



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

“ANALISIS DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL DEL 2016: APROXIMACIONES DESDE LA DOGMÁTICA PENAL Y LA POLITICA CRIMINAL”



Integrantes:

-  Burgos Torres, Néstor Adrián
-  López Arenas, Magaly Elizabeth
-  Luyo Clavijo, Christian Max
-  Moreno Nieves, Jefferson Gerardo

Director de investigación

Prof. Dr. Felipe Villavicencio Terreros



Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP)
Facultad de Derecho
Universidad de San Martín de Porres
Noviembre 2017



PRESENTACIÓN

Durante el año académico 2017, los miembros del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres: *Christian Max Luyo Clavijo*, *Magaly Elizabeth López Arenas*, *Jefferson Moreno Nieves* y *Néstor Adrián Burgos Torres*, han desarrollado diferentes temas en el marco del “*Análisis del Proyecto de Código penal de 2016*” y que he tenido el honor de dirigir.

Como en anteriores oportunidades, con ocasión de la reforma penal en curso, la investigación incluyó temas que no habían sido tratados en entregas anteriores. En el desarrollo de las diferentes contribuciones académicas se ha buscado desarrollar una crítica valorativa de algunas figuras de la reforma penal con el objetivo de contribuir a que la reforma alcance niveles adecuados que garanticen el ejercicio racional del derecho penal. Presentamos a continuación los trabajos realizados.

En este marco, **Christian Max Luyo Clavijo** presenta su contribución académica sobre “*La participación del extraneus en los delitos especiales a la luz del proyecto de ley de nuevo Código Penal*”. El presente artículo trata un tema de mucha actualidad y ha originado un fuerte debate entre los especialistas penales y la jurisprudencia penal nacional. El trabajo tiene por objetivo realizar un análisis crítico de la participación del *extraneus* en los delitos especiales. Para ello, ha tomado como base la praxis jurídica, que aunada a los criterios interpretativos que brinda la doctrina penal, la ha permitido adoptar una postura respecto al tema planteado.

La coordinadora del CEDP, **Magaly Elizabeth López Arenas** presenta su investigación sobre el “*Análisis del delito de aprovechamiento indebido de cargo, a propósito del último proyecto de nuevo Código Penal peruano*”. La autora expone la evolución legislativa del delito de aprovechamiento indebido de cargo, tanto en el vigente texto punitivo como en las versiones que lo antecedieron. A partir de ello, y con base en la actual legislación penal, analiza aspectos como el bien jurídico protegido, el interés indebido, los escenarios de su configuración, la participación delictiva y el plazo de prescripción de la acción penal del referido delito. Finalmente, emite críticas y recomendaciones a la propuesta de este delito contenida en el citado proyecto de ley.

Jefferson Gerardo Moreno Nieves trata sobre “*El delito de tráfico de influencias, antecedentes legislativos y visión del proyecto de Código Penal*”. El autor explica que el delito de tráfico de influencias ha tenido una evolución legislativa particular, sus elementos han ido variando con el tiempo desde su implementación en el año 1981. El dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, recaído en los proyectos de Ley N° 163/2011-CR y otros de fecha 26 de mayo del 2011 ha realizado, pese a las modificaciones ya efectuadas, una nueva forma de legislar este tipo penal, bifurcando su sanción en un tráfico de influencias activo y otro pasivo; es decir, en esta oportunidad, ya no solo se castiga la venta de influencias, sino también la compra.

Por su parte, **Néstor Adrián Burgos Torres**, presenta su investigación sobre “*El delito de enriquecimiento ilícito regulado en el proyecto de ley del nuevo Código Penal*”. En el desarrollo del artículo, Burgos realiza un análisis de la evolución normativa del delito de enriquecimiento ilícito, abarcando los elementos problemáticos advertidos en su descripción típica. Además, examina si la inversión de la carga de la prueba es acorde con los postulados de un Estado constitucional de Derecho, porque de su lectura se entiende que el funcionario público tiene que justificar razonablemente el incremento de su patrimonio para no considerarlo como un presunto autor de este injusto penal, siendo que, en base a esas consideraciones realiza una crítica constructiva a la técnica legislativa empleada en la nueva redacción que se propone de esta figura penal.

En definitiva, cabe felicitar a los integrantes del Centro de Estudios de Derecho Penal (CEDP) a quienes agradezco por su iniciativa y constancia en la elaboración de sus respectivos artículos de investigación que han podido realizar por su esfuerzo y dedicación personales. Este resultado también es producto de la excelente coordinación de *Magaly Elizabeth López Arenas* a quien le expresamos nuestro reconocimiento y agradecimiento. Nuevamente, estos aportes académicos muestran el nivel de las investigaciones de naturaleza penal en nuestra Facultad de Derecho e indican que este proceso se viene consolidando. Es muy recomendable que estas experiencias continúen y que se exhiban a la comunidad jurídica nacional.

La Molina, noviembre de 2017.

Prof. Dr. Dr. h.c. Felipe Villavicencio Terreros

Presidente del Centro de Estudios en Derecho Penal

Contenido

Presentación.....	3
La participación del <i>extraneus</i> en los delitos especiales a la luz del proyecto de ley de nuevo Código Penal <i>Christian Max Luyo Clavijo</i>	6
Análisis del delito de aprovechamiento indebido de cargo, a propósito del último proyecto de nuevo Código Penal peruano <i>Magaly Elizabeth López Arenas</i>	32
El delito de tráfico de influencias, antecedentes legislativos y visión del proyecto de Código Penal <i>Jefferson Gerardo Moreno Nieves</i>	73
El delito de enriquecimiento ilícito regulado en el proyecto de ley del nuevo Código Penal <i>Néstor Adrián Burgos Torres</i>	88

**La participación del *extraneus* en los delitos especiales a la luz del proyecto de ley de nuevo
Código Penal**

**The participation of the *extraneus* in special crimes about the latest draft of the new
peruvian Criminal Code**

Christian Max Luyo Clavijo

Integrante del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP)

Christian_luyo@usmp.pe

Resumen: El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis crítico de la participación del *extraneus* en delitos especiales. Para ello, hemos tomado como base la praxis jurídica, que aunado a los criterios interpretativos que brinda la doctrina, nos ha permitido adoptar una postura respecto al tema planteado, la que procedemos a desarrollar.

Abstract: The present article aims to carry out a critical analysis of the participation of *extraneus* in special crimes. To do this, we have taken as a basis the legal practice, which together with the interpretative criteria provided by the doctrine, has allowed us to adopt a position on the issue raised, which we proceed to develop.

Palabras Clave: Delitos comunes; delitos especiales; dominio del hecho; infracción del deber; autor; partícipe; instigador.

Keyboard: Common crimes; special crimes; domain of the fact; violation of duty; author; participant; instigator.

I. Introducción

Desarrollar lo concerniente a la participación criminal, implica tener como directriz y baremo de análisis, el principio de accesoriedad, dado que se es partícipe, precisamente porque la conducta desplegada secunda la del autor, quien tuvo el control de la situación, en términos de la Teoría del Dominio del Hecho; quien ostentó el deber especial quebrantado, según la Teoría de Infracción de Deber. Sin embargo, el partícipe en un delito se encuentra siempre supeditado, de una u otra forma, a la conducta del sujeto principal, denominado autor del delito, dado que toda descripción de una conducta típica está dirigida, precisamente, a su autor.

Bajo esta premisa planteada, se desprenden dos consecuencias que tienen plena aceptación por la doctrina, puntos de partida a partir de los que se ha desarrollado todo un entramado jurídico-penal, no falto de opiniones dispares que tratan de dar solución a los distintos problemas que genera la participación delictiva.

Así, en primer lugar tenemos que la participación es una forma de extensión de la punibilidad, dado que se expande la tipicidad de la conducta descrita para el autor, y en base a determinados criterios, deviene en punible la conducta de quien interviene en dichos actos, pese a que no reviste de todos los elementos típicos del delito; lo que lleva al segundo punto, que la configuración del partícipe gira en torno a la conducta del autor, lo que ha llevado a ciertos autores a definir la participación de un modo negativo, esto es, que partícipe es todo aquel que no es autor (en especial el sistema penal de una fuerte carga positivista, que integra la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones en muchas de las instituciones penales).

Sin embargo, fuera de estas dos premisas nos encontramos ante un arduo debate doctrinal que parece no tener fin, pese a que muchas veces la legislación de cada país trata de zanjar la discusión, optando de forma expresa por una de las tantas posturas que en torno a este tema se han expuesto. Es más, se puede afirmar que precisamente, la participación del *extraneus* en los delitos especiales, ha suscitado los más apasionados debates en la doctrina, y no solo por cuestiones de pureza doctrinal, que siempre están presentes dentro de la teoría del delito, sino, sobre todo, por la consecuencia jurídica que ha de recaer sobre este partícipe (será merecedor de una pena igual a la prevista para el autor, o amerita una reducción de la misma); y no falta quienes han cuestionado

aun la punibilidad de dicha conducta, sobretodo quienes se acogen a la Teoría de la Infracción del Deber (¿Cómo puede ser castigado un sujeto, por infringir un deber que no le es asignado?)

Ciertamente, estamos ante una institución bastante compleja, y que no podrá ser abarcada en su totalidad, por extender los fines del presente trabajo, sin embargo, pretendemos dar un esbozo de los principales institutos que fundamentan la participación criminal, centrándonos en estricto, en el cómplice *extraneus* que interviene en un delito especial, así como las consecuencias derivadas de dicha conducta.

II. Modalidades delictivas

Bajo el amparo del Principio de Legalidad, resulta necesario para criminalizar una conducta, que previamente conste su descripción en la ley, respetando los parámetros del Mandato de determinación. Así pues, de esta fórmula legal, que en abstracto asigna una pena a la conducta descrita, se deben desprender en el plano objetivo, cuanto menos, la conducta típica (que se concreta en el verbo rector), quién la lleva a cabo (el sujeto activo, entiéndase, autor) y sobre qué recae esta conducta (objeto material del delito).

Sobre esta base se ha desarrollado, en la doctrina, una gran tipología delictiva que sí resulta útil como parámetro de interpretación cuando se busca encuadrar una determinada conducta en un tipo penal; por tanto, no resulta erróneo afirmar que toda modalidad delictiva se reduce a la diferente configuración que adquiere un elemento del tipo penal. Una de estas clasificaciones toma como criterio distintivo al sujeto activo.

2.1. Delitos comunes y delitos especiales

Esta clasificación tradicional dentro de la teoría del delito, obedece al elemento personal del tipo penal (sujeto); concretamente, se encuentra dirigida al sujeto activo, por ser él quien cumplirá con la descripción típica prevista en la norma penal. Esta clasificación obedece a criterios, principalmente de forma, pues atiende al tenor literal que enuncia una conducta punible: Dependiendo de la redacción, se encasilla un delito como común o especial.

a. Delitos comunes

Un delito común es aquel que puede ser cometido por cualquier persona, sin requerir un status determinado. El tipo penal común por antonomasia es el regulado en el artículo 106° de nuestro Código Penal: “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años”. Según la redacción del tipo penal de Homicidio, el autor se encuentra descrito por la fórmula genérica de “El que”, lo cual abarca a todas las personas que maten a otro, sin requerir una cualificación determinada.

Ahora bien, siendo precisos, la inexistencia de un estatus determinado no se puede entender en el sentido que el sujeto activo no requiere ningún requisito, sino más bien, a decir de Bacigalupo E. (1999), que “(...) solo se requiere para ser autor de un delito tener capacidad de acción” (237), esto es, que los requisitos exigidos no son de carácter especial, sino los genéricos comprendidos en la parte general del Código Penal, y que son aplicables para todos los tipos penales previstos.

b. Delitos especiales

En los delitos especiales, sin embargo, el tipo penal prevé que la conducta solo puede realizarla aquel sujeto que cumple con las características especiales descritas. Esto es, se sustituye la redacción genérica de “el que”, por las características personales que al momento de cometer el delito, debe ostentar el sujeto activo; en palabras de Salinas R. (2014): “(...) por la forma de redacción de las fórmulas penales se advierte también que el autor de estos delitos debe reunir condiciones o cualidades especiales y en no pocos casos, condiciones o cualidades especialísimas” (6).

Para muestra, tenemos a la mayoría de los delitos previstos en el Título XVIII del Código Penal – Delitos contra la Administración Pública, cuya redacción hace mención de “El funcionario o servidor público”, por lo cual, solo pueden ser cometidos por aquellas personas que durante el desarrollo del *inter críminis* ostentaron la condición enunciada.

A su vez, los delitos especiales se subdividen en propios e impropios, dependiendo de la función aparejada a la cualificación delictiva. Si en la cualidad especial reside la fundamentación de la punibilidad, estaremos ante un delito propio; sin embargo, si dicha condición especial agrava la punibilidad, estaremos ante un delito especial impropio.

A nivel de redacción y de la pena asignada, los delitos especiales propios también son llamados delitos especiales en sentido estricto, por cuanto prevé que la conducta típica habrá de ser realizada por el sujeto especial, y solo por él. En cambio, los delitos especiales impropios pueden, en principio, ser cometidos por cualquier persona, pero de reunir el agente las características requeridas para ese caso en concreto, la pena conminada habrá de ser mayor.

2.2. Delitos de domino vs. delitos de infracción de deber

Tal como se vio en el apartado anterior, el fundamento de la clasificación del delito en Comunes o Especiales, radica en un elemento del tipo objetivo: El sujeto activo. Sin embargo, la dicotomía Delito de dominio y Delitos de Infracción de deber, presenta un fundamento disímil, que mal hace cierto sector de la doctrina en tratar de equiparar.

Neminem laedere, que resume la sentencia del Derecho Romano de “no dañar a nadie”, deviene en la institución negativa que fundamenta los **delitos de organización o de dominio**; en dichos delitos, tal como su nombre lo detalla, importa el dominio que el agente pueda tener sobre el hecho que se lleva a cabo.

La concepción de esta modalidad delictiva parte, por un lado, del deber genérico no causar daño a otro, deber que toda persona tiene que cumplir dentro de la sociedad; y por otro, que toda persona inserta dentro de la sociedad, y en virtud de la libertad que le asiste, lleva a cabo un conjunto de actos conforme al rol que desempeña, cercando así un determinado ámbito de organización, independiente de los demás ámbitos de organización atribuidos a las demás personas.

Por tanto, aquel que extiende su ámbito de organización de forma no permitida, y con ello daña a las demás personas (organización defectuosa), quebranta la institución negativa del *neminem laedere*, dando origen a los delitos de dominio. Cuestión relevante y que cabe acotar, es que la no satisfacción de una expectativa jurídica, producto de una organización defectuosa, se puede quebrantar tanto por acción como por omisión, por tanto resultan equiparables.

Por otro lado tenemos a los delitos de infracción deber, que son definidos en sede nacional, generalmente, tal como señala Gálvez T. (2017):

(...) los delitos de *infracción de deber* suponen un agente portador de deberes especiales, más allá de los deberes generales correspondientes a toda persona,

y sustentan la punibilidad precisamente en la infracción de estos deberes; estos deberes configuran mandatos especiales para ciertos grupos de personas (...), para que realicen determinadas conductas previstas a favor de ciertos bienes jurídicos; por ello con la comisión del delito se infringe un deber positivo (120).

En ese entendido, se acentúa la importancia en el deber jurídico preexistente, que genera la obligación positiva de realizar prestaciones, en atención a su naturaleza, a fin de proteger el bien jurídico tutelado. Este deber, es el de la madre para con su hijo, el del funcionario público para con el erario estatal, el del administrador para con su empresa, entre otros. En términos de imputación objetiva, se puede afirmar que existe una Posición de Garante.

Sin embargo, se debe tener presente el fundamento de los delitos de Infracción de deber. Así, estos delitos tienen como presupuesto, a decir de Sánchez-Vera J. (2014), que “el hombre no solo configura el mundo externo, sino que se ve inmerso en un mundo ya configurado. Se tiene (...) ‘un estatus especial’, que obliga a edificar un mundo en común, basado en un comportamiento solidario” (293 - 294).

La teoría de los delitos de infracción de deber ha sido ampliamente desarrollada por Claus Roxin en la década del 60, sin embargo, podemos ubicar sus antecedentes en la Alemania nacionalsocialista, el irracionalismo penal y la escuela de Kiel, que subyugó el Derecho Penal liberal, dando paso al autoritario, el donde el fundamento de la penal radicó en la vulneración (no del bien jurídico tutelado) al deber de fidelidad que tenía cada ciudadano para con el pueblo alemán, afectando además, el principio de legalidad.

Pese a ello, en sede nacional existen autores que equiparan los delitos comunes con los delitos de Dominio, y los delitos especiales con los delitos de Infracción de deber, lo cual no resulta dogmáticamente correcto, dado que estamos ante fundamentos disímiles. Tampoco nos parece adecuada la postura de que los delitos de infracción son más amplios que los delitos especiales, a saber: el homicidio es un delito común, sin embargo, puede ser abarcado dentro de los delitos de infracción de deber, en tanto sea cometido por el médico que, teniendo la obligación de socorrer a su paciente, le deja morir. No estamos, pues, ante una subclasificación, sino ante categorías distintas. Desarrollemos un poco más este punto:

a. La no trascendencia del Dominio del hecho

Planteemos el siguiente escenario: Un motociclista conduce su vehículo por una zona urbana. Ahora bien, si este individuo quisiera causar un daño a las personas que por ahí transitan, tiene dos opciones: O direcciona su motocicleta contra los peatones que él escoja y los arrolla, o abandona el control del manubrio, ocasionando que su vehículo se desplace sin control, ocasionando la muerte de alguien.

Planteemos un segundo escenario: El presidente del Comité de Selección encargado de la adquisición de un software para la entidad pública que lo designó, acuerda con una empresa de tecnología, darle la buena pro, modificando las bases administrativas, a cambio de una suma de dinero.

En el primer caso expuesto, el motociclista cometerá el delito de Homicidio y/o Lesiones a título de autor, en tanto tuvo el control de los acontecimientos que ocasionaron la lesión al bien jurídico; sin embargo, en el segundo escenario, se prescinde de la valoración del dominio que pudo ejercer sobre la situación, en tanto prima la violación del deber jurídico impuesto.

Así pues, se tiene que la teoría de los delitos de infracción de deber fundamenta la punibilidad en la infracción del deber extrapenal, prescindiendo del dominio del hecho ostentado por el agente; sin embargo, en los delitos especiales sí se toma en cuenta el dominio de hecho del agente para atribuir responsabilidad, por cuanto la cualificación especial le permite poseer el dominio funcional que facilita la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

b. ¿Infracción al deber por parte del *extraneus*?

Todo el desarrollo doctrinal a que ha dado lugar la distinción entre autores y partícipes, no tiene como fin la sola pureza dogmática, sino que sus efectos abarcan también, las consecuencias derivadas de las cuotas de contribución a la realización del hecho punible. Así pues, nos preguntamos, ¿puede un *extraenus* infringir del deber que opera como el sustrato de un delito de Infracción de deber?

Luego de haber desarrollado el acápite 1.2, concerniente a los delitos de Dominio y los delitos de Infracción de deber, la respuesta cae por su propio peso: Los *extranei* no tienen la obligación de protección o fomento del bien jurídico protegido por la norma, por lo tanto no pueden vulnerar

el deber que solo le está dirigido al *intrañeus*, razón por la cual, bajo una concepción pura de esta teoría, los extrañei no responden por su intervención. Sin embargo, bajo la teoría de los delitos especiales, queda claro que los extraños sí responden por el delito especial del autor, pues en base al principio de accesoriedad, el hecho cometido no es suyo, sino que contribuyen a la realización de aquel, siendo partícipe del hecho en íntegro, como veremos en lo que sigue.

III. La participación

Los tipos penales descritos en la parte especial de los códigos penales van dirigidos, principalmente, para una sola persona, quien es el autor. La fórmula legal abstracta prevé que solo este realiza la conducta típica, sin embargo, la realidad demuestra que en su mayoría, la comisión de un delito importa la intervención de una pluralidad de agentes, cada uno con un aporte concreto.

Podemos emplear una concepción extensiva de “participación”, para abarcar a todos aquellos intervinientes en la realización del delito, al margen de la responsabilidad penal que conforme a su contribución les corresponde. Sin embargo, bajo una definición estricta, se negativiza el concepto, debiendo entender por ella a la intervención de todos aquellos que no responden a título de autor.

Se parte de la premisa que la participación es accesorio de la autoría. El delito es cometido por quien ostenta el título de autor, y todos aquellos que contribuyen con este autor, serán considerados partícipes, cuyas notas características están previstas en la parte general de los códigos penales. Estando a ello, cabe esbozar teorías que definen la autoría, para comprender cuál es la contribución concreta del partícipe.

3.1. Definición negativa: el partícipe desde la concepción de autor

La **teoría extensiva de autor**, siguiendo la teoría de la Equivalencia de condiciones que equipara todas las condiciones a causas, identificó a todos aquellos intervinientes en la comisión de un delito como autores, bajo el entendido que todas las condiciones prestadas permitieron su realización, al margen de cuan determinante fue su aporte.

Bajo este entendido, los partícipes son elevados a la categoría de autor, por mínimo que fuera su contribución. Así, además de la clara objeción de no distinguir entre aportes y carecer de un sistema de atribución de responsabilidad proporcional, se tiene que de prever la legislación una definición de partícipe, tendríamos que la condición de autor sería establecida bajo una definición negativa, esto es, que serán autores quienes no cumplan los requisitos para ser partícipes, lo cual resulta cuanto menos paradójico, pues la participación es accesoria de la autoría, no viceversa.

Ante estas dificultades nacieron las **teorías restrictivas de autor**, buscando paliar las falencias generadas por esta concepción amplia. Así, una primera teoría dentro del Derecho Penal moderno, fue la **teoría formal-objetiva**, que conforme a los planteamientos de la escuela causalista que le dio origen, entendió por autor a todos aquellos que ejecutan la conducta descrita en el tipo penal. Conforme a esta escuela, que concebía a la tipicidad como una categoría netamente objetiva, destinando todo lo subjetivo a la culpabilidad, del mismo modo concibió un criterio diferenciador objetivo, basado en lo que era aprehensible por los sentidos: la dimensión exterior de la conducta.

Sin embargo, en cuanto a las críticas que se le han hecho a esta teoría, se tiene que según el tratamiento que se le dé, puede ser muy restrictiva y generar vacíos de punibilidad, así como como ser demasiado amplia. El primer supuesto se presenta por cuanto no fundamenta la punibilidad del autor mediato ni la coautoría, y el segundo supuesto en tanto se interprete la fórmula legal (como en el caso del Código Español) “tomar parte directa en la ejecución de un hecho”, en el sentido de que todos aquellos intervinientes en el delito deban ser considerados autores, lo que significaría un retroceso a una concepción extensiva de autor.

El desarrollo de la Teoría del delito llevó a aceptar que la tipicidad puede abarcar elementos subjetivos, lo cual llevó a extraer el dolo y la culpa de la culpabilidad, e introducirlos dentro de los elementos objetivos del tipo. De esta base partió la **teoría subjetiva de autor**, que determinó que es autor quien actúe con *animus auctoris*, y partícipe quien actúe con *animus socii*; así pues, acentúa la importancia de la voluntad del agente, que no es otra que un elemento del dolo.

Pareciera que estamos ante una teoría que no permite distinguir de forma precisa a los autores de los partícipes, pero lo cierto, es que esta teoría fue empleada por los tribunales alemanes al carecer de herramientas más adecuados para dar solución a aquellos casos en que de modo intuitivo, hacían presumir una solución más justa para determinados casos, pero que mediante el

desarrollo del Derecho Penal, incipientes aún en categorías dogmáticas, no podía llegar a ella. Veamos para ello el caso del niño ahogado en la bañera y el de la espía del KGB.

El primer caso fue el de una madre que buscando matar a su hijo, se valió de su hermana, quien lo ahogó en una bañera. Bajo la teoría formal-objetiva, quien debiera responder por homicidio es la tía del menor, pues fue ella quien llevó a cabo el verbo rector “matar a otro”, sin embargo, el Tribunal alemán condenó a la madre como autora, bajo el entendido que fue ella quien buscó matar al menor, y la tía fue condenada por partícipe. Y en el segundo caso, una espía que mató a dos fugitivos fue condenada a título de cómplice y no de autor, por cuanto cumplió órdenes del sistema y no ejecutó el hecho como suyo; claro es, que para entonces aún no se había desarrollado la teoría de la autoría mediata dentro de aparatos de poder.

Como respuesta a esta teoría, se elaboró la **teoría objetivo-material**, que propugnó que autor era quien contribuía con el aporte más importante a la producción del resultado, mientras que los partícipes contribuían con condiciones a la producción del mismo. Sin embargo, esta teoría no hizo mayores aportes para fundamentar de modo inicial, al autor mediato y a los coautores.

Finalmente, se tiene la teoría dominante hasta la actualidad, la **teoría del dominio del hecho**, de corte mixto al considerar fundamentos tanto objetivos como subjetivos; en términos de Villa, J. (2014): “contiene la exigencia subjetiva del control final psicológica del hecho, lo mismo que el manejo objetivo del mismo, por estar en manos del autor el curso del acontecimiento típico” (372).

Por otro lado, esta teoría permite fundamentar la autoría directa (dominio de la acción), quien realiza la conducta típica descrita; la autoría mediata (dominio de la voluntad), en la que se comete el delito por un intermediario; y la coautoría (dominio funcional), que se basa en el reparto de roles. Así, serán partícipes quienes no ostenten el Dominio del Hecho en la ejecución del delito.

3.2. Fundamentos de la participación

Por extensión de las normas previstas en la parte general del Código Penal, deviene en punible la contribución a la realización de los tipos penales de la parte especial. Obedece, por tanto, a una cuestión meramente legal, sin embargo, no puede dejarse de lado el fundamento supralegal que fundamenta que dicha participación sea punible. Así, en la doctrina se han desarrollado hasta 4 teorías que permiten sostener porqué la conducta del partícipe debe ser punible.

La **teoría de la corrupción** sostiene que la conducta del partícipe es punible, siguiendo el principio de la accesoriedad, por cuanto se deriva de la responsabilidad del autor. Es decir, el partícipe, como tal que es, no originó el delito, sino al autor del mismo, por tanto, su participación fue en la culpabilidad del autor.

En cambio, la **teoría de la participación** sostiene que la intervención no opera a nivel de culpabilidad, sino, en términos de Jakobs G. (1997), que:

Fundamento de punición puede ser que le autor haga posible le injusto de otro: El hecho ajeno es entonces el resultado de la acción de participación (teoría de la participación en el injusto en sentido propio). (...) la relación propia del partícipe con el resultado del hecho principal tendría que ser irrelevante: Constituiría injusto la intervención del *agent provocateur* (795)

En otras palabras, se abandona el campo de la culpabilidad, para dirigir en análisis, a la conducta típica y antijurídica, siendo que el partícipe favorece o induce al autor, a cometer dicha conducta.

Por otro lado, la **teoría de la causación** señala que el fundamento de la punibilidad no radica en la imputación del injusto del autor, sino en que el partícipe, con su conducta realiza un aporte causal que permite se produzca el resultado. Además, siguiendo esta teoría se lleva una un autónomo de participación, pues el cómplice o instigador, según sea el caso, responderían por un injusto y culpabilidad propios.

Y Finalmente, se tiene la **teoría de la participación en el injusto referida al resultado**, que no es otro que la vulneración al bien jurídico tutelado por la norma penal. En ese sentido, se pone énfasis en la vinculación que guarda la conducta del partícipe con el injusto del autor, pero al mismo tiempo se le reconoce cierta autonomía en la vulneración al bien jurídico protegido.

Estas teorías tratan de responder a la pregunta de por qué debiera responder el partícipe, por su conducta favorecedora a la concreción del tipo penal, dado que, como se ha hecho mención, no revisten los caracteres descritos en los tipos penales, que son la fuente directa de la imposición de una sanción penal. Además, si alguna consecuencia práctica se quiere extraer de las categorías descritas, es que sirven para fundamentar de una y otra forma, la sanción a imponer; y además,

resultan aplicables a las dos formas de participación reguladas por nuestro Código Penal, la Instigación y la complicidad.

3.3. La instigación

Siguiendo a Bramont L. y Bramont Arias L. (2000), el instigador es aquel que:

(...) dolosamente ha determinado a otro al hecho punible cometido dolosamente. Es la hipótesis que la doctrina menciona bajo la denominación de autoría intelectual o psíquica, designación impropia porque la participación de cualquier categoría que sea, concurre siempre con una acción para la realización del hecho (38 - 39).

Nuestro Código Penal no define la forma de participación denominada Instigación, sin embargo, define al instigador como aquel que “(...) dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible (...)”; agregando que la pena impuesta a dicha conducta, será la conminada para el autor.

En base a esta redacción se desprende que el instigador, de forma dolosa, genera en el autor del delito la decisión criminal, lo cual se diferencia de la conducta de reforzar la decisión de cometer un delito, pues esto, según cada caso en concreto, podría encuadrar dentro de la conducta del cómplice, mas no como instigación. Sin embargo, dado que *cogitationes poenam nemo patitur*, no basta con la sola resolución de delinquir, sino que el autor debe haber desplegado su conducta hasta el nivel de injusto, esto es, haber realizado una conducta típica y antijurídica.

Además, la norma no lo señala de manera expresa, pero la responsabilidad del instigador no abarca los excesos incurridos por el autor del delito. Ello se corresponde con el principio de culpabilidad, ya que los sujetos responden penalmente solo en la medida de sus actos, siendo que en este caso, ambos hechos (acto de instigación y acto cometido por el instigado) se encuentran vinculados por el accionar inductor del partícipe, por tanto este responderá solo en la medida del hecho delictivo sugerido.

3.4. La complicidad

Temporalmente, se puede ubicar a la complicidad en un momento posterior al ámbito de actuación del instigador: El instigador genera en el autor la resolución de delinquir, y en la complicidad, dicha resolución ya existe, interviniendo con aportes materiales o psíquicos. Ambos constituyen las formas de participación reguladas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

El cómplice puede colaborar a través de actos materiales como psicológicos. Siguiendo a Villa J. (2014), indica que: “Entre los hechos puede figurar la facilitación de medios, anulación de la víctima, etc. Entre los consejos se admite cualquier intervención psicológica que dé soporte al actuar principal” (392). En suma, se puede afirmar que el cómplice lleva a cabo una conducta de favorecimiento al actuar criminal del autor.

En ese sentido, dependiendo de la importancia del aporte, se hace referencia a los cómplices primarios y secundarios, distinción que parte del hecho delictivo del autor, y que bajo un ejercicio mental hipotético, pero aplicado a cada caso en concreto, busca responder si dicho aporte fue relevante a la realización del delito, de modo tal que sin él no se hubiera llevado a cabo. Si la respuesta es positiva, estaremos ante un caso de complicidad primaria, caso contrario, será complicidad secundaria.

3.5. Condiciones de la participación

Las dos formas clásicas de participación previstas en nuestro Código Penal, Instigación y Complicidad, presentan elementos y un contenido diferente, sin embargo, ello no es óbice para extraer notas comunes que deben estar presentes para que esta conducta resulte punible a título de participación, vía extensión de los tipos penales descritos en la parte especial del Código Penal. Así pues, se exige la presencia de requisitos en el ámbito tanto objetivo como subjetivo.

a. Ámbito objetivo

En este nivel, se debe tener presente que la sola conducta del partícipe no es punible, sino por cuanto es dependiente de un hecho principal: el delito cometido por el autor. Esto es lo que se conoce como accesoriedad, que a su vez, puede dividirse en dos planos, uno interno, referido al nivel de accesoriedad propiamente dicho, y otro externo, referido al desarrollo del *iter criminis*.

En cuando al **nivel de accesoriedad**, el delito cometido por el autor debe haber llegado a un nivel determinado dentro de su estructura (tipicidad, Antijuricidad y/ culpabilidad), para que la conducta el partícipe sea punible. Así, en la doctrina se ha desarrollado esta accesoriedad en distintos niveles.

Estamos ante una accesoriedad mínima, cuando se requiere que el autor haya realizado la conducta típica. La accesoriedad limitada, en cambio, requiere la concurrencia de la tipicidad y la antijurídica. Y la accesoriedad extrema requiere la presencia de los tres elementos del delito, y mediante la híperaccesoriedad, además, confluyen los presupuestos materiales de la punibilidad. Como se aprecia, optar por uno de los extremos puede ocasionar, o bien una extensión de la punibilidad desmedida, o generar vacíos en los cuales conductas que revisten caracteres delictivos no seas castigadas. Por tanto, nuestro ordenamiento jurídico se ha adherido a la tesis de la accesoriedad Limitada, lo que implica que el partícipe será castigado, en tanto el autor llegue al nivel de injusto.

En ese mismo sentido, teniendo a la participación como accesoria, cabe señalar que en el plano ontológico se debe verificar, cuanto menos, que el autor haya alcanzado en el *iter criminis*, un nivel de desarrollo del hecho que torne relevante la intervención del cómplice. Para ello debemos tomar en cuenta cuáles son las fases del delito.

Las etapas por las cuales se desarrolla el delito son analizadas en dos planos: El primero de ellos tiene lugar dentro de la psique del agente, habiéndose delimitado tres momentos diferenciables, estos son, la Ideación, cuando surge en el futuro autor la intención de cometer el delito; a este le acontece la deliberación, que consiste en un análisis costo beneficio de llevar a cabo la conducta delictiva supuesta; para luego llegar a la convicción de que va a cometer el delito, lo que se conoce como decisión criminal. En este plano no cabe punir intervención alguna del cómplice, dado que *cogitationes poenam nemo patitur*, consecuentes con ello, no puede ser castigado el favorecimiento a una conducta impune, más aún si en este plano, la misma no ha sido exteriorizado.

En el segundo plano, luego de adoptada la determinación de cometer un delio, se da inicio a su ejecución mediante los actos preparatorios, que por regla no son punibles en tanto la ley no los prevea como tal, por ello, tampoco lo serán aquellas conductas que le presten ayuda en tal

cometido. Póngase el ejemplo de aquella persona que decidida a cometer un homicidio, se premune de un arma de fuego que le fue entregada por un amigo; en el ejemplo planteado, esta persona no podría ser considerada como cómplice de homicidio, si es que el autor no ha llegado al nivel de la tentativa, la ejecución del hecho, debiendo entenderse que esta inicia cuando, según el plan ideado por el autor, se lleva a cabo el acto relevante para dar inicio a la ejecución del delito. En ese sentido, el aporte que realiza el cómplice puede tener lugar antes o durante la ejecución del delito, pero nunca después; no cabe aporte ante el delito ya consumado, menos aún en la etapa de agotamiento.

b. Ámbito subjetivo

A nivel subjetivo resulta necesaria la presencia de un doble dolo, sin que ello implique propugnar a favor de una teoría autónoma de participación. Esto es, que el actuar del partícipe debe estar dirigido, volitiva y cognitivamente en la misma dirección que el autor (convergencia); y que, el favorecimiento que realice debe ser también doloso. Esto merece una precisión.

Por lo general el dolo es concebido como conocimiento y voluntad, los cuales recaen sobre los elementos objetivos del tipo, principalmente dos, la conducta típica y el objeto material del delito; pero se deja de lado el elemento personal, el sujeto activo, dado que ello implicaría que el agente conozca al agente, lo cual es irrelevante. Sin embargo, en el ámbito subjetivo de la participación se requiere de un doble dolo, de configuración diferente:

(i) El dolo como partícipe, con los elementos de conocimiento y voluntad que han de recaer sobre su propia conducta y el objeto material del delito a la cual se dirige, entendida su conducta como aporte a la comisión del delito ajeno; y (ii) el dolo que recae sobre la conducta del autor, con el elemento de conocimiento (dolo cognitivo) que ha de recaer, sobre los tres elementos del tipo objetivo de, reiteramos, el autor: La conducta típica, en tanto conoce la acción que habrá de desplegar; el objeto material del delito, por cuanto está al tanto de qué busca con dicha acción; y, en este caso no deviene en irrelevante, el sujeto, entendido como el estado, condición o cualificación especial que ostenta el autor (al cual secunda) cuando comete el delito.

IV. La participación del *extraneus* en nuestro Código Penal y en el proyecto del nuevo Código Penal

Los tipos penales previstos en la parte especial de nuestro Código Penal, dirigen su redacción a la conducta desplegada por el autor y a un solo interviniente. Será este quien, de llevar a cabo los elementos del tipo previstos por la norma, será etiquetado como autor directo del delito cometido. Sin embargo, la realidad demuestra que de ordinario, un delito es cometido por más de una persona. En ese entendido, si el Código Penal en su parte general establece que a todos los intervinientes se les atribuya la comisión del mismo delito, estaremos ante un supuesto de Unidad del Título de Imputación; por el contrario, si estas normas permiten que sus cuotas de participación tengan una tipificación diferente, estaremos ante un caso de Ruptura del Título de Imputación.

Ontológicamente, quien comete un delito especial puede valerse del aporte de un sujeto que no reúna las características exigidas por el tipo penal, qué duda cabe; que un tipo penal (fórmula legal abstracta) señale que, por ejemplo, para que se configure el delito de peculado, quien se apropia de los efectos o caudales debe ser un funcionario o servidor público que tenga vinculación funcional sobre estos, no es óbice de que, verificada esta conducta en el plano fáctico, bien pueda haber intervenido un tercero apropiándose de estos bienes.

En realidad, pues, el debate no gira en torno a la participación del *extraneus* en un delito especial, pues atendiendo a la fenomenología, bien puede intervenir en un delito de esta naturaleza; el punto problemático radica en determinar si este sujeto debe responder o no, y de ser la respuesta positiva, por qué delito debiera ser sancionado.

En doctrina, estamos en un punto al cual no se ha llegado a consenso alguno, por cuanto las opiniones diametralmente opuestas encuentran fundamentos válidos, por tanto, cabe preguntarse, además, si no estamos ante una cuestión de política criminal, que decide enfrentar de forma más agresiva delitos que causan mayor zozobra en la opinión pública.

Un sector de la doctrina opina que el partícipe que no reúne las cualidades exigidas por un tipo penal especial, no debe responder por este, tal como Villa J. (2014), al señalar que:

(...) el artículo 26 del C.P.P. ha optado por la ruptura del título de imputación (...). Conforme a este criterio en los delitos especiales impropios la ley peruana sigue la tesis de la mínima accesoriedad, y las atenuantes o agravantes serán personalísimas, para autores y partícipes (394).

Así pues, este autor aboga por la tesis de la Ruptura del Título de la Imputación, por la cual, el *intreneus* responde por el delito especial previsto en la norma, y el *extraneus* por el delito subyacente. El ejemplo clásico para esto, es el delito de peculado: El funcionario público responderá por peculado, y el particular por hurto. Sin embargo, cabe prever los problemas que generaría esto aplicado en otros delitos. ¿Cuál es el delito común subyacente en el delito de tráfico de influencias? ¿Estafa? Pensemos en otro delito, Enriquecimiento Ilícito, ¿Cuál es el delito común subyacente? ¿Lavado de Activos? ¿Una pena más grave a la prevista para el *intraneus*, que en teoría tiene un mayor desvalor de acción? El gran problema de esta tesis es la homologación entre tipos penales, que puede tanto generar lagunas de punibilidad, como llegar a situaciones injustas.

La postura opuesta, es la que abogada por la Unidad del Título de imputación, la cual nos parece más acertada, toda vez que parte de la esencia misma de la participación, su principio rector, la accesoriadad. Así pues, un sujeto que realiza un tipo penal especial, y ostenta las cualidades previstas por ley, habrá cometido el delito a título de autor, y aquel *extraneus* que colabora en dicha acción responderá por el mismo delito (y no uno subyacente), pero a título de cómplice o instigador, dado que su intervención a colaborar en un delito, abarca todas sus dimensiones, en tanto las haya conocido. Es aquí donde entra a tallar el elemento subjetivo de la participación, el doble dolo.

El artículo VII del T.P. del Código Penal reconoce el Principio de Responsabilidad penal, el cual, además de ser un límite a la arbitrariedad estatal, exigiendo una pena proporcional al hecho cometido, también garantiza que la lesión o puesta en peligro al bien jurídico tutelado haya sido realizada a título de dolo o culpa, para que se pueda reprimir dicha conducta. Esto es, existe una dimensión subjetiva que ha de valorarse, la mera afectación al bien jurídico no basta, debe haber una intención de por medio.

Así pues, ¿ha de ser castigado el *extraneus* por su intervención en un delito especial? Como ya lo sostuvimos, nuestra legislación permite que el extraño interventor en un delito especial sea castigado con el mismo título que se atribuye al autor, sin embargo, a ello ha de agregarse el factor conocimiento. En ese sentido, el sujeto no cualificado responderá, v. gr., por el delito de Peculado, si su apoyo fue prestado a un funcionario público que tenía el deber funcional de velar por los bienes o caudales de los que se apropió.

Por lo demás, creemos que sostener la Tesis de la Ruptura del Título de Imputación, basándose en el artículo 26° del Código Penal, es fruto de una interpretación errónea. Este artículo señala que “las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”, el cual debe interpretarse de conformidad al artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, referido a la responsabilidad penal, que en doctrina se reconoce que se refiere a la culpabilidad, más no a la tipicidad y Antijuricidad, siendo que, la característica de sujeto especial se encuentra en la tipicidad.

4.1. Modificación del artículo 25 del Código Penal

Partamos de una premisa básica, ya reiterada, pero que se erige como guía en la elaboración del presente trabajo: la participación delictiva es una forma de extensión de la punibilidad. Ello es así en tanto los tipos penales previstos en la parte especial de nuestro código penal, describen la conducta que realiza en autor, y, que vía complemento con las normas de la parte general, abarcan aquellos supuestos en que una persona interviene en la realización del hecho punible, que en nuestra legislación adquieren las formas de instigador y cómplice.

Nuestro código penal regula las formas de participación criminal en 3 artículos. El artículo 24°; que describe la forma en que interviene el instigador; el artículo 25°, que define la intervención delictiva por complicidad y, diferencia entre los cómplices primarios y secundarios; el artículo 26°, referido a la comunicabilidad en las circunstancias de los intervinientes en un delito.

Este articulado, otorga a la participación delictiva su fundamento normativo, sin embargo, la mayor parte de su contenido se lo debe a la dogmática jurídico-penal, en donde este tema ha generado arduos debates, en los que incluso hoy en día contienden posturas diametralmente opuestas.

A consecuencia de ello, los operadores jurídicos han tenido diversas lecturas de los dispositivos legales que regulan la participación delictiva, tal como hemos visto en la sección anterior, y emplean diversas herramientas dogmáticas para resolver un conflicto determinado, lo cual resta seguridad jurídica a cómo los jueces resolverán cada caso en concreto, dando lugar en no pocas ocasiones, a pronunciamientos judiciales tan cuestionados como la Sentencia de Casación N° 782-2015, del Santa, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Una de las tantas situaciones problemáticas que genera este tema, radica en determinar a título de qué debe responder el *extraneus* que interviene en un delito especial; si por el mismo delito que comete el autor del delito, *intraneus*, o si se le debe atribuir un tipo base o residual, siendo que la postura a la que nos hemos adherido, fue la regida bajo la teoría de la unidad del título de imputación. Sin embargo, cabe preguntarse qué cambios ha operado en nuestra legislación el decreto legislativo 1351, publicado el siete de enero de 2017, que incorporó el tercer párrafo¹ al artículo 25° del Código Penal, el cual señala que “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”.

Jorge Pérez sostiene que la incorporación de este tercer, significa el viraje y reconocimiento hacia la teoría de los delitos de infracción de deber. Sin embargo, como hemos sostenido, la teoría de la unidad del título de imputación ya era, antes de la modificación, compatible con nuestra normatividad penal. Y además, la teoría de los delitos de infracción de deber no puede ser admitida en nuestro ordenamiento, por ser una tesis renovada por el funcionalismo (si bien sus antecedentes se remontan a los penalistas alemanes del nacionalsocialismo), cuyos postulados contradicen nuestros principios rectores, al atentar contra el Principio de Legalidad, y vaciar de contenido la categoría del Bien Jurídico Tutelado, toda vez que sería la infracción al deber extrapenal, y no ya la vulneración de aquel, lo que fundamenta la punibilidad.

Ramiro Salinas se ha pronunciado en el mismo sentido, que la modificación del artículo 25 del Código Penal significa la adhesión a la teoría de los delitos de infracción. ¿Por qué afirma ello? Porque los *extranei* habrán de ser castigados por el mismo delito que el sujeto cualificado. Sin embargo, consideramos que ello no es razón suficiente para hacer una afirmación de tal calibre, dado que bajo la teoría de los delitos especiales, y haciendo uso de la teoría del Dominio del Hecho, también se puede arribar a la misma solución, con la diferencia que siguiendo este camino sí se respetarían los principios rectores del Derecho Penal.

Sin embargo, Salinas Siccha se pregunta si esta modificatoria afecta tanto a los cómplices primarios como secundarios. Y su respuesta parte de la doctrina misma, pues para la teoría de los delitos de infracción de deber deviene en irrelevante la distinción entre cómplices primarios y

¹ El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

secundarios, siendo ambos simplemente cómplices. Sin embargo, la modificación operada por el Decreto Legislativo 1351 dejó incólume el segundo párrafo, que a la letra dice: “A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá la pena”. Es decir, se sigue manteniendo la distinción entre cómplices primarios y secundarios, lo cual resulta claro, pues nuestro Código Penal se adhiere a la Teoría del Dominio del Hecho para atribuir cuotas de responsabilidad. El autor es quien ostenta del dominio del hecho, los cómplices no, pero, estando a tanto los cómplices primarios como secundarios contribuyen a la afectación del bien jurídico, se justifica punir su conducta.

Daniel Meza (2017), sostiene que la modificatoria operada al artículo 25 del código penal, zanja la discusión en torno a la adhesión de nuestro ordenamiento jurídico a la tesis de la unidad del título de imputación, y además, se adhiere a la teoría de los delitos especiales. Sin embargo, sostiene que la incorporación del artículo 25 genera efectos, no solo en los delitos especiales propios, sino también en los impropios.

A nuestro entender, la modificatoria del artículo 25 del Código Penal no surte efectos sobre los delitos especiales impropios, toda vez que estos, delitos especiales en los que subyace un delito común, no se contraponen a la tesis de la unidad del título de imputación, pues su finalidad es prever una consecuencia jurídica más agravada, dependiendo de la concurrencia de la cualificación especial en su autor.

4.2. Proyecto de Ley No. 498/2016-CR

El Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal, no modifica de modo sustancial el contenido del apartado que dedica a la regulación de la Autoría y Participación. Así, el artículo 23 queda en esencia incólume, por cuanto regula las tres formas de autoría: La autoría directa, en la que el autor realiza por sí el hecho punible; la autoría mediata, en la que se vale de otro, quien es el que realiza el hecho punible; la coautoría, donde el hecho es cometido de forma conjunta. A estas tres formas de autoría se les asigna una misma pena, la prevista en el tipo penal.

El artículo 24 en este Proyecto es una incorporación, dado que regula la responsabilidad de los jefes y otros superiores, por los actos que hayan cometido sus subordinados en un contexto de Crímenes internacionales y Delitos Contra el Derecho Internacional Humanitario. En buena

cuenta, este artículo resulta ser una transcripción de una parte del artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Veamos sus alcances.

Esta norma se aplicará solo para un círculo restringido de personas, es decir, para los jefes policiales o militares, superiores civiles o aquellos que sin tener dicha calidad, ejerzan de facto las mismas funciones que aquellos, quienes por su posición, están a cargo de un número determinado de subordinados.

Así, si alguno de ellos comete alguno de los delitos de Genocidio, Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Ejecución arbitraria, tortura, Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y desaparición forzada de personas), Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de guerra o Crímenes de agresión, también serán reprimidos con la misma pena de los ejecutores, en tanto el superior haya conocido que sus subordinados se proponían cometer estos delitos, o si no hubiere adoptado las medidas necesarias y razonables para impedir su ejecución.

El artículo 25 regula la instigación de la misma forma en que lo hace el Código vigente, en términos de “El que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible es reprimido con la pena que corresponde al autor”. Así queda regulada esta primera forma de participación, la cual no presenta cambios.

El artículo 26 regula la complicidad en los siguientes términos:

El que dolosamente presta auxilio a la realización del hecho punible, sin los cuales no se hubiere perpetrado, es reprimido con la pena prevista para el autor.

El que, de cualquier otro modo, hubiera dolosamente prestado asistencia a la realización del hecho punible se le disminuye prudencialmente la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal.

Como se aprecia, no ha tenido mayores cambios. En el primer párrafo regula lo referido a la complicidad primaria, cuyo titular realiza un aporte imprescindible a la realización del delito. Por el contrario, si aún sin dicho aporte el delito se hubiera llevado a cabo de todas formas, estaremos ante la complicidad secundaria. El primero recibe la misma pena destinada para el autor, el segundo una pena atenuada.

Además, el artículo 27, del mismo modo que el Código Vigente, normativiza el principio de incomunicabilidad de las circunstancias, por el cual, “las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”.

¿Cómo debemos entender la supresión del tercer párrafo del artículo 25? Ciertamente es que a título personal, consideramos que la incorporación del tercer párrafo en nuestro actual artículo 25 no produjo ningún cambio relevante, toda vez que de un adecuado análisis de nuestra legislación se desprende la misma norma; por lo tanto, su supresión tampoco reviste de importancia excepcional. Sin embargo, consideramos que si alguna ventaja con este acaece, es que al establecer de forma expresa que nuestro sistema penal se adhiere a la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, evita resoluciones que contengan fallos a todas luces errados, como la Casación N 782-2015-Del Santa, en cuyo fundamento 11 se indicó que:

(...) la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; y no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, que nadie más que el sujeto con *status* puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo que reciba escapará al radio punitivo de la norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.

Craso error el incurrido por nuestros órganos judiciales, que partió de una errónea interpretación del artículo 25 en concordancia con el artículo 26 de nuestro Código Penal, toda vez que nuestro ordenamiento extiende la punibilidad hacia los *extranei* que con su comportamiento coadyuvan al hecho cometido por el sujeto especial *intraneus*, por cuanto contribuyen a la lesión del mismo bien jurídico. Y, como ya lo hemos detallado, la incomunicabilidad de las circunstancias no opera a nivel de tipicidad.

V. Conclusiones

- Es adecuado, más no imprescindible la modificación operada por el Decreto Legislativo 1351 de fecha 07 de enero de 2017, que incorporó el tercer párrafo dentro del Código Penal, toda vez que de una adecuada interpretación de los artículo 25 y 26 de dicha norma, se desprende que nuestro ordenamiento jurídico se adhiere a la teoría de la Unidad del Título de Imputación.
- La incorporación del tercer párrafo al artículo 25 del Código Penal no significa que nuestro ordenamiento jurídico se haya adherido a la Teoría de los delitos de Infracción de Deber, por cuanto dicha teoría fundamenta la punibilidad en la infracción al deber extrapenal, mientras que nuestra norma punitiva lo cimienta en base a la afectación al bien jurídico tutelado (Principio de lesividad). Y, por cuanto el segundo párrafo del artículo 25 se ha mantenido incólume, siendo que, para le Teoría de los Delitos de Infracción de Deber, dicha clasificación de los cómplices es irrelevante.
- Nuestro ordenamiento sigue la teoría de los delitos especiales, que para atribuir responsabilidad se basa en la Teoría del Dominio del Hecho, la cual no genera lagunas de punibilidad en lo que a atribuir responsabilidad se refiere, toda vez que el dominio funcional es ostentado por el autor, y quienes no tengan ese dominio, serán castigados a título de partícipe, por haber coadyuvado a la lesión al bien jurídico tutelado.
- El tercer párrafo del artículo 25, por ser una norma contenida en la general del Código Penal, resulta de aplicación a todo el catálogo punitivo de la parte especial. Por tanto, todo tipo penal admite, en principio, la participación criminal. Siendo el único límite, la estructura misma del injusto.

VI. Recomendaciones

- Recomendamos que el proyecto de ley del Nuevo Código Penal prevea la incorporación de una cláusula que de forma expresa regule la Teoría de la Unidad del Título de Imputación. Similar a la prevista en el tercer párrafo del artículo 25 del Código Penal.
- Recomendamos que dicho precepto, además, sea ampliado, de modo tal que abarque tanto a la complicidad como a la instigación, pues tal como está redactado ahora, comprende solo al

primero de los señalado. Así, dicha norma debiera señalar que “el PARTÍCIPE siempre RESPONDERÁ en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad el tipo legal no concurren en él”.

- Recomendamos la realización de un acuerdo plenario en el cual se establezca cuáles son los requisitos que debe reunir un tipo penal para que en abstracto, admita la tentativa. Ello se debe a que el artículo 25, al ser una norma de carácter general, se aplica a todos los tipos penales, por lo tanto, en principio, todo tipo penal admite la participación; sin embargo, en concreto, no todo tipo penal la admite, por cuanto presentan estructuras diferentes. Veamos:
- La participación delictiva, junto a las formas imperfectas de ejecución, son los dos grande focos de estudio de la extensión de la punibilidad. En lo que concierne a la segunda de ellas, la doctrina tiene por ciertos algunos criterios que excluyen que un delito pueda quedar a nivel de tentativa; a saber, los delitos de mera actividad no admiten la tentativa, tampoco los delitos culposos. Por ello sugerimos que vía un pronunciamiento vinculante, se determine si existe una regla o lineamientos que permitan, en abstracto, determinar cuándo un tipo penal admite o no, la participación. De este modo habrá de complementarse la aplicación del tercer párrafo de nuestro actual artículo 25 del Código Penal.

Referencias bibliográficas

Bramont, Luís y Bramont Arias, Luís (2000). *Código Penal Anotado*. 3ª edición. Perú: San Marcos E.I.R.L.

Bacigalupo, Enrique (1999). *Derecho Penal, Parte General*. 2ª edición. Argentina: Hammurabi S.R.L.

Gálvez, Tomas (2017). *El delito de enriquecimiento Ilícito*. 2ª edición. Perú: Pacífico Editores S.A.C.

Jakobs, Gunther (1997). *Derecho Penal, Parte general*. 2ª edición. España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A.

Rojas, Fidel (2016). *Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos*. Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.

Robles, Ricardo (2014). *La Responsabilidad en los “Delitos Especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*. España: Argentina: Editorial B de F.

Salinas, Ramiro (2014). *Delitos Contra la Administración Pública*. 3ª edición. Perú: Iustitia S.A.C.

Villa, Javier (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Perú: Editorial ARA Editores.

Villavicencio, Felipe (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Perú: Grijley.

**Análisis del delito de aprovechamiento indebido de cargo,
a propósito del último proyecto de nuevo Código Penal peruano**

**Review about the crime of unfair advantage, about the latest draft of the new peruvian
Criminal Code**

Magaly Elizabeth López Arenas

Estudiante del XI ciclo de Derecho en la Universidad de San Martín de Porres, Lima

Integrante del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP)

magaly_lopez@usmp.pe

Resumen: Con ocasión del último proyecto del Código Penal, la autora expone la evolución legislativa del que ha sido objeto el delito de aprovechamiento indebido de cargo, tanto en el vigente texto punitivo como en las versiones que lo antecedieron. A partir de ello, y con base en la legislación actual, analiza aspectos como el bien jurídico protegido, el interés indebido, los escenarios de su configuración, la participación delictiva y el plazo de prescripción de la acción penal del referido delito. Finalmente, emite críticas y recomendaciones a la propuesta de este delito contenida en el citado proyecto.

Abstract:

On the occasion of the last draft of the Criminal Code, the author sets out the legislative evolution that has been the subject of the crime of improper use of charge, both in the current punitive text and in the versions that preceded it. Based on this, and based on current legislation, it analyzes aspects such as the protected legal interest, undue interest, the scenarios of its configuration, criminal participation and the statute of limitations for the criminal action of said offense. Finally, it issues criticisms and recommendations to the proposal of this crime contained in the aforementioned project.

Palabras clave: Administración Pública; funcionario; servidor público; contrataciones; interés indebido; imparcialidad; Estado.

Keywords: Public administration; public official; public servant; contracting; undue interest; impartiality; State.

I. Introducción.

La Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Política Criminal (Conapoc), puso a disposición de la comunidad en general el último proyecto de Código Penal. El texto es el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, recaído en el Proyecto de Ley n.º 163/2011-CR, y otros, del 26 de mayo de 2016. En atención a ello, consideramos oportuna la ocasión para centrar nuestro análisis en uno de los tipos penales que conforman dicha propuesta, por su constante aplicación en el marco de la denominada lucha contra la corrupción iniciada en el año 2000.

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo conforma el grupo de los delitos de corrupción de funcionarios de nuestro Código Penal, junto a las figuras delictivas de cohecho (en sus distintas modalidades), tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. Con relación a su estudio, desconcierta el escaso análisis a nivel doctrinal y jurisprudencial, tomando en cuenta su importancia por la propia entidad corruptora que ostenta y que le fuera otorgada por el legislador.

A pesar de este panorama desértico, su utilización se ha ido intensificando con el devenir de los años. Así, de acuerdo con el Informe sobre el estado del control gubernamental, elaborado por la Contraloría General de la República en el 2015, se concluyó que, dentro de los delitos más frecuentes en materia de sentencias, el aprovechamiento indebido de cargo se ubica en el tercer lugar con un 19 %, luego del peculado (50 %) y la colusión (26 %).

Atendiendo a lo dicho y al incesante afán de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República por dotar al país de un nuevo texto punitivo, el presente artículo se centrará en el análisis de algunos aspectos del citado delito tipificado actualmente en el artículo 399 del Código Penal.

II. Antecedentes y evolución legislativa.

2.1. Código Penal Santa Cruz para la Confederación peruano-boliviana.

Son pocos los trabajos académicos que han tenido como objeto de estudio este primigenio texto punitivo de 1836. El motivo apunta a su corta duración en nuestro territorio; al respecto, el profesor Villavicencio Terreros (2014), refiere que este Código Penal estuvo vigente en el Estado surperuano desde octubre de 1836 hasta julio de 1838, por decisión del general Santa Cruz. (p. 156)

Este fugaz catálogo tuvo como base el modelo español de 1822, cuya influencia a su vez, fue el Código de Napoleón de 1810, derivado del movimiento de la Enciclopedia y codificador francés (Hurtado, 1987, p. 45). De una revisión integral de su contenido, se desprende que el tipo penal que se asemeja a lo que en la actualidad se denomina aprovechamiento indebido de cargo, lo encontramos en los artículos 371 y 372:

Título VI

De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (...)

Capítulo IV

De los funcionarios públicos que ejercen negociaciones, o contra en obligaciones incompatibles con su destino

Art. 371.- Cualquiera funcionario público o comisionado en nombre del Gobierno, que abiertamente, o por medio de algún acto simulado, o por interpuesta persona, tome para sí en todo o en parte, finca o efecto, en cuya subasta, arriendo, adjudicación, embargo, secuestro, partición judicial, deposito o administración intervenga en aquel acto por razón de su cargo u oficio, o bien entre al partir en alguna otra negociación o especulación de lucro o interés personal relativa a las mismas fincas o efectos, o a cosa en que tenga igual intervención oficial, perderá su empleo o cargo, no podrá volver a obtener otro alguno público en el espacio de dos a seis años, ni el juez ejercer más la judicatura, y pagara una multa de seis al veinte por ciento del importe de la finca, efecto o interés de la negociación, siendo además nula cualquiera adquisición que haga de esta manera.

372. Iguales penas sufrirán los que interviniendo de oficio en los actos expresados con el carácter de peritos, tasadores, agrimensores, contadores o defensores

judiciales, incurran en el propio delito: y así mismo los tutores, curadores y albaceas testamentarios que lo cometan con respecto a los bienes de sus pupilos o testamentarios.

2.2. Código Penal de 1863

De acuerdo con Rojas (2007), la fuente directa del delito de aprovechamiento indebido de cargo se encuentra en el artículo 345 del Código Penal de 1924. A ello añadimos que sus antecedentes más lejanos se ubican en los artículos 371 y 372 del mencionado Código Penal de Santa Cruz, y artículo 201 del Código Penal de 1863, este último sancionaba al mal funcionario con una pena principal de inhabilitación especial en segundo grado –en conformidad con los artículos 80 y 32, producía la privación del empleo o cargo público y la incapacidad de obtener otro del mismo género por seis años– y multa de 10a 50 % sobre el valor que se hubiere tomado en el *negocio* [cursivas añadidas].

Un aspecto que merece resaltar de esta antigua versión es que, tras su comisión, el sujeto era sancionado con penas distintas a la reclusión –ahora pena privativa de libertad–, consecuencia ciertamente benevolente como lo refiere Viterbo (1898), en comparación con las penas que se fijan en la actualidad. Tratándose del autor, este delito podía ser cometido únicamente por el empleado público, por lo que los peritos, árbitros y contadores particulares, guardadores y albaceas referidos en el segundo párrafo, pese a su similar redacción, solo podían ser considerados partícipes por tratarse de un delito de infracción de deber.

Con relación a su ubicación sistemática, este tipo penal se agrupó junto a figuras delictivas que en nuestro actual Código Penal se asemejarían a los tipos penales de *colusión*, *concusión* y *cobro indebido* (artículos 384, 382y383, respectivamente), bajo el título: “De los fraudes y exacciones legales”. Cabe resaltar que todos los articulados contenidos en el texto punitivo carecían de denominación.

Sin referirnos a los delitos semejantes a los de *cobro indebido* y *concusión*, ¿cuál habría sido el elemento en común advertido por el legislador para ubicar a los delitos de aprovechamiento

indebido de cargo y colusión bajo un mismo título? La respuesta podría encontrarse en el término *fraude* [cursivas añadidas], entendido como la acción contraria a la verdad y rectitud, dirigida a obtener intereses distintos a los pretendidos por -en este caso- la Administración Pública en el escenario de las contrataciones estatales.

No obstante, merece resaltar la postura de Viterbo, quien rechazó la adopción de las expresiones *fraude* y *exacción* para agruparlos. A su parecer, no se trataba de engañar sino de adquirir dolosamente por parte de los empleados públicos las cosas pertenecientes al Estado o a los particulares (lo que propiamente correspondía, en su opinión, llamarse *defraudación*) [cursivas añadidas].

Si bien se desconoce el criterio legislativo asumido para ubicar a los otros delitos de *concusión* y *cobro indebido* junto a los de *aprovechamiento indebido de cargo* y *colusión*, lo cierto es que la curiosa sistematización de tales tipos penales se debió exclusivamente a la importación de la reforma de 1850 del Código Penal español de 1848, que los recogió en su Título XV, con la denominación “Fraudes y exacciones”, a través de sus artículos 323 al 328.

La incorporación del delito de aprovechamiento indebido al Código Penal obedeció, según Viterbo, a la necesidad de asegurar el beneficio perseguido en toda contratación pública bajo la intervención del empleado estatal, y de prevenir el menoscabo de las rentas o servicios públicos. Asimismo, consideraba que su configuración implicaba una prohibición legal infringida, como lo era la contratación de personas impedidas por ley a ocultas o bajo engaño, aun cuando de tal acto no se genere perjuicio económico al Estado (p. 488).

Sección V

De los delitos peculiares a los empleados públicos

Título X

De los fraudes y exacciones

(...)

Art. 201.- El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquiera clase de contrato u operación, en que deba intervenir por razón de su

cargo, será castigado con inhabilitación especial en segundo grado, y multa de diez a cincuenta por ciento sobre el valor de la parte que hubiere tomado en el negocio.

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

Se desprende entonces que el escenario de realización de este delito fue definiéndose. Con el texto de Santa Cruz, se sancionaba al funcionario que expresaba su interés personal en subastas, arriendos, adjudicaciones, embargos, secuestros, particiones judiciales, depósitos, administración, fincas, negociaciones, especulaciones o cualquier otro escenario en que tenga intervención oficial; por su parte, el Código Penal de 1863, sancionaba el interés exteriorizado del mismo en cualquier clase de contrato u operación en los que interviniera por razón de su cargo.

El Código Penal de Santa Cruz castigaba no solo la autoría de los funcionarios, sino también expresamente la intervención de los peritos, tasadores, agrimensores, contadores o defensores judiciales, tutores, curadores y albaceas; en tanto que el Código Penal de 1863, además del empleado público, de modo expreso también sancionaba la intervención de los peritos, árbitros, y contadores particulares.

Por otro lado, si bien el texto de 1836 reconocía que la actuación del funcionario podía darse no solo de manera directa, sino también indirecta (interpósita persona) o por acto simulado; el Código Penal de 1863, al igual que su antigua versión, daba por posible la intervención directa e indirecta, pero no asumía como hipótesis la actuación del agente por medio de un acto simulado.

2.3. Código Penal de 1924

Como bien señala Villavicencio Terreros (2014), en este segundo Código Penal peruano (promulgado mediante Ley n.º 4868 y publicado el 28 de julio de 1924), se refleja por primera vez, la fuerte influencia de la experiencia codificadora suiza y en menor medida la italiana, argentina y

uruguaya. Hurtado Pozo (1978) aúna a lo dicho el proyecto sueco de 1918, cuyo aporte fue mínimo, pero no irrelevante, pues gracias a su influencia se adoptó en nuestra legislación el sistema de días-multa. Refiere además que el orden de las figuras delictivas *dirigidas contra el Estado* [cursivas añadidas], fueron semejantes al de los proyectos helvéticos. (p. 47).

La versión del delito bajo estudio contenido en el artículo 345 fue denominada por Bramont Arias (1966) como “negociaciones incompatibles con las funciones públicas”. Como refirió el recordado profesor, sus antecedentes nacionales recayeron en el Anteproyecto de Código Penal de 1877 y el Proyecto de Código Penal de 1916. Como fuentes extranjeras, el artículo 178 del Código Penal de Uruguay de 1889, y artículo 265 del texto argentino de 1921. Por su parte, Abanto Vásquez (2001), afirma que su fuente proviene, además de este último, del artículo 324 del Código Penal italiano de 1830, y artículo 175 del Código Penal francés de 1810.

La diferencia en la redacción de este tipo penal frente a la antigua versión no fue sustancial para interpretar de modo distinto su contenido. Sin embargo, la nueva denominación del título que contuvo a esta figura delictiva junto a los actualmente denominados *cobro indebido* y *colusión*, representó un gran error de técnica legislativa, pues la expresión *concusión* [cursivas añadidas], traducida como el cobro injustificado y arbitrario realizado por un funcionario público en provecho propio, si bien guardaba relación estrecha con el delito de cobro indebido, ni por asomo reflejaba la propia esencia de la colusión y mucho menos del aprovechamiento indebido de cargo.

El motivo de tal decisión podría deberse a la acostumbrada práctica del legislador de importar versiones extranjeras. Refuerza esta hipótesis lo referido por Hurtado Pozo, así:

La influencia argentina implica el mantenimiento de las disposiciones de tradición española. Esta influencia se halla presente, sobre todo, en las normas nacionales que prevén los delitos de (...), *concusión (arts. 343-345)* [cursivas añadidas] (...). No significa que todas estas disposiciones hayan sido simplemente importadas por el legislador peruano; buena parte de ellas ya estaba en el Código peruano derogado (p. 54)

Por otro lado, la expresión ‘empleado público’ fue precedida alternativamente por el término ‘funcionario’, lo que permite inferir la necesidad que tuvo el legislador de diferenciar ambos términos. Para Gustavo Bacacorzo (2002), ‘empleado público’ guardaba identidad con la expresión “servidor público”. De esta manera, puede afirmarse que a través del Código Penal de 1924 se logró diferenciar los términos funcionario y servidor público, en razón al poder de decisión.

Sección XIV

Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales

Título II

Conclusión

(...)

Art. 345. El funcionario o empleado público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquiera clase de contrato u operación, en que deba intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días.

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

Si bien el Derecho Penal fue considerado como una herramienta importante para regular y sancionar las conductas desplegadas por los empleados públicos en detrimento del Estado, merece hacer mención a una norma de carácter administrativo, por su singular manera de referirse en uno de sus articulados a la conducta desviada del funcionario y sus ulteriores efectos jurídicos. Así, tenemos a la Nueva Ley de Municipalidades, aprobada mediante Ley del 14 de octubre de 1892, en cuyo artículo 128 se declaraba lo siguiente: “El funcionario municipal que subastare o contratare cualquiera de los ramos municipales, valiéndose de interpósita persona o de cualquiera otro modo

simulado o fraudulento, será desde luego sometido a juicio u separado del ejercicio de sus funciones”.

2.4.Código Penal de 1991: Aplicación de la pena privativa de libertad.

Con la promulgación del Decreto Legislativo n.º 635, entró en vigor el tercer Código Penal peruano, y con él, el delito de aprovechamiento indebido de cargo cuya redacción se dio de modo similar a sus versiones anteriores, salvo la adición de la frase “o por acto simulado”. La expresión “empleado público” fue reemplazada por “servidor público”. También, dejó de ubicarse en el grupo de los delitos de “concusión”, para formar parte de la sección de los delitos de “corrupción de funcionarios”, junto al cohecho, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

En su prólogo a la primera edición de su obra conjunta intitulada *Código Penal anotado*, Bramont Arias (2004) refiere que este Código Penal fue apoyado en la comparación con otros códigos y proyectos, entre ellos, al Código Penal alemán de 1975, Código Penal portugués de 1982, colombiano de 1980, brasileño de 1984, Proyectos de Código Penal españoles de 1980 y 1983, que procuraron perfeccionar nuestra Ley penal, corrigiendo sus defectos e introduciendo contribuciones nuevas, fruto de ll desenvolvimiento notable de la ciencia penal contemporánea. (p. 7)

Las consecuencias jurídicas que acarrear su comisión ya no se limitan a la inhabilitación (como en su antigua versión de 1863) y multa (añadida en el Código Penal de 1924), sino que el nuevo legislador añade a éstas la pena privativa de libertad. Se advierte, a su vez, que el segundo párrafo referido a la intervención delictiva de los peritos, árbitros y contadores, dejó de acompañar al delito de aprovechamiento indebido de cargo, para aplicarse solo a los delitos de colusión y patrocinio ilegal, conforme al mismo artículo 386 del Código Penal.

Título XVIII

Delitos contra la Administración Pública

(...)

Capítulo II

Delitos cometidos por funcionarios públicos

(...)

Sección IV

Corrupción de funcionarios

(...)

Artículo 397.- El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

a) Primera modificación.

Mediante la Ley n.º 27074 del 26 de marzo de 1999, se llevó a cabo la primera modificación de este injusto penal, así, se añadió a su redacción la expresión ‘indebidamente’ al interés del funcionario o servidor público frente a cualquier contrato u operación sometidos a su intervención. También, se adoptó expresamente el *nomen iuris* “aprovechamiento indebido de cargo” para identificarlo, como veremos:

Título XVIII

Delitos contra la Administración Pública

(...)

Capítulo II

Delitos cometidos por funcionarios públicos

(...)

Sección IV

Corrupción de funcionarios

(...)

Aprovechamiento indebido de cargo

Artículo 397.-El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación

en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

b) Segunda modificación.

Luego, se llevó a cabo la segunda modificación mediante el artículo 1 de la Ley n.º 28355, publicada el 6 de octubre de 2004, la misma que desplazó el tipo penal asignándole la numeración 399 (antes 397). Así también se le otorgó la denominación “negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo”.

Consideramos que el término *negociación incompatible* no fue el adecuado, su definición implica la intervención o concierto de dos o más sujetos con variadas posiciones en pro de obtener un resultado que se persigue, situación que no forma parte de la configuración de este ilícito, ya que como precisaremos más adelante, no se trata de un delito de encuentro o participación necesaria.

Título XVIII

Delitos contra la Administración Pública

(...)

Capítulo II

Delitos cometidos por funcionarios públicos

(...)

Sección IV

Corrupción de funcionarios

(...)

Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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.

Un tercer aporte en su redacción es el referido al surgimiento alternativo del tercero favorecido por el funcionario o servidor público en el escenario de una contratación u operación en que intervenga éste. El tipo ya no se limita a sancionar al mal empleado público cuando se interese indebidamente en provecho propio, sino que, además, bajo el principio de legalidad, puede sancionarlo por haberlo hecho para beneficiar a un tercero, que a juzgar por el contenido del artículo 399, puede tratarse de un particular o propiamente un funcionario o servidor público.

Además, se incrementa la sanción penal de este delito (no menor de cuatro ni mayor de seis años de pena privativa de libertad), y la expresa incorporación de la pena de inhabilitación. Salinas (2016), afirma que el objeto del legislador para elevar la pena privativa de libertad se debió a la necesidad de dotar al juez la posibilidad de aplicar como medida cautelar, la prisión preventiva, así como la aplicación de la pena efectiva, en caso de decidirse por una condena (p. 34).

c) Tercera modificación.

Finalmente, este tipo penal, manteniéndose en el artículo 399 del Código Penal bajo la misma denominación, es nuevamente modificado; esta vez por el artículo único de la Ley n.º 30111, del 26 de noviembre del 2013, cuyo texto es el siguiente:

Título XVIII

Delitos contra la Administración Pública

(...)

Capítulo II

Delitos cometidos por funcionarios públicos

(...)

Sección IV

Corrupción de funcionarios

(...)

Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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.

No se advierte innovación alguna en el contenido del injusto, tan solo en la consecuencia jurídica con la incorporación de la pena de días-multa, dejada de lado tras la derogación del Código Penal de Maúrtua (1924). Con ello, los funcionarios públicos ya no solo son pasibles de la pena privativa de libertad, inhabilitación en el cargo y el pago de una reparación civil, sino que además de una pena de multa a favor del Estado. Esta clase de pena, de conformidad con el artículo 41 del Código Penal (CP), obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa.

El importe del día-multa, de acuerdo con el referido articulado, es equivalente al ingreso promedio diario, tomando en cuenta el patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza de condenado. Como bien resalta López Pérez (2014), esta pena presenta en la actualidad una serie de problemas de política criminal, uno de ellos surge cuando el condenado no cumple con el pago total de la deuda, o deposite de a poco en la forma que lo crea conveniente o de acuerdo con su posibilidad económica; puede terminar interpretándose como que la causa que motivó la pena de multa ha quedado impune. (p. 10).

III. Ubicación sistemática y denominación del delito contenido en el artículo 399 del CP.

De acuerdo a la decisión del legislador, este delito se desarrolla en un contexto de corrupción debido a su ubicación actual en la Sección IV: corrupción de funcionarios, junto a los tipos penales de cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, cohecho pasivo de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, cohecho activo en el ámbito de la función policial, tráfico de influencias y enriquecimiento.

La pregunta que inmediatamente surge es, ¿qué entendemos por corrupción? Son diversas las respuestas, entre ellas la ofrecida por el diccionario de la Real Academia Española, que la define como la practica en la utilización de las funciones y medios de las organizaciones especialmente públicas en provecho económico o de otra índole. La Defensoría del Pueblo (2017) en su reporte de mayo, define a la corrupción como:

“(…) el mal uso del poder público, entendido con el incumplimiento de los principios del buen gobierno, así como de los preceptos éticos presentes en la sociedad. Los actos de corrupción tienen el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos para quien actúa o para terceros, en perjuicio del bienestar general”. (p. 6).

Montoya² apunta su definición a través de dos perspectivas: en sentido estricto, es posible entender la corrupción como actos o manifestaciones concretas del uso particular de la función pública, delimitados en la legislación administrativa o penal; en sentido amplio, la considera como un clima de mentalidad colectiva, sentimientos y practica histórica denominada “fenómeno de la corrupción”. (p. 1)

Respecto a esto último, concuerda con el profesor Hurtado, al considerarla como la visión más importante a tener en cuenta, por las repercusiones negativas que tiene en la vida general del país, y porque es la que sostiene o explica de algún modo las manifestaciones concretas de corrupción habitual. (p. 1)

De lo expuesto se desprende que el delito de aprovechamiento indebido de cargo es una expresión más de la corrupción, entendida ésta como la utilización del poder o competencia que le fuera otorgado por el Estado, para satisfacer beneficios particulares, ya sea para su provecho propio o de terceros, en perjuicio de la expectativa y bienestar social.

² Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/98F34F32106A975A05257E0600627371/\\$FILE/Sobre_la_corrupci%C3%B3n_en_el_Per%C3%BA._Montoya.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/98F34F32106A975A05257E0600627371/$FILE/Sobre_la_corrupci%C3%B3n_en_el_Per%C3%BA._Montoya.pdf)

Con relación a su denominación, consideramos que la expresión “negociación incompatible” no refleja el verdadero contenido del tipo penal en comento, ya que una negociación implica necesariamente la intervención de dos o más partes dirigidas a arribar una finalidad que se espera obtener. Este término que aún perdura en nuestra legislación se debe al rezago dejado por los antiguos códigos penales (Código Penal de 1836, 1863). Preferimos emplear la denominación *aprovechamiento indebido de cargo* o si se quiere *aprovechamiento incompatible con el cargo*, [cursivas añadidas] expresiones que se adecúan mucho más al contenido del injusto, pues el agente persigue finalidades incompatibles a las que son propias del cargo que ostenta en la Administración.

IV. El bien jurídico protegido.

Para autores como Mir Puig (2000), el bien jurídico protegido es la integridad y rectitud del funcionario, reflejadas por su imparcialidad frente a los administrados en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos en particular. Salinas Siccha (2016) afirma que el bien jurídico protegido es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado debido al cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración (p. 644).

Según Rojas (2010) el objeto genérico de tutela es garantizar el normal funcionamiento de la Administración Pública, en tanto que el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la Administración Pública del interés privado de sus agentes que anteponen sus intereses a los de ella. Adiciona a su postura, que se busca también mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía (p. 818).

Castillo Alva (2015) por el contrario, afirma que:

Lo que se busca proteger es la transparencia, la libre competencia entre los posteriores (cuando los hay) y la elección no arbitraria de los terceros en los procesos de contratación, evitando que determinados funcionarios intervengan –

distorsionando, con su poder, funciones y su cargo- el proceso de contrataciones establecido en el caso concreto.

De modo heterodoxo, este autor -citando a Abanto Vásquez- considera inexacto afirmar que en este delito se protege la imparcialidad del funcionario con la que debe guiar sus actuaciones como bien jurídico protegido por cuanto:

El funcionario más que comportarse como árbitro o tercero neutral que en un contrato o en una operación equilibra los intereses particulares y del Estado, debe tomar partido de forma decidida en la defensa de un interés exclusivo: el de la administración pública o el interés estatal en el sector correspondiente. Justamente, el funcionario que participa o interviene en un contrato o en una operación es –o por lo menos debe ser- cualquier cosa menos un funcionario imparcial. Un planteamiento como el que se sustenta tendría que terminar castigando todos los casos en los que el funcionario no es imparcial en los procesos de contratación y trata, por ejemplo, de conjugar los intereses públicos con los privados.

En cuanto a nuestra jurisprudencia, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante el Expediente n.º 183-2011-4-1826.JR-PE-02, refiere, que:

El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la Administración Pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público) que anteponen sus intereses a la de ella. En Rigor se trata de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad) en la actuación funcionaria frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales.

La Sala Penal Permanente de la Corte, a través de la sentencia recaída en el R. N. n.º 3144-2009-Puno, expuso que:

Como es un delito de peligro no es relevante incluso que se cause un perjuicio económico, solo debe verificarse la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, que en el presente delito es el deber de lealtad, imparcialidad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber.

En igual sentido, la Sala Penal Transitoria, mediante la sentencia recaída en el R. N. n.º 1318-2012-Lima, desarrolla lo siguiente:

El bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En ese sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente, no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública.

El reciente pronunciamiento de la Segunda Sala Penal Transitoria, a través de la sentencia casatoria n.º 231-2017-Puno, desarrolló lo siguiente:

El bien jurídico que protege es el norma y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes lo representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella.

El tipo penal busca evitar conflictos entre intereses privados y públicos, sancionando las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos que no denoten imparcialidad, transparencia y objetividad frente a los competidores de un contrato u operación económica donde tengan que representar al Estado. (Montoya, 2015, p. 131).

El reproche en este delito radica, entonces, en la parcialización del funcionario o servidor público, lo cual implica anteponer los intereses propios en favor personal o de terceros en los procesos de contratación u otras operaciones a cargo del Estado bajo su intervención, actividades

que, se supone, por su propia naturaleza, están dirigidos exclusivamente a beneficiar a la colectividad, no solo porque ello garantiza los resultados que el propio Estado espera a través de sus agentes públicos, sino que contribuye a mantener –si se quiere- una buena imagen frente a la opinión de la comunidad.

De lo expuesto arribamos a lo siguiente, el bien jurídico protegido en el delito de aprovechamiento indebido de cargo es, en principio, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y de manera específica la imparcialidad. A diferencia de lo que asume el autor Castillo Alva, la imparcialidad debe ser entendida como la objetividad en la conducta del funcionario al asumir una actuación funcional en el marco de las actividades económicas estatales, que evita la influencia de consideraciones personales en su comportamiento (en provecho propio o de tercero).

Esta postura se refuerza aún más porque la configuración de este delito no requiere de la existencia de un perjuicio al patrimonio estatal, lo que significa que con la sola parcialización de este funcionario o servidor en el marco del proceso de contratación y otra operación estatal en que interviene, se perfecciona con la sola acción concreta de anteponer sus intereses personales o de terceros frente a los del Estado.

V. Objeto material del delito: contratos u operaciones

La noción de contratos y operaciones deben entenderse de acuerdo a las pautas que nos ofrecen otras ramas del Derecho. Así, el Código Civil en su artículo 1351 se señala, en relación al contrato, que: “(...) es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Por su parte el diccionario de la Real Academia define como contrato administrativo al contrato en que una de las partes es la Administración Pública y tiene por objeto un servicio o actividad públicos.

Conjugando ambas definiciones, tenemos que los contratos que hace alusión el artículo 399 CP son de carácter público, donde una de las partes es, evidentemente, el Estado a través de sus instituciones. De ello se infiere que, si el funcionario o servidor público se interesa en un contrato

privado, no se configurará el delito de aprovechamiento indebido de cargo, pues tiene que haber intervenido en tal acto necesariamente el Estado.

Las operaciones son actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos como son las licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, entre otros. (Rojas, 2010, p. 851). Así, cuando el legislador nacional hace mención a la palabra *operación* [cursivas añadidas], está haciendo uso de una técnica legislativa, que no se aprecia, por ejemplo, en el delito de colusión, y cuyo ámbito de comprensión cubre una serie de actos que por sí solos no pueden llegar a configurar legalmente la noción de contrato público. De ello se desprende su carácter subsidiario.

Un aspecto en común entre los contratos y las operaciones es que en ambos existe una naturaleza económica; sin embargo, ¿Qué ocurre cuando el funcionario o servidor público no se interesa para beneficiarse económicamente, sino que su finalidad es favorecer a un familiar o un tercero en su contratación? Es claro que, con ello el funcionario no se beneficiará económicamente con su actuar, no obstante, debe tomarse en cuenta que el interés que motiva al agente no se reduce al aspecto económico, puede manifestarse también en un hecho de naturaleza aprovechadora. En ese sentido, Peña Cabrera (2010) indica:

El interés indebido no tiene que ser necesariamente de orden económico, de obtener una ventaja en términos pecuniarios, puede ser de cualquier índole. Por ejemplo, la consecución de un puesto laboral para un familiar, de participar en un proyecto de inversión privada, de ser incluido en un proyecto político. (p. 573)

Los ámbitos de realización de este delito abarcan todos los procedimientos de un proceso de contratación que concluye con el consentimiento y otorgamiento de la buena pro, en los que deben observarse los aspectos técnicos contemplados en las bases administrativas. En este delito no es punible la intervención del agente en los actos de administración, sino aquellos actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación pública que pongan de manifiesto un interés indebido a favor propio o de un tercero.

No obstante, conforme con la sentencia casatoria n.º 841-2015-Ayacucho, cuando se trate de procesos de contratación en situación de emergencia, carecen de relevancia penal aquellos defectos administrativos subsanables que cometan los funcionarios o servidores públicos.

5.1.Relación funcional con los contratos y operaciones estatales.

El delito de aprovechamiento indebido de cargo no es atribuible al funcionario o servidor público por su expresa demostración de interés en un contrato u operación del Estado, sino que ello debe aunarse la vinculación funcional de este con tales contratos u operaciones en que demuestra su interés. De ello se desprende que es necesaria la verificación de la competencia funcional que tenga el agente con dicho contrato u operación objeto de aprovechamiento, para afirmar la comisión de este ilícito.

Al tratarse de un delito especial o especialísimo, como así lo prefiere denominar Salinas Siccha, solo puede ser cometido por un sujeto calificado –funcionario o servidor público competente- que, en virtud del cargo, celebre o intervenga en los contratos públicos u otras operaciones en representación del Estado. De manera clara se puede afirmar entonces que el agente debe cumplir con dos requisitos: ser un funcionario o servidor público y tener una vinculación funcional con el contrato o servicio.

La jurisprudencia penal peruana ha señalado que:

“El tipo penal exige la concurrencia de alguna cualidad especial, por ello constituye un “delito especial propio”. Como ya se anotó solo podrán cometer este delito los funcionarios y servidores públicos que reúnan las características de relación funcional exigidas por el tipo penal (razón de su cargo), esto es, que tenga facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operación pública”. (Sentencia de fecha 8 de febrero del 2013, en el Expediente N.º 183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima).

La Ejecutoria Suprema R. N. n.º 4832-2011-Arequipa, expone lo siguiente:

Si bien el encausado, médico especialista del hospital, era propietario del centro quirúrgico oftalmológico y en calidad del servidor público se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el hospital nacional y su centro oftalmológico, también lo es que en la celebración de ambos convenios el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal, debido a que la decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados reúnen los presupuestos del tipo penal referido.

De igual forma, respecto al delito y su relación con el marco de atribuciones del funcionario o servidor público, la Corte Suprema, a través de la sentencia recaída en el R. N. n.º 253-2012, señaló lo siguiente:

No es suficiente para la configuración de este tipo penal que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo.

De ello se desprende que no puede atribuirse la comisión del delito de aprovechamiento indebido de cargo bajo el concepto anticipado de funcionario público (artículo 425 inciso 6 CP), pues como se dijo, el sujeto activo debe realizar el injusto cuando este ya se encuentra ejerciendo el cargo que le permite vincularse con el proceso de contratación o servicio, a través de una designación que le faculta intervenir en dicha actividad.

No obstante, consideramos que la relación funcional que vincule o le otorgue competencia al funcionario en los contratos y operaciones, no siempre debe limitarse estrictamente al contenido

expreso de la ley, como el Manual de Operaciones y Funciones (MOF) o Reglamento de Operaciones y Funciones (ROF). Corresponderá analizar de manera juiciosa cada caso en concreto; pues si bien, tales dispositivos establecen competencias, en la casuística nacional es sabido que la labor que realizan los funcionarios muchas veces se ejecutan de modo espontáneo a través de una orden del superior jerárquico, sin mediar formalidades que la respalden.

En la doctrina, Castillo Alva, hace mención a una teoría mixta, en la cual refiere que la ley nos da los márgenes; sin embargo, eso no impide entender cuándo es que existe un encargo por parte de un superior.

VI. El verbo rector “interesarse”.

Abordar el contenido del verbo rector “interesarse indebidamente” es, de seguro, la parte más enrevesada de este delito. Es claro que nuestras actuaciones en la vida diaria, sin excepción, son gobernadas por intereses personales: en el trabajo, en la escuela, en el hogar, en donde sea; sin embargo esta visión cambia cuando se está inmerso en una actividad económica estatal bajo un cargo público.

El funcionario o servidor, quien representa los intereses de la comunidad, y es intermediario entre el Estado y los objetivos que este persigue, debe apartar sus deseos personales para cumplir con la misión que la Administración Pública le ha confiado.

En este caso, el interesarse indebidamente conlleva a la gestión de actos que no corresponden con el rol de un funcionario público, anteponiendo una pretensión propia o particular para beneficiarse a sí mismo o a un tercero.

Dicho de otro modo, el funcionario actúa como tal y a la vez como beneficiario, ya sea de modo directo o a través de un tercero en cualquier contrato u operación en que este intervenga.

Para Abanto (2003), el *interesarse* puede ser interpretado en dos sentidos distintos: como la *obtención de interés* o como *actuación interesada* [cursivas añadidas] (actuar con “tendencia beneficiante”). Solo esta última puede ser interpretada de modo correcto, pues el verbo rector no se refiere a ninguna conducta de resultado (p. 506).

Siguiendo a Castillo (2015), “basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”. (p. 592)

Nótese que la descripción típica es solo que el funcionario se interese indebidamente por los contratos, por lo que de su contenido no se desprende que el funcionario o servidor público llegue efectivamente a un acuerdo contractual con la otra parte suscribiente, ya que de hacerlo se estaría cometiendo otro delito contra la Administración Pública, como por ejemplo, la colusión (artículo 384 CP), y que resulta ser más grave en su punibilidad.

Con lo expuesto aclaramos que, no pretendemos afirmar que el funcionario público no debe actuar con desinterés, por el contrario, debe actuar con total interés: el de proteger los objetivos de la Administración o, si se quiere, su interés económico. La exigencia del *interés* se hace patente cuando se comprueba que, necesariamente, a todo funcionario que por razón de su cargo o funciones debe intervenir en la celebración de un contrato, se le exige legalmente que se interese en el mismo, esto es, que realice todos los actos necesarios con miras a garantizar que se cumpla a cabalidad los términos y exigencias legales.

Tan es así que el funcionario que no se interese por el trámite y resultado del contrato que tiene a su cargo estará incumpliendo sus deberes funcionales, evento que podría incluso comprometerlo en algún tipo de responsabilidad (Sotomayor, 2000, p. 14).

6.1. Interesarse de manera directa

En esta modalidad delictiva -poco usual a juzgar por los hechos expuestos en cada pronunciamiento judicial- el funcionario o servidor se interesa en forma personal y directa, sin valerse de otras personas (interpósitas) sobre un determinado contrato u operación comercial donde el Estado es una de las partes. Tal interés, reiteramos, es ilegal e indebido.

Castillo (2015) señala: “Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el delito no solo se configura resolviendo individual y colectivamente, asesorando, preparando el expediente,

aprobando o ratificando una propuesta o a través de una intervención favorable. No es necesario que el funcionario firme personalmente algún documento. La forma como puede aparecer y revelarse el interés del funcionario es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos (...).” (pp. 596-597)

6.2. Interesarse de manera indirecta

De igual forma, el interés que muestra el funcionario o servidor es en forma indirecta o impersonal, es decir, aquí el funcionario o servidor se vale de otras personas para lograr la ejecución de un determinado contrato u otro tipo de operación comercial del Estado. Según Rojas Vargas (2007), el interés indirecto puede lograrse a través de particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

Tal afirmación refuerza lo dicho por el profesor Abanto (2001) quien sostiene que:

“Entender que el interés del funcionario solamente debería referirse a él mismo, llevaría innecesariamente a hacer inaplicable precisamente en los casos más frecuentes y de mayor entidad, en los cuales el funcionario actúa para favorecer empresas con las cuales tiene vínculos que no pueden probarse”. (p. 450)

VII. Participación delictiva

Resulta evidente que, en este delito como en cualquier otro cometido contra la Administración Pública, pueden darse múltiples intervenciones, ubicados en distintos puestos o momentos del evento delictivo, incluso de sujetos que no tiene la calidad de funcionarios o servidores públicos, pero que contribuyen a la realización del acto incompatible.

En tal sentido, estas personas que colaboran en la realización del delito, si bien no tienen la calidad especial de funcionario o servidores públicos, son igualmente responsables al tener la calidad de cómplices, que en la doctrina se les denomina comúnmente *extraneus* (artículo 25 CP).

La complicidad constituye una forma de participación reconocida regulada en el artículo 25 CP, el cual fue recientemente modificado por el Decreto Legislativo N° 1351, del 7 de enero del 2017. Su contenido señala lo siguiente:

El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurren en él.

La complicidad puede manifestarse a través de actos de cooperación de los intermediarios del funcionario o servidor público, los trabajadores de la empresa favorecida, los facilitadores o terceros negociadores que sirven a tales intereses. Por ello, es cómplice la persona que actúa como intermediario interesándose en el contrato u operación. También es posible la complicidad por coacción, siempre que este no revista gravedad. Citando a Castillo (2016), la parte beneficiada por el contrato en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario puede ser considerada como cómplice (p. 121).

El cómplice debe tener conocimiento del interés indebido del funcionario o servidor público en un proceso de contratación específico. No basta con verificar un aporte causal del supuesto cómplice y que con su conducta ha facilitado o ayudado a la comisión del delito. Resulta indispensable probar y justificar el comportamiento doloso del cómplice de manera adecuada y suficiente.

Por otro lado, de la figura de la inducción recogida en el artículo 24 CP, se desprende que el sujeto instigador no posee ni detenta el dominio del hecho, el cual es ejercido por el autor (o autor

mediato de darse el caso). Instigar implica impulsar, determinar o motivar la comisión de un delito. De manera unánime se reconoce por la doctrina, la existencia de una influencia psicológica sobre el autor, como mecanismo generador de la decisión criminal, siempre que no haya nacido previamente en éste tal determinación.

De lo expuesto, se califica como instigador del delito de aprovechamiento indebido de cargo a aquel individuo *extraneus* (tercero particular o funcionario), que determina o hace surgir en el funcionario la idea criminal de interesarse indebidamente en un contrato u operación en que interviene, ya sea mediante presión o persuasión.

VIII. Cuando la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal en el delito de negociación incompatible parecía ser un dilema de nunca acabar

La parte *in fine* del artículo 80 CP, modificado por la Ley n.º 30077 del 20 de agosto de 2013, prescribe que: “En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica”.

Del debate en el Pleno Jurisdiccional Regional Penal del 11 de abril del 2008, con motivo a la interpretación del referido artículo, se desprenden dos posturas: Primero, Por su parte, la segunda postura consideró que esta duplicidad opera en los casos que el funcionario cause perjuicio al Estado, sin que sea necesario que tenga vinculación funcional con el erario nacional; y, segundo, que la aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado solo procede en casos en que exista entre éste y el patrimonio del Estado una vinculación funcional de administración, percepción o custodia.

Este criterio fue adoptado en su momento por la Corte Suprema, así tenemos la R. N. n.º 117-2012-Junin, del 11 de enero del 2013, que señala que:

“(…) no resulta de aplicación la duplica del plazo de prescripción a que se refiere el último párrafo del artículo ochenta del citado Cuerpo legal, pues el delito de

aprovechamiento indebido del cargo no incide directamente en el desmedro patrimonial estatal, sino que se configura cuando se advierten actos que vulneran el ejercicio de la función pública y van en contra de la observancia de los deberes del cargo, la regularidad, el buen desenvolvimiento, el prestigio y la dignidad de la función”. (el énfasis es nuestro)

De igual manera, la R. N. n.º 2068-2012-Lima, del 19 de abril de 2013, al precisar que:

“El delito de negociación incompatible (...) no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal (...). Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública.

Siendo así, por su propia configuración e, incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción prevista en el artículo 80 parte *in fine* del CP”.

La postura adoptada por el Supremo Tribunal dejó por sentada la inaplicación de la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal para el delito de aprovechamiento indebido de cargo, aun cuando el efecto de este injusto ocasionara un perjuicio patrimonial al Estado. Conviene resaltar el comentario de Salinas (2016) en parecido sentido con Abanto, al decir que esta conducta “puede en ocasiones llegar a perjudicar en forma real el patrimonio del Estado” (p. 651).

Consideramos que la postura asumida por la máxima instancia en sede judicial se ajustó al contenido del Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, que, al ser su contenido correcto o no, sirvió de guía para resolver los casos de prescripción en los delitos funcionariales. Cabe recordar que, a través de este pronunciamiento se delimitó la aplicación del artículo 80 *in fine* del CP, declarando que no todos los delitos del referido cuerpo tenían contenido patrimonial, por lo que para la

duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal debía tomarse en consideración la existencia del vínculo directo entre el funcionario o servidor público y el patrimonio estatal.

Un claro ejemplo de cómo la Corte Suprema interpretaba el contenido del referido acuerdo plenario es el R. N. n.º 404-2010-Cusco del 16 de marzo de 2011, en el que se sostuvo:

“(…) La parte *in fine* del artículo 80 (...) señala que el plazo de prescripción del ejercicio de la acción penal se duplica en los delitos que son cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado, debiéndose interpretar y entender que la mención de la afectación del patrimonio del Estado será aplicable cuando este (patrimonio) sea el bien jurídico protegido por el tipo penal, empero no otro; en ese sentido, no se configura el supuesto de hecho cuando el desmedro patrimonial proviene de la transgresión de un bien jurídico distinto al patrimonio del Estado; (...) si bien el delito de negociación incompatible está circunscrito dentro del capítulo referido del Código sustantivo,(...) el bien jurídico protegido de este delito no es el patrimonio del Estado, sino más bien la correcta marcha de la administración pública, y especialmente la lealtad de los funcionarios del Estado a través de su imparcialidad, por tanto, no es aplicable la parte *in fine* del artículo ochenta del Código Penal.

Sin embargo, años después, la misma Sala Penal, que aceptaba y defendía la inaplicación de la prescripción de la acción penal para el tipo penal del artículo 399 CP, cambió su postura de modo opuesto al afirmar que, si bien el objeto específico de tutela de este delito se circunscribe a la salvaguarda de la imparcialidad y objetividad del funcionario o servidor público en el desempeño de su cargo, el bien jurídico solo se verá lesionado materialmente cuando el funcionario o servidor lesione el patrimonio del Estado, infringiendo sus deberes de imparcialidad y objetividad en la celebración de cualquier contrato u operación en que interviene por razón del cargo que desempeña dentro de la Administración Pública.

Por ello, concluyó que ante la existencia del perjuicio al patrimonio del Estado corresponde aplicar la duplicidad del plazo prescriptorio. En igual sentido la R. N. n.º 2807-2015-Lima, del 27 de junio del 2016 sostiene lo siguiente:

En el delito de negociación incompatible no es requerible la concertación ni la existencia de un perjuicio, tal como lo ha señalado esta Suprema instancia (...) Sin embargo, no se puede dejar de tomar en cuenta este aspecto al momento de contabilizar el plazo de prescripción, por cuanto la finalidad de no requerir provecho pecuniario fue para no crear impunidad; (...) por lo que al existir indicios de un perjuicio al patrimonio del Estado (...) este Supremo Tribunal concluye que es preciso tomar en cuenta el último párrafo del artículo ochenta, del Código Penal, y optar por la duplicidad del plazo prescriptorio, pues haría mal en resolver contrario a ello.

De igual manera, aunque con una incompleta mención de los presupuestos para la prescripción, la R. N. n.º 804-2014-Lima, del 6 de abril del 2016, refiere:

El delito investigado (...) sanciona la conducta de aprovechamiento indebido del cargo (negociación incompatible) con una pena no menor de dos ni mayor de cinco años. En ese sentido, la prescripción extraordinaria ocurrirá luego del transcurso de siete años y medio. Además, según las normas de prescripción del Código Penal y la propia Constitución Política del Estado (último párrafo del artículo cuarenta y uno), dicho plazo se duplicará cuando existe participación de funcionarios y/o servidores públicos, por lo que la prescripción para el presente caso ocurrirá luego del transcurso de quince años contados desde la fecha de los hechos.

No obstante, con la, no muy reciente, publicación de la R. N. n.º 677-2016-Lima (caso *Petroaudios*), la Sala Penal Permanente retomó la problemática del plazo prescriptorio. Así, tras evaluar el pedido del Ministerio Público por la aplicación del plazo de prescripción al considerar que en el delito de aprovechamiento indebido de cargo se afecta la esfera patrimonial del Estado, el supremo tribunal afirmó en primer lugar que, en términos de imputación objetiva, el riesgo prohibido con el actuar del agente se verifica con la realización de actos irregulares que reflejan un interés en usar el cargo en provecho propio o de tercero.

Seguidamente, la Sala indicó que no se aprecia que la conducta del agente esté encaminada a afectar el patrimonio estatal, de ahí que no se exige, para su configuración que exista perjuicio, o en su defecto, se concrete un provecho económico para el funcionario o servidor público, solo basta con exteriorizar ese interés para consumir el delito.

En cuanto a la afectación del erario en la parte consumativa del delito, sostuvo que:

El carácter delictivo del delito de negociación incompatible no es de índole patrimonial en perjuicio del Estado, no cabe la aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal; ello en mérito al último párrafo del artículo 80 del Código Penal, cuya aplicación solo se da en casos de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos cuya conducta atente contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por este; por lo que la declaración de prescripción de la acción penal, es una decisión fundada en derecho.

Este reciente pronunciamiento no hizo más que retomar la postura que se tenía sobre la interpretación más adecuada del Acuerdo Plenario n.º 1-2010/116-CJ, lo que originó total incertidumbre en el tratamiento de casos concretos; ello debido a la existencia de pronunciamientos opuestos sobre una institución tan importante como la prescripción de la acción penal de un delito funcional y su duplicidad, lo que generó, y aún hasta la fecha, una evidente inseguridad jurídica.

Sobre el particular, ciñéndonos al contenido estricto del Acuerdo Plenario n.º 1-2010/CJ-116, en el que se analizó el contenido del último párrafo del artículo 80 del CP, consideramos que el delito de aprovechamiento indebido de cargo no cumple con las características que la Suprema detalló como características exigidas en aquellos delitos que correspondían duplicar su plazo de prescripción, aun cuando su consumación genere perjuicio económico al Estado.

Como se detalló en el presente trabajo, el delito tipificado en el artículo 399 CP, es un delito instantáneo, o de peligro. El solo interés indebido por parte del funcionario exteriorizado en un proceso de contratación u otra actividad económica de la Administración Pública en que éste intervenga es suficiente para configurar el ilícito. No interesa que con su actuar se genere un perjuicio patrimonial, por lo que esto último formaría parte de un efecto posterior a la consumación

formal del delito, es decir, el agotamiento que no constituye un elemento típico, y que en consecuencia, carece de relevancia penal.

No obstante, con el ánimo de dar por zanjado el debate doctrinario sobre la aplicación o no de la duplicidad del plazo de prescripción que subsistió pese a la existencia del Acuerdo Plenario precitado, el Congreso de la República, mediante Ley de reforma constitucional N.º 30650 publicado el 20 de agosto del 2017 en el diario oficial El Peruano, modificó de manera sustancial el artículo 41 de la Constitución Política del Estado, el mismo que daba contenido al artículo 80 CP, por cuanto en su último párrafo se señala:

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

Significa entonces que a efectos de determinar la duplicidad del plazo prescriptorio ya no es necesario identificar que el bien jurídico protegido para determinado delito funcional se encuentre vinculado de modo directo al patrimonio estatal. Tampoco que exista o no afectación al mismo, tan solo bastará que se trate de un delito contra la Administración Pública.

Bajo esa lógica, el delito de aprovechamiento indebido de cargo y todos los que se encuentran contenidos en el Título XVIII del CP, serán pasibles de su aplicación, sin perjuicio que, bajo el principio de legalidad, un dispositivo legal lo incluya al grupo de supuestos más graves, lo que ocasionaría que la acción penal sea imprescriptible.

A fin de llenar ese vacío legislativo, fue presentado el 17 de noviembre del presente el Proyecto de ley n.º 2114/2017-CR, que propone modificar el artículo 80 CP incorporando los esperados delitos sujetos a imprescriptibilidad, a fin de desarrollar el contenido del artículo 41 de la Constitución Política referida al plazo de prescripción a la imprescriptibilidad de la acción penal para los delitos cometidos contra la Administración Pública.

La fórmula legal que se propone es la siguiente:

Artículo 80

(...)

La acción penal es imprescriptible en los delitos contemplados en el Título XVIII del presente Código, específicamente en los tipos penales contenidos en los artículos 384 (colusión), 388 (peculado), 389 (malversación), así como los artículos 393, 393-A, 394, 394-A, 395, 395-A, 395-B, referido al cohecho y el artículo 401 (enriquecimiento ilícito). [cursivas añadidas]

Sin intención de comentar la viabilidad o no de esta propuesta, se desprende de su contenido que a pesar del uso (abuso) acostumbrado y cada vez más agudo del Derecho Penal por parte de nuestro legislador, no se ha visto necesario recurrir a la imprescriptibilidad para tratar este delito, entendemos que ello se debe por todo lo que hemos expuesto: el delito de aprovechamiento indebido de cargo o aprovechamiento incompatible de cargo es uno de mera actividad, se consuma con la sola demostración concreta de imparcialidad de parte del funcionario o servidor.

IX. Propuesta del Proyecto de ley de nuevo Código Penal

Luego de tantos proyectos y anteproyectos presentados con la finalidad de dar vigencia a un Código Penal que se ajuste más a nuestra realidad social, fue presentado el último proyecto de Código Penal, el texto es el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, recaído en el Proyecto de Ley n.º 163/2011-CR. A través de dicho documento se propone la siguiente fórmula para el delito de aprovechamiento indebido de cargo:

Título II

Delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos

Capítulo IV

Corrupción de funcionarios y servidores públicos

(...)

Artículo 581. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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 esreprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

El artículo 38 es como sigue:

Artículo 38.

- a. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
- b. incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

(...)

- n. Prohibición de contratar con el Estado o formar parte de una persona jurídica que contrata con el Estado.

En principio, esta fórmula no trae nada nuevo en la descripción de la conducta del aprovechamiento indebido de cargo. Solo se incorpora una modalidad de inhabilitación, conforme con su propuesta del artículo 38 CP, como es: la prohibición de contratar con el Estado o formar parte de una persona jurídica que contrata con el Estado (inciso n.).

Para algunos estudiosos en la materia, la denominación de un tipo penal carece de relevancia, solo importa el contenido del tipo y su correcta interpretación que de esta se haga. Sin embargo, consideramos que es necesario eliminar la expresión “negociación incompatible” y mantenerse “aprovechamiento indebido de cargo”, pues esta última representa de modo correcto el contenido de este delito.

La denominación “negociación incompatible” ha caído en desuso con el pasar de los años y por los cambios legislativos que ha sufrido esta figura delictiva. En el Código Penal de Santa Cruz,

este delito conformó el capítulo IV, denominado: De los funcionarios públicos *que ejercen negociaciones*, o contra en obligaciones incompatibles con su destino [cursivas añadidas].

El cambio de esta denominación podría incluso contribuir a marcar su distancia del delito de colusión (artículo 384 CP), que al ser un delito de participación necesaria, sí requiere para su configuración una negociación de por medio entre el funcionario público y un tercero interesado (*extraneus*), negociación que es conocida como la concertación subrepticia o pacto bajo la mesa.

Es correcta su ubicación dentro del título relativo a los delitos de corrupción de funcionarios, pues este delito refleja uno de los tantos rostros que posee la corrupción, como es, por ejemplo, la manifestación concreta del uso particular de la función pública. Tengamos en cuenta que la corrupción no solo significa recibir o dar dinero o un beneficio de cualquier índole a cambio de una actuación contraria o de acorde al deber del funcionario público. Pensar de ese modo significa tener una idea limitada de lo que es la corrupción.

Es evidente que este delito, presente desde el primer texto punitivo en la historia del Perú (más antiguo incluso que el delito de colusión), ha preservado su estructura residual, al existir conductas delictivas más específicas no se puede exigir un detalle mayor de los tipos de contratos u operaciones en los que el funcionario o servidor público pueda expresar indebidamente un interés, por lo tanto es correcto mantener como escenarios de su realización a los contratos y otras operaciones.

Si bien no puede entenderse que bajo el principio de lesividad, un delito de mera actividad o de peligro pueda ser sancionado con una pena privativa de libertad temporal de cuatro a seis años, exigir al legislador que la disminuya, sería pedirle que vaya en contra de sus inminentes propósitos de severidad punitiva.

Como afirmara Salinas Siccha, la intención de elevar las penas privativas de libertad temporal por encima de los cuatro años para aquellos delitos que no revisten de suficiente gravedad se debe a la necesidad de dar oportunidad al juez para la imposición de medidas coercitivas de naturaleza procesal como la prisión preventiva.

Consideramos que la clave para desincentivar la comisión de este delito no se encuentra en el aumento de la pena privativa de libertad. El mal funcionario o servidor público actúa principalmente por intereses personales (económicos o no), superponiéndolos sobre los del Estado. En ese sentido, se debe plantear el fortalecimiento de la pena de multa; de tal manera que, al surtir esta institución efectos inminentes en el condenado, cause en la sociedad y en especial en los funcionarios y servidores con tendencia a la comisión del ilícito, un total desincentivo.

A las consecuencias jurídicas expuestas se aúna de modo apropiado la inhabilitación en sus siguientes formas: i) la privación de la función, cargo o comisión aunque provenga de elección popular; ii) incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; iii) prohibición de contratar con el Estado o formar parte de una persona jurídica que contrata con el Estado.

Este último tipo de inhabilitación resultaba necesario adoptar en el proyecto, pues llena un vacío de impunidad ante aquellas situaciones en las que el funcionario, tras haber sido condenado y cumplido su pena por este delito al haberse acreditado su interés particular en un proceso de contratación, contrate libremente con el Estado, luego de haberlo defraudado.

X. Conclusiones y recomendaciones

- La conducta interesada del funcionario o servidor público dirigida a beneficiarse a costa de la Administración Pública ha sido considerada merecedora de reproche penal desde tiempos inmemorables. A saber, los textos punitivos de 1863 y 1924, incluso el fugaz Código Penal de Santa Cruz de 1836 sancionaron de manera singular al empleado público, de acuerdo con el contexto histórico en el que mantuvieron vigencia. Siendo recién con el vigente Código Penal de 1991 que se dio origen a la aplicación de la pena privativa de libertad.
- El delito de aprovechamiento indebido de cargo no es un delito de participación necesaria, o propiamente un delito de encuentro; ya que, no requiere para su concreción

la intervención de un particular, como sí ocurre con el delito de colusión (artículo 384 CP).

- Alimenta la complejidad en la determinación de la expresión “interesarse indebidamente” la calidad subsidiaria que ostenta el delito objeto de análisis. Para algunos la palabra indebido debe tener como origen la existencia de una prohibición expresa. Nosotros consideramos que basta únicamente que ese interés sea incompatible con el correcto desempeño de su función para hablar de un interés indebido.
- No consideramos adecuada la expresión “negociación incompatible”, utilizada por el legislador para denominar al tipo penal contenido en el artículo 399 del Código Penal. Este error de técnica legislativa se originó a través del artículo 1 de la Ley n.º 28355 del 6 de octubre de 2004, que incorporó, derogó, modificó y reubicó diversos tipos penales, entre ellos, el de aprovechamiento indebido de cargo (antes art. 397, ahora 399).
- Si bien el interés indebido que exterioriza el funcionario o servidor público es punible en tanto que sea incompatible con los fines que persigue la Administración Pública, y en concreto la función propia del empleado, la palabra “negociación” implica necesariamente la intervención de dos o más sujetos con la determinación de arribar a un convenio o pacto.
- La única novedad que presenta el proyecto de nuevo Código Penal respecto a este delito corresponde a la inhabilitación, en el extremo de prohibir al mal funcionario contratar con el Estado o formar parte de una persona jurídica que contrate con el Estado.

Referencias bibliográficas

Abanto Vásquez, M. (2015). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Perú: Grijley.

Alcozer Povis, E. (2014). *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. Recuperado de http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/articulo_prescripcion-10-final--2014.pdf.

Bacacorzo, G. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Perú: Gaceta Jurídica.

Bramont Arias, L. (1966). *Código Penal Anotado*. Perú: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Bramont Arias, L. y Bramont Arias Torres, L. A. (2004). *Código Penal anotado. Revisado y concordado por María del Carmen García Cantizano*. (4ªed., 3ªreimp.). Perú: San Marcos.

Castillo Alva, J. L. (2016). *El delito de negociación incompatible*. Perú: Pacifico.

Código Penal Santa Cruz del Estado norperuano. Ed. oficial (1836). Perú: Imprenta de Eusebio Aranda. Recuperado de <https://catalog.hathitrust.org/Record/010474372>

Código Penal (1863). Perú: Imprenta del Mercurio. Recuperado de <https://archive.org/details/cdigopenaldelpe00pergoog>

Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Regional Penal con sede en Lima (2008). *Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Regional Penal*. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6af327004520b7d48ca1cfd3a5dd03ae/PLENO+REGIONAL.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=6af327004520b7d48ca1cfd3a5dd03ae>

Defensoría del Pueblo (mayo, 2017). *Radiografía de la corrupción en el Perú. Reporte de corrupción n.º 1*. Perú: MCF Soluciones Integrales EIRL. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf>

Hurtado Pozo, J. (1979). *La ley importada. Recepción del Derecho Penal en el Perú*. Perú: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad.

Hurtado Pozo, J. (1978). *Manual de Derecho Penal*. (2ª ed.). Perú: Eddili.

López Pérez, L. L. (marzo, 2014). Acerca de la pena de multa. *Revista Sapere* n.º 6. Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Recuperado de [http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Acerca de la Pena de Multa.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Acerca_de_la_Pena_de_Multa.pdf)

Mir Puig, C. (2000). *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. España: J. M. Bosch Editor.

Montoya Vivanco, Y. F.(2010). “Sobre la corrupción en el Perú. Algunas notas sobre sus características, causas, consecuencias y estrategias para enfrentarla”. Congreso de la República del Perú. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/98F34F32106A975A05257E0600627371/\\$FILE/Sobre la corrupci%C3%B3n en el Per%C3%BA. Montoya.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/98F34F32106A975A05257E0600627371/$FILE/Sobre_la_corrupci%C3%B3n_en_el_Per%C3%BA_Montoya.pdf)

Nueva Ley de municipalidades. (1892). Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1892028.pdf>

Orrego Larrain, C. (agosto, 2000). “Corrupción y modernización del Estado”. *Catalogación (Cataloging-in-Publication)*. Washington D.C.: División de Estado. Gobernabilidad y Sociedad Civil. Recuperado de <http://www.iadb.org/wmsfiles/products/publications/documents/1969896.pdf>

Rojas Vargas, F.(2016) *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Perú: Nomos & Thesis.

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública* (4ª ed.). Perú: Grijley.

Salinas Siccha, E. R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública* (3ª ed.). Perú: Iustitia.

Sotomayor, J. O. (agosto, 2000). “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interes indebido en la celebración de contratos”. *Derecho Penal Dr. José Hurtado Pozo*. Alemania: Université de Fribourg. Faculté De Droit. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_15.pdf

Villavicencio Terreros, F. A. (2014). *Derecho Penal. Parte general*(1ª ed., 5ªreimp.).Perú: Grijley.

Viterbo Arias, J. (1898). *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*. Tomo 2, Torres Aguirre-Unión 150, Lima, 1898.

El delito de tráfico de influencias, antecedentes legislativos y visión del proyecto de Código Penal

The crime of traffic of influences, legislative history and vision of the draft Criminal Code

Jefferson Gerardo Moreno Nieves

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios de maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Estudios de Maestría en Derecho con mención en sistema acusatorio y litigación oral en la Universidad de Medellín (Colombia). Conferencista nacional e internacional, especialista en derecho penal, procesal penal y constitucional

jefferson_moreno@usmp.pe

Resumen: El delito de tráfico de influencias ha tenido una evolución legislativa particular, sus elementos han ido variando con el tiempo desde su implementación en el año 1981. El dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, recaído en los proyectos de Ley N° 163/2011-CR y otros de fecha 26 de mayo del 2011 ha realizado, pese a las modificaciones ya realizadas, una nueva forma de legislar este tipo penal, bifurcando su sanción en un tráfico de influencias activo y otro pasivo; es decir, en esta oportunidad, ya no solo se castiga la venta de influencias, sino también la compra. Sudamérica, no es ajena a esta forma de tipificación, como veremos.

Abstract: The crime of influence peddling has had a legislative evolution; their elements have been changing over time since its implementation in the year 1981.

The opinion of the Justice Commission of the Congress of the Republic, relapsed in the projects of Law N° 163/2011-CR and others dated in May 26, 2011 has made, despite the modifications already made, a new way to legislate this criminal type, branching their sanction in a traffic of active influences and another passive; that is to say, in this opportunity, not only the sale of influences is punished, but also the purchase. South America is not alien to this form of typing, as we will see.

Palabras claves: Código Penal, Tráfico de influencias, sistema penal, tipo penal, técnica legislativa, funcionario público.

Keywords: Criminal code, traffic of influences, criminal system, criminal type, legislative technique, public civil servant.

I. Antecedentes legislativos.

1.1.El delito de Tráfico de influencias en el Código Penal de 1924.

Antes del código Penal de 1924, he incluso a la fecha de publicación de este, el delito de tráfico de influencias aún no se encontraba tipificado en nuestra legislación penal.

El 12 de junio de 1981 se promulgó el Decreto Legislativo N° 121³, el cual tenía por objeto la modificación y ampliación de varios artículos del código penal de la época, el de 1924.

El artículo 8 del mencionado cuerpo legal estableció adicionar al artículo 353 del código penal - Título XVI “Delitos contra los poderes del estado y el orden constitucional, capítulo II “disposiciones comunes” - el artículo 353 “A” que establecía:

El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte a cuarenta días.

Tras esta incorporación del delito de tráfico de influencias a nuestra legislación nacional, no se efectuaron más modificaciones hasta la reforma total del código dada en el año 1991.

³ Decreto Legislativo N° 121, “Modificaciones al código penal” de fecha 12 de junio de 1981

1.2.El delito de Tráfico de influencias en el Código Penal de 1991.

Este texto normativo, mantiene la tipificación del delito de tráfico de influencias, esta vez en el artículo 400 estableciendo que:

El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Esta tipificación estuvo vigente tan solo hasta el 6 de octubre del 2004, dado que en esa fecha se publicó la Ley N° 28355 estableciendo un nuevo texto, con la incorporación de algunos elementos objetivos como “teniendo”, “beneficio”, y el “ha de conocer”:

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.

El 10 de junio del 2011 surge un nuevo cambio a partir de la publicación de la Ley N° 29793:

El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

El 21 de julio del mismo año surge, a través de la Ley N° 29758, una nueva modificación, estableciéndose su texto de la siguiente manera:

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.

Es bajo este cambio que se decide retornar a la redacción efectuada en la Ley N° 283555. Esta tipificación se ha mantenido hasta el 26 de noviembre del 2013, donde con Ley N° 30111 se adicionó como sanción la pena multa en delitos contra la administración pública, entre ellos, el delito de tráfico de influencias. Manteniéndose de esta manera hasta la actualidad.

1.3.Nueva legislación a partir del proyecto del nuevo Código Penal peruano.

A través del Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República (recaído en los proyectos de Ley N° 163/2011-CR y otros de fecha 26 de mayo del 2011) un novedoso proyecto de Nuevo Código Penal pretende tipificar al delito de tráfico de influencias, bifurcando su estructura en dos tipos penales; tráfico de influencias pasivo y tráfico de influencias activo.

La nueva técnica legislativa establece lo siguiente:

Artículo 582. Tráfico de influencias pasivo. El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor ocho años, inhabilitación

conforme a los literales b, d y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo 583. Tráfico de influencias activo. El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para éste o para un tercero, con la finalidad de que éste en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, para que éste realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa.

Esta novedosa forma de tipificar el delito de tráfico de influencias, nunca antes vista en nuestra legislación, ha solucionado vacíos legales en situaciones mediante la cual una persona era compradora de influencias; a la actualidad, la tipificación solo se ha realizado respecto de la persona que ofrece o vende la influencia.

Es necesario verificar si en Sudamérica se cuenta con una técnica legislativa similar a fin de establecer la novedad o la fuente de esta forma de tipificación.

II. El delito de tráfico de influencias desde la regulación penal comparada en Latinoamérica.

El delito de tráfico de influencias ha sido tipificado como conducta punible en muchos países de Latinoamérica. Es menester observar las demás legislaciones para poder entender con mayor exactitud este tipo penal.

En el artículo 146 del Capítulo I, Título II del Código Penal del Estado Plurinacional de **Bolivia** la regulación del delito de tráfico de influencias, se ha establecido de la siguiente manera: “El funcionario público o autoridad que, directamente o por interpósita persona y aprovechando de las

funciones que ejerce o usando indebidamente de las influencias derivadas de las mismas, obtuviere ventajas o beneficios, para sí o para un tercero, (...)'.

Esta es una técnica legislativa similar a la que mantenemos en el sistema peruano a la actualidad.

En **Paraguay** (aprobado mediante Ley N° 2.523/04, 13 de diciembre de 2004), este delito no ha sido tipificado en el Código Penal, sino, se ha utilizado la técnica de una ley extrapenal para su regulación:

1) El que reciba o se haga prometer para sí o para un tercero, dinero o cualquier otro beneficio como estímulo o recompensa para mediar ante un funcionario público, en un asunto que se encuentre conociendo o haya de conocer invocando poseer relaciones de importancia o influencia reales o simuladas, (...) **2)** Igual pena se aplicará a quien entregue o prometa dinero o cualquier otro beneficio, para obtener el favor de un funcionario público. **3)** Si la conducta señalada en los incisos 1) y 2) de este artículo estuviera destinada a hacer valer una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o ante fiscales del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su consideración, el límite legal máximo de la sanción se elevará (...).

En el caso Paraguayo, la técnica legislativa tiene mayor vinculación al proyecto de Código Penal, comprendiendo también al comprador de influencia, aunque no con tanta precisión como la técnica peruana, pero si con la sanción a la conducta, tanto de vender, como de comprar.

En el artículo 285 del Título IV, Capítulo Quinto, Sección tercera del Código Penal de la República de **Ecuador**, se regula este delito con el siguiente texto normativo:

Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad, estatal e alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación

derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, (...) El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, las concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales de los organismos administrativos del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito.

Como se puede verificar, esta técnica legislativa busca en mayor medida la sanción del funcionario público que participe traficando influencias, es más, incrementa la pena cuando se trate de un funcionario que accedió por voto popular.

El Código Penal **colombiano** ha regulado este tipo penal en sus artículos 411 y 411-A (del Libro II, Título XV, Capítulo V), de la siguiente manera:

El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, (...).

Los miembros de corporaciones públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante servidor público o entidad estatal en favor de la comunidad o región.

El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico (...).

El sistema penal colombiano, no cuenta con la técnica legislativa del proyecto de Código Penal Peruano; aunque sí reconoce la participación del funcionario y del particular.

El Código Penal **argentino** al respecto, ha establecido:

(...) el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones”.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

Como se puede ver de la legislación sudamericana, en algunos casos se ha aplicado la técnica legislativa que el Proyecto de Código Penal pretende utilizar respecto al delito de tráfico de influencias, mejorando así la forma de tipificar el delito y subsanar los vacíos legales con que se contaban.

III. Elementos objetivos tipo penal de tráfico de influencias.

Es el delito de tráfico de influencias un tipo penal pluriofensivo; el objeto de protección lo constituye la transparencia e independencia de la función pública, sino también la situación de igualdad de los ciudadanos frente a esta; así como también, el valor de la incorruptibilidad funcional, que es lo que esencialmente se lesiona. (Reátegui, 2016, vol. 4)

A. El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas.

La ley peruana en la descripción típica nuclear del delito alude al término **invocar**. El Diccionario de la Real Academia, define Invocar como: “**Llamar uno a otro en su favor y auxilio**”. En su acepción lingüística el traficante de influencia sería aquél que cita o llama a otro en su favor o busca lograr auxilio.

Invocar no es otra cosa que ufanarse, citar, aludir o hacer referencia a determinadas influencias que se puedan tener o desarrollar en un determinado ámbito y sobre ciertas personas que según la norma debe ser funcionario o servidores públicos. El autor se atribuye influencia, poder, ascendencia y capacidad persuasiva sobre el funcionario o servidor. (Manzini, 1996, p. 251).

La invocación que se realiza e interesa al Derecho penal no es de cualquier clase o naturaleza. Debe tratarse de la invocación de influencias. La influencia es la capacidad de orientar, determinar o dirigir la conducta de una persona hacia un determinado fin u objetivo.

Puede entenderse como la capacidad de inducción o determinación que posee una persona sobre otra a fin de que ejecute sus deseos o consejos (Manzini, 1996, p. 252). Algunos códigos penales junto a la criminalización de la invocación de influencias sancionaban la ostentación de **vinculaciones**, término que se considera correctamente innecesario, dado que una forma de lograr o ganar la influencia es a través de las vinculaciones. (Manzini, 1996, 252).

La influencia no debe entenderse como el simple hecho de conocer, tener trato o algún tipo de relación, sea personal, profesional o de otro orden, con el funcionario o servidor público. Ella debe ser directa y precisa respecto al asunto judicial o administrativo que el funcionario conoce. El simple hecho de poder acceder al funcionario o “tener llegada” al mismo no satisface la tipicidad y el sentido final de la norma penal. La influencia debe ser más específica, definida y concreta debiéndose referir a un asunto o caso que sea de conocimiento, o lo haya sido, por parte del funcionario.

Reátegui Sánchez ha establecido que la influencia tiene las siguientes características:

- a. El tipo penal no exige que la influencia realmente exista, ya que se refiere a que la influencia puede ser real o simulada. Resulta totalmente discutible la influencia simulada, pues no se atenta verdaderamente el correcto funcionamiento de la administración pública.
- b. Nuestro tipo legal no exige el ejercicio efectivo de influencias sobre un funcionario público determinado.
- c. La técnica utilizada en el tipo penal es un verbo rector de conducta positiva (“invocar”)
- d. No existirá invocación cuando el sujeto activo no ha afirmado tener las influencias sino simplemente se ha ofrecido a corromper a determinados funcionarios que ha acordado con el particular. Se presentará un supuesto de complicidad “cohecho activo” del extraneus, y si el sujeto no pensaba corromper al funcionario, sino apropiarse del dinero, se producirá una estafa. (Reátegui, 2016, p. 1924, vol. 4).

La ley señala que la invocación de influencias puede ser **real** o **simulada**. La influencia **real** vendría ser la influencia o poder que efectivamente se tiene o se ostenta sobre el funcionario o servidor. Por su parte, la influencia simulada es aquella que no se tiene, ya sea de manera total o que se exagera o miente de modo radical. La norma ha querido brindar sanción penal a ambas modalidades comisivas tomando como base la configuración real de si la persona que invoca o alude la influencia la tiene o no.

B. El recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

El delito de tráfico de influencias solo se configura cuando el autor del hecho recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero un donativo, una promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Es decir, es un delito en el que hay de por medio una contraprestación o por lo menos existe una promesa. El desvalor reside en mercantilizar una mediación indebida que recae en un miembro o en un órgano de la administración.

Nuestra legislación no castiga el **tráfico de influencias gratuito o puro**. Solo reprime la infracción cuando, además, de la influencia se termina recibiendo un bien, una contraprestación o

una promesa. Por lo tanto, debe haber una *conexión causal* entre la atribución de influencias y el pago del precio, la concesión de una ventaja o la correspondiente promesa. La entrega del bien, la promesa o el pago del precio debe fundarse en la influencia o el ofrecimiento de intercesión que realiza el traficante (Manzini, 1996, p. 256).

Estamos ante un delito eminentemente **sinlagmático**, genera obligaciones para ambas partes. Si una persona invoca influencias o ejecuta un acto material de ayuda para solucionar de manera favorable un asunto judicial o administrativo sin pedir, solicitar, recibir, o hacer prometer cualquier ventaja, sea de naturaleza económica o no, no comete el delito. De allí que se puede afirmar que en el Perú solo se castiga el tráfico de influencias oneroso y no el gratuito.

Cabe precisar que con referencia a la modificatoria ya no solo se da al hecho de solucionar de manera favorable un asunto judicial o administrativo sino esta vez respecto de actos relacionado con las funciones de un funcionario o servidor público. Es decir, es generalizado respecto de cualquier función que devenga en un favorecimiento.

C. El ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

El ofrecimiento de intercesión debe recaer sobre un funcionario o servidor que conozca, haya conocido o vaya a conocer, por razón de su jurisdicción o competencia un determinado caso judicial o administrativo. Quedan excluidos del ámbito de cobertura del tipo aquellos funcionarios públicos que conocen o tienen competencia sobre un caso, pero este no tiene naturaleza ni judicial ni administrativa.

IV. Análisis sobre los nuevos elementos a partir de la reforma del código penal.

Respecto de la nueva redacción debemos observar cuáles son las diferencias que nos plantea esta nueva regulación del delito de tráfico de influencias.

Artículo N° 400 del Código Penal	Artículo N° 582 y 583° del Proyecto de Ley N° 163/2011-CR (Proyecto del nuevo código penal)
<p>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, está conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.</p> <p>Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa</p>	<p>Artículo 582. Tráfico de influencias pasivo</p> <p>El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indevido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor ocho años, inhabilitación conforme a los literales b, d y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.</p> <p>Si el agente es un funcionario, servidor público, o abogado es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.</p> <p>Artículo 583. Tráfico de influencias activo</p> <p>El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indevido, para éste o para un tercero, con la finalidad de que éste en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, para que éste realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa.</p> <p>Si el agente es funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez</p>

	años, inhabilitación conforme a los literales b, d y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.
--	---

Lo primero que podemos observar es que el tipo penal de tráfico de influencias ha sido dividido en dos tipos penales, el nuevo proyecto de ley nos propone un ejercicio punitivo tanto de la conducta activa y pasiva de la misma.

La acción de invocar o tener influencias reales o simuladas aún se sigue manteniéndose en el tráfico de influencias pasivo, dado que por su condición este es el que recurre a la petición aludiendo tener influencias. No en el tráfico de influencias activo ya que, si bien es complementario a este tipo penal, este tiene una naturaleza distinta.

Además, respecto de la futura modificación a tráfico de influencias pasivo precisa al beneficio como un “beneficio indebido”, entonces el legislador trata de precisar con mayor exactitud el tipo penal respecto a la contraprestación.

Nuestra legislación pretende agregar una conducta adicional a la de recibir, hacer dar o prometer, se trata del verbo solicitar, ampliándose con un verbo rector que consiste en la acción de pedir directamente la contraprestación. La modificatoria que pretende introducirse a nuestro ordenamiento jurídico, reforma en su totalidad este fragmento del tipo penal y en su lugar reside el siguiente texto: “(...) el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas (...)”.

Es mediante este nuevo texto que ya no se castigará la conducta en función del conocimiento de las partes que deciden incurrir en estas, tampoco será en función de conocer un caso judicial o administrativo, lo que permite que se convierta en un tipo penal más genérico, es decir, estaría relacionado a todas las funciones del servidor o funcionario público.

Respecto de tráfico de influencias activo ya no se hace referencia al que solicita o recibe, es decir al que tiene las influencias reales o simuladas sino es aquel que busca al que tiene las

influencias reales y simuladas para que interceda ante el funcionario o servidor público y se efectúe un beneficio propio de un tercero.

V. Conclusiones

- a.** El legislador peruano, mediante el proyecto de Código Penal, ha plasmado una técnica de tipificación novedosa para el delito de tráfico de influencias.
- b.** En el proyecto de Código Penal el tráfico de influencias admite una forma activa y otra forma pasiva.
- c.** La técnica legislativa utilizada en el proyecto de Código Penal subsana el vacío legal de no sanción al comprador de influencias.
- d.** En algunos países de Sudamérica también se aplica la técnica legislativa de bifurcar el delito de tráfico de influencias activo y pasivo.

Bibliografía

Manzini, V. (1996) *Tratado de Derecho Procesal Penal. (Págs. 3310)* Argentina: Ediciones Jurídica Europa.

Reátegui, J. (2016). *Parte Especial (4 Vol.)*. En: *Tratado de Derecho Penal (3232)*. Perú: Ediciones Legales.

El delito de enriquecimiento ilícito regulado en el proyecto de ley del nuevo Código Penal

The crime of illicit enrichment regulated in the law project of the new Criminal Code

Nestor Adrian Burgos Torres

Alumno del XII ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Lima

Integrante del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP)

nestor_burgos@usmp.pe

Resumen: En el desarrollo del presente artículo, se realizará un análisis de la evolución normativa del delito de enriquecimiento ilícito, abarcando los elementos problemáticos advertidos en su descripción típica; aunado a ello, examinaré si la inversión de la carga de la prueba es acorde con los postulados de un Estado constitucional de Derecho, porque de su lectura se entiende que el servidor público tiene que justificar razonablemente el incremento de su patrimonio para no considerarlo como un presunto autor de este ilícito penal, siendo que, en base a esas consideraciones realizaré una crítica constructiva a la técnica legislativa empleada en su nueva redacción.

Abstract: In the development of this article, an analysis of the normative evolution of the crime of illicit enrichment, include the problematic elements that are observed in its typical description; coupled with this, I will examine if the inversion of the burden of proof is in accordance with the postulates of a constitutional state of law, because of its reading it is understood that the public servant has to reasonably justify the increase of his patrimony for not to be considered an alleged perpetrator oh this crime, being that, based on these considerations I will make a constructive criticism of the legislative technique used for the new redaction of this illicit criminal.

Palabras claves: Corrupción de funcionarios, funcionario público, servidor público, enriquecimiento ilícito, patrimonio, ilegítimo, Administración Pública.

Keywords: corruption of officials, officials servant, public servant, illicit enrichment, patrimony illegitimate, public administration.

I. Introducción.

El delito de enriquecimiento ilícito, por razones de política criminal, responde a la necesidad del Estado de contrarrestar los actos de corrupción que existían en la Administración Pública, para lo cual, este tipo penal se limita a sancionar un injustificado y/o ilegítimo incremento patrimonial, y no reprime una conducta en sí; siendo que pretende buscar su justificación en evitar la impunidad frente a actos delictuosos que no han podido demostrarse, prevaleciendo la sospecha de la comisión de un ilícito penal por parte del sujeto público.

Es por tal motivo que, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República al elaborar el proyecto de Ley del nuevo Código Penal, sigue reprimiendo el incremento ilícito del patrimonio por parte del sujeto público, quien no logra justificar razonablemente su incremento patrimonial –ARTÍCULO 638-.

Como señala el jurista Abanto Vásquez (2014) se introduce un “delito de sospecha”: en el tipo se sanciona un estado (el hecho de enriquecerse) y se invierte la carga de la prueba (el imputado debe probar que su enriquecimiento provino de fuentes lícitas) bajo “la sospecha” de que el funcionario público se habría enriquecido cometiendo otros delitos contra la Administración Pública.

Pues bien, como se puede advertir de la lectura del nuevo proyecto de ley del código penal –entiéndase respecto al artículo que describe el delito de enriquecimiento ilícito- el legislador ha tenido a bien, retirar el elemento *abusando de su cargo*; es decir, la descripción de la conducta se circunscribe a que el funcionario o servidor público incremente ilícitamente su patrimonio en el ejercicio de sus funciones, no siendo necesario que en el decurso de un proceso penal se tenga que acreditar que el sujeto público obtuvo un incremento abusando de su cargo, que le fue confiado por la Administración Pública.

Además, se tiene que dicho tipo penal extiende el plazo dentro del cual el sujeto público puede cometer el delito de enriquecimiento ilícito –esto es, cinco años después de haber cesado en sus funciones-, lo que permite afirmar que dicho incremento no solo puede provenir de actos de corrupción de funcionarios, dejando abierta la posibilidad que se le sancione por actos delictivos que tienen su origen en delitos comunes.

Pues bien, no cabe duda que nuestro legislador busca adoptar una política anticorrupción, no acorde a los postulados de un derecho penal respetuoso de los postulados de un Estado social y democrático de derecho; toda vez que, no se reprime una acción, sino que se sanciona al que no puede justificar su incremento patrimonial.

En ese sentido, advirtiendo esta problemática, resulta necesario que a través del presente artículo realice un análisis lógico y jurídico de la descripción típica de este tipo penal, para dejar en claro los desaciertos jurídicos; siendo que, para ello, desarrollaré un análisis de la evolución normativa de este tipo penal en el código penal de 1991. Posterior a ello, trataré brindar una propuesta de solución de los aspectos problemáticos, para ello, me apoyaré en la doctrina, como en la legislación comparada. Finalmente, se esboza una conclusión y recomendación en base al análisis jurídico de este tipo penal.

No cabe duda, que este presente trabajo alcanza su plena justificación en las deficiencias que se advierten en la redacción de este tipo penal; pues, considero que de manera desmedida ha ampliado el plazo de concretar este ilícito, siendo irrelevante -según el proyecto de ley- que el sujeto público abuse de su cargo, para incrementar su patrimonio.

II. Evolución normativa del delito de enriquecimiento ilícito en el Código penal de 1991

A manera de preludio, cabe precisar que el delito de Enriquecimiento Ilícito fue incorporado al Código Penal de 1924, mediante Decreto Legislativo N° 121 (publicado el 12 de junio de 1981), a través del cual se adicionó el artículo 361 – A del código penal vigente en dicha época, bajo los siguientes términos:

Artículo 361-A.- El funcionario o servidor público que por razón del cargo o de sus funciones se **enriquece indebidamente**, será reprimido con prisión no mayor de cinco años ni menor de dos años, multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27, por doble tiempo de la condena.

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas, fuere notoriamente superior al que

normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa ilícita.

Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial, son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto.

Como se puede advertir, la conducta típica se circunscribía en “enriquecerse indebidamente”; lo cual significaba que el funcionario o servidor público debía prosperar y/o aumentar de manera considerable su patrimonio; a tal punto de engrandecer notoriamente en su acervo patrimonial, el mismo que no debía ser compatible con el monto de su sueldo percibido; en ese sentido, no cabe duda que dicha terminología no implicaba conductas que abarcan insignificante incremento patrimonial.

Así mismo, se advierte que desde su incorporación al código penal es notoria la presunción legal, es decir, existe la sospecha de que el sujeto público ha cometido el delito de enriquecimiento ilícito cuando no justifica la licitud de sus ingresos; siendo que para enervar esa presunción tiene que presentar pruebas útiles y pertinentes que sustenten que el aumento de su acervo patrimonial fue realizado de manera lícita.

Ahora bien, en el actual código penal de 1991, este ilícito penal se encuentra regulado en el artículo 401, cuyo texto original estaba redactado de la siguiente manera:

Artículo 401.- El Funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se **enriquece ilícitamente**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Es menester precisar, que la conducta típica es similar a lo redactado en el código penal de 1924; no obstante, a ello, resulta significativo destacar que nuestro legislador del año 1991, describió el supuesto de hecho, soslayando la determinación del indicio de enriquecimiento. Sin embargo, el pasado 15 de junio del 2001 se publicó la Ley N° 27482, mediante la cual se realizó la primera modificación al texto original, conforme se describe a continuación:

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

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa ilícita”.

Es importante destacar que esta modificación agrega un segundo párrafo en la cual acoge nuevamente la presunción legal de realización del presente ilícito penal, la misma que se incorporó primigeniamente en el código penal de 1924; pues bien, ello advierte la necesidad del legislador de hacer frente a ilícitos penales cometidos en la Administración Pública en los casos que no ha sido posible determinar que dicha ganancia ilícita proviene de la comisión de un delito cometido por un funcionario o servidor público en el ejercicio de su cargo; empero, posteriormente, mediante Ley N° 28355 de fecha 06 de octubre del 2004, nuestro legislador, tuvo a bien, realizar una segunda modificación a este tipo penal, en los términos siguientes:

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

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la Administración Pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de

dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del código penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa ilícita”.

Queda claro que nuestro legislador, haciendo ejercicio del *ius puniendi*, sobre criminalizó este ilícito penal, siendo que, para ello, consideró que en algunos supuestos -esto es, cuando el funcionario ocupaba cargos de alta dirección- era necesario incrementar la pena abstracta, a efectos de intimidar a dichos sujetos públicos para que se abstengan de cometer actos ilícitos.

Aunado a ello, como se puede aconsejar de la lectura de este tipo penal, la conducta típica está enmarcado en “incrementar ilícitamente su patrimonio”; pues bien, el legislador ha utilizado una nueva terminología para la descripción de tal conducta, la cual estaría premunida de una mejor técnica legislativa, en el entendido que, ya no se requería que el agente se enriquezca.

Del mismo modo, se advierte una inversión de la carga de la prueba, toda vez que, en el mismo tipo penal se especifica que se realiza dicho ilícito cuando el agente no puede justificar razonablemente su incremento patrimonial; lo cual, permite afirmar que es el agente quien tiene que demostrar que su incremento no es ilícito, cuando ello le corresponde al representante del Ministerio Público. No obstante, a ello, el 10 de junio del 2011, se promulgo la Ley N° 29704, a través de la cual se realizó una tercera modificación a este tipo penal, el mismo que estaba redactado de la siguiente manera:

El funcionario o servidor público que, durante el ejercicio de sus funciones, **incrementa ilícitamente su patrimonio**, respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la Administración Pública o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa ilícita.

El legislador peruano, de manera reiterada realiza pequeñas modificaciones a este tipo penal; siendo que en esta oportunidad la conducta típica, de nuevo, solo se enmarcará en incrementar ilícitamente su patrimonio, eliminándose dentro del supuesto de hecho, la terminología “no puede justificar razonablemente su ingreso”, lo cual, desde mi punto de vista, resulta de gran significancia, toda vez que, ya no establece que el agente tenga que justificar razonablemente su incremento patrimonial; con lo cual se advierte un acierto jurídico respetando los postulados de un estado social y democrático de derecho; sin embargo, surge una nueva modificación; es así que, el pasado 21 de julio del 2011 se promulgó la Ley N° 29758 mediante la cual el delito de enriquecimiento ilícito quedó redactado de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, **incrementa ilícitamente su patrimonio**, respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa ilícita”.

Finalmente, después de las modificaciones efectuadas por las leyes antes descritas; y con la efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013, el texto vigente está redactado, bajo el siguiente supuesto:

Artículo 401. - El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, **incrementa ilícitamente su patrimonio**, respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa ilícita.

De la lectura de este tipo penal, me permite afirmar que nuestro legislador busca reprimir el incremento patrimonial, sin especificar una conducta en sí, siendo que tal incriminación obedece

a sus intereses de no dejar impune ciertos actos ilícitos cometidos en el seno de la Administración Pública; es por ello, que la doctrina autorizada señala que estamos frente a un tipo penal subsidiario.

Como señala Peña Cabrera (2016) la naturaleza singular y particular, del tipo penal de Enriquecimiento ilícito, es que no tiende a penalizar los actos concretos que le permite hacerse de un patrimonio importante, sino el resultado final de todos dichos actos, es decir, el lograr enriquecerse a costa del cargo público que ejerce.

No obstante, es menester dejar en claro que, si bien es cierto el delito de enriquecimiento ilícito ha sufrido diversas modificaciones en el decurso de los años; también es cierto que, su núcleo esencial no ha variado, pese a que las terminologías empleadas por el legislador han sido modificadas.

En ese sentido, no cabe la menor duda que el verbo rector era y es “enriquecer” o “incrementar” indebidamente el patrimonio, siendo que el efecto de enriquecerse debe ser producto del abuso de su cargo público; por lo que, se requiere un nexo de causalidad entre el abuso de su cargo y el hecho de enriquecerse a efectos de que se configure este ilícito penal; aunado a ello, no debemos soslayar que siempre se tiene que incrementar el patrimonio.

III. Análisis dogmático y Jurisprudencial del vigente delito de Enriquecimiento Ilícito

Habiendo realizado una sucinta explicación de las diversas modificaciones realizadas a este tipo penal, corresponde efectuar un análisis dogmático y jurisprudencial del vigente delito de enriquecimiento ilícito, que a la letra dice:

Artículo 401.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos, o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional,

la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa ilícita.

No cabe duda que, este ilícito penal obedece a una decisión de política criminal adoptado por el Estado peruano en la medida que busca criminalizar la conducta de un funcionario o servidor público que incrementa ilícitamente su patrimonio, considerándose que existe indicio de tal ilícito cuando ello es notoriamente superior a sus ingresos o del personal gasto económico del sujeto público, así las cosas, pasará a efectuar el respectivo análisis.

3.1. Solo el funcionario o servidor público puede ser sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito

De la lectura de este tipo penal, me permite afirmar que estamos ante un delito especial, es decir, solo pueden ser autores del mismo las personas que tengan ciertas cualidades; en palabras del profesor Villavicencio Terreros (2014) se entiende que estos hechos punibles se denominan delitos de infracción de deber y los requisitos de la autoría -QUE SE REQUIEREN- son consecuencia de la existencia de un deber especial.

Como bien señala Salinas Siccha (2016), solo puede ser sujeto activo de enriquecimiento ilícito aquella persona que tiene un cargo público, el mismo que es utilizado para incrementar ilícitamente su patrimonio. Así las cosas, este delito no puede ser cometido por un sujeto público que se enriquece por actos que no han implicado el abuso de su cargo, ni mucho menos por un particular que se enriquece; siendo que, su contribución solo puede ser a título de cómplices.

En ese mismo sentido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Ejecutoria Suprema del 13 de junio del 2012, Recurso de Nulidad N° 1076-2011 – Lima, ha señalado lo siguiente:

“El delito de enriquecimiento ilícito se caracteriza por ser uno de los denominados delitos especiales, es decir, **el sujeto activo deber reunir determinadas características que no son comunes a todos los ciudadanos: funcionario y/o servidor público**, que se enriquece por razón de su cargo (...).”

3.2. El Estado como sujeto pasivo

No cabe duda que, el Estado es el sujeto pasivo de este ilícito penal; en el entendido que es el único titular del bien jurídico protegido; por lo que Rojas Vargas (2016) apunta que el sujeto pasivo es el estado.

Para mayor sustento, es menester traer a colación la Sentencia de segunda instancia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 24 de julio de 2012, bajo el Expediente N° 14-2011-8-1826-JJR-PE-01, que señala lo siguiente:

“El delito de enriquecimiento ilícito lesiona el correcto, transparente y normal funcionamiento de la Administración Pública como bien jurídico genérico. Y en forma más precisa, se lesiona el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos, por parte de funcionarios y servidores públicos que se deben a la Nación, el que constituye el bien jurídico específico, **cuyo titular no es otro que el Estado**. (...).”

Así pues, el Estado es el titular de las actuaciones efectuadas por los diversos funcionarios públicos que realizan su trabajo dentro de la Administración Pública; empero, no debemos soslayar que este ilícito penal también afecta a los administrados, en la medida que, no obtienen un correcto y eficiente trabajo de los sujetos públicos, que en muchas oportunidades solicitan una cierta ventaja económica para realizar sus labores de manera más rápida.

Como señala Hugo Álvarez (2007) el sujeto pasivo es el Estado y, considerando que en determinados casos concretos el hecho punible puede también afectar a un particular, este se constituye en un sujeto pasivo secundario y no esencial.

3.3. El bien Jurídico del delito de Enriquecimiento ilícito

Como es de conocimiento, el Derecho Penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, que son determinantes para una convivencia pacífica en una sociedad; es así que el Estado, haciendo legítimo ejercicio de su *ius puniendi*, reprime ciertas conductas siempre con la finalidad de prevención de bienes jurídicos.

Pues bien, es por ello que, en nuestro código penal, exactamente en su capítulo XVIII, existe un rubro de delitos contra la administración pública, donde se describe ciertas conductas que son considerados como perturbadoras para la sociedad; siendo que una de dichas conductas, es el de enriquecimiento ilícito.

Ahora bien, no cabe duda de que, el bien jurídico genérico es el normal y correcto funcionamiento de la Administración pública; no obstante, a ello, como se sabe estos tipos penales comprenden bienes jurídicos específicos. Al respecto Rojas Vargas (2014) apunta que el artículo 401 del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación.

Por su parte, Montoya Vivanco (2012) refiere que el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito se aproxima al bien jurídico general de los delitos de corrupción: el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. Sobre ello, la Corte Suprema a través de la ejecutoria del 16 de mayo del 2003, argumentó lo siguiente:

Lo que se lesiona en el delito de Enriquecimiento Ilícito es el bien jurídico penal Administración Pública, el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo o empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público.

En efecto, para la configuración del delito se requiere que el agente haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido por el derecho penal, en atención al principio de lesividad; así las cosas, para que se configure el delito de enriquecimiento ilícito se tiene que afectar con mayor incidencia el normal y correcto funcionamiento de las funciones públicas; así como, afectar la confianza de la ciudadanía en las instituciones estatales; además de lesionar el deber de fidelidad y honestidad de los funcionarios públicos con la Administración Pública.

3.4. Las fuentes del enriquecimiento

Al respecto, es menester dejar en claro que la doctrina no es unánime sobre las fuentes de enriquecimiento; puesto que algunos autores sostienen que el incremento patrimonial obedece a ganancias ilícitas de delitos contra la Administración Pública, mientras que otro sector de la doctrina señala que se refiere a toda clase de delitos, lo que abarcaría delitos comunes.

Al respecto el profesor Rojas Vargas (2016), señala que es materia de discusión la fuente o el origen del incremento patrimonial ilícito. Es un asunto sobre el cual se han brindado hasta tres planteamientos:

- A.** Debe ser producto de los delitos de función comprendidos en el Título XVIII del Código Penal en sentido amplio; peculado, cohecho, colusiones desleales, exacción, tráfico de influencias, abuso de autoridad. Tal posición, matizada, se amplía al resto de delitos especiales regulados en otros títulos del Código: matrimonios ilegales, detenciones ilegales prevaricato, intervención de las comunicaciones, etc.

- B.** Debe tener su origen en la comisión de los delitos comunes cometidos con prevalimiento del cargo o función: estafas, hurtos, apropiaciones ilícitas, extorsiones, etc. Tal posición matizada, incorpora también los ilícitos administrativos en los que haya incurrido el sujeto público y le hayan reportado patrimonio.

- C.** Es irrelevante el origen del incremento patrimonial a condición de que sea ilícito.

Ahora bien, realizando una interpretación sistemática y teniendo en consideración la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito, no cabe la menor duda de que, el incremento

patrimonial del sujeto público debe ser producto de los delitos de función que están comprendidos en el Título XVIII del código penal; además, no debemos soslayar que, estamos frente a un tipo penal subsidiario, el mismo que solo se reprime cuando no se ha determinado de que específico delito contra la Administración Pública proviene el incremento patrimonial del sujeto público.

3.5. Modalidad típica

Siguiendo esta línea de ideas, es menester precisar que el delito de enriquecimiento ilícito se perfecciona cuando el sujeto público incrementa ilícitamente su patrimonio, abusando de su cargo que le fue confiado por la Administración Pública; aunado a ello, no debemos soslayar que el delito de enriquecimiento ilícito es autónomo, pero de carácter residual o subsidiario.

Ahora bien, en cada caso en concreto se tiene que verificar que el sujeto público abuse del cargo que desempeña en la Administración Pública, en palabras de Salinas Siccha (2016) se entiende por abuso del cargo aquella situación que se produce cuando el sujeto público hace mal uso del cargo que la Administración Pública le ha confiado con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido.

En otras palabras, dicho abuso del cargo se materializa cuando el sujeto público realiza sus funciones contraviniendo los principios establecidos en nuestra Constitución Política; así como, lo dispuesto en las leyes y reglamentos de las instituciones del Estado. Así las cosas, se tiene que la comisión de este ilícito solo puede ser materializado mientras dure el cargo público que se le ha encargado al sujeto público.

Así pues, debe quedar claro que debe existir vinculación entre el abuso del cargo público y el incremento patrimonial del sujeto público, toda vez que, dicho incremento se podrá advertir cuando exista una notable diferencia con los ingresos legítimos del sujeto público; además, se debe tener en cuenta los gastos normales que efectúa el sujeto público; en ese sentido, no cabe duda que el incremento económico del sujeto público debe ser notoriamente superior al que normalmente haya podido tener por sus ingresos legítimos y sus gastos económicos personales.

Peña Cabrera (2016) señala que la revelación de un estado probable de “enriquecimiento” puede obtenerse de las Declaraciones juradas, que año a año, están obligados a presentar los funcionarios públicos; lo cual puede ser tomado como un indicio, pero de ningún modo como un

medio de prueba concluyente y definitivo de culpabilidad, máxime, cuando todos los servidores públicos están obligados a presentarla.

En efecto, haciendo un análisis de este tipo penal, se puede advertir lo que realmente se está sancionando es el incremento patrimonial, pues, es notorio que no describe una acción típica concreta basada en el abuso de funciones; en consecuencia, en si se reprime el solo hecho de incrementar el patrimonio de manera injustificada. Como señala Abanto Vásquez (2014) se introduce un “delito de sospecha”: en el tipo se sanciona un “estado” (el hecho de enriquecer) y se interviene la carga de la prueba (el imputado debe probar que su enriquecimiento proviene de fuentes lícitas) bajo la “sospecha” de que el funcionario público se habría enriquecido cometiendo otros delitos contra la Administración Pública.

Así las cosas, me permito afirmar que el delito de enriquecimiento ilícito se fundamenta en que el sujeto público no justifica su incremento patrimonial; con lo cual, se estipula una verdadera inversión de la carga de la prueba; la misma que no es acorde con los postulados de un Estado de derecho, respetuoso de los principios establecidos en la norma constitucional. Aunado a ello, no debemos soslayar que, conforme a la redacción de este tipo penal se aprecia una violación al principio de presunción de inocencia reconocido constitucionalmente.

3.6. Delito de comisión dolosa

De la redacción de este tipo penal, queda claro que estamos frente a un delito de comisión dolosa, el cual importa el conocimiento y voluntad de realizar la conducta descrita en el tipo penal.

Al respecto, en la Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, ejecutoria del 25 de enero del 2011, expediente N° 99-2009, señaló:

“En cuanto al dolo en el delito de enriquecimiento ilícito, debe entenderse por tal al conocimiento y voluntad del agente del delito respecto al tipo penal. Esto es, sujeto tendrá que tener conocimiento de que todos los elementos configurativos del delito se presentan en su conducta, es decir que es un funcionario o servidor público, que está enriqueciéndose, que lo hace valiéndose de su cargo, y que el enriquecimiento es ilícito. El sujeto después de tener conocimiento de todos los elementos del delito, decide realizar la acción, quiere la

realización del hecho; este querer expresa su intención de incrementar su patrimonio ilícitamente, con lo que se estaría configurando el dolo.”

Al respecto, Caro Coria (2002) menciona que la necesaria concordancia entre el artículo 401 y el artículo 12 del código penal condice a la conclusión que el enriquecimiento ilícito es un delito doloso. Se ha postulado la exclusión de los presupuestos del dolo eventual, el sujeto debe saber que se está enriqueciendo, pudiendo admitir solo el dolo directo.

En ese mismo sentido Peña Cabrera (2016) refiere que el *intraneus* es consciente de que solo puede recibir como contraprestación, a la ejecución de sus labores ordinarias, una remuneración mensual por parte del Estado, pese a ello, ejecuta acciones tendientes al atesoramiento de un patrimonio, cuya ilicitud reposa en la forma de su obtención, es decir, en prevalimiento del cargo funcional.

En efecto, este ilícito penal solo puede ser ejecutado de manera dolosa; siendo que solamente de admite el dolo directo, entendido como la voluntad de enriquecerse indebidamente; además que, el sujeto público debe tener pleno conocimiento que su incremento patrimonial obedece al abuso de su cargo público.

3.7. Formas imperfectas de ejecución y consumación

Pues bien, el delito in examine es un delito de resultado; toda vez que, el funcionario o servidor público tiene que incrementar ilícitamente su patrimonio, lo que requiere que de manera real debe existir un aumento ilícito del acervo patrimonial del sujeto activo.

En ese mismo sentido la Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la Ejecutoria del 14 de mayo del 2010, expediente N° 84-2008, expreso lo siguiente:

Respecto al momento consumativo del delito de enriquecimiento ilícito cabe precisar que el artículo 401 del código penal, al definir esta figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que

puede ser tanto un aumento del activo como de una disminución del pasivo- por lo que, a los efectos de la concreción del enriquecimiento, es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio.

Así pues, para la consumación del presente ilícito es necesario que el sujeto público de manera real y efectiva haya incrementado ilícitamente su acervo patrimonial, siendo que dicho dinero debe ser producto del abusivo ejercicio de su cargo público que le fue confiado; así las cosas, debe quedar debidamente evidenciado que el incremento desmedido y desproporcionado del patrimonio del sujeto público, fue originado en el periodo que ejercía un cargo público.

En cuanto a la tentativa Salinas Siccha (2016) apunta que, de admitirse la tentativa, debemos admitir que se podría estar investigando a todos los funcionarios y servidores públicos a fin de verificar si en algún momento pretender incrementar en forma ilícita su patrimonio. Situación que razonablemente no es posible ni alegar en un Estado democrático de Derecho; por lo que, sostiene que no es posible algún supuesto de tentativa.

IV. El delito de enriquecimiento ilícito en el nuevo proyecto de Ley del Código Penal.

El Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal, en su artículo 634, tipifica el tipo penal de enriquecimiento ilícito, bajo los siguientes términos:

Artículo 634.- Enriquecimiento Ilícito

El funcionario o servidor público que incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones y no pueda justificarlo razonablemente, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación no menor de diez años conforme a los literales a, b y n del artículo 39 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional,

la pena es privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de dieciocho años, inhabilitación no menor de dieciocho años conforme a los literales a, b y n del artículo 39 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa ilícita.

Bien, como se puede apreciar este ilícito penal, mantiene su estructura típica, siendo que añade el tiempo en que el sujeto público puede incrementar su patrimonio ilícitamente; soslayando, nuevamente, señalar la acción y la forma en que se comete este injusto funcional.

V. Aspectos problemáticos del delito de enriquecimiento ilícito en el Proyecto de Ley del nuevo Código Penal

Como se ha señalado precedentemente, la redacción de este tipo penal trae consigo ciertas discusiones, que generan cierta incertidumbre, tal es el caso, que de su lectura se advierte que se vulnera el derecho constitucional a la presunción de inocencia; pues, la norma señala que la diferencia notoria entre el gasto e ingreso del sujeto público, constituye un indicio de enriquecimiento ilícito; es decir, si un sujeto público atendiendo a su declaración jurada que realiza cada año, incrementa su patrimonio, debe tenerse como dato objetivo que, dicho incremento ha sido obtenido ilícitamente.

En consecuencia, no cabe la menor duda que este tipo penal, adopta una apolítica criminal que no acorde con los postulados de un Estado Constitucional de derecho, en la medida que, no se puede permitir que un ciudadano sea sujeto pasivo de un proceso penal, por el solo hecho de haber incrementado notoriamente su patrimonio.

No debemos, dejar de lado que la carga de la prueba tiene el Ministerio Público, y, ello está reconocido en nuestra Constitución Política; así pues, es este organismo del Estado que ejerciendo el *ius puniendi* debe acopiar elementos de convicción que le permitan sostener una acusación ante el órgano jurisdiccional, respecto a la comisión de un delito por una determinada persona, siendo que debe estar proscrito que la misma ley penal establezca que frente a un supuesto se está ante un indicio de la comisión de un delito.

Otro aspecto resaltante de este proyecto de ley, es que, el incremento patrimonial obedece al tiempo que el sujeto público ejerce sus funciones hasta cinco años después de haber cesado su cargo; bien, atendiendo a que este ilícito penal es subsidiario respecto a los demás delitos contra la Administración Pública, entonces, lo que en sí busca el Estado es que no quede impune actos ilícitos que pudieron haber cometidos ciertos sujetos públicos, en el momento que ejercían sus funciones, en ese sentido, considero que este proyecto de Ley al extender el tiempo hasta cinco años después de haber cesado el cargo del sujeto público, no resulta congruente con los fines preventivos de esta norma penal.

Como he venido sosteniendo, el legislador al regular este ilícito penal sigue reprimiendo el solo hecho de incrementar notoriamente el patrimonio; sin especificar de manera concreta la acción típica, es decir, el comportamiento que debe realizar un sujeto público, quedando claro que dicho incremento es deducible entre las diferencias de su ingreso legítimo y sus gastos, siendo que ello, debe ser analizado conforme a su declaración jurada de bienes y rentas.

En efecto, este tipo penal, mantiene la estructura típica de la regulación actual; agregándole que el incremento patrimonial puede ser durante el ejercicio de sus funciones o hasta cinco años posteriores a la fecha en que cesó su cargo como sujeto público.

VI. Problemas concursales

A manera de preludio, es menester precisar que en algunos supuestos frente una acción aparece como posible la aplicación de dos o más tipos penales; siendo que, en un caso concreto solo es posible aplicar una norma penal. Así pues, cuándo se verifica la comisión de los delitos contra la Administración Pública tales como, cohecho, negociación incompatible, colusión, entre otros, y este sea el motivo del enriquecimiento del funcionario público, la fiscalía está en la obligación de investigar la comisión de dichos delitos especiales, más no, indagar de manera paralela el delito

de enriquecimiento; ya que, se vulneraría un principio constitucional, esto es, el *ne bis in ídem* procesal.

No obstante, como señala el profesor Montoya Vivanco (2015) se debe tener bastante cuidado con algunos supuestos de enriquecimiento ilícito al momento de analizar su subsidiariedad. En este sentido, existen supuestos en los que el delito fuente del enriquecimiento no puede explicar, o solo explica parcialmente, el considerable desbalance patrimonial no justificado por el funcionario público. Aquí se requieren ambos tipos penales (delito funcional específico y delito enriquecimiento ilícito) para desvalorar el hecho.

Así pues, teniendo en claro que el delito de enriquecimiento ilícito es un tipo penal subsidiario; no cabe la menor duda que en un caso específico, se llega a determinar que un sujeto público ha incrementado su patrimonio por la comisión del delito peculado, solo debe ser condenado por tal delito, más no por el delito de enriquecimiento ilícito, ello, en atención al principio de subsidiariedad. Aunado a ello, resulta imperioso dejar sentado que cuando en el decurso de una investigación, la fiscalía no ha llegado a determinar que el incremento del patrimonio del sujeto público se debe a la comisión de un determinado delito tipificado en el Título XVIII del Código Penal, deberá ser acusado por el delito de enriquecimiento ilícito.

En ese mismo sentido, Hugo Álvarez (2007) cuando señala que solamente en caso de que el tipo subsidiario no pueda ser aplicado debido a que el hecho puede sancionarse con los tipos principales, se presenta una situación de concurso de leyes que resuelve a favor de estos últimos. Ahora bien, atendiendo a lo antes expuestos, es posible que en un caso concreto, un sujeto público pueda ser sentenciado por la comisión del delito de cohecho y enriquecimiento ilícito, siempre y cuando, en el decurso de un proceso penal no se ha llegado a determinar la fuente de un determinado monto que no fue parte del delito de cohecho, es decir, se ha advertido un desbalance patrimonial, cuya fuente ilícita no es parte del otro delito, en ese supuesto, el sujeto público puede ser sentenciado por ambos ilícitos.

VII. Legislación Comparada

Para el análisis del presente caso, considero que resulta de importancia realizar un análisis comparativo de este ilícito penal en diversos países, en especial a los de Latinoamérica.

7.1. Código penal argentino

El Código Penal argentino ha tipificado el delito de enriquecimiento ilícito en su capítulo IX bis, denominado “Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y empleados”, bajo la siguiente estructura:

“Artículo 268 (1). - Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Artículo 268 (2). - Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua,

Artículo 268 (3). - Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo”.

7.2. Código Penal colombiano

En el caso del Código Penal colombiano, la norma que tipifica la conducta de enriquecimiento ilícito es la siguiente:

“Artículo 412.- El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años” .

Como puede apreciarse del texto del tipo penal colombiano, lo que más llama la atención es la “condición” expresada en éste de que se sancione por esta conducta mientras que la misma no configure otro tipo penal. En otras palabras, se aplica, por disposición expresa, de manera subsidiaria.

(http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5824/PEZO_ROMCAL_CECILIA_BIEN_JURIDICO.pdf?cv=1&sequence=1)

7.3. Código Penal paraguayo

Paraguay sanciona el enriquecimiento ilícito a través de la Ley N° 2.523/04. Así, el artículo 3 de la citada norma expresa:

“Artículo 3. - Enriquecimiento ilícito

1) Comete el hecho punible de enriquecimiento ilícito y será sancionado con pena privativa de libertad de uno a diez años, el funcionario público comprendido en cualquiera de las situaciones previstas en el Artículo 2, quien, con posterioridad al inicio de su función, incurra en cualquiera de las situaciones:

a. Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente.

b. Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo 76 grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.

2) Será aplicable también a los casos del inciso 1) de este artículo, la pena complementaria prevista en el artículo 57 del Código Penal”.

7.4. Código Penal de Puerto Rico

En la legislación penal de Puerto Rico se contemplan dos figuras penales que sancionan el enriquecimiento del funcionario público. Así, el artículo 250 de su Código Penal tipifica lo que se denomina **enriquecimiento ilícito** y en el artículo 251 el denominado **enriquecimiento injustificado**:

“**Artículo 250.** - Todo funcionario o empleado público, ex-funcionario o ex-empleado público que, para beneficio personal o de un tercero, utilice información o datos que solo haya podido conocer por razón del ejercicio de su cargo, empleo o encomienda, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de tres (3) años. Si la persona obtiene perseguido, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años. El Tribunal también podrá imponer la pena de restitución.

Artículo 251. - Todo funcionario o empleado público, ex-funcionario o ex-empleado público que injustificadamente haya enriquecido su patrimonio o el de un tercero, cuando tal enriquecimiento haya ocurrido con posterioridad a la asunción del cargo, empleo o encomienda y hasta cinco (5) años de haber concluido su desempeño, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años. Se entiende que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se haya incrementado en bienes, sino también cuando se hayan cancelado o extinguido obligaciones que lo afectaban. El tercero beneficiado también incurrirá en este delito”.

VIII. Conclusiones

- 1.- El delito de enriquecimiento ilícito revela cierta particularidad en su estructura típica, en la medida que, no se anuncia de firma expresa, de qué forma se comete el injusto funcional, siendo que en esencia se sanciona la no justificación del incremento patrimonial.
- 2.- El delito de enriquecimiento ilícito es un tipo penal subsidiario, toda vez que, solo es posible que un sujeto público sea considerado autor de tal delito, siempre y cuando en el decurso

de un proceso penal se ha determinado que ha incrementado su patrimonio ilícitamente, desconociendo la fuente que ha generado ese incremento.

3.- El proyecto de Ley mantiene la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito; toda vez que, se sanciona al sujeto público que no pueda justificar razonablemente su incremento patrimonial; permaneciendo una inversión de la carga de la prueba.

IX. Recomendaciones

1.- El legislador debe tomar en cuenta que, para crear un tipo penal, debe señalar de manera expresa cual es el comportamiento del sujeto público que debe ser sancionado y reprimido por el derecho penal; toda vez que, nuestra Carta Magna establece un derecho penal de acto, ya que, todo parte de la conducta humana; siendo que de esta manera se garantiza la seguridad jurídica para los justiciables.

2.- Atendiendo a los principios de un Estado Constitucional de Derecho, es recomendable que se replantee el contenido de este tipo penal, en la medida que no puede seguir sancionándose a un sujeto público, por el solo hecho de no justificar su incremento patrimonial.

3.- Siendo que este delito, es un tipo penal subsidiario respecto de los demás delitos sancionados en el título XVIII del Código Penal, el legislador no debe extender el tiempo del incremento patrimonial hasta cinco años después de haber cesado el cargo del sujeto público, toda vez que resultaría incongruente con la finalidad preventiva del este ilícito; ya que, en dicho tiempo el sujeto público no se vale de su posición en el aparato estatal para incrementar su patrimonio ilícitamente.

Referencias Bibliográficas

Abanto Vásquez, M. (2014). Dogmática Penal. *Delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*. Perú: Grijley.

Gálvez Villegas, T. (2001). *Delito de enriquecimiento ilícito*. Perú: Idemsa.

Hugo Álvarez, J. (2007). *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*. Perú: Gaceta Jurídica.

Peña Cabrera Freyre, A. (2016). *Derecho Penal. Parte especial 5*. Lima: Idemsa.

Rojas Vargas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Perú: Nomos & Thesis.

Rojas Vargas, F. (2016). *Código Penal. Parte especial y leyes penales especiales-Jurisprudencia*. Perú: RZ editores.

Salinas Siccha, E. (2016). *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley.

Montoya Vivanco, Y. (2016). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Perú: Idehpucp.

San Martín Castro, C.; Caro Coria, D.; y, Reaño Peschiera J. (2002). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Perú: Jurista editores.