que se cumpla los elementos normativos del tipo de la negociación incompatible?

- 2) ¿el "interés" en los delitos de negociación incompatible es un elemento del tipo objetivo o subjetivo?

- 3) ¿La diferencia existente entre la negociación incompatible y el aprovechamiento indebido del cargo?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) Reátegui Sánchez, James. "Corrupción de funcionarios".
- 2) Rojas Vargas, Fidel. "Delitos contra la administración pública", editorial Grijley, tercera edición, Lima-2003, p. 583 y ss.
- 3) Diaz-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.



CASOS SUGERIDOS

- 1) Recurso de nulidad N° 2068-2012-Corte Suprema de Justicia.
- 2) Casación N° 253-2013 (Puno)
- 3) Acuerdo Plenario 01-2005 ESV 22.

UNIDAD III

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO



PRESENTACIÓN

El delito de “tráfico de influencias” no pertenece al denominado “núcleo tradicional” del Derecho Penal; tampoco se puede denominar como “núcleo histórico” de los delitos de corrupción, sino que es un delito relativamente moderno. En la presenta unidad se analizará el bien jurídico protegido, la conducta típica, la influencia real y simulada la tipicidad subjetiva, la tentativa y grados de participación y los sujetos que intervienen en dicho delito.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿El tráfico de influencias debería permanecer o desaparecer dentro de nuestra legislación peruana ya que existen otros delitos que podrían subsumir dicha conducta?
2. ¿conoce usted los tipos de tráfico de influencia?
3. ¿Cree usted que el enriquecimiento ilícito es una conducta que deriva de otros delitos precedentes?

1. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

El tráfico de influencias se desarrolla cuando un sujeto que tiene un cierto poder o autoridad dentro del gobierno recibe dinero para influir en decisiones que favorezcan a quien paga. Supongamos que el Estado abre una licitación para construir un hospital. Una empresa X pretende ganar dicha licitación y le paga al diputado Z para que ejerza su influencia y cambie el resultado del proceso a su favor.

En tanto su punibilidad se debe porque se utiliza su influencia personal (real o simulada) en el ámbito de las instituciones públicas, y busca obtener un provecho indebido de las conexiones o contactos que tiene con determinadas personas, ya sea las que ejercen autoridad o tengan poder de decisión, buscando obtener favores o un tratamiento preferencial. O en su defecto, una autoridad se vale de esa situación para ejercer presión o exigir algún privilegio para él u otra persona. Además, pudiera haber intercambio de dinero o promesa de ello, que implica mediar ante un funcionario en un asunto de su competencia, invocando una influencia. Y a través de esa influencia interviene, se inmiscuye e interfiere en la capacidad de decisión de cuestiones que caen en su competencia.

1.1. Análisis del art. 400 del Código Penal "tráfico de influencias".

Descripción legal

"Artículo 400. Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será

reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

1.2. Bien Jurídico Protegido.

El bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la administración pública que se concreta en estos delitos en el principio de imparcialidad o de objetividad presentándose como un elemento necesario para que la función pública defienda intereses generales y no intereses particulares.

En España el bien jurídico protegido no es la Administración Pública, sino un bien jurídico nuevo, sumamente vago e indeterminado, que sería “el prestigio y buen nombre de la Administración”⁴⁶.

Sin embargo, en la legislación peruana la protección del bien jurídico solo y exclusivamente cuando la invocación haya sido real, es el buen funcionamiento de la administración pública que se concreta en estos delitos en el principio de imparcialidad o de objetividad presentándose como un elemento necesario para que la función pública defienda intereses generales y no intereses particulares.

⁴⁶ SUAREZ MONTES. “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias” en Homenaje a Juan del Rosal. p. 1102.

En tanto el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública, y particularmente, el debido procedimiento para el acceso a la administración justicia. Es decir, el delito de tráfico de influencias tutela el debido acceso a la administración de justicia; empero, basado en la afectación al funcionamiento de la administración pública como componente principal de la identidad de la Sociedad. Esto es, el delito de tráfico de influencias se configurará no sólo por una indebida manera o forma de acceder a la administración de justicia, sino que afecte a su funcionamiento⁴⁷.

1.3. Sujeto Activo.

Es cualquier persona, un particular, un funcionario o servidor público. Pues el art. 400° del código penal, no ha hecho aquí distinciones, ni ha considerado pertinente criminalizar con mayor pena cuando el sujeto activo es funcionario público o una autoridad, a diferencia de la legislación colombiana que de manera inteligente ha resaltado la diferencia en dos tipos penales; esto es, el Artículo 411. Tráfico de influencias de servidor público y el Artículo 411-A. Tráfico de influencias de particular, cada uno con diferentes consecuencia jurídico penales.

1.4. Sujeto Pasivo.

En principio es el Estado, en tanto es depositario del bien jurídico agredido, doctrina así lo explica: "El Estado, persona jurídica titular del bien jurídico tutelado en forma prevalente.

La acción en apariencia recae sobre particulares, por cuanto puede verse afectado su patrimonio por la acción del agente (servidor público y particular), pero ellos no asumirán la calidad de sujetos

⁴⁷ VALDEZ SILVA, Francisco Antonio. "El delito de tráfico de influencias: La lesividad de la influencia simulada y el título de imputación del interesado en las influencias". Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En: Enfoque Derecho - 9 octubre. 2015.

pasivos si no de perjudicados, ya que su patrimonio económico no es el bien jurídico primordial”⁴⁸.

Para Peña Ossa, el sujeto pasivo es: El Estado, como titular del bien jurídico de la administración pública y como afectado con la conducta de su representante que trafica con la influencia de otro, es el sujeto pasivo de este delito⁴⁹.

1.5. Comportamientos típicos.

La columna vertebral del tráfico de influencias es el verbo rector “*invocando influencias...*”, “*recibe, hace dar o prometer (...) con el ofrecimiento de interceder*”; con lo cual ya queda manifiesto que la acción típica en este delito es compleja.

En primer lugar, respecto a la invocación de influencias reales o simuladas, el sujeto activo ofrece comprometiéndose, asumiendo la responsabilidad que el velara por la solución del tema que conoció, que conoce o conocerá el servidor o funcionario público. También es susceptible de suceder que el mismo interesado, conociendo a la persona que interceda ante un servidor o funcionario público, le ofrezca algún beneficio para hacerse cargo del asunto en sede administrativa, judicial u de otra naturaleza.

En segundo lugar, recibir, hacer dar, hacer prometer, son verbos rectores que configuran modalidades delictivas y pese a su enorme importancia definen la consumación del delito, sin embargo no expresan la singularidad del

⁴⁸ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. “Manual del Derecho Penal”. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá, 2005. En el mismo sentido PEÑA OSSA, Erleans. “Delitos contra la administración pública”. Bogotá. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. p. 213.

⁴⁹ PEÑA OSSA. “Delitos contra la administración pública”. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2005. p. 212.

tráfico de influencias, por lo que es común a otros tipos penales de infracción del deber (especialmente al cohecho).

Los medios para incentivar el hecho criminoso son la promesa, el donativo o cualquier ventaja del interesado hacia el sujeto activo. Se debe entender que por donativo, cualquier ventaja o promesa debe estar relacionado con lo económico, para demostrar el medio económico como figura indiscutible, lo reflejare con un ejemplo, Pedro y Juan son muy amigos y ambos trabajan en el sector público, uno en sede administrativa y el otro en sede judicial, Pedro quien trabaja en sede administrativa le pide a Juan conversar con el Juez y fallar a favor de su amigo Pedro, de unos meses Juan le pide a Pedro que converse con su jefe para que el proceso administrativo contencioso sea en favor de Juan. En ambos casos no hay ningún beneficio económico.

Con el ejemplo de laboratorio de Juan Y Pedro, no estaríamos ante un supuesto caso de tráfico de influencias, pues para ello nos falta el componente teleológico o finalístico de la conducta que nos muestra la orientación o el destino probable de la acción ilícita que está representado con la frase "*con el ofrecimiento de*", cual tiene que estar inmerso dentro de la configuración del tipo, como elemento imprescindible.

Ahora analizaremos los componentes materiales del comportamiento típico:

A. Invocar influencias reales o simuladas:

El acto de invocar influencias, elemento determinante del tipo penal, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, antes de que se active el medio corruptor⁵⁰.

Con respecto a la invocación de influencias reales no tenemos problemas, pues el traficante conoce al servidor o funcionario público.

⁵⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la administración pública". Lima. Editora jurídica Grijley. 4ta edición. 2007. p. 791.

Sin embargo, si la influencia es simulada, no cabe la menor duda que se estaría en presencia de una supuesta estafa, ya que se habría engañado a la persona y sobre esa base está habría hecho una disposición patrimonial en su perjuicio.

B. Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

El traficante le ofrece al interesado de interceder frente a un servidor o funcionario público que haya conocido, conoce o conocerá el caso ya sea en vía administrativa o judicial.

Como vemos, existe tres momentos se supuesto de hecho, representado en el tiempo (pasado, presente y futuro), lo que determinará es la certeza que tiene el traficante en hacer su promesa respecto a un caso en concreto.

C. Recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja.

Es importante el factor económico como lo habíamos remarcado, pues sin ello, no configuraría este tipo penal en comento.

1.6. Tipicidad Subjetiva.

El tipo penal en análisis es Doloso, específicamente el dolo directo ya que el agente al atribuirse capacidad de influencia sobre el juez y los servidores públicos de la administración pública así como el ofrecer interceder está dirigiendo intencionalmente su accionar hacia la puesta en peligro del bien jurídico y la obtención de un provecho económico.

No hay posibilidad que se admita el hecho delictivo a título de culpa.

1.7. Grados de Desarrollo del delito: Tentativa y Consumación.

El delito admite diferentes modos de consumación por parte del sujeto activo:

- a. **Al recibir directamente el donativo:** El resultado material es evidente.
- b. **Al hacer dar para sí o un tercero donativo o cualquier ventaja:** en esta variedad estamos ante formas complejas de consumación.
- c. **Al hacer prometer para sí o un tercero donativo o cualquier ventaja.** En la que no existe resultado material.

Al tratarse de un delito de consumación anticipada, en el cual se adelantan las barreras de punibilidad, las formas de tentativa pueden configurarse. Existirá tentativa mientras no se produzca la dación de los medios corruptores⁵¹. De tal modo el tipo legal significa un adelantamiento excesivo de la punibilidad y que por eso se puede definir como un delito de peligro, pues basta para la consumación del delito con el ofrecimiento de interceder, esto es, con la potencialidad de afectar el bien jurídico.

2. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito sólo puede ser cometido por un servidor público; de tal manera, es necesario delimitar la definición del servidor público y las consecuencias de responsabilidad a la que está sujeto. Entonces queda por analizar lo que se entiende por servidor público en la legislación jurídico penal peruana.

A decir del Maestro Acosta Romero⁵², el servidor público es "aquel ciudadano investido de un cargo, empleo o función pública, ligado por un vínculo de régimen jurídico, por tanto al cuadro de personal del poder público. Tal vinculación puede ser directa (servidor de la Administración

⁵¹ *Ibidem*, pág. 800.

⁵² ACOSTA ROMERO, Miguel. "Derecho Burocrático Mexicano". México. 1995. Porrúa. p.106.

Pública Centralizada) o indirecta (Trabajador de la Administración Pública Para estatal)". De tal manera se requiere una especial circunstancia que la constituye lo que el Maestro Acosta Romero ve como un vínculo jurídico con el poder público.

Constitucionalmente según el artículo 39° "son servidores o funcionarios públicos los están al servicio de la Nación". La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos; El problema de la definición constitucional es que no da más detalles de quienes son en realidad los funcionarios públicos o los servidores públicos.

Según el **Código Penal** en el artículo 425° "son servidores o funcionarios públicos los que están comprendidos en la carrera administrativo, que desempeñan cargos políticos o de confianza; que poseen un régimen laboral independiente, Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichos entidades u organismos".

2.1. Comportamiento típico del delito de enriquecimiento ilícito:

El fenómeno jurídico social de la corrupción se caracteriza por la complejidad de sus tejidos y el poder de sus relaciones. La definición más amplia de este fenómeno, la cual no le es ajena al Derecho penal, tiene que ver con el aprovechamiento del poder público en beneficio privado. Ahora bien, el elemento normativo de aprovechamiento del poder público en beneficio privado se expresa en una multiplicidad de tipos penales, por ejemplo "la colusión", el "tráfico de influencias" o "el cohecho". Sin embargo, siempre que exista un supuesto de hecho donde el poder público beneficie a quien lo porta y no a la sociedad en su conjunto estaremos ante

una realidad de relevancia penal, en atención de que son los recursos administrados por el Estado los instrumentos indispensables para el cumplimiento de sus objetivos constitucionales. Motivo por el cual, administrarlos, de forma directa o indirecta, supone una cuota de poder muy importante que, de acuerdo a la experiencia, se convierte en un potencial foco de peligro para el bien jurídico "administración pública"⁵³.

2.2. Bien jurídico protegido

La doctrina no es uniforme respecto a la clasificación del bien jurídico protegido en el enriquecimiento ilícito; en tanto que un sector de la doctrina⁵⁴ considera que el bien jurídico depende, a su vez, de los bienes jurídicos afectados con los delitos que ocasionan y originan el enriquecimiento (cohecho, peculado, entre otros). Así, el delito de enriquecimiento ilícito se convierte en una figura subsidiaria y de peligro frente a los bienes jurídicos protegidos con la conducta precedente. Sin embargo, la jurisprudencia⁵⁵ ha sido clara al momento de señalar que la fuente ilícita de los actos precedentes puede estar constituida por diversos comportamientos u omisiones simplemente no ajustados a derecho: delitos de funcionarios públicos, delitos comunes e infracciones administrativas ajenas a la problemática penal⁵⁶.

Esto se deduce del hecho de que cualquier fuente ilícita de enriquecimiento vinculada al ejercicio del cargo afecta o vulnera los principios de probidad, integridad y otros principios que se protegen en el ejercicio de la función pública. En consecuencia, la fuente de un enriquecimiento ilícito no está

⁵³ PROYECTO ANTICORRUPCIÓN, "alerta anticorrupción apuntes de tipicidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito". IDEHPUCP.

⁵⁴ Cf. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano". Lima: Grijley. 2003. pp. 540-541. Posición semejante se aprecia en CARO CORIA, Carlos. Ob. cit. p. 142.

⁵⁵ Cf. Sentencia de la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 09-2001.

⁵⁶ Cf. Sentencia de la Corte Suprema del 16 de mayo de 2003 recaída en el Recurso de Nulidad 09-2001.

limitada a la realización de actos delictivos previos y menos aún a la realización de otros delitos funcionariales (cohecho, peculado, etcétera)⁵⁷.

En tanto la primera posición apunta que el bien jurídico protegido no es autónomo, sino éste deriva de un delito precedente, no obstante, el segundo punto consiste en que el bien jurídico es propio del enriquecimiento ilícito de modo, que este no deriva de una conducta precedente.

De las dos posiciones existentes en la doctrina, nosotros nos adherimos a la segunda posición, dado que el enriquecimiento ilícito está ligado estrechamente al valor económico, en tanto su naturaleza jurídica se enmarca dentro de los parámetros del mismo.

2.3. Elementos objetivos del tipo:

Siguiendo al maestro Rojas Vargas⁵⁸ podemos determinar los elementos objetivos del tipo las cuales analizaremos en los siguientes puntos:

- Contraste ostensible entre el patrimonio económico ex ante y el patrimonio económico ex post del sujeto público.
- El incremento real y patrimonial del funcionario incluye bienes muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, es decir de cualquier tipo, el cual se pueda

En síntesis, son dos momentos: 1) el enriquecimiento inexplicable, y el 2) el enriquecimiento de fuente lícita. Entonces no se podrá hablar de injusto

⁵⁷ En consecuencia, no compartimos la posición de Gálvez Villegas, quien considera que la fuente debe ser de un ilícito penal. Cf. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. Ob. cit., p. 140. Esta posición nos lleva a evaluar o determinar necesariamente la fuente penalmente ilícita del enriquecimiento, lo que desvirtúa la finalidad político criminal de esta figura.

⁵⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la administración pública.” 4ta. edición, editorial Grijley. p. 834.

penal, por lo que el tipo penal no exige este requerimiento, pero en el campo procesal será importante el acto.

El acto delictivo debe llevarse a cabo durante el ejercicio de la función, es decir "por razón de su cargo"; sin embargo, dicho enriquecimiento puede verse involucrado antes o después de haber ejercido la función o el cargo.

Esto se da por ejemplo cuando el funcionario realiza una promesa de que va a incumplir sus deberes funcionales con el fin de favorecer a una empresa. B. Elementos subjetivos del tipo En este punto no hay mayor discusión, pues es eminentemente doloso. Hay que tener el pleno conocimiento y voluntad del enriquecimiento ilícito en cualquiera de sus modalidades.

2.4. Sujetos del delito

A. Sujeto activo: El agente activo del delito es el funcionario o servidor público que actúe poseyendo competencia en razón de la función o del cargo. –ver capítulo tal-.

B. Sujeto pasivo: Por la naturaleza del delito el agente pasivo del delito es el Estado.

2.5. Consumación.

Para la consumación no solo es el enriquecimiento del funcionario o servidor público, sino también la no justificación. Nos parece inadecuado que, ante el vencimiento del plazo para justificar el incremento patrimonial, sea suficiente para que este delito se haya consumado; lo que en todo caso el vencimiento del plazo solo nos dará un indicio, pero no puede suplir la consumación del delito. Por otro lado, no es posible la tentativa, pues si aún no hay enriquecimiento, tampoco habrá algo que justificar.

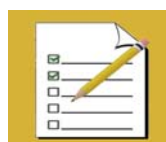
2.6. Tentativa

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 rebase las estadísticas de error, lo cual supone, como correctamente indica Castillo Alva, la posibilidad de que se presente la figura del desistimiento voluntario a enriquecerse.



RESUMEN DE LA UNIDAD III

- El bien jurídico protegido en el tráfico de influencias es la tutela al debido acceso a la administración de justicia; basado en la afectación al funcionamiento de la administración pública como componente principal de la identidad de la Sociedad.
- El sujeto en el tráfico de influencias puede ser cualquier persona, un particular, un funcionario o servidor público.
- El enriquecimiento ilícito está ligado estrechamente al valor económico, en tanto su naturaleza jurídica se enmarca dentro de los parámetros del mismo.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Quiénes pueden incurrir en la conducta tipificada como "tráfico de influencias"?

2. ¿Cuál es la relación existente entre el nepotismo y el tráfico de influencias?

3. ¿Cuándo existe enriquecimiento?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

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



CASO SUGERIDO

- 1) Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N.º 05206-2011-PHC/TC (CALLAO)
- 2) Sentencia del Tribunal constitucional EXP. N.º. 00017-2011-PI/TC (Lima)
- 3) Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de las cortes superiores del 21 06 2008 (enriquecimiento ilícito).