



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**DOCTORADO EN DERECHO**

**TESIS**

**LINEAMIENTOS DOCTRINALES PARA UNA CORRECTA  
FUNDAMENTACIÓN DE LA AUTORÍA EN LA TEORÍA DE LOS  
DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN EL ÁMBITO DE LOS  
DELITOS FUNCIONARIALES EN EL PERÚ**

**PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO**

AUTOR:

Mg. JULIO CESAR CABALLERO HUAYLLANI

ASESOR:

Dr. ALFREDO FERNÁNDEZ TTITO  
ORCID: 0000-0002-6119-4721

CUSCO – PERÚ  
2025

# INFORME DE ORIGINALIDAD

(Aprobado por Resolución Nro.CU-303-2020-UNSAAC)

El que suscribe, **Asesor** del trabajo de investigación/tesis titulada: lineamientos doctrinales para una correcta fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú

Presentado por: Julio Cesar Caballero Huayllarmi DNI N° 72631193

presentado por: ..... DNI N°: .....

Para optar el título profesional/grado académico de Doctor en Derecho

Informo que el trabajo de investigación ha sido sometido a revisión por 2 veces, mediante el Software Antiplagio, conforme al Art. 6° del **Reglamento para Uso de Sistema Antiplagio de la UNSAAC** y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de 9 %.

## Evaluación y acciones del reporte de coincidencia para trabajos de investigación conducentes a grado académico o título profesional, tesis

Porcentaje	Evaluación y Acciones	Marque con una (X)
Del 1 al 10%	No se considera plagio.	X
Del 11 al 30 %	Devolver al usuario para las correcciones.	
Mayor a 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, quien a su vez eleva el informe a la autoridad académica para que tome las acciones correspondientes. Sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a Ley.	

Por tanto, en mi condición de asesor, firmo el presente informe en señal de conformidad y adjunto las primeras páginas del reporte del Sistema Antiplagio.

Cusco, 4 de Julio de 2025

.....

Firma

Post firma Alfredo Fernandez Tito

Nro. de DNI 23838375

ORCID del Asesor 0000-0002-6119-4721

### Se adjunta:

1. Reporte generado por el Sistema Antiplagio.
2. Enlace del Reporte Generado por el Sistema Antiplagio: oid: 27259:471789776

# JULIO CESAR CABALLERO HUAYLLANI

## TESIS - LINEAMIENTOS DOCTRINALES PARA UNA CORRECTA FUNDAMENTACIÓN DE LA AUTORÍA EN LA TEORÍA DE LOS

 Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco

---

### Detalles del documento

Identificador de la entrega  
trn:oid:::27259:471789776

Fecha de entrega  
4 jul 2025, 4:45 p.m. GMT-5

Fecha de descarga  
4 jul 2025, 4:57 p.m. GMT-5

Nombre de archivo  
TESIS - LINEAMIENTOS DOCTRINALES PARA UNA CORRECTA FUNDAMENTACIÓN DE LA AUTORÍA E....pdf

Tamaño de archivo  
1.3 MB

253 Páginas

64.396 Palabras

354.829 Caracteres

# 9% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

## Filtrado desde el informe

- ▶ Bibliografía
- ▶ Texto citado

## Exclusiones

- ▶ N.º de fuentes excluidas
- ▶ N.º de coincidencias excluidas

---

## Fuentes principales

- 5%  Fuentes de Internet
- 6%  Publicaciones
- 4%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

---

## Marcas de integridad

### N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO  
ESCUELA DE POSGRADO

INFORME DE LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES A TESIS

Dra. NELLY AYDE CAVERO TORRE, Directora (e) General de la Escuela de Posgrado, nos dirigimos a usted en condición de integrantes del jurado evaluador de la tesis intitulada **LINEAMIENTOS DOCTRINALES PARA UNA CORRECTA FUNDAMENTACIÓN DE LA AUTORÍA EN LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS FUNCIONARIALES EN EL PERÚ** del **Mg. JULIO CESAR CABALLERO HUAYLLANI**. Hacemos de su conocimiento que el (la) sustentante ha cumplido con el levantamiento de las observaciones realizadas por el Jurado el día **VEINTIDOS DE ABRIL DE 2025**.

Es todo cuanto informamos a usted fin de que se prosiga con los trámites para el otorgamiento del grado académico de **DOCTOR EN DERECHO**.

Cusco, 23 DE JUNIO DEL 2025.

DR. MÁXIMO CÓRDOVA HUAMANÍ  
Primer Replicante

DR. JULIO TRINIDAD RÍOS MAYORGA  
Segundo Replicante

DR. WALKER HERNÁN ARAUJO BERRIO  
Primer Dictaminante

DRA. ROSLEM CÁCERES LÓPEZ  
Segundo Dictaminante

*A mi padre, Benedicto, aunque hoy no pueda abrazarlo físicamente, lo abrazo con el alma.*

*A Jayden kaleb, mi pequeñin, quien es mi mayor motivación.*

*Quiero manifestar mi más sincero agradecimiento  
a mi familia a quienes dedico mis éxitos  
profesionales.*

## ÍNDICE

ÍNDICE.....	IV
RESUMEN .....	X
ABSTRACT .....	XI
INTRODUCCIÓN.....	1

### CAPÍTULO I

#### MARCO METODOLÓGICO

1. Situación problemática.....	4
2. Formulación del problema.....	8
2.1. Problema general.....	8
2.1.1. Problemas específicos.....	8
3. Justificación de la investigación.....	9
3.1. Conveniencia.....	9
3.2. Relevancia social.....	9
3.3. Implicaciones prácticas.....	10
3.4. Utilidad metodológica.....	10
4. Objetivos de la investigación.....	10
4.1. Objetivo general.....	10
4.1.1. Objetivos específicos.....	11

### CAPÍTULO II

#### MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

1. Principios que sustentan la investigación.....	12
1.1. Principio de legalidad.....	12
1.1.1. Subprincipio de tipicidad o taxatividad.....	17
2. Bases teóricas.....	19
2.1. Delitos funcionariales.....	19
2.1.1. Definición.....	19
2.1.2. Condición cualificante del sujeto.....	19
2.1.3. Responsabilidad dual funcional.....	21

2.1.4.	Clasificación.....	23
2.1.5.	Principales delitos funcionariales.....	23
A.	Concusión.....	23
a.	Tipo penal.....	23
b.	Tipicidad objetiva.....	23
c.	La modalidad por obligar.....	26
d.	La modalidad por inducir.....	27
e.	Bien jurídico protegido.....	28
f.	Tipicidad subjetiva.....	30
B.	Exacción ilegal o cobro indebido.....	31
a.	Tipo penal.....	31
b.	Tipicidad objetiva.....	31
c.	Abuso de cargo.....	33
d.	Contribuciones o emolumentos.....	34
e.	Cantidades que excedan a la tarifa legal.....	36
f.	Bien jurídico protegido.....	37
g.	Tipicidad subjetiva.....	38
C.	Colusión.....	39
a.	Tipo penal.....	39
b.	Tipicidad objetiva.....	39
c.	Conspiración a la colusión.....	40
d.	Colusión desleal.....	42
e.	Concertación con los interesados.....	43
f.	Bien jurídico protegido.....	46
g.	Tipicidad subjetiva.....	49
D.	Peculado.....	51
a.	Tipo penal.....	51
b.	Tipicidad objetiva.....	51
c.	Relación funcional.....	54
d.	Modalidades.....	57
e.	Perjuicio patrimonial.....	59
f.	Destinatario.....	63
g.	Objeto material del delito.....	64

h.	La percepción, administración y custodia.....	65
i.	Bien jurídico protegido.....	68
j.	Tipicidad subjetiva.....	70
E.	Malversación.....	72
a.	Tipo penal.....	72
b.	Tipicidad objetiva.....	73
c.	Dineros o bienes del Estado.....	75
d.	La relación funcional del dinero o bienes.....	76
e.	Dar aplicación diferente a la destinada.....	78
f.	Afectación al servicio o función pública encomendada.....	80
g.	Bien jurídico protegido.....	83
h.	Tipicidad subjetiva.....	85
F.	Retardo injustificado de pago.....	87
a.	Tipo penal.....	87
b.	Tipicidad objetiva.....	87
c.	Fondos expeditos.....	88
d.	Demora en el actuar del agente.....	90
e.	Conducta injustificada.....	90
f.	Pagos ordinarios o decretados por autoridad competente.....	91
g.	Bien jurídico protegido.....	92
h.	Tipicidad subjetiva.....	93
G.	Cohecho pasivo propio.....	94
a.	Tipo penal.....	94
b.	Tipicidad objetiva.....	95
c.	Comportamiento delictivo.....	97
d.	Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio. ...	102
e.	Bien jurídico protegido.....	103
f.	Tipicidad subjetiva.....	104
H.	Cohecho pasivo impropio.....	105
a.	Tipo Penal.....	105
b.	Tipicidad objetiva.....	105
c.	Conductas punibles.....	106
d.	Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio. ...	107

e. Bien jurídico protegido.....	108
f. Tipicidad subjetiva.....	109
I. Cohecho pasivo específico.....	110
a. Tipo penal.....	110
b. Tipicidad objetiva.....	111
c. Comportamientos delictivos.....	112
d. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio. ...	114
e. Bien jurídico protegido.....	116
f. Tipicidad subjetiva.....	117
J. Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.....	118
a. Tipo penal.....	118
b. Tipicidad objetivo.....	119
c. Conductas punibles.....	119
d. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio. ...	121
e. Bien jurídico protegido.....	123
f. Tipicidad subjetiva.....	124
K. Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial.....	125
a. Tipo penal.....	125
b. Tipicidad objetiva.....	126
c. Conductas punibles.....	126
d. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio. ...	127
e. Bien jurídico protegido.....	128
f. Tipicidad subjetiva.....	129
L. Negociación incompatible.....	129
a. Tipo penal.....	129
b. Tipicidad objetiva.....	130
c. Interesarse.....	131
d. Provecho propio o de tercero.....	134
e. Cualquier contrato u operación.....	136
f. Relación funcional.....	138
g. Bien jurídico protegido.....	139
h. Tipicidad subjetiva.....	140
M. Tráfico de influencias.....	142

a.	Tipo penal.....	142
b.	Tipicidad objetiva.....	143
c.	Invocar o tener influencias reales o simuladas.....	145
d.	Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero. ....	146
e.	Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio. ...	146
f.	Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público.....	148
g.	Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. ....	148
h.	Bien jurídico protegido.....	149
i.	Tipicidad subjetiva. ....	150
2.2.	La autoría en la dogmática penal.....	151
2.2.1.	Autoría en la teoría del dominio del hecho. ....	151
2.2.2.	Autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber. ....	152
A.	Planteamiento primigenio de la teoría de los delitos de infracción de deber.....	154
B.	Teoría de los delitos de infracción de deber por competencia institucional. ....	155
C.	Teoría de delitos especiales de garante. ....	158
D.	Teoría de los delitos de infracción de deber penal especial.....	160
E.	Fundamentación contemporánea de la teoría de los delitos de infracción de deber	161
2.3.	Marco conceptual (Definición de términos).....	162
2.3.1.	Administración pública. ....	162
2.3.2.	Funcionario público.....	163
2.3.3.	Servidor público. ....	163
2.3.4.	Corrupción.....	163
2.3.5.	Delitos funcionariales.....	164
2.4.	Antecedentes de la investigación.....	164
2.4.1.	Tesis internacionales. ....	164
2.4.2.	Tesis nacionales.....	170

### CAPÍTULO III

#### HIPÓTESIS GENERAL Y CATEGORÍAS

1.	Hipótesis de la investigación .....	192
2.	Categorías de estudio .....	192

### CAPÍTULO IV

## METODOLOGÍA

1. Tipo y diseño de investigación .....	194
2. Unidad de análisis temático .....	194
3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	195
4. Procedimiento de análisis de datos .....	195

## CAPÍTULO V

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. Situación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú.....	196
2. Afectaciones que se derivan de la divergencia en la interpretación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales.....	203
3. Forma en que la doctrina ha desarrollado la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales.....	205
3.1. Planteamiento primigenio de la teoría de los delitos de infracción de deber .....	205
3.2. Teoría de los delitos de infracción de deber por competencia institucional.....	210
3.3. Teoría de delitos especiales de garante.....	213
3.4. Teoría de los delitos de infracción de deber penal especial .....	216
3.5. Fundamentación contemporánea de la teoría de los delitos de infracción de deber. 219	
4. Lineamientos doctrinales que se deben considerar para superar la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de losdelitos funcionariales en el Perú .....	221

### CONCLUSIONES

### RECOMENDACIONES

### REFERENCIAS

### ANEXOS

## RESUMEN

La investigación titula: Lineamientos doctrinales para una correcta fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú; el enfoque de investigación es cualitativo dado que la investigación está encaminada al conocimiento y comprensión del tema planteado y no a la de probar la hipótesis a través de cálculos, estadísticas probabilísticas, el tipo de investigación jurídica que empleamos es la dogmática propositiva, dado que para resolver el problema planteado proponemos una propuesta que tiene como fin inmediato establecer los lineamientos doctrinales que se deben considerar para superar la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema respecto a la fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales.

Se ha demostrado que la infracción del deber especial fundamenta la autoría; estos deberes especiales son de carácter penal, que están contenidos en el mismo tipo penal. En cuanto a la posición de garante de dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro, opera solo en los delitos de omisión.

**Palabras clave:** Teoría de los delitos de infracción de deber, delitos funcionariales.

## ABSTRACT

The research is entitled: Doctrinal Guidelines for a Correct Foundation of Authorship in the Theory of Crimes of Breach of Duty in the Area of Public Official Crimes in Peru. The research approach is qualitative, given that the research is aimed at understanding the topic at hand and not at proving the hypothesis through calculations or probabilistic statistics. The type of legal research we employ is propositional dogmatics. To resolve the problem at hand, we propose a proposal whose immediate objective is to establish the doctrinal guidelines that must be considered to overcome the Supreme Court's jurisprudential divergence regarding the foundation of authorship in the theory of crimes of breach of duty in the area of public official crimes.

It has been demonstrated that the breach of special duty provides the basis for authorship; these special duties are criminal in nature, contained within the same criminal offense. Regarding the position of guarantor of protection over the vulnerability of a legal right or the control of supervision or surveillance of a source of danger, this applies only to crimes of omission.

**Keywords:** Theory of crimes of breach of duty, civil service crimes.

## INTRODUCCIÓN

En cuanto a la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber, el profesor Roxin fue quien introdujo dicha teoría en la dogmática penal. El profesor Roxin (1963) primigeniamente sostiene que responde como autor de la comisión de un delito quien infringe un deber especial extrapenal, mismas que surgen de otros ámbitos del derecho, como son las obligaciones de función del ámbito del derecho público o los de confianza del derecho civil. (p. 354)

Por otro lado, el profesor Jakobs (1991) ha planteado una teoría similar, pero con componentes completamente diferente, en el ámbito de un corriente normativista del sistema del derecho penal. En la que se distingue entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber que se fundamenta mediante el criterio del ámbito de competencia del autor. (pp. 7-70)

Por otro parte, el profesor Schünemann (2018) ha planteado una versión similar a la teoría de los delitos de infracción de deber, a los que les ha llamado delito especial de garante, en los cuales el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto. (p. 103)

Así también, el profesor Pariona (2011) sostiene que la teoría de los delitos de infracción de deber, fundamenta su concepción en base a dos ideas: 1) la infracción de deber especial fundamenta la autoría y no el injusto, y 2) los deberes especiales son de carácter penal. (pp. 74-75)

Por último, el profesor Roxin (2016a) frente a las críticas de sus discípulos Jakobs, Schünemann y Pariona, renuncia a considerar por referencia las normas extrapenales como

exigencia para el fundamento de la autoría, aclarando que son delitos de infracción de deber aquellos delitos en las que la autoría se ve diferenciada por el hecho de que el sujeto abusa o descuida la obligación que surge de su rol social, y de ese modo origina una lesión típica de bienes jurídicos. (pp. 322-323)

Los planteamientos propuestos por los profesores mencionados no son ajenos a nuestra realidad, dado que en el ámbito jurisdiccional las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, han aplicado de forma indistinta. Es así que se tiene la sentencia de casación n.º 346-2019/Moquegua, del 06 de noviembre de 2019, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la que se citando la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 2068-2012/Lima, se sostiene que el delito de negociación incompatible es un ilícito penal de infracción de deber, dado que implica el quebrantamiento de un deber especial normativizado. Nótese que en este pronunciamiento la Sala Penal Permanente asume el planteamiento primigenio de Roxin, según la cual el agente responder como autor por la infracción de un deber especial extrapenal.

En otro pronunciamiento, la misma Sala de la Corte Suprema, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 615-2015/Lima, del 16 de agosto de 2016, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, citando a Reaño (2003) se sostiene que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. En cuanto a esta segunda posición, es de precisar, que dicha concepción es sostenida por el profesor Jakobs, en la que la autoría de los delitos de infracción de deber se fundamenta mediante el criterio del ámbito de competencia institucional del autor.

Por otra parte, en la sentencia de casación n.º 1527-2018/Tacna, del 05 de marzo de 2020, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se sostiene que el fundamento de punición del delito de peculado es el quiebre de los deberes de garante de los caudales o efectos

cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del ejercicio de su función. En esta tercera posición la Corte Suprema, asume el planteamiento del profesor Schünemann, delitos especiales de garante, según la cual el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto.

Como se puede ver las Salas Penales de la Corte Suprema, no sigue una línea jurisprudencial uniforme, en cuanto a los fundamentos de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber. Lo propio sucede en los Tribunales de administración de justicia de primera y segunda instancia, debiendo puntualizar que estos últimos en su mayoría asumen el primer planteamiento asumiendo por la Corte Suprema; es decir, el planteamiento primigenio del profesor Roxin según la cual el fundamento de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber se debe a la infracción de un deber especial extrapenal.

En este contexto, surge la necesidad de establecer lineamientos doctrinales para una correcta fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber, con el objetivo de plantear una línea doctrinal uniforme, que pueda ser observado por los órganos jurisdiccionales. Es por eso que, en el presente trabajo de investigación se intenta proponer cuales deberían ser esos lineamientos doctrinales.

En el marco de la investigación sistemática y científica, el estudio se ha esbozado en cinco capítulos. Capítulo I, marco metodológico. Comprende la exposición de la situación problemática. Capítulo II, marco teórico conceptual. Contiene los antecedentes de la investigación. Capítulo III, hipótesis general y categorías. Capítulo IV, metodología. Y capítulo V, resultados y discusión.

En el criterio sintético, se consignan las conclusiones y recomendaciones pertinentes. Finalmente se nominan las referencias bibliográficas y se insertan los anexos que corresponden.

## CAPÍTULO I

### MARCO METODOLÓGICO

#### 1. Situación problemática

El profesor Roxin (1963) introdujo en la dogmática penal la teoría de los delitos de infracción de deber. Según este planteamiento inicial responde como autor de la comisión del delito quien infringe un deber especial extrapenal, como son las obligaciones de función del ámbito del derecho público o los de confianza del derecho civil (p. 354).

Por otro lado, Jakobs (1991) igualmente ha planteado:

La teoría de los delitos de infracción del deber, pero con componentes completamente diferente, en el ámbito de un corriente normativista del sistema del derecho penal, orientando a una fundamentación dogmática amplia de los delitos de infracción del deber. En la que se distingue entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber que se fundamenta mediante el criterio del ámbito de competencia del autor (pp. 7-70).

El profesor Caro (2006) sostiene según este planteamiento:

La persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal (p. 4).

Por otro lado, el profesor Schünemann ha planteado una versión similar a la teoría de los delitos de infracción de deber, a los que les ha llamado delito especial de garante, que coincide en sus aspectos centrales con la idea inicial de la teoría de los delitos de infracción de deber (Schünemann, como se citó en Roxin, 2016). En la mayoría de los delitos especiales se trata, por lo tanto, de delitos especiales de garante, en los cuales el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto (Schünemann, 2018, p. 103).

Por su parte Pariona (2011) respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber, fundamenta su concepción en base a dos ideas: 1) la infracción de deber especial fundamenta la autoría y no el injusto, y 2) los deberes especiales son de carácter penal (pp. 74-75).

En el ámbito jurisdiccional, en la sentencia de casación n.º 346-2019/Moquegua, del 06 de noviembre de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, citando la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 2068-2012/Lima, sostiene:

Esta Sala Penal Permanente, aunque con una composición personal distinta, ha definido que el delito de negociación incompatible como uno de infracción de deber, porque implica el quebrantamiento de un deber especial normativizado, que solo puede ser infringido por su destinatario: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. (p.16)

En este pronunciamiento el máximo Tribunal de Administración de Justicia, en cuanto a los delitos funcionariales o de corrupción de funcionarios, asume el planteamiento primigenio de Roxin, según la cual el sujeto debe responder como autor por la infracción de un deber especial extrapenal.

En otro pronunciamiento, la misma Sala de la Corte Suprema, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 615- 2015/Lima, del 16 de agosto de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema citando a Reaño (2003) sostiene:

En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados -en este caso, de funcionarios y servidores públicos-, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente. (p. 10)

En cuanto a esta segunda posición, es de precisar, que dicho punto de vista es sostenido por el profesor Jakobs, la misma que fue asumida por la Corte Suprema en la ejecutoria suprema antes mencionada, que se fundamenta mediante el criterio del ámbito de competencia institucional del autor.

Por otra parte, en la sentencia de casación n.º 1527-2018/Tacna, del 05 de marzo de 2020, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

La naturaleza de la vinculación funcional determina el cumplimiento del servicio público marcado por el principio de eficiencia en la asignación de recursos y el cumplimiento de los fines de la institución pública en la que se labora. De ahí que el fundamento de punición del delito de peculado es el quiebre de los deberes de garante de los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del ejercicio de su función, en sus diversos grados y niveles, ejercicio que debe estar marcado por el cumplimiento y el respeto al dicho deber de garante. (p. 8)

En esta tercera posición asumida por la Corte Suprema, se tiene que en cuanto a los delitos funcionariales o de corrupción de funcionarios, analizando el delito de peculado sostiene que el fundamenta para sancionar estos delitos radica en el quiebre de los deberes de garante de los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados en razón a la función ejercitada; es de resaltar que esta posición asumida por la Corte Suprema es el planteamiento propuesto por el profesor Schünemann.

Como se puede ver la máxima instancia de administración de justicia, no sigue una línea jurisprudencial uniforme, respecto a los fundamentos de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber. Por otra parte, resulta necesario precisar que los tribunales de administración de justicia de primera y segunda instancia del sistema de justicia penal especializada en delitos de corrupción de funcionarios, en su mayoría asumen el primer planteamiento propuesto por la máxima instancia de administración de justicia; es decir, que el fundamento de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber se debe a la infracción de un deber especial extrapenal. Tal cual fue planteando por Roxin en 1963, sin tomar en cuenta las variantes actuales que sean efectuados por el propio Roxin al planteamiento inicial.

En este contexto, surge la necesidad de establecer lineamientos doctrinales para una correcta fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú, con el objetivo de plantear una línea doctrinal uniforme, que pueda ser observado por los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, cuando resuelvan casos que comprenda la comisión de delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales (delitos cometidos por funcionarios públicos). Es por eso que, en el presente trabajo de investigación se intenta proponer cuales deberían ser esos lineamientos doctrinales para una

correcta fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú.

## **2. Formulación del problema**

### ***2.1. Problema general***

¿Qué lineamientos doctrinales se deben considerar para superar la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú?

#### **2.1.1. Problemas específicos.**

1° ¿Cómo se presenta la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales?

2° ¿Qué lineamientos doctrinales están expresadas en la jurisprudencia divergente de la Corte Suprema respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales?

3° ¿Cuál es la situación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú?

4° ¿De qué forma la doctrina ha desarrollado la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales?

### **3. Justificación de la investigación**

El presente estudio de investigación adquiere relevancia en el ámbito de la investigación científica sostenido en los siguientes argumentos:

#### ***3.1. Conveniencia***

Es conveniente realizar este trabajo de investigación, por tratarse de un tema de interés para la ciencia del derecho, especialmente para el derecho penal peruano puesto que es relevante conocer qué razones teóricas y fácticas, justifican los lineamientos doctrinales para una correcta fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú, en el contexto de la legislación peruana, así como el tratamiento del tema a nivel comparado. No basta conocer las normas y las instituciones de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber, es menester saber cuáles son los fundamentos teóricos y filosóficos en los que se sostienen, para una correcta fundamentación de la autoría en este tipo de delitos.

#### ***3.2. Relevancia social***

Tiene relevancia de carácter jurídico social porque está referida a una cuestión de interés para todos, es decir para incrementar o acrecentar el Estado de Derecho en el Perú, sus orígenes y sus implicancias jurídicas, políticas y sociales. En tal sentido su relevancia se enmarca dentro de la argumentación teórica que establezca luces claras a la práctica de la organización social, particularmente del sistema jurídico normativo.

### ***3.3. Implicaciones prácticas***

Los resultados de la presente investigación pretenden clarificar argumentativamente qué razones teóricas y fácticas, justifican los lineamientos doctrinales para una correcta fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú, en el contexto de la legislación penal en el Perú, y dentro del derecho comparado ello no solo para conocer qué países tienen la autoría de dicha categoría, sino para establecer los fundamentos filosóficos y jurídicos que dieron contenido a dicha categoría.

### ***3.4. Utilidad metodológica***

Para desarrollar el presente trabajo de investigación se ha elaborado una ficha de análisis documental la cual puede servir a futuros estudiosos en la línea investigativa de nuestro trabajo. Así mismo el hecho de haber sistematizado toda la información recabada es un aporte para quienes quieran acercarse al conocimiento del tema que nos ocupa el presente trabajo de investigación, que sin duda debe ser mejorado en el futuro ya que los fenómenos sociales y por ende derecho es sumamente cambiante.

## **4. Objetivos de la investigación**

### ***4.1. Objetivo general***

Establecer los lineamientos doctrinales que se deben considerar para superar la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú.

#### **4.1.1. Objetivos específicos.**

1° Conocer la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales.

2° Analizar los lineamientos doctrinales expresadas en la jurisprudencia divergente de la Corte Suprema respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales.

3° Determinar la situación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú.

4° Establecer la forma como la doctrina ha desarrollado la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

#### 1. Principios que sustentan la investigación

##### *1.1. Principio de legalidad*

Con respecto al principio en referencia, podemos argumentar que es un principio fundamental que se encuentra prescrito en la Constitución Política del Estado. Artículo 2° apartado 24 literal d). 29 de diciembre de 1993 (Perú). De cuyo contenido se tiene que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Como se puede observar, que este precepto normativo prohíbe procesar o sancionar a cualquier ciudadano por un acto u omisión que no esté expresamente tipificado como delito por la ley.

Por otra parte, en cuanto al principio de legalidad el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo II del título preliminar. 08 de abril de 1991 (Perú). Prescribe que “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. En cuanto al principio de legal, este principio garantiza que nadie podrá ser procesado o sancionado por cualquier acto u omisión previamente establecido por la ley como delito o falta.

En cuanto al principio de legalidad, se encuentra regulado en instrumentos internacionales. En ese sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 15°. 16 de diciembre de 1966. Señala “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional (...)”.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 9°. 12 de febrero de 1978, señala “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable (...)”.

En el Estatuto de Roma. Artículos 22°, 23° y 24°. 17 de julio de 1998. Prescribe que “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte (...)”.

El principio de legalidad como ya se ha señalado se encuentra contemplado en nuestra norma constitucional, por lo que tiene rango constitucional; al respecto Reátegui (2016) señala:

Que, para garantizar las libertades frente al poder público, y evitar que los ciudadanos quedaran a merced de los juzgadores, para que todos y cada una pudiera calcular las consecuencias de sus actos y saber cuándo se exponen a un castigo y cuándo no, se logró, como una conquista histórica del mundo moderno, la consagración del principio de legalidad y de las consecuencias que de ella derivan. El principio de legalidad representa la más valiosa garantía a los derechos y libertades del ciudadano y en el que se sintetizan los demás principios informadores del derecho penal como el principio de humanidad de las penas, entre otras. (p. 368)

En cuanto al principio de legalidad en la sentencia recaído en el expediente n.º 3644-2015-PHC/TC, del 06 de marzo de 2018, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico octavo y noveno, sostiene:

Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones; en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional, frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales. (p. 4)

Al respecto también, en la sentencia recaído en el expediente n.º 010-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003, el Tribunal Constitucional sostiene en cuanto al principio de legalidad que esta establece “tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea previa al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente establecido (*lex*

*certa*)”. En ese entender, es de exigencia la concurrencia de estos tres presupuestos para que una conducta sea delictuosa.

Por su parte, en la sentencia de casación n.º 724-2018/Junín, del 10 de julio 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema citando a Mir Puig (1996) sostiene que:

El sentido originario del reconocimiento del principio de legalidad, tal como ha sido establecido en la legislación y jurisprudencia, nacional e internacional, es el de ser una salvaguarda para el ciudadano.

Así, el principio de legalidad es una garantía política que tienen todas las personas con capacidad penal, para que no se les persiga ni sancione por conductas que no hayan sido descritas de manera clara, previa y taxativa en una ley formal. Desde la perspectiva de la sanción, la pena que corresponda imponer a quien ha sido declarado responsable de una infracción penal, no debe ser sino la fijada en las mismas condiciones. Este es el sentido histórico y liberal del principio de legalidad: los ciudadanos, en el ejercicio relativo de su libertad deben ser informados previa y claramente sobre qué comportamientos están prohibidos u ordenados y qué consecuencias punitivas han de afrontar en caso los realicen o los omitan, según corresponda.

Ahora bien, sin subestimar la importancia del sentido liberal del principio de legalidad, es de considerar otra perspectiva adicional de su vigencia, relacionada con su arista fundamentalmente procesal: la legalidad, como mensaje comunicativo, no solo se circunscribe a la delimitación de lo prohibido y de lo permitido, y de lo imponible o no imponible como consecuencia punitiva. La legalidad en la descripción de la infracción penal y su consecuencia es también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma (*Rule of Law*). La delimitación normativa que hace el legislador tiene por objeto prescribir

cuál es el espacio de juego (*Der Spielraum*) dentro del cual los ciudadanos pueden desarrollar sus conductas, en un Estado de Derecho; esto es, este principio impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho. Este sometimiento a las normas es una exigencia de la vida en una sociedad democrática. Se extiende no solo a la observancia de una conducta, conforme a la norma (prohibitiva o imperativa), sino también al cumplimiento estricto de la conminación penal (fijada por el legislador), una vez realizado el juicio de tipicidad. Este marco punitivo abstracto es una advertencia a los ciudadanos de las consecuencias que deben sufrir si vulneran las normas prohibitivas o imperativas (subyacentes a los tipos penales). Pero, fundamentalmente, es un mandato que deben observar los órganos de persecución y juzgamiento, según el caso. Esto significa que una vez verificada la adecuación de la conducta imputada al tipo penal, se debe fijar la pena, conforme a las reglas de determinación judicial de la pena. (pp. 10-11)

Asimismo, en la sentencia de casación n.º 1387-2022/Cusco, del 29 de agosto de 2023, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema citando a Mir Puig (2018) y Roxin (2008) sostiene que:

El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ello quiere decir que no solo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho. Este principio es un postulado básico del Estado de derecho. Brinda un manto de protección al individuo, pues un hecho o conducta solo podrá ser castigado si antes de su comisión, se encuentra legalmente determinado. En otras palabras, el principio de legalidad es una garantía política que tienen todas las personas con

capacidad penal, para que no se les persiga ni sancione por conductas que no hayan sido descritas de manera clara, previa y taxativa en una ley formal. (p.7)

### **1.1.1. Subprincipio de tipicidad o taxatividad.**

En la sentencia del caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, del 25 de noviembre de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “en un Estado de Derecho, el principio de legalidad preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”. (pp. 87-88)

En cuanto a este sub principio de tipicidad o taxatividad, en la sentencia recaído en el expediente n.º 02050-2002-AA/TC, del 16 de abril de 2003, el Tribunal Constitucional precisó que “los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador” (s/p); así también, en la sentencia recaído en el expediente n.º 2192-2004-AA/TC, del 11 de abril de 2004, el Tribunal Constitucional sostiene:

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. (s/p)

Por otra parte, en la sentencia recaído en el expediente n.º 00156-2012-PHC/TC, del 08 de agosto de 2012, el Tribunal Constitucional sostiene que:

El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo. (p. 7)

Por último, en la sentencia recaído en el expediente n.º 00020-2015-PI/TC, del 25 de abril de 2018, el Tribunal Constitucional sostiene que:

En consecuencia, se vulnera el principio de legalidad en sentido estricto si una persona es condenada o sancionada por un delito o infracción no prevista expresamente en una norma con rango de ley. Por otro lado, se vulnera el subprincipio de tipicidad o taxatividad cuando, pese a que la infracción o delito está prevista en una norma con rango de ley, la descripción de la conducta punible no cumple con estándares mínimos de precisión. (p. 15)

Así también, en la sentencia del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, del 02 de febrero de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene “en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar”. (p. 84)

Este subprincipio impone al legislador que las sanciones, estén debidamente descritos y detallados, la que debe permitir su fácil comprensión a cualquier ciudadano lo que está prohibido mediante la norma penal.

## **2. Bases teóricas**

### ***2.1. Delitos funcionariales***

#### **2.1.1. Definición.**

A los delitos de corrupción de funcionarios también se les conoce como delitos funcionariales, dentro de estos delitos tenemos al delito de peculado, colusión, negociación incompatible, malversación, cohecho, etc. En ese orden de ideas, a los delitos funcionariales podemos definirlos como aquel conjunto de delitos contra la administración pública cometido por funcionarios públicos, tales como peculado, colusión, negociación incompatible, concusión y otros; en la que el fundamento de la autoría radica en la infracción de un deber especial que derivada de la calidad de agente público del sujeto activo del delito.

#### **2.1.2. Condición cualificante del sujeto**

En los delitos contra la administración pública se requiere la condición de funcionario o servidor publica a efectos de que el sujeto activo pueda responder como autor de ilícitos penales funcionariales. El legislador a establecido a quienes debe considerarse funcionario o servidores público, el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 425. 08 de abril de 1991 (Perú). Se señala:

Son funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si

emanan de elección popular. 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley”.

Por su parte, Salinas (2023) sostiene:

El funcionario público es aquella persona natural o física con poder de planificación y decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última. El funcionario público planifica y decide los objetivos y metas de la institución pública donde trabaja. Normalmente, el titular del pliego de las instituciones públicas está representado por un funcionario público. El titular del pliego es la más alta autoridad ejecutiva de una entidad pública. Es el responsable de la Gestión presupuestaria de la misma, está, por tanto, encargado de dictar los lineamientos de priorización de los gastos a

fin de garantizar el cumplimiento de las metas programadas de acuerdo con los objetivos institucionales que él mismo establece para el año fiscal.

En tanto que servidor público es aquella persona natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de planificación y decisión sobre la institución en la cual labora. Es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los funcionarios públicos en el cumplimiento del objetivo de la administración pública: lograr el bien común. (p. 15)

### **2.1.3. Responsabilidad dual funcional**

Uno de los primeros aspectos a aclarar en el análisis dogmático es la diferencia que surge entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Y es que, de manera formal, se podría afirmar que se parecen. Los dos implican la activación del sistema punitivo del estado y finalmente generan una sanción. La responsabilidad dual funcional se refiere a la doble responsabilidad que un funcionario o servidor público puede asumir, tanto en el contexto administrativo como en el penal. En otras palabras, se puede considerar responsable a un funcionario o servidor público no solo en relación a su vínculo laboral con la administración pública, sino también en relación a posibles delitos cometidos en el desempeño de su labor.

En cuanto a la responsabilidad funcional dual, en la sentencia recaída en el expediente n.º 1670-2003-AA/TC Lambayeque, del 26 de abril de 2004, el Tribunal Constitucional sostiene:

Como ya lo ha declarado este Tribunal en reiterada jurisprudencia, “(...) El principio no bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones

administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (...)”. Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbadado; consecuentemente, en el presente caso, no se ha afectado el principio del *ne bis in idem*. (s/p)

Por otra parte, en la sentencia n.º 03285-2017-PA/TC Tumbes, del 19 de noviembre de 2020, el Tribunal Constitucional sostiene:

Respecto a la lesión del principio *ne bis in idem*, este Tribunal considera que no existe tal vulneración, pues, tal como se ha expuesto anteriormente, un mismo acto del administrado puede derivar en sanciones administrativas y penales independientes, atendiendo a la naturaleza de cada una y a los distintos fines que persiguen (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). (p. 6)

En consecuencia, un mismo hecho puede derivar en sanciones administrativas y penales.

#### **2.1.4. Clasificación.**

Los delitos contra la administración pública, en nuestro código penal se encuentran clasificados en el título XVII, la que contempla: i) los delitos cometidos por particulares, ii) los delitos cometidos por funcionarios públicos, y iii) los delitos contra la administración de justicia. Para la presente investigación es materia de análisis los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios públicos.

#### **2.1.5. Principales delitos funcionariales.**

##### ***A. Concusión.***

##### ***a. Tipo penal.***

En cuanto a lo que respecta al delito de concusión, el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 382º. 08 de abril de 1991 (Perú) prescribe “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial (...)”.

##### ***b. Tipicidad objetiva.***

El contenido del tipo penal estipulado y sancionado por el precepto normativo del artículo 382º del código penal, hace referencia a los verbos rectores obligar o inducir, que puede ser dividido hasta en dos conductas claramente diferenciables que resultan ser punibles.

Frisancho (2011) citando a Ferreira sostiene:

La concusión es una extorsión cumplida por quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo, de suerte que su autor debe estar investido de autoridad. La víctima de la extorsión debe prestar la cosa que se le exige, como exclusiva consecuencia

del terror infundido, no por otra causa. Si fuera otra la causa, para su conveniencia o para su provecho, no sería concusión sino corrupción. (p. 303)

Al respecto Salinas (2019) citando la ejecutoria suprema recurso de nulidad n.º 2218-2005-Arequipa, señala:

Que si en un hecho concreto no concurre alguno de los citados verbos rectores, el delito de concusión no se verifica. Así aparece establecido en la ejecutoria suprema del 10 de abril de 2006 cuando resolviendo un caso real, argumentó que “el delito de Concusión se caracteriza por que el núcleo rector del comportamiento típico es abusar del cargo para obligar o inducir a una persona dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial; que en caso de autos los imputados Benigno (...) y Clemente (...) titulares de la administración del Hotel Pacífico Copacabana admiten haber entregado sumas de dinero a los encausados en distintos momentos para la tramitación de la licencia de funcionamiento de local, pero lo hicieron voluntariamente sin coacción alguna por lo que no se configura el delito de concusión al no existir como medio la imposición del pago con el abuso del cargo del funcionario. (p. 320)

A continuación, analizaremos las dos conductas punibles que contiene el ilícito penal de concusión, es decir los verbos rectores obligar o inducir, al respecto Rojas (2016) señala:

Entre ambas conductas que hacen de la figura de concusión un tipo complejo, el elemento diferenciador se halla en el significado distinto de los verbos rectores empleados. En efecto, obligar, quiere decir ejercitar violencia, amenaza o presión sobre una persona, de modo tal que altere el proceso de formación de su voluntad y le determine a una acción u omisión diversa de aquella que (sin la coacción)

habría realizado, y que en este caso afecta su patrimonio. inducir, por su parte, supone persuadir o convencer a la víctima a fin de que dé u ofrezca el bien o beneficio patrimonial. En el caso de la inducción se trata de un proceso psicológico formador de la voluntad de entregar o prometer que el agente del delito realiza en la mente y las decisiones del afectado; para tales efectos, los medios de los que se puede valer el agente serán de una gama diversa (engaños, estratagemas, apariencias de realidad, en relación al objeto material del delito). (p. 172)

Por su parte, en la sentencia de casación n.º 1743-2019/Junín, del 08 de marzo de 2022, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

Estando a ello, revisada la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto al delito que nos ocupa y teniendo como referencia que el legislador ha sido más preciso en otros tipos penales al exigir que el actuar del sujeto sea inherente a sus funciones, como ocurre en el delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código Penal, en el cual el legislador sanciona la conducta del funcionario público que “abusando de sus atribuciones [...]”, para entender el elemento abuso de cargo se debe aplicar un criterio más amplio, en que el sujeto activo debe no solo ostentar calidad de funcionario o servidor público, sino que, fundamentalmente, la conducta típica exigida es realizar el abuso del cargo de forma explícita o encubierta; ello implica que, al momento de los hechos, efectúe un mal uso del cargo que le ha sido otorgado o lo ejerza de forma contraria a la encomendada. Este abuso debe tener incidencia sobre la voluntad del sujeto pasivo, viciándola, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones. De ahí que admite dos modalidades básicas de configuración: i) concusión por obligar a una persona a dar o prometer (delito de

resultado) y ii) concusión por inducción o convencimiento a una persona a dar a prometer (delito de actividad). (pp. 11-12)

**c. *La modalidad por obligar.***

La primera modalidad del delito objeto de análisis involucra el abuso de poder por parte de un agente público que obliga a una persona a dar o prometer indebidamente bienes o beneficios de carácter patrimonial para sí o para un tercero. Al respecto Salinas (2023) sostiene:

Se configura el delito de concusión en una primera modalidad, cuando el agente-funcionario o servidor público, abusando del cargo que ejerce al interior de la administración pública, obliga a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial. Este supuesto delictivo se materializa cuando el agente en ejercicio de sus funciones con conocimiento y voluntad impone, obliga, fuerza, coacciona, somete o constriñe la voluntad de su víctima con la finalidad que esta le dé o prometa dar en un futuro inmediato un bien o beneficio indebido. (p. 306)

En la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 91-2020/Pasco, del 29 de octubre de 2021, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

De otro lado, doctrina autorizada ha establecido que, en el delito de concusión el verbo obligar “[...] es sinónimo de constreñir y significa compeler por la fuerza a otro para que haga o ejecute algo, sin llegar a una violencia o amenaza en el sentido de la extorsión. [...] tiene que haber, por lo menos, una diferencia de grado entre el “obligar” de la concusión y la “violencia o amenaza” de la extorsión. En realidad,

la diferencia está en que la intimidación de la concusión es aquella que implica el anuncio del sufrimiento de un perjuicio derivado de un acto de poder de la autoridad”, es decir en este tipo penal el verbo obligar adquiere una connotación distinta, en la cual la violencia, amenaza o presión sobre una persona que se ejercita es de baja intensidad. (pp. 10-11)

**d. *La modalidad por inducir.***

En cuando a esta modalidad en la sentencia de apelación n.º 25-2017/Lima, del 19 de noviembre de 2020, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, sostiene que:

En cuanto al verbo rector, la segunda modalidad se refiere a la inducción, que se verifica cuando el agente funcionario o el servidor público, abusando del cargo que ejerce al interior de la Administración Pública, induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para tercero, un bien o beneficio patrimonial. El sujeto activo, en el ejercicio de sus atribuciones públicas estimula, instiga, induce o provoca a su eventual víctima para que esta le dé o prometa dar en un futuro inmediato un bien o beneficio patrimonial indebido. (p.10)

La segunda modalidad del delito bajo análisis es cuando un agente público, funcionario o servidor público abusa de su cargo en la administración pública para inducir a una persona a dar o prometer indebidamente bienes o un beneficio de carácter patrimonial para sí o para un tercero. Al respecto Salinas (2023) sostiene que:

En esta segunda modalidad, se verifica el delito de concusión cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, abusando del cargo que ejerce al interior de la administración pública, induce a una persona a dar o prometer indebidamente,

para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial. En otros términos, también se puede conceptualizar esta modalidad punible como aquel supuesto delictivo que se materializa cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, en pleno ejercicio de sus funciones públicas estimula, instiga, induce o provoca a su eventual víctima para que le dé o prometa dar en un futuro inmediato un bien o beneficio patrimonial indebido”. (p. 308)

*e. Bien jurídico protegido.*

En la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad n.º 4553-2008/Lima, del 11 de marzo de 2010, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

Que, de otro lado, resulta pertinente enfatizar que el artículo ochenta del Código Penal vigente, en su última parte, establece que cuando el delito es cometido por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado -debiendo entenderse como bien jurídico protegido-, el plazo de prescripción se duplica; que, en tal sentido, es de precisar, que en el delito de concusión el bien jurídico protegido es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, pero de ninguna manera se puede afirmar que con la consumación de dicho ilícito penal, el patrimonio general del Estado sufra desmedro alguno; por lo que no resulta al presente caso la aplicación de lo dispuesto en la última parte del artículo en mención, por cuanto con dichos ilícitos penales no se afecta directamente el patrimonio del Estado. (p. 3)

En la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad n.º 3183-2015/Áncash, del 08 de agosto de 2016, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

El delito de concusión tutela el recto y regular funcionamiento de la administración pública, y protege, por ende, la corrección y probidad de los funcionarios públicos que ejercen funciones al interior de aquélla. Además, con independencia de los dos verbos rectores que importan dos modalidades de la conducta punible (obligar o inducir), el elemento central del tipo legal estriba en que una persona, como consecuencia de lo anterior, debe dar o prometer indebidamente -sin sustento legal- un bien o beneficio patrimonial a favor del agente público o para otro. El patrimonio involucrado, por consiguiente, no es de la administración, sino de la persona contra quien recae la coacción o la inducción abusiva del agente público. (p. 2)

Así también, en la sentencia de apelación n.º 25-2017/Lima, del 19 de noviembre de 2020, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene que:

El bien jurídico tutelado, del tipo penal de concusión es la protección del regular y el correcto desenvolvimiento, el prestigio y la buena reputación de la Administración Pública, en la cual sus integrantes, funcionarios y servidores públicos, deben tener una actuación funcional al margen de abusos de poder de connotación patrimonial. Se trata de un delito de infracción del deber especial positivo. (p. 1)

El bien jurídico salvaguardado es el curso regular de la administración pública, que exige que sus representantes se atengan plenamente a la ley y al interés público en preservar la reputación, la eficacia y la confianza de la administración (Frisancho, 2011, p. 303). Por su parte, Rojas (2021) precisa:

El delito de concusión, al regular los comportamientos abusivos señalados en el tipo legal, busca preservar el regular y correcto funcionamiento, el prestigio y la

buena reputación de la Administración Pública, propia de una actuación funcional al margen de abusos de poder de connotación patrimonial; pero también protege la libertad de autodeterminación económica del sujeto afectado, lo cual permite considerar que el bien jurídico específico posee naturaleza pluriofensiva: la Administración Pública, la libertad de autodeterminación de la víctima y el patrimonio de esta última. (p. 446)

*f. Tipicidad subjetiva.*

En ambas modalidades del tipo penal se debe descartar la posibilidad de conducta negligente por parte de un funcionario público, funcionario o servidor público. El abuso de poder ya está presente como condición de conducta típica, lo que hace que ambas modalidades sean estrictamente dolosas. Al respecto Salinas (2023) sostiene que:

La lectura del tipo penal lleva también a la conclusión de que se trata de un delito para el que, además del dolo, se requiere la concurrencia de un elemento subjetivo: el ánimo de lucro. En otras palabras, el agente actúa de un modo dictado o inspirado por la obtención de una ganancia patrimonial, ya sea para sí mismo o para un tercero. Por lo tanto, no se configura el delito de concusión si no se prueba que el agente tenía intención de lucrarse con un acto concreto, sino que se comportó con la finalidad de hacer una broma a la víctima. (p. 314)

Así también, en la sentencia de apelación n.º 25-2017/Lima, del 19 de noviembre de 2020, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene que:

En lo que respecta a la imputación subjetiva, no basta que se configure la imputación objetiva al comportamiento, sino también el aspecto subjetivo del tipo

penal. El dolo es entendido como atribución de un sentido normativo al conocimiento (de lo externo a lo interno) instituto que se encuentra previsto en los artículos 11 y 12 del CP. El agente activo actúa con dolo, referido al deber de conocer concretamente todos los elementos objetivos del tipo penal ya mencionado. (p. 11)

**B. Exacción ilegal o cobro indebido.**

**a. Tipo penal.**

El ilícito penal de exacción ilegal o cobro indebido se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 383º. 08 de abril de 1991 (Perú). Que prescribe “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal (...)”.

**b. Tipicidad objetiva.**

En cuanto al tipo penal en comentario, estipulado y sancionada en el precepto normativo de la 383º del código penal, Rojas (2016) sostiene:

La exacción ilegal es el clásico delito representativo de la concusión en la mayoría de códigos penales, a tal extremo que muchos de ellos no regulan propiamente la concusión en forma como lo hace el código penal, la misma que ésta considerada como una forma de abuso de autoridad con finalidad patrimonial. (p. 177)

Con lo que respecta a los elementos configurativos del ilícito penal de cobro indebido sancionado en lo estipulado en el precepto normativo del artículo 383º de nuestro código penal, Salinas (2019) sostiene:

El delito de cobro indebido o exacción ilegal se configura cuando el agente funcionario o servidor público abusando de su cargo y con la finalidad de obtener un provecho económico indebido, exige a su víctima (particular o la misma administración pública) o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidades que excede a la tarifa legal. Aquí el agente con el objetivo firme de obtener algún provecho económico personal hace que su eventual víctima le entregue contribuciones o emolumentos que realmente no se debe o, en caso, hace que la víctima le entregue contribuciones o emolumentos en cantidades que excede la realmente debida. Muchas, veces el agente hace creer a su víctima que lo exigido o lo que entrega es para la entidad estatal, no obstante, ello es solo un efugio toda vez que lo exigido o lo que entrega la víctima es cogido por aquel en su propio beneficio. (p. 332-334)

En cuanto a las conductas previstas en el delito de cobro indebido, en la sentencia de casación n.º 977-2016/Cusco, del 20 de abril de 2017, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en cuanto a la conducta típica del delito de cobro indebido y/o exacción ilegal, sostiene:

La acción típica. Comprende tres conductas específica: (i) exigir, (ii) hacer pagar, y (iii) hacer entregar; (i) exigir -está referido a la demanda imperiosa (reclamo, pedido o demanda imperativa o forzosa), en la que se requiere que concurra la violencia psicológica; es decir, el agente extorsiona con un acto de autoridad injusta al sujeto pasivo- (ii) hacer pagar y (iii) hacer entregar -en esta el sujeto activo oculta la arbitrariedad de su demanda; es decir, oculta la arbitrariedad bajo una mentiros procedencia jurídica de lo que exige, por su propia naturaleza estos actos

constituirán mayormente en una acción de engaño. La conducta engañosa, consiste en una simulación o disimulación capaz de inducir en error a una o varias personas; puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos. (pp. 5-6)

*c. Abuso de cargo.*

En cuanto a este elemento del tipo penal en comentario, en nuestro medio Rojas (2007) sostiene:

El abuso se efectúa a través de la constricción (el obligar) o de la inducción a la víctima a dar o prometer indebidamente. Se trata de exigir o hacer pagar o entregar lo no adeudado al Estado o al funcionarios o servidor; también, en caso de existir deuda, exigirla o hacerla pagar en cantidad que exceda a la tarifa legal. Abuso que por sí representa una arbitrariedad lesiva a la propia administración como a los intereses de los Particulares. (p. 385)

Así también, en cuanto a este elemento del tipo penal Frisancho (2011) precisa:

La acción típica consiste en abusar del cargo exigiendo o haciendo pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Mediante este artículo se pena lo menos (exigir más derechos de los debidos) y lo más (exigir derechos no debidos, esto es que no le corresponda percibir al funcionario por razón del cargo). (p. 309)

Por otra parte, en cuanto a dicho elemento del tipo penal Salinas (2023), indica:

El abuso de cargo se define como la circunstancia en la que un funcionario o servidor público abusa de la autoridad que le otorga el gobierno para obtener una

ventaja patrimonial no autorizada. El abuso de cargo se produce cuando un agente público utiliza su autoridad oficial para fines distintos de los permitidos por la ley, las normas o las directrices del servicio, o cuando sigue sin observar el procedimiento exigido, aun cuando esté utilizando su autoridad legalmente pero con fines ilegales. Implica entregar o exigir el pago de cosas que no se deben al Estado y, en el caso de una deuda, exigir un pago superior a lo que realmente se debe. (p. 322)

**d. *Contribuciones o emolumentos.***

El tipo penal es de naturaleza cerrada; no se aplica a las dádivas; se limita a las contribuciones o emolumentos. A este respecto, la referencia explícita del código penal de 1924 a las tasas e indemnizaciones ha sido suprimida (Rojas, 2007, p. 388). Así también Salinas (2023) sostiene:

Como elemento objetivo importante es determinar si lo exigido o hecho pagar o entregar al agente por parte de la víctima, tiene la naturaleza de contribución o emolumento que exige el tipo penal. Si lo exigido o lo hecho pagar o entregar son bienes que tienen otra naturaleza el delito de exacción ilegal no se configura. (p. 323)

Frisancho (2011) citando a Portocarrero, sostiene que:

Los objetos de la exacción ilegal pueden ser contribuciones o emolumentos. Las contribuciones se refieren a impuestos o tributos destinados a atender las necesidades públicas. El emolumento está vinculado a la remuneración, se trata del

pago a los servicios prestados en un cargo o empleo, inclusive los honorarios profesionales. (p. 310)

En cuanto a las contribuciones Salinas (2023) citando a Abanto sostiene:

El Código Tributario define a la contribución como un tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales. No obstante, a efectos de la ley penal respecto del delito en análisis, tal definición resulta restringida para los fines de protección del bien jurídico recta administración pública. (p. 323)

Por su parte citando Vargas (2022) citando a Rojas manifiesta que:

Con la expresión «contribuciones», la norma penal hace alusión, en una primera e inicial interpretación, a un concepto normativo tributario, con el cual se comprende a una especie de tributo, cuya obligación de pago nace de los beneficios obtenidos por el obligado y derivado de la realización de obras o servicios públicos. Sin embargo, esta acepción estricta del término «contribución» no responde plausiblemente a los fines del ámbito de tutela de la norma penal, de modo que, en el derecho penal, se emplea dicho vocablo en una acepción amplia para comprender también las tasas, impuestos, derechos. (p. 558)

En cuanto a los emolumentos Rojas (2007), sostiene:

El término emolumento que utiliza el legislador peruano para integrar el tipo penal de exacción ilegal, siguiendo los modelos penales suizos (Anteproyecto y Proyecto de 1916 y 1918, respectivamente), tiene dos acepciones que se han sucedido en el tiempo. La *primera*, de origen latino (*emolumentum*) obedece a una concepción

estricta, en el sentido de propina o gaje dado a determinados funcionarios en reconocimiento a sus servicios (peritos, escribanos, notarios). La *segunda* acepción, de carácter amplio y comprensivo, expresa la idea de honorario, sueldo, remuneración o indemnizaciones, incluyendo los derechos percibidos por peritos oficiales, escribanos, registradores públicos, funcionarios municipales, médico forenses y otros que cobran por los servicios prestados con base a aranceles. Este último significado es el asumido por nuestra doctrina jurisprudencial. (p. 389)

Por otro parte, en la sentencia de casación n.º 977-2016/Cusco, del 20 de abril de 2017, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene que “el emolumento son los honorarios, sueldos o remuneraciones que recibe determinada persona a cambio de su trabajo. En ese concepto, se concluyen las dietas que reciben los regidores por asistencia a sesiones del concejo municipal”.

*e. Cantidades que excedan a la tarifa legal.*

Los pagos o entregas de las contribuciones y emolumentos, que se atribuyen al sujeto activo del delito como elementos de la tipicidad objetiva, deberán ser no debidos o excesivos para que el abuso y las exigencias adquieran relevancia penal (Rojas, 2020, p 253). Opera el tipo penal cuando la víctima se ve obligada a pagar contribuciones o emolumentos superiores a los legalmente establecidos por el agente, abusando de su cargo (Salinas, 2023, p. 324). Por su parte Frisancho (2011) sostiene que:

La conducta típica del abuso de cargo suele consistir en exigir o hacer entregar contribuciones o emolumentos no debidos en cantidades superior a la tarifa legal.

En este artículo se penaliza el exigir más derechos de los debidos y el exigir más

derechos que no se deben, es decir, que el funcionario no tiene derecho a percibir por razón de su cargo. (p. 309)

**f. Bien jurídico protegido.**

El funcionamiento regular (normal), el prestigio y la reputación de la administración pública es la protegida a través de la norma penal (Rojas, 2020, p. 245). Así también Frisancho (2011) sostiene que el bien jurídico protegido por la norma penal en el delito de cobro indebido “es el curso típico de los acontecimientos en la administración pública cuando un funcionario o servidor público viola los límites legales y reglamentarios de su trabajo. Se trata de abuso de la función pública” (p. 308). Por otra parte, Rojas (2007), sostiene:

Al tratarse de una figura penal en la que se pone de manifiesto abuso de poder y arbitrariedades específicas, lo que le emparenta con el abuso de autoridad, pero que a la vez conserva su naturaleza propia al vincular dicho abuso con materia tributaria y remunerativa, cabe aquí lo dicho, en cuanto al bien jurídico protegido, para con el delito de concusión, con la precisión de que la norma penal quiere destacar con énfasis la necesidad de objetividad y profesionalismo en la actividad de los sujetos públicos en la labor recaudadora de contribuciones, así como de su corrección y probidad, a modo de separarla con la suficiente claridad de los comportamientos dolosos que afectan el patrimonio de los particulares y de la propia administración. (p. 384)

En la sentencia de casación n.º 977-2016/Cusco, del 20 de abril de 2017, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema citando a Asua (1997) sostiene que en el delito de exacción ilegal se tutela, en lo inmediato, el correcto funcionamiento de la administración pública -

actuación conforme a la legalidad- y, de forma mediata, el patrimonio de los ciudadanos frente a los abuso de los funcionarios en las relaciones de servicio público o el patrimonio público cuando el afectado es el propio Estado. (p. 5)

**g. *Tipicidad subjetiva.***

Con lo que respecta al elemento subjetivo del ilícito penal en comentario, entre otros en nuestro medio Rojas (2020) preciar:

El dolo del agente, según sea la modalidad de exacción deberá abarcar el conocimiento de que el dinero exigido o hecho pagar, o entregar, no es debido a la administración pública, esto es, que no existe causa legítima para su cobro o no en la cantidad planteada por dicho agente. Lo mismo sucede con la modalidad que toma a los emolumentos como objeto material del delito. El agente igualmente deberá conocer que está actuando abusivamente. Falsas o incorrectas representaciones mentales del *quantum* de la contribución o del emolumento, por equivocación o ligerezas, al descartar la presencia de conducta dolosa convierten al ilícito en uno de corte administrativo o dependiendo de su escaso monto o intensidad excluyen de la relevancia jurídica. (pp. 254-255)

Así también, Salinas (2023) sostiene que:

El agente-funcionario o servidor público con conocimiento que abusa de su cargo, en forma voluntaria, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Consideramos que, por la naturaleza misma del delito, y tal como aparece redactado el tipo penal, solo es posible su comisión por dolo directo. (p. 325)

**C. Colusión.**

**a. Tipo penal.**

El ilícito penal de colusión se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 384º. 08 de abril de 1991 (Perú). Precepto normativo que prescribe:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado (...).

**b. Tipicidad objetiva.**

En cuanto al ilícito penal de colusión, estipulado y sancionado en el precepto normativo de la 384º del código penal, Enco (2020) sostiene:

Desde un enfoque sistemático, podemos definirlo como aquel delito contra la Administración Pública que sanciona, en concreto, al funcionario o servidor público que, en el marco de las contrataciones o adquisiciones públicas, concierta con el particular o los particulares para defraudar los intereses del Estado”. (p. 86)

Por otra parte, rojas (2007) sostiene:

Sobre el tipo peruano de colusión desleal o defraudatoria cabe indicar que no observa una adecuada técnica legislativa en su redacción pues contiene innecesarias repeticiones y se halla condicionado a la concertación, ofreciendo además al análisis numerosos elementos normativos (contratos, licitaciones, concursos de precios, liquidaciones, etc.). En otros términos, se halla construido con una profusa,

desordenada y en cierto modo, innecesaria incorporación de elementos normativos del tipo (contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas, otras operaciones, convenios ajustes, liquidaciones suministros). (pp. 406-407)

*c. Conspiración a la colusión.*

En cuanto a la conspiración a la colusión, Salinas (2023) sostiene:

Defraudar, estafar o timar al Estado significa el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado. En absoluto, el defraudar o estafar significa que sea lo mismo que en el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 196 CP. (p. 336)

En relación con el primer párrafo del precepto normativo estipulado en el artículo 384° de nuestro código penal, Pariona (2017) indica:

El primer párrafo del art. 384 del CP sanciona penalmente al funcionario o servidor público que interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo en los procesos de adquisición o contratación de bienes, obras o servicios u otra operación a cargo del Estado, concierta con los interesados para defraudar al Estado. Para la configuración del delito, la norma penal no requiere el resultado del perjuicio patrimonial al Estado. (p. 88)

Por otra parte, en la sentencia de casación n.º 542-2017/Lambayeque, del 03 de mayo de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

Resulta oportuno desarrollar una explicación sobre la naturaleza de las conductas tipificadas en el artículo trescientos ochenta y cuatro, así como sobre su relación dogmático-sistemática. Ello es pertinente porque se suele identificar al supuesto regulado en el primer párrafo de dicha disposición legal como una “colusión simple” y al tipificado en el párrafo segundo como una “colusión agravada”. Clasificación que, por lo demás, pese a ser técnicamente incorrecta, suele ser aceptada sin reparos o confusamente por la generalidad de la doctrina nacional que ha analizado el artículo trescientos ochenta y cuatro del código penal. Al respecto, es pertinente tener en cuenta, desde un inicio, que la reforma introducida por la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, en julio de dos mil once, y que se mantiene vigente en la redacción actual del artículo trescientos ochenta y cuatro, configuró dos modalidades diferentes de colusión. Esto es, se regularon en dicho artículo dos tipos penales con características normativas y dogmáticas notoriamente distintas. Efectivamente, en el primer párrafo, el legislador alude a una concertación “para defraudar al Estado”. Es decir, se alude a una finalidad subjetiva o tendencia interna trascendente que orienta al futuro mediato o inmediato la conducta defraudatoria del funcionario público. De allí, pues, que solo se trate de una concertación preparatoria criminalizada autónomamente y que dogmáticamente podría operar también a modo de conspiración criminal. Por tanto, ella se configura con el mero acuerdo de voluntades que puede tener lugar desde las etapas iniciales de los procesos de negociación (convocatoria, presentación de documentos o propuestas técnicas, etc.). Esto es, el funcionario y la parte se

comprometen a una acción negociadora desleal, que se materializará con posterioridad a esa concertación primaria o acuerdo previo. (pp. 11-12)

*d. Colusión desleal.*

En cuanto a la colusión desleal, entre otros en la doctrina nacional Salinas (2023) sostiene:

Aun cuando pareciera que «defraudar» y «defraudare» son lo mismo, el significado que se les ha dado en el tipo penal 384 CP, luego de la modificación introducida por la Ley N.º 29758, es totalmente diferente. En efecto, defraudar ya ha sido definido y señalado, cual es el sentido que tiene en el tipo penal. Corresponde ahora identificar el real sentido que debe darse al término «defraudare», que viene a constituir el verbo rector de la colusión agravada. Defraudare o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario. El agente público actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y como efecto inmediato los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad es irrelevante si finalmente el agente obtiene o no provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponda al agente público corrupto. (pp. 337-338)

En cuanto al segundo párrafo del precepto normativo contenido en el 384º del código penal, Pariona (2017) indica:

A diferencia de la colusión simple, el segundo párrafo del art. 384 del CP sanciona penalmente los actos de concertación que generan un perjuicio patrimonial al Estado. El verbo rector es la “defraudación” entendida como la generación de un

perjuicio material, concreto, efectivo al patrimonio del Estado. En ese sentido, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues la modalidad agravada exige el desvalor de resultado, que es la efectiva lesión al patrimonio del Estado. (p. 90)

Por otra parte, en la sentencia de casación n.º 542-2017/Lambayeque, del 03 de mayo de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en cuanto al segundo párrafo del artículo 384º del código penal, sostiene que:

En el párrafo segundo, del artículo trescientos ochenta y cuatro, el legislador nacional, a través de otra propuesta legislativa de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, acordó inicialmente mantener la misma estructura típica que ya tenía el delito de colusión en su texto original de mil novecientos noventa y uno; así como en su antecedente histórico del artículo trescientos cuarenta y cuatro del código penal derogado de mil novecientos veinticuatro, pero modificando ligeramente su texto con la inclusión del término “defraudare patrimonialmente al Estado”. En consecuencia, pues, en esta modalidad de colusión se sancionaba, como ya había ocurrido históricamente desde los precedentes nacionales antes citados, la intervención desleal concertada, actual y concreta del funcionario en una negociación en proceso o ejecución. (p. 20)

*e. Concertación con los interesados.*

Con lo que respecta al verbo rector del ilícito penal de colusión; es decir el acuerdo colusorio, elemento central del ilícito penal de colusión regulado en el precepto normativo de la 384º del código penal, Mandujano (2018) sostiene:

Si uno analiza el verbo típico que adopta la legislación peruana la acción típica se define como “concertar” que por su naturaleza es un acuerdo ilícito entre el tercero proveedor y el funcionario titular de la contratación. La colusión deviene de un acuerdo para la defraudación del patrimonio del Estado, si no mediase ese acuerdo entre el particular y el titular del Estado no se podría hablar del delito de colusión, por no reunir el elemento de imputación. (p. 163).

Conforme es sostenido por Montoya (2015):

El elemento del delito de colusión que merece un análisis es el referido a las características que debe tener el acuerdo colusorio. El delito de colusión implica una relación bilateral que se ve reflejada en el acuerdo colusorio que debe existir entre el funcionario público y el particular interesado. Siendo esto así, en primer lugar, el sujeto activo y el particular interesado deben celebrar un acuerdo colusorio, que, se entiende, debe ser fraudulento dado que tiene un fin ilícito y con el que se busca defraudar al Estado. Así también lo ha entendido la jurisprudencia. (p. 138)

En nuestro medio el delito de colusión ha sido desarrollado ampliamente por Reátegui (2017), quien refiere:

El delito de colusión, en su figura típica objetiva, tiene como uno de sus elementos centrales a la concertación, la cual debe producirse entre el sujeto investido de función pública con una persona extraña a la administración pública, conocida como extraneus. La concertación, de acuerdo a las exigencias típicas, consiste en la puesta de acuerdo entre el funcionario o el servidor con los interesados en contratar con el Estado. La concertación, de acuerdo al Diccionario de términos

jurídicos de Flores Polo, significa: “pacto, convenio, arreglo entre dos o más personas en relación a una cosa o asunto”. La concertación no es otra cosa que el ponerse de acuerdo de manera directa el funcionario con el interesado. (p. 400)

Así también, al respecto Rojas (2020) sostiene:

La concertación supone acuerdos, perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contratan o negocian con él, tales como convenir sobrevaloración de los suministros, aceptación de calidad inferior en las prestaciones de servicios u obras, derivar beneficios o ventajas personales de las negociaciones, pagos de obras no concluidas, etc. La concertación supone así acuerdos ilícitos entre las partes, que son incompatibles con la calidad de representante de la Administración en función de contratación, del sujeto público, revelan dola privatización que hace este de sus atribuciones o competencias. (p. 284)

En el recurso de nulidad n.º 1296-2007/Lima, del 12 de diciembre de 2007, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

-La concertación- que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la Ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa. (p. 6)

Así también, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 452-2020/Lima, del 28 de diciembre de 2021, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

Como es bien sabido, la concertación se refiere a llegar a un acuerdo con los interesados; sin embargo, este acuerdo ha de ser encubierto e ilegal, lo que significa que hay que alejarse de la protección de los intereses públicos encomendados así como de los principios que guían la actividad administrativa. La colusión es un delito de participación necesaria ya que exige una confluencia de voluntades o acuerdos. (p. 27)

**f. *Bien jurídico protegido.***

En lo que respecta al bien jurídico tutelado en el tipo penal de colusión, en nuestro país, la doctrina nacional, entre otros Rojas (2007) manifiesta:

El objeto de la tutela penal es múltiple en el delito de colusión defraudatoria: a) Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales (funcionarios y servidores públicos especialmente vinculados); b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; de este modo se asegura, mediante el efecto comunicativo de naturaleza preventiva de la norma penal, la profesionalidad, objetividad y celo de los funcionarios y servidores públicos especialmente consignados y; c) Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado. Deber de probidad funcional que no se afirma sólo en valoraciones de exclusiva naturaleza ética sino que se sustenta en el

fundamento constitucional del servicio a la nación al que se deben todos los funcionarios y servidores públicos. (p. 407)

Respecto al bienes jurídicos protegidos por nuestra legislación penal, en cuanto al delito en comentario, Pariona (2017) manifiesta:

El bien jurídico genérico protegido en el delito colusión es el correcto funcionamiento de la administración pública. Los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas. También lo es el patrimonio administrado por el Estado. (p. 25)

En esa misma línea, en relación con el bien jurídico protegido por el delito de colusión, Salinas (2023) sostiene:

Asumiendo que el delito de colusión es uno de infracción de deber, el bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la administración pública que es manifestación material del Estado. Cuando por ejemplo, el sujeto público encargado de participar en la contratación de bienes para el Estado, infringiendo sus deberes funcionales pacta o se colude con el postor empresario para sobrevalorar el precio de los bienes objeto de contrato, la administración pública (Estado) en general se resiente y su funcionamiento deja de ser normal, pues al pagar sobreprecio deja de atender otros requerimientos de los administrados, debido a que se queda hasta sin presupuesto al haber pagado una diferencia que realmente no correspondía. (p. 353)

Por último, en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de colusión, en nuestro medio entre otros Pariona (2022) sostiene que:

El bien jurídico protegido es el criterio que permite garantizar la legitimidad de la intervención del derecho penal; por ende, se constituye en uno de sus pilares fundamentales -junto con los principios de fragmentariedad y de ultima ratio- para cuidar la aplicación racional y legítima del derecho penal. La vigencia de estos principios resulta de capital importancia en el ámbito de los delitos contra la administración pública, donde justamente, con frecuencia, se suele sancionar simples infracciones administrativas como delitos. Por ello, en el caso del delito de colusión, se debe reparar en que la razón de la sanción va más allá del solo incumplimiento de funciones o de la presencia de irregularidades administrativas. Aquí la sanción penal se legitima únicamente si está orientada a la protección del correcto funcionamiento de la administración pública, si se busca proteger la legalidad e imparcialidad en el ámbito de los procesos de contratación pública. En suma, la sanción se legitima solo si sanciona como delito la acción dolosa del funcionario público orientada a afectar los intereses patrimoniales mediante actos de concertación que afectan la legalidad e imparcialidad que deben primar en los procesos de contratación pública. (p. 91)

Por su parte, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 452-2020/Lima, del 28 de diciembre de 2021, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

El delito de colusión ilegal es un delito de infracción de deber, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la administración pública.

En su ámbito objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto. (p. 27)

Asimismo, en la sentencia de casación n.º 9-2018/Junín, del 26 de junio de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

El bien jurídico protegido en el delito de colusión -tipo penal de infracción- no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. El agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales. (p. 4)

**g. *Tipicidad subjetiva.***

En cuanto al elemento subjetivo, el ilícito penal en comentario requiere necesariamente que concurra el dolo para que pueda operar el delito, al respecto Rojas (2007) manifiesta:

Se necesita de dolo directo en el comportamiento activo, dadas las características del tipo penal. El concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual. El sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidades extraeconómicas que buscan perjudicar al Estado. si bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo si deberá de acreditarse el dolo directo del agente, tanto del negociador público oficial como del interesado, para poder imputarle responsabilidad penal a título de cómplice a este segundo interviniente. (p. 422)

Por otra parte, Pariona (2017), sostiene:

El dolo, como elemento subjetivo del tipo de colusión, requiere el conocimiento y la voluntad del agente orientada a la comisión del acto de concertación o defraudación. El funcionario público es consciente de que se aleja del cumplimiento de sus deberes especiales; su comportamiento no está orientado más a posibilitar el bienestar general como fin de la administración pública, sino que actúa orientado por su bienestar personal, satisfaciendo sus intereses particulares y perjudicando los del Estado. (p. 103)

As también, al respecto Salinas (2023) sostiene:

De la lectura del contenido del tipo penal, se concluye que tanto la colusión simple como la agravada son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente que conoce perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. No es relevante verificar si el agente actuó con la intención especial de obtener algún provecho patrimonial. (p. 372)

En cuanto a la tipicidad subjetiva del delito de colusión, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 791-2017/Junín, del 22 de agosto de 2018, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

La determinación de responsabilidades funcionales en el Informe de Verificación de Denuncias elaborado por la Oficina Regional de Control Huancayo de la Contraloría General de la República, las declaraciones testimoniales y de los Informes, Memorandos y Reportes respectivos, se acredita que la necesidad de

verificar la conformidad legal de las cartas fianzas previo al pago correspondiente, fue de conocimiento de los encausados, quienes además visaron el contrato con Consorcio Junín, y pese a ello concretaron el pago indebido al indicado Consorcio. Tal situación refleja un concierto punible, pues de otro modo no se explica que un dato esencial, y de necesario conocimiento por altos funcionarios regionales, como es el hecho de una Cooperativa no podía emitir cartas fianza y se pase por alto. El dolo (desde una perspectiva de atribución según sus competencias y simples máximas de experiencia) es patente. Además, las dos cartas fianzas tenían inconsistencias entre sí: los nombres no correspondían, los sellos no eran los mismos y las firmas eran distintas. (p. 1)

***D. Peculado.***

***a. Tipo penal.***

El ilícito penal de peculado se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 387º. 08 de abril de 1991 (Perú). Precepto normativo que prescribe “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)”.

***b. Tipicidad objetiva.***

En cuanto al ilícito penal de peculado, estipulado y sancionado por el precepto normativo de la 387º del código penal, entre otros Enco (2020), sostiene:

El delito de peculado doloso se configura cuando el funcionario o servidor se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción,

administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña dentro de la Administración Pública. Las motivaciones de la apropiación o la utilización, por lo general, responden a un interés del funcionario o servidor de procurarse un beneficio personal o para un tercero. Es irrelevante para este delito las motivaciones personales que condujeron al agente a cometer la acción; lo importante es evidenciar los actos de apropiación o utilización de los bienes del Estado. (p. 106)

Con lo que respecta a los elementos configurativos del ilícito de peculado, regulado por el precepto normativo de la 387° de nuestro código penal, Salinas (2019) sostiene:

El tipo penal del precepto de la 387° del código penal, regula el delito de peculado tanto en el supuesto doloso como culposo. Al delito de peculado doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña en la administración pública. En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado. (p. 406)

En la sentencia de casación n.° 442-2017/Ica, del 11 de diciembre de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en cuanto a la estructura típica del delito de peculado citando el acuerdo plenario n.° 4-2005-CJ/116, sostiene que:

[...] La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. c) Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o

bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. (pp. 6-7)

**c. *Relación funcional.***

En el acuerdo plenario n.º 4-2005-CJ/116, del 30 de setiembre de 2005, las Salas Penales de la Corte Suprema, sostienen que en el delito de peculado deben concurrir ciertos elementos para su configuración, entre otros:

Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. (p. 33)

En la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 1471-2012/Ica, del 14 de noviembre de 2013, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

El delito de peculado conforme a la descripción típica del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, sanciona al "...funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le esté confiado por razón de su cargo..." , de cuya estructura se desprende como elementos materiales del tipo, además de las modalidades de comisión y el destinatario, la existencia de una relación funcional entre el agente del delito y los caudales y efectos, así como la calidad de perceptor, administrador o custodio, que ha de contar el autor. En tal sentido, existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de

caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia. (pp. 3-4)

Por su parte, en la sentencia de casación n.º 506-2013/Puno, del 13 de setiembre 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, citando a Rojas (2016) sostiene:

(...) la relación funcional, admite dos interpretaciones: a) El funcionario tiene el control directo de los caudales o efectos (es el detentador material de los bienes, como el jefe de logística, el administrador que tiene la caja chica o el funcionario que está en contacto con el bien a efectos de brindar servicios). Ahí existe un control directo, una posesión directa del bien; b) El titular o funcionario de nivel no está en relación directa con los bienes ni los posee físicamente, o simplemente éstos no están en un determinado territorio que él administra. Sin embargo, posee una disposición jurídica de los bienes, entre ellos, el titular del pliego, el administrador, el jefe de logística que no necesariamente tiene a los bienes en un área específica, sino que desde su gerencia dispone que los bienes sean entregados a terceras o él mismo se los lleva. Utilizan su “poder de decisión”. (p. 11)

En la sentencia de casación n.º 131-2016/Callao, del 21 de marzo de 2017, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene que:

En cuanto al delito de peculado, previsto en el artículo 387, del Código Penal, constituye un presupuesto de imputación a título de autor, que exista una relación funcional entre el agente infractor del delito (funcionario o servidor público) y el objeto apropiado o utilizado. Esto significa que al momento de la comisión del delito tiene que existir una vinculación jurídica entre el agente y los caudales o efectos, por razón de los deberes o atribuciones de su cargo. No podemos olvidar

que el injusto de peculado es un delito de infracción del deber del funcionario o servidor público (deberes positivos). En ese sentido, ese deber extrapenal del funcionario o servidor público que lo vincula con la administración o custodia de los caudales o efectos tiene que estar contenido en la ley o reglamentos de corte administrativo, pues es indispensable que esa competencia funcional se encuentre plasmada para establecer la titularidad de dicha esfera. En consecuencia, para formular un cargo por el delito de peculado se tiene que demostrar la posesión jurídica del bien del Estado, por el funcionario o servidor público. (p. 6)

Así también, en la sentencia de casación n.º1527-2018/Tacna, del 05 de marzo de 2020, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

La vinculación funcional constituye la relación que tiene un servidor o funcionario público que cumple fines específicos en determinada entidad. Su naturaleza es la del desempeño de un servicio público, marcado por el principio de eficiencia en la asignación de recursos y el cumplimiento de los fines de la institución pública en la que labora. Todo funcionario o servidor público debe preferir el interés general por sobre el particular. (p. 1)

En cuanto a la relación funcional, que hace referencia el artículo 387º del código penal, esto es entre el funcionario o servidor público, y los caudales y efectos de la administración pública, Salinas (2023) sostiene:

El objeto del delito de peculado (caudales y efectos) debe estar confiado o, mejor, en posesión inmediata o mediata del sujeto activo debido al cargo que tiene asignado dentro de la administración pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto

este elemento no se verifica, el delito de peculado no se configura así haya evidente apropiación de los caudales del Estado y este resulte seriamente perjudicado en su patrimonio. (p. 429)

**d. Modalidades.**

En cuanto a las modalidades del delito de peculado, según lo estipulado en el precepto normativo del 387 de nuestro código penal, resulta que el peculado se comete por apropiación o utilización. Al respecto, en la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad n.º 615-2015/Lima, del 16 de agosto de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, sostiene que:

No puede haber apropiación o utilización propia de peculado si no hay relación funcional entre el sujeto activo y el patrimonio público. Sobre esta base se articulan las modalidades delictivas de comisión estipuladas en esta figura penal. La apropiación consiste en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos -el agente activo realiza actos de disposición como si fuera el dueño del bien, esto es, determinado por el animus domine: ejerce sobre él actos de dominio inconfundibles que justifica su tenencia-. La utilización estriba en que el agente se aprovecha de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. (pp. 14-15)

En la sentencia de casación n.º 131-2016/Callao, del 21 de marzo de 2017, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene que:

En ese sentido, podemos concluir que en el delito de peculado en la modalidad de utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se causó al Estado (que se requiere cuando se trata de la modalidad de peculado por apropiación), pues se sanciona al agente por usar el bien de la administración pública ilegalmente (y sin el ánimo apropiatorio), independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial. (p. 5)

Con lo que respecta al ilícito penal de peculado en la modalidad por apropiación, Rojas (2021) sostiene:

Que es caracterizado por el apoderamiento doloso de bienes públicos por parte del funcionario o servidor. Estos bienes públicos son del Estado o de particulares en disposición jurídica pública y se hallan confiados a los sujetos públicos para los usos y fines de ley. Algunas legislaciones penales configuran el peculado con base en el verbo rector «sustracción», lo que posibilita flexibilizar la vinculación funcional a hipótesis más amplias de delito (casos de España, Argentina). (p. 667)

En cuanto a la modalidad delictiva del delito de peculado en el supuesto de apropiación, entre otros en nuestra doctrina nacional Salinas (2023) sostiene:

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados debido al cargo que desempeña dentro de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El autor obra con animas *rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como

veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración. (p. 419)

Ahora en cuanto al peculado en la modalidad por utilización, Rojas (2021) argumenta “esta modalidad implica que el agente haga uso de bienes públicos en beneficio propio o de terceros. La verdadera voluntad es meramente de uso, no de apropiación” (p. 667).

En cuanto a la modalidad del peculado por utilización, entre otros en la doctrina nacional Salinas (2023) sostiene:

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el sujeto público no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del efecto o caudal público en su propio beneficio o en beneficio de tercero. (p. 420)

*e. Perjuicio patrimonial.*

En cuanto al perjuicio patrimonial en el delito de peculado, Salinas (2023) desarrolla que “la configuración del delito de peculado exige que, con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal” (p. 423). En nuestro medio la doctrina nacional, entre otros Vargas (2022) sostiene:

Con relación al perjuicio patrimonial a que si ello debe o no estar plenamente acreditado, hay un cierto has de incertidumbre en el sentido de que una parte de la doctrina —e incluso la propia jurisprudencia— indican que se requiere de una pericia técnica para considerar acreditada la lesión al patrimonio público. Mientras

que otro sector de la doctrina y la jurisprudencia niegan que el operador jurídico — quien tiene a cargo los actos de investigación— encamine a verificar dicho perjuicio. (p. 647)

Por otra parte, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 158-2017/Áncash, del 17 de enero de 2018, la Primera Sala Penal de la Corte Suprema citando la ejecutoria suprema del veintitrés de setiembre de dos mil ocho, señala que:

Se debe precisar que para la configuración del delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, desplegada por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal, aspecto que resulta importante, ya que si la pericia concluye que la conducta del procesado no ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se consuma al faltarle un elemento objetivo. En ese sentido, la ejecutoria suprema del veintitrés de setiembre de dos mil ocho, señala que: “constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito”. (pp. 6-7)

En la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 484-2014/Ayacucho, del 23 de abril de 2015, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, sostiene que:

Que los hechos submateria tienen una connotación especial, pues si bien para este Supremo Tribunal la ejecución o no de una pericia contable, no es determinante para establecer responsabilidades penales en el delito de peculado, en cualquiera de sus modalidades, en tanto, que el tipo penal comprendido en el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal o en el tipo base del artículo trescientos ochenta y siete del mencionado texto legal, no lo consideran como elemento del tipo ni hacen mención de este tipo de prueba. Lo acotado no es óbice para reconocer la jurisprudencia -no vinculante- que sí considera la necesidad de la existencia de estas pruebas -pericia contable- para establecer la responsabilidad penal del funcionario o servidor público de cometer este tipo de ilícitos penales, sobre todo, para determinar o establecer diferencias entre el dinero que ingresa o sale de las arcas del Estado; sin embargo, esta situación sólo se da cuando las circunstancias lo ameritan, siendo generalmente a casos en los que el servidor o funcionario cuestionado maneja directamente dinero -cajeros o tesoreros-, lo que no sucede en el caso. Las irregularidades en el manejo del caudal o efecto público también puede ser acreditado mediante la prueba indiciaria; de ahí, que no es indispensable la pericia contable, salvo la excepción acotada líneas arriba. (pp. 2-3)

En la sentencia de casación n.º 282-2018/Lambayeque, del 11 de julio de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

El cuestionamiento a la profesión de quien realizó la pericia con la que se determinó el perjuicio que padeció la administración pública tampoco es amparable, debido a que en el caso juzgado se evalúan compras de equipos de cómputo durante los años dos mil once y dos mil doce, y la pericia la efectuó un ingeniero informático, en la

que evaluó comparativamente los precios de los equipos de cómputo adquiridos, aspecto para el cual no se exigen conocimientos especiales y, por ello, no se puede calificar como errada o inválida dicha tasación; tanto más si el tipo penal de peculado, normativamente, no exige la acreditación del perjuicio patrimonial del Estado, toda vez que este es intrínseco a la apropiación o empleo de bienes públicos con fines privados. (pp. 5-6)

En la sentencia de casación n.º 131-2016/Callao, del 21 de marzo de 2017, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene que:

En ese sentido, podemos concluir que en el delito de peculado en la modalidad de utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se causó al Estado (que se requiere cuando se trata de la modalidad de peculado por apropiación), pues se sanciona al agente por usar el bien de la administración pública ilegalmente (y sin el ánimo apropiatorio), independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial. (p. 5)

Por último, en la sentencia de casación n.º 44-2021/Lima Sur, del 26 de octubre de 2021, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

Cabe precisar que en el caso concreto no es necesario la emisión de una pericia, debido a que existen medios de prueba que acreditan el monto exacto de la apropiación del dinero, no siendo indispensable la opinión de un experto en la materia. Asimismo, al haberse acreditado la apropiación del dinero, se evidencia que hubo perjuicio patrimonial y por tanto, se generó daño a la Municipalidad agraviada, siendo suficiente la documentación mencionada en los párrafos precedentes para acreditar lo antes señalado. (p. 11)

La fórmula legislativa contenido en el artículo 387° de nuestro código penal, que sanciona el ilícito penal de peculado, exige para que opere el tipo penal como elemento objetivo del delito la concurrencia de un perjuicio patrimonial, independientemente de que este sea acreditado mediante pericia especializada o mediante otros medios probatorios.

**f. Destinatario.**

En el acuerdo plenario n.º 4-2005-CJ/116, del 30 de setiembre de 2005, las Salas Penales de la Corte Suprema, sostienen que:

El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. (p. 3)

Por su parte, en la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad n.º 615-2015/Lima, del 16 de agosto de 2016, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en cuanto al destinatario sostiene que:

El destinatario, en el supuesto “para sí”, actúa por cuenta propia, apropiándose de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a tercero. En el supuesto “para otro” el agente activo realiza un acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final de tercero. (p. 15)

Al respecto Rojas (2007), en cuanto al destinatario del delito en comentario sostiene:

El sujeto activo puede actuar delictivamente por cuenta propia, esto es, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, o puede también cometer el delito para favorecer a terceros. El pronombre indefinido «otro» puede referirse a un

particular o a una Persona jurídica y, dentro de esta última, cabe la posibilidad que sea una Persona jurídica de derecho público. La posibilidad que el «para otro» se refiera a uno de los coautores desnaturalizaría el supuesto, Pues ello está ya subsumido en la variante «para sí», es decir, de tratarse de varios autores que cometen el peculado, el hecho que unos y no los demás sean los beneficiarios finales o de destino de los caudales o efectos no legitima efectuar tal razonamiento. (p. 494)

**g. Objeto material del delito**

Nuestro código penal utiliza las fórmulas legislativas caudales y efectos, así también en el acuerdo plenario 4-2005-CJ/116, del 30 de setiembre de 2005, las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República sostiene que en este tipo penal deben concurrir ciertos elementos para su configuración, entre otros hace referencia a los caudales y efectos.

Por su parte, en la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad n.º 615-2015/Lima, del 16 de agosto de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

Los “caudales” son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero.

Los “efectos” son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. (p. 15)

En cuanto a los caudales, Rojas (2007) sostiene:

Los caudales, en una conceptualización amplia, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En una acepción estricta, lo son sólo

los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero. (p. 479)

Respecto a los efectos, Rojas (2007) refiere que “efectos es un vocablo de ascendencia francesa que designa a los objetos, documentos y símbolos con representación económica” (p. 498).

***h. La percepción, administración y custodia.***

En el acuerdo plenario 4-2005-CJ/116, del 30 de septiembre de 2005, las Salas Penales de la Corte Suprema, sostiene que en el delito de peculado deben concurrir ciertos elementos para su configuración, entre otros hace referencia a la percepción, administración y custodia. Al respecto las Salas Penales de la Corte Suprema sostienen que:

La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. (p. 33)

Por su parte, en la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad n.º 615-2015/Lima, del 16 de agosto de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

(...) b) La percepción, administración y custodia. Conforme se ha referido en el párrafo anterior para configurarse el injusto de peculado resulta necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña, conforme se detalla a continuación: 1. Percepción. Hace referencia a

la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal en calidad de bienes públicos. 2. Administración. Implica la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. La administración de los caudales públicos por parte del autor tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas o mediatas con el caudal, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. 3. Custodia. Implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. En virtud a estas formas de posesión que el tipo penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, conducción y vigilancia (deber de garante), en razón de las obligaciones inherentes a su cargo sobre los bienes públicos. (pp. 13-14)

En cuanto a la percepción, administración y custodia, en la doctrinal nacional, entre otros Rojas (2007) define que:

Percepción. Se alude con este término a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes-extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos. Lo que resulta discutible es si los bienes de particulares que ingresan a la

administración pública en calidad de depósitos en garantía o para vigilancia pueden ser considerados bienes públicos y, por lo mismo, susceptibles de peculado. Administración. La posesión confiada al funcionario o servidor, en este caso, implica funciones activas de manejo y conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. Rigen aquí las reglas civiles extrapenales para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la administración pública, sean públicos o de particulares. Administran caudales y efectos los tesoreros, los almaceneros, los administradores judicialmente nombrados, los funcionarios o servidores del Banco de la Nación a cargo de los depósitos judiciales, etc. Custodia. Es la forma típica de posesión implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. Mediante tales formas de posesión que la ley penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia (deber de garante) en despliegue las obligaciones inherentes a su cargo. La infracción de tales deberes y su conversión en actos de relevancia penal consistentes en apropiarse o utilizar los bienes dejados en posesión, ponen en evidencia el quebrantamiento de los deberes funcionales por parte del sujeto activo para con la administración pública y su manifiesta voluntad

de lesionarla patrimonialmente con aprovechamiento material para sí mismo o para terceros. (pp. 488-489)

En cuanto a la custodia, en la sentencia de casación n.º 1765-2018/Lima, del 12 de octubre de 2021, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

La custodia importa la típica posesión, lo que a su vez conlleva a la protección, conservación y vigilancia debida por parte del funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. Mientras dichos caudales se encuentren en posesión de la entidad pública, se generan y mantienen los deberes de cautela, vigilancia y protección, lo cual no desconoce la finalidad misma de estos. Sostener lo contrario, deviene en un contrasentido que únicamente generaría desprotección de los acreedores finales de los citados caudales. (p. 1)

*i. Bien jurídico protegido.*

En cuanto al bien jurídico tutelado en el ilícito penal de peculado, Frisancho (2011) argumenta que “se protege el normal desarrollo de la Administración Pública que se vería afectado si se permite que los funcionarios dispongan ilegalmente de los bienes propios de la Administración” (p. 328). En el acuerdo plenario n.º 4-2005-CJ/116, del 30 de setiembre de 2005, las Salas Penales de la Corte Suprema sostiene que el delito de peculado es pluriofensivo, en razón a que:

El bien jurídico se desdobra en dos objetivos específicos merecedores de protección jurídico – penal: a) garantiza el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso de poder del que se

halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. (p. 32)

Así también, en la sentencia de casación n.º 1527-2018/Tacna, del 05 de marzo de 2020, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

El Estado es una entequeria y requiere de personas para poder ejecutar sus fines a través de una eficiente administración de sus recursos. Por ello, uno de los bienes jurídicos que protege el tipo penal de peculado es el ejercicio correcto de la función pública, que implica: i) el cumplimiento del principio de legalidad administrativa y ii) obrar con ética, lealtad y transparencia en la función que se desempeña. (pp. 7-8)

Por otra parte, en el acuerdo plenario 7-2019/CIJ-116, del 10 de setiembre de 2019, las Salas Penales de la Corte Suprema sostiene que:

En general el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública. En la doctrina nacional existen hasta tres posturas (dos de ellas son, la protección del patrimonio estatal y el ejercicio de las funciones públicas), pero como fruto del acuerdo concreto de la Corte Suprema surge la tercera teoría, en que el bien jurídico específico protegido es la no lesividad de intereses patrimoniales de la administración pública y la evitación del abuso de poder del funcionario o servidor público que no debe quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad (por tratarse de un delito pluriofensivo).

Entonces, por su naturaleza se puede concluir que no solo se reprime el apoderamiento del dinero (ánimo de lucro), sino el deber de la correcta gestión funcional (debida administración). (pp. 7-8)

Con lo que respecta al bien jurídico amparado por el ilícito penal de peculado, al respecto Vargas (2022) sostiene:

Hay bastante consenso en la doctrina nacional en considerar al bien jurídico tutelado por el derecho penal respecto a los ilícitos contra la Administración Pública y, con mayor énfasis, en el delito de peculado, de considerar, por un lado, un bien jurídico de protección general y otra más específica. En este caso, desde la perspectiva general, es el recto desarrollo de la Administración Pública; y, por otro lado, respecto al bien jurídico específico, se pretende tutelar el patrimonio del Estado confiado al funcionario o servidor público para su correcta administración y custodia del mismo. (p. 653)

***j. Tipicidad subjetiva.***

En cuanto al elemento subjetivo del delito de peculado el legislador ha determinado que se puede perpetrar dolosa o culposamente (Frisancho, 2011, p. 336). Al respecto Salinas (2023) sostiene:

El peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de no lesionar el patrimonio del Estado; en consecuencia, tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados por su cargo. No obstante, voluntariamente actúa, es decir, voluntariamente infringe y lesiona el

deber de no lesividad impuesto. Es obvio que la conducta del cómplice también es dolosa. No es posible complicidad culposa. (p. 466)

Así también, la doctrina nacional entre otros Rojas (2007) citando a Abanto refiere que:

El peculado en análisis es doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia pública. El dolo exigible para consumir el tipo es el dolo eventual al no requerir el tipo ningún propósito especial o la presencia de algún reforzante subjetivo, como el a sabiendas, el ánimo de lucro o la finalidad de enriquecimiento. Componentes los dos últimos que si bien no son requeribles para perfeccionar tipicidad sin embargo están presentes en la naturaleza del hecho delictivo. (p. 500)

Por su parte, en la sentencia de casación n.º 506-2013/Puno, del 13 de setiembre de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

Siendo el delito de Peculado de carácter doloso, este último factor subjetivo (dolo) no ha sido debidamente acreditado. La sentencia de vista no ha determinado que las imputadas hayan tenido pleno conocimiento, acerca de que la cómplice primaria se apropiaría, finalmente, del combustible faltante. (p. 1)

Asimismo, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 2390-2017/Áncash, del 23 de abril de 2018, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

La razón criminológica del tipo penal de peculado -que se condice esencialmente con el fenómeno de la corrupción- la constituye el aprovechamiento del poder en

beneficio privado del funcionario, el cual, en el presente caso, no fue acreditado por el representante del Ministerio Público. Únicamente se hace referencia a una conducta objetiva, esto es, el incremento objetivo que estuvo directamente reglamentado y no se hizo un análisis del tipo subjetivo o afán doloso de apropiación que determine y delimite el momento de comisión de un supuesto típico de peculado con la comisión de una infracción administrativa. Tanto más si los mencionados honorarios no exceden el monto previsto en la “Nota a)” del decreto supremo sub iudice, que establece: “En ningún caso el ingreso máximo mensual total por todo concepto, incluido las citadas asignaciones adicionales, podrá exceder de once mil cincuenta soles”. Por tanto, la causa imputada, declarada probada durante los debates orales, si bien es ilícita a nivel administrativo, no es delictiva; por tanto, corresponde que sea revocada y el reproche de antijuridicidad también queda desestimado. (p. 12)

Por último, en la sentencia de apelación recaído en el expediente n.º 89-2014-30, del 21 de agosto de 2017, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional sostiene “a nivel subjetivo, este delito en su modalidad básica comprende una estructura dolosa, además del elemento subjetivo de querer apropiarse de los caudales o efectos que le son confiados (*animus rem sibi habendi*)”. (p. 108)

### ***E. Malversación.***

#### ***a. Tipo penal.***

El ilícito penal de malversación se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 389º. 08 de abril de 1991 (Perú). En el precepto normativa se prescribe “El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una

aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada (...)

**b. Tipicidad objetiva.**

“Los funcionarios y servidores públicos, que administran y perciben fondos estatales, tienen el deber de resguardar su intangibilidad” (Peña Cabrera, 2022, p. 487). “El delito de malversación de fondos busca proteger el adecuado manejo de los fondos públicos a través de la sanción penal en contra de aquel funcionario que se atreva a darle un destino diferente a lo previsto por la ley” (Enco, 2020, p. 176). En ese mismo sentido, Arismendiz (2018), indica lo siguiente:

El delito de malversación de fondos, resulta ser un tipo penal complejo, por la misma pluralidad de elementos que contiene, es decir, contiene elementos descriptivos que precisan la conducta prohibida a nivel del tipo objetivo, en este caso, el sujeto cualificado le otorga una aplicación definitiva y diferente al dinero o bienes que administra, de la misma manera, se consigna la existencia de un perjuicio concreto, es decir, la afectación al servicio o la función encomendada (p. 528).

Como se puede observar, el tipo penal de malversación de fondos busca preservar el principio de legalidad presupuestaria en los distintos ámbitos de la administración pública; en cuanto al ilícito en mención Vilchez (2021), refiere:

El delito de malversación (...) castiga una conducta que supone una aplicación distinta de un dinero público que se mantiene o aplica en un nivel público. Y, por otro lado, la consecuencia jurídica aplicable no parece ir en el sentido de acompañar

una conducta especialmente desvalorada: donde se requiere no solo a un funcionario público, sino también una relación funcional y una afectación al servicio o función. (p. 360)

En la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 1791-2012/Ancash, del 14 de enero de 2014, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, sostiene que:

(...) b) exige para su configuración, “en primer lugar, un cambio de destino — siempre dentro del ámbito público, de los involucrados; en segundo lugar, que este cambio sea definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de los bienes desviados; y, en tercer lugar, como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función encomendada, esto es, que peligre la ejecución del servicio o función pública, se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta” [Recurso de nulidad número dos mil trescientos treinta y uno guión dos mil dos Arequipa, del siete de septiembre de dos mil cuatro). (pp. 5-6)

Para que pueda tipificarse el delito de malversación de fondos se requiere la concurrencia de elementos configurativos que puedan dar tipicidad a la conducta realizada por el sujeto activo. El delito se tipifica cuando el agente público utiliza el dinero o bienes de manera definitiva para fines distintos de aquellos a los que estaban destinados, dañando o poniendo en peligro el servicio público o la función pública que le ha sido encomendada. De la definición anterior se desprende claramente que la estructura típica del delito de malversación de fondos debe incluir varios elementos objetivos.

*c. Dineros o bienes del Estado.*

En cuanto al objeto del ilícito penal de malversación, de la descripción del tipo penal contenida en el precepto normativo de la 389° del código penal comprende el dinero o bienes, al respecto Rojas (2007) sostiene:

El sujeto activo debe poseer en administración el dinero y/o los bienes (muebles e inmuebles) públicos de procedencia estatal o panicular. Abona esta tesis el hecho de que la norma penal haya empleado la frase «destino oficial diferente». La ley penal no requiere de percepción o custodia, tan sólo de administración, y ello supone que el sujeto activo además de poseer los fondos tiene facultades legales de disposición de los mismos, de conformidad con los planes trazados por la administración pública. Y es esta facultad lo que posibilita imputarle penalmente responsabilidad penal, si es que dicha disposición de fondos públicos viola o transgrede el destino oficial asignado; siendo ello una expresión de abuso de poder o de autoridad. (p. 551)

Asimismo, en nuestro medio Reátegui (2023) sostiene:

El tipo penal identifica sólo dos formas tangibles de los elementos materiales del delito: el dinero y los bienes. En el mercado, el dinero debe ser un instrumento auténtico y eficaz tanto para la compra como para la venta de bienes y servicios. Los bienes, pueden ser bienes inmuebles o muebles. (p. 394)

Por otra parte, en nuestro medio Salinas (2023) sostiene:

A diferencia del artículo 387 CP, el artículo 389 se refiere a «dinero o bienes» del Estado como el objeto del delito. En cuanto a dinero, no hay inconveniente en su

entendimiento. Todos sabemos en qué consiste el dinero. El problema de interpretación se presenta respecto a los bienes. Hay bienes con valor económico y otros que no tienen valor. A efectos del delito, en hermenéutica jurídica, se entiende que los bienes a que hace referencia el tipo penal son los que tienen valor económico. El valor económico puede incluso ser mínimo. (pp. 506-507)

Por último, aparte de los doctrinarios nacionales mencionados, en nuestro medio Caballero (2022b) sostiene que:

El objeto del delito en comentario comprende el dinero o bienes. En cuando al primero no requiere mayor analizas, ya que se endiente de su contenido; en cambio respecto al segundo, se entiendo que los bienes a los que hace referencia el tipo penal, son las que tienen valor económico. De la descripción del delito de malversación se evidencia que el dinero o los bienes objeto del delito, deber estar confiados al agente público por lo que cumple funciones de administrador al interior de la administración pública, es decir, debe evidenciarse la relación función del sujeto activo con el objeto del delito. (p. 28)

**d. *La relación funcional del dinero o bienes.***

Conforme se tiene de la formula legislativa del precepto normativo de la 389° del código penal, para que pueda dar el ilícito penal de malversación entro otros requiere la relación funcional; es decir, que el agente público actúe como administrador del dinero o bienes de la administración pública. Conforme se ha indicado, el agente público debe tener la calidad de administrador, es decir, debe poseer facultades de disponer del dinero o de los bienes públicos para emplearlos a fines legalmente establecidos (Caballero, 2022a, p. 64). Al respecto Rojas (2007) sostiene que:

Quien malversa fondos del Estado (dinero y bienes) sólo puede ser el funcionario o servidor vinculado funcionalmente con dichos fondos; dicha vinculación es de carácter legal, no exclusivamente en función al cargo, puede ser también Por delegación de funciones o Por mandato de autoridad competente. En este marco de interpretación se puede apreciar que si bien la vinculación funcional es más estricta que en el peculado y en la colusión desleal sin embargo las fuentes de origen de dicha vinculación se amplían para dar cabida a un rango más amplio de comportamientos ilícitos, ya no sólo derivados por razón del cargo. (p. 551)

Por otra parte, en nuestro medio haciendo referencia a la formula legislativa del precepto normativo de la 389° del código penal, Vargas (2022) sostiene:

Por lo que, conforme al mandato legal de la relación funcional que debe verificarse en la conducta del agente activo, lo que se quiere exigir es que los bienes públicos (objeto del delito), se encuentren bajo la esfera de protección del agente activo, pero siempre en virtud de los deberes especiales que como funcionario del Estado se le ha confiado. (p. 704)

Por otra parte, en cuanto a la relación funcional del delito en comentario, Salinas (2023) sostiene:

De la naturaleza del delito de malversación de fondos públicos se desprende que el dinero, o bienes del Estado objeto de la conducta típica, debe estar confiado o mejor en posesión inmediata o mediata del sujeto activo debido a que cumple la función de administrador de tales fondos al interior de la administración pública. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito en hermenéutica jurídica no

se configura así haya evidente aplicación diferente del destino normal de los fondos públicos. (p. 507)

En la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 2117-2013/Lambayeque, del 22 de enero de 2015, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

Que es importante precisar que el delito de malversación de fondos, en su perspectiva objetiva, requiere de la existencia de una relación funcional; esto es, que el dinero público debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata (disposición funcional o jurídica) del agente en razón de que este último cumple la función de administrador de ellos al interior de la Administración Pública. Administrar, a su vez, es una función que importa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas. (p. 2)

*e. Dar aplicación diferente a la destinada.*

En cuanto al elemento del tipo penal dar una aplicación diferente a la destinada, Rojas (2007) sostiene:

Dar aplicación diferente es, así, invertir mal o destinar indebidamente los fondos públicos que le han sido asignados y administra el sujeto activo. El ámbito de la aplicación diferente puede incluir tanto malversaciones producidas al interior de la repartición o unidad administrativa, como las producidas fuera de la repartición con la condición que sigan dentro de la esfera pública. un ejemplo del primero es cuando se toma dinero del Programa del Vaso de Leche para pagar planillas de los trabajadores de una determinada Municipalidad; y en el segundo caso cuando se destinan fondos de una empresa estatal para refaccionar locales de un Ministerio, o

cuando se desplazan dineros del canon petrolero correspondientes al departamento de Tumbes, para ayudar a paliar los efectos de un desastre en el Cusco. Existe sin embargo un ámbito de redefinición, conforme a lo establecido en las normas legales sobre la materia, que conceden facultades a los funcionarios de decisión a efectos de que reasignen o autoricen la reestructuración de determinadas partidas en casos excepcionales. (pp. 552-55)

Por otra parte, en cuanto a este elemento del delito de malversación, Salinas (2023) sostiene:

Otro elemento objetivo del delito de malversación lo constituye la circunstancia de dar al dinero o bienes públicos destino definitivo diferente al establecido previamente en leyes presupuestales, reglamentos, decretos, ordenanzas municipales o resoluciones administrativas de autoridad competente. El agente en lugar de aplicar o invertir el dinero o bienes públicos que administra en las actividades del Estado, para las cuales estaban destinadas, los utiliza, aplica o invierte en actividades estatales diferentes a las establecidas. (p. 509)

Por último, al respecto en similar posición Caballero (2022b) sostiene que:

Otro elemento del delito constituye dar al dinero o bienes públicos destino definitivo diferente a lo establecido en las leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas o resoluciones presupuestarias, en la que el agente público en lugar de aplicar el dinero o bienes para la que estaba destinado, los utiliza en actividades estatales diferentes a lo previamente estipulado. (p. 28)

Por su parte, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 544-2018/Lima Norte, del 04 de julio de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

Como se indicó en la ejecutoria suprema que concedió el presente recurso, la finalidad era analizar la interpretación realizada en la sentencia de vista respecto al resultado típico de afectación al servicio, mas no sobre “la aplicación definitiva diferente”, que es un elemento distinto del tipo legal en análisis. No obstante, corresponde precisar que, aunque (como se desprende del artículo 389 del Código Penal) el resultado típico (afectación de servicio) necesariamente debe ser consecuencia de la acción previa (aplicación definitiva diferente de fondos públicos), el proceso de valoración de ambos elementos ha de realizarse de manera específica y diferenciada. (p. 5)

***f. Afectación al servicio o función pública encomendada.***

Otro de los elementos del ilícito penal de malversación es la afectación al servicio o función públicas encomendadas, al respecto Pariona (2019) sostiene:

La incorporación del elemento “afectación al servicio o la función encomendada” como parte del tipo penal se dio mediante la Ley 27151, de fecha 07 de julio de 1999. Mediante esta reforma legislativa se limitó el ámbito del comportamiento punible, a aquellos casos de malversación donde se producía una real y efectiva afectación del servicio o función pública. En ese sentido, la norma exige para la configuración del delito que exista un resultado o consecuencia delictiva producto de la conducta del agente que genere la afectación del servicio o la función encomendada. (pp. 201-202)

Así también, en nuestro medio en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de malversación Rojas (2021) sostiene:

La afectación al servicio o la función encomendada se entiende en sede de la partida de donde se desvió el dinero o bienes, y cuyos destinos funcionales resultan afectados. Obviamente que una interpretación gramatical y simplista del concepto afectación puede llevar a excesos en la evaluación de dicho componente del tipo, siendo, por lo tanto, necesario incluir criterios de lesividad real que comprometan seriamente la funcionalidad de los servicios y la función pública, con lo cual se estará colocando un nivel de filtro a la represión de la malversación de fondos, aunada a la definitividad de la aplicación diferente, que confirman la tesis que se ha racionalizado la punición del delito, apostando la política criminal por un Derecho Penal mínimo. (p. 827)

Por otra parte, en cuanto a este elemento del ilícito penal, Salinas (2023) sostiene:

El elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica lo constituye sin duda la afectación o perjuicio al servicio o a la función pública encomendada como resultado de la conducta indebida del agente. Es decir, la conducta del agente de dar destino público definitivo diferente a lo establecido previamente debe lesionar o afectar el servicio o la función pública encomendada. (p. 511)

Por último, respecto al elemento del tipo penal en comentario, Caballero (2022a) sostiene:

La afectación al servicio o función encomendada constituye el elemento trascendental del tipo penal de malversación, por lo que la conducta del agente

público (dar un destino definitivo diferente al dinero o los bienes) debe lesionar o afectar el servicio o función encomendada. (pp. 64-65)

Por su parte, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 544-2018/Lima Norte, del 04 de julio de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

Esta Corte Suprema considera pertinente precisar que el resultado típico —afectación al servicio— constituye un elemento necesario para la configuración del delito ya que antes de la modificación introducida con la Ley número 27151, constituía solo una agravante del tipo de malversación de fondos. En tal sentido, se han emitido pronunciamientos que delimitan su contenido, ya que este elemento determina precisamente si una desviación ilegal de fondos públicos, con aplicación definitiva y diferente, constituye (o no) el delito de malversación de fondos (ya que no basta que se acredite el empleo distinto de fondos públicos para configurar el delito). (p. 5)

Por último, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 1589-2015/Junín, del 08 de junio de 2018, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene que:

El delito materia de pronunciamiento, previsto en el artículo 389 del Código Penal, sanciona al “funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada”. De aquí podemos extraer que la afectación al servicio o la función encomendada constituye una condición objetiva de punibilidad, sin la cual la conducta imputada no puede ser merecedora de sanción; ello es así, en virtud de un derecho penal mínimo, el cual requiere necesariamente

incluir criterios de lesividad real e inminente que comprometan seriamente la funcionalidad de los servicios y la función pública. (p. 3)

**g. *Bien jurídico protegido.***

Con lo que respecta al bien jurídico amparado por el ilícito penal de malversación, el profesor Frisancho (2011) citando a Buompadre sostiene que:

El bien jurídico genéricamente protegido es el normal desenvolvimiento de la Administración pública, pero, en el caso de la malversación de fondos, se vulnera, específicamente, el orden legal que rige las inversiones de la renta pública. Por esta razón, la esencia del delito de malversación radica, también; en la infracción del deber de fidelidad que incumbe al funcionario público. Se trata de un quebrantamiento de la fidelidad del funcionario a la ley que determina los destinos de los fondos públicos. (p. 345)

Así también, en cuando al bien jurídico protegido por el delito de malversación, entre otros Pariona (2019) sostiene:

El bien jurídico tutelado por el tipo penal del delito de malversación de fondos del artículo 389° del Código Penal, de manera general, es el correcto funcionamiento de la administración pública. Se protege, de forma específica, la adecuada administración y aplicación de los fondos públicos. Además, se protege la racional organización y utilización de los recursos presupuestales destinados para la prestación de bienes y servicios públicos establecidos por ley. (p. 198)

Respecto al bien jurídico amparado por el ilícito penal de malversación, Caballero (2022a) sostiene en cuanto al bien jurídico salvaguardado “la norma penal de modo genérico

protege el correcto y buen funcionamiento de la administración pública; y de modo específico se busca preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicas” (p. 65).

Por su parte, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 1791-2012/Ancash, del 14 de enero de 2014, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema citando a Peña Cabrera (2011) sostiene:

Que el bien jurídico tutelado, para algunos autores es la legalidad del ejercicio presupuestal, de que los estamentos públicos ejecuten su presupuesto conforme a los lineamientos previstos en la Ley y la constitución, garantizando el correcto funcionamiento de la administración pública, por ese motivo algunos autores sostienen que “lo que protege la norma no es ya ni el peculio ni la posibilidad de disposición de los bienes de los cuales es titular, por parte de la administración, sino lo que se tutela aquí es la eficacia, la buena marcha y, en una palabra, la disciplina y organización no solo en la ejecución del gasto, sino en la utilización de los bienes, por parte de los servidores públicos, a quienes se sanciona, dentro del campo jurídico penal, aun cuando lo hagan en beneficio y para lucro de la administración. (p. 5)

Asimismo, en el voto dirimente de la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 2355-2016/Ancash, del 07 de febrero de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

Este delito tiene un interés jurídico protegido de carácter supraindividual y funcional. Se concreta en el crecimiento eficiente de la administración pública y se refiere específicamente a la integridad del funcionamiento de la actividad

patrimonial del Estado para que éste alcance sus fines propios (gestión adecuada del patrimonio público). En pocas palabras, garantiza que los fondos u otros activos públicos puestos a disposición del funcionario público se gestionen de acuerdo con los objetivos especificados por la legislación, sus obligaciones de objetividad e imparcialidad y los fundamentos del Estado de Derecho. (p. 6)

***h. Tipicidad subjetiva.***

En cuanto al elemento subjetivo del delito de malversación, conforme a la descripción del tipo penal contenida en el supuesto de hecho de la norma penal, se verifica que esta es eminentemente dolosa. Al respecto Peña Cabrera (2022) sostiene:

El agente dispone una aplicación final (ilegal) de fondos o bienes públicos, sabiendo que al hacerlo perjudicará la legalidad del presupuesto. Esta es la base de la criminalidad del delito de malversación de fondos, que está supeditada a la intención, conciencia y voluntad de realización típica del agente. (p. 501)

Asimismo, en cuanto al elemento subjetivo del delito en comentario Reátegui (2023) sostiene:

La comisión del delito de malversación de fondos solo se puede cometer mediante la modalidad dolosa. En efecto, el dolo debe comprender conocimiento de que el sujeto es un funcionario o servidor público, debe conocer que lo que está administrando son dineros o bienes, debe conocer que a dicho dinero o bienes se dé una aplicación definitiva diversa de aquello a lo que estaba destinado. (pp. 498-499)

Por otra parte, en nuestro medio en cuanto al elemento subjetivo del delito de malversación Rojas (2021) sostiene:

El tipo es doloso, la ley penal nacional no castiga las formas culposas de malversación, lo cual significa que el sujeto activo tenga conocimiento, en su actuar voluntario, del fin o destino indebido y definitivo que está dando a los bienes y dinero, infringiendo sus deberes, y, por lo mismo, que existía un destino debido de aplicación de los fondos que él quebranta o burla. Se trata en no pocas ocasiones de la presencia de lo que los romanos llamaban «*dolus bonum*» (dolo bueno), pero que la norma penal peruana igual castiga. (p. 830)

Así también, en nuestra la doctrina nacional entre otros Salinas (2023) sostiene que:

El delito de malversación es un delito solo de comisión dolosa, por lo que no cabe la comisión por culpa. En consecuencia, requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de administrar y aplicar el dinero o bienes del Estado confiados a su cargo al destino previamente establecido; no obstante, voluntariamente decide darles una aplicación diferente definitiva a la establecida, ocasionando con tal proceder una afectación al servicio o función encomendada. (p. 523)

Por último, comentando el elemento subjetivo del tipo penal de malversación, en nuestro medio Pariona (2019) sostiene:

El delito de malversación de fondos contenido en el artículo 389° del Código Penal es un delito doloso, por lo que no es posible su comisión culposa. Para la configuración del dolo se requiere que el sujeto activo tenga el conocimiento del

deber de probidad de administrar el dinero o bienes del Estado que en razón de su cargo le está conferido, y, la intención de desviarlos o usarlos para fines distintos a lo establecido por ley. Además, por la propia configuración del tipo penal, sólo es posible su comisión mediante dolo directo. Se descarta el dolo eventual. (p. 202)

***F. Retardo injustificado de pago.***

***a. Tipo penal.***

El ilícito penal de retardo injustificado de pago se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 390. 08 de abril de 1991 (Perú). Precepto normativo que prescribe “El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente (...)”.

***b. Tipicidad objetiva.***

En cuanto al ilícito penal de retardo injustificado de pago, previsto y sancionado en el precepto normativo de la 390º del código penal, Reátegui (2023) sostiene:

El delito de retardo injustificado de pago es definido como el hecho punible, bajo los alcances del artículo 390 del CP peruano, que mantiene vinculación delictiva con los tipos penales de peculado, en el sentido de que el agente administra fondos públicos, es decir, tiene que existir una vinculación funcional entre el autor y el objeto material, característico de estos injustos penales, en cuyo caso no puede tratarse de cualquier funcionario o servidor público, sino solo aquellos que se encuentran revestidos con cierto poder funcional. (p. 509)

Así también, en cuanto del tipo penal en comentario, se tiene lo manifestado por Peña Cabrera (2021), quien sostiene:

El legislador ha tipificado el delito de «retardo injustificado de pago», bajo los alcances normativos del artículo 390 del CP, mediando una vinculación delictiva con los tipos penales de peculado, en el sentido de que el agente (*intrinsecus*) administra fondos públicos, es decir, media una vinculación funcional entre el autor y el objeto material, característico de estos injustos funcionariales. (p. 504)

Por último, en nuestro medio en cuanto al tipo penal en comentario, delito de retardo injustificado de pago, Salinas (2023) sostiene que:

A partir del concepto mismo del hecho punible en hermenéutica jurídica, se evidencia que es necesaria la concurrencia de elementos objetivos para su configuración. Si en un caso concreto se verifica que falta o no concurre alguno de los elementos objetivos que luego analizaremos, la conducta típica no se configura.

Los elementos objetivos son los siguientes: fondos expeditos, demora en el actuar del agente, conducta injustificada y pagos ordinarios o decretados por autoridad competente, bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo. Veamos en forma breve en qué consiste cada uno de estos elementos. (p. 530)

**c. *Fondos expeditos.***

En cuanto a este elemento del tipo penal citando a Creus el profesor Reátegui (2023) argumenta que “estar los fondos expeditos implica que dichos caudales se hallen en situación de disponibilidad inmediata para el pago en situación de suficiencia y, en tiempo debido” (p. 515). Al respecto Vargas (2022) sostiene:

¿Qué se entiende por fondos expeditos? Al respecto, por fondos entiéndase que con ello se hace alusión a dinero. Es así, se refiere a caudales públicos, que es

específicamente dinero de las arcas del Estado. En cambio, por: «fondos expeditos», debe entenderse a la disponibilidad de estos. Por tanto, estas nociones nos conllevan a repensar que alguien no puede disponer de algo que no tiene o no se halle en una situación de disponibilidad. No se puede dar de lo que no se tiene. (p. 714)

Así también, en cuanto a este elemento del tipo penal en comentario Rojas (2007) citando a Creus sostiene:

El término «fondos» alude a dinero. Estar los fondos expeditos implica que dichos caudales se hallen en situación de disponibilidad inmediata para el pago en situación de suficiencia y en tiempo debido. Sí existen fondos en la caja fiscal, pero están destinados a otros pagos u otros destinos, obviamente que no existirá tipicidad delictiva de demora de pagos. Si es que hay carencia de fondos, faltará un elemento del tipo, no pudiéndose configurar por lo mismo delito. La tenencia de los fondos en poder o bajo la responsabilidad del funcionario o servidor supone la existencia previa de asignaciones de dinero. (p. 566)

Por último, en nuestro medio respecto al elemento del tipo penal mencionado Salinas (2023) sostiene:

El primer elemento objetivo para la configuración del delito lo constituye la verificación de la existencia de fondos disponibles o expeditos. Esto significa que el agente, ya sea funcionario o servidor público, debe conocer y saber que tiene a su disposición caudales públicos (bienes o dinero) para cumplir con su obligación inmediata de hacer los pagos ordinarios o pagos decretados por autoridad competente. (p. 530)

**d. Demora en el actuar del agente.**

En cuanto a este elemento del tipo penal, citando a Creus el profesor Peña Cabrera (2022) argumenta que “la demora puede consistir en no efectuar el pago cuando es el mismo funcionario el que debe realizarlo, o en no dar la orden de pagar cuando lo efectuar otro, mediando ese requisito” (p. 507). Al respecto Reátegui (2023) sostiene:

El primer punto a saber es que la conducción típica hace alusión a una “omisión” al señalarse que el autor debe incurrir en demora injustificada de un pago ordinario o decretado por la autoridad competente; el agente, por tanto, no cumple con el mandato de legalidad, no hace lo que la ley o la autoridad le exige realizar, tomando lugar el pago de forma extemporánea (demora); valorización que ha de tomar lugar desde un plano normativo y no naturalístico. (p. 514)

Por último, en nuestro medio en cuanto al elemento del tipo penal en comentario Salinas (2023) sostiene:

Otro elemento importante es la demora con que actúa el agente ante el requerimiento de pago que le hace la víctima. Demorar significa que el agente retarda el cumplimiento de su obligación de hacer los pagos requeridos pese a tener conocimiento de que cuenta con fondos disponibles para tal efecto. El agente sin explicación razonable ni justificada detiene en forma momentánea los montos de los pagos que normalmente debiera efectuar a favor de los administrados. (p. 531)

**e. Conducta injustificada.**

Otro de los elementos configurativos del ilícito penal de retardo injustificado de pago, constituye el elemento conducta injustificada, al respecto Rojas (2021) sostiene:

El empleo de este elemento normativo que acompaña a la demora significa en sentido amplio que, existiendo fondos expedidos, no deba existir ninguna razón de hecho o legal (de las indicadas en el artículo 20 del Código Penal: fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad competente, obediencia debida, disposición legal) que justifique la demora, pues, de existir la conducta o actitud del funcionario o servidor, no constituirá delito. (p. 844)

Por otra parte, en nuestro medio en cuanto al elemento conducta injustificada del delito en comentario, Salinas (2023) sostiene que:

Para que este retardo pueda considerarse delito objeto de análisis, debe ser injustificada, es decir, la actuación del agente debe carecer de toda razón plausible. La única razón de su comportamiento caprichoso es que actúa con la intención de perjudicar a la víctima; en otras situaciones, el agente podría tener la intención de hacer un mal uso de ese dinero. (p. 531)

***f. Pagos ordinarios o decretados por autoridad competente.***

En cuanto a este elemento del tipo penal en comentarios, el profesor Salinas (2023) argumenta que “El pago o pagos regulares ordenados por la autoridad competente deben ser objeto del retraso injustificable. Si el agente retrasa injustificadamente el cumplimiento de cualquier otra obligación, no se aplica esta infracción” (p. 531).

En cuanto a los pagos ordinarios o decretados, elemento del delito de retardo injustificado, en la doctrina nacional Rojas (2021) citando a Creus sostiene que:

Pagos ordinarios son aquellos que las reparticiones públicas efectúan de forma regular y periódicamente de acuerdo con sus presupuestos u otra fijación previa

(sueldos, salarios) y los tiempos de pago. No lo son los pagos extraordinarios o especiales, que se salen de las exigencias del tipo penal. Pagos decretados por autoridad administrativa competente son los dispuestos por resolución especial del funcionario en específicas relaciones jurídicas (pagos a proveedores, pagos con certificados de obras, orden de pago dispuesto en juicio, pagos al contribuyente a quien se devuelve tributos pagados en demasía o mal acotados, etc.). Abarca ello también a los pagos ordenados por autoridad judicial. (p. 842)

Por último, en cuanto a este elemento del ilícito penal de retardo injustificado de pago Reátegui (2023) sostiene:

El pago ordinario es aquel que la administración está habitualmente dispuesta a efectuar en el marco de la realización normal de sus actividades. Pago ordinario puede ser, por ejemplo, el de un municipio que puede demorar el pago e incurrir en un hecho ilícito, el tesorero que teniendo fondos expeditos lo retarda de forma injustificada. Asimismo, v gr., el pago de los haberes mensuales de los trabajadores, de los impuestos así como de otra obligación pecuniaria que de forma periódica debe honrar con terceros.

El pago decretado por la autoridad competente importa la expedición de una resolución administrativa o jurisdiccional que obligue al funcionario a realizar el pago correspondiente, intimación que debe proceder de una autoridad legalmente competente para exigir cualquier tipo de pago. (p.516)

**g. *Bien jurídico protegido.***

Con lo que respecta al bien jurídico amparado por el ilícito penal de retador injustificado, Frisancho (2011) sostiene:

Es el normal desarrollo de la Administración Pública que se ve afectado en la fluidez de los actos administrativos ordenados por las autoridades competentes. En este caso., como en las otras figuras analizadas, no se tutela la administración en su conjunto orgánico ni su dignidad o prestigio, sino la función pública como actividad de prestación a los administrados. (p.351)

Por otro lado, en nuestro medio, respecto del bien jurídico tutelado por la norma penal en el delito de retardo injustificado de pago, Salinas (2023) sostiene:

El bien jurídico protegido de modo genérico es el correcto y buen funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos, incluidos los mismos funcionarios o servidores públicos. De modo específico, consideramos que se pretende proteger la buena imagen de la administración pública, pues, si el agente demora en forma arbitraria los pagos debidos, el beneficiario y los demás ciudadanos se referirán en malos términos respecto de la administración. Se lesiona directamente los principios de probidad y diligencia de los sujetos públicos que trabajan dentro de la administración. (p. 532)

***h. Tipicidad subjetiva.***

Este es un delito de perfil doloso en el que no cabe la comisión por culpa (Vargas, 2022, p. 719). Frisancho (2011) sostiene que es un delito que sólo puede cometerse con dolo. El sujeto activo pese a saber que existen fondos expeditos para pagar, y tener la posibilidad de realizarlo, demora el pago (p. 353). Así también, en cuanto a este elemento configurativo del tipo penal en comentario, Rojas (2007) refiere que:

La existencia del dolo es lo que va a permitir diferenciar este supuesto de hecho de una falta o irregularidad administrativa. El sujeto activo conociendo lo indebido e injustificado de su comportamiento, demora arbitrariamente (o no dispone) los pagos. sus propósitos pueden ser múltiples pero todos ilegales. El tipo requiere de dolo directo. (p. 567)

Asimismo, en nuestro medio al doctrinal nación, entre otros Reátegui (2023) sostiene:

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal en cuanto a la exigencia del pago ordinario o decretado por la autoridad competente; un equívoco sobre cualquiera de dichos aspectos ha de ser calificado como error de tipo. (p. 517)

Por último, en cuanto al elemento subjetivo del ilícito penal en referencia, Salinas (2023) sostiene:

De la construcción del tipo penal, se evidencia que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa o negligencia de parte del agente. El agente siempre funcionario o servidor público conociendo que tiene la obligación de hacer los pagos requeridos y conociendo también que cuenta para ello con fondos disponibles, voluntariamente y en forma inexplicable retarda hacerlos. (p. 533)

## ***G. Cohecho pasivo propio.***

### ***a. Tipo penal.***

El ilícito penal de cohecho pasivo propio se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 393°. 08 de abril de 1991 (Perú). Precepto normativo que prescribe:

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas (...). El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas (...). El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja (...).

***b. Tipicidad objetiva.***

Con lo que respecta al ilícito penal en comentario, previsto y sancionado en el precepto normativo del artículo 393° de nuestro código penal, es uno de los ilícitos penales de corrupción de funcionarios más cometidos en nuestro medio. Al respecto Rojas (2016) sostiene:

El cohecho pasivo propio es uno de los delitos especiales de mayor incidencia imputable a funcionarios y servidores públicos, el mismo que se halla vinculado estrictamente al mal uso de las facultades o atribuciones de las que gozan dichos sujetos públicos que supeditan su ejercicio funcional o de servicio a la existencia de intereses patrimoniales ilícitos. (pp. 297-298)

Asimismo, respecto del tipo penal de cohecho pasivo propio, en nuestro país entre otros juristas, Rojas (2021) señala que:

Se tiene cohecho propio cuando el comportamiento del funcionario o servidor vinculado a donativo o ventaja entregada o prometida implica la realización de

actos contrarios a los deberes funcionales normativizados, los mismos que pueden consistir en hacer algo en contra de lo ordenado en leyes y reglamentos como en omitir lo que está obligado a hacer, en ambos casos por razón de su función, atribuciones, cargo o empleo. Como es fácil advertir, aquí la antijuricidad del hecho es integral, tanto formal como material. Existe una violación flagrante de sus deberes normativizados y obligaciones por parte del sujeto activo del delito, lo que explica su mayor rango punitivo en relación al cohecho impropio. (pp. 31-32)

Al respecto, en cuanto a los elementos objetivos del ilícito penal de cohecho pasivo propio, Pérez (2006), como se citó en Salinas, (2023) citando la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 14-2001 del 16 de mayo de 2003, sostiene que:

El delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado, se describe entendiéndolo como la aceptación hecha por un funcionario público o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito debe omitir un acto legítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional, siendo una de las características de dicho tipo penal solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa ni el acto indebido. (p. 574)

*c. Comportamiento delictivo.*

El ilícito penal de cohecho pasivo propio, en la fórmula legal descrita en el precepto normativo de la 393° del código penal, prevé varios verbos rectores, en nuestra doctrina nacional entre otros el profesor Rojas (2007) sostiene:

Los verbos rectores son: acepte, reciba, solicita y condiciona, empleados alternativamente esto es como modalidades autónomas de cohecho. Cualquiera de estas acciones perfecciona el delito de cohecho al ser conductas alternativas, vale decir la norma no requiere que se den todas o varias de ellas juntas para configurar tipicidad. (p. 678)

El precepto normativo del artículo 393° de nuestro código penal, estipula varios supuestos delictivos, las mismas que a continuación explicaremos, al respecto Salinas (2023) sostiene:

El primer párrafo prevé tres supuestos generales: a) el que se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) el que se configura cuando el agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para omitir un acto en violación de sus obligaciones, y c) se perfecciona cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales.

De igual modo, el segundo párrafo del numeral 393 CP establece tres supuestos delictivos particulares: a) el que se configura cuando el sujeto activo, siempre

funcionario o servidor público, solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) el que se configura cuando el agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para omitir un acto en violación de sus obligaciones, y c) el que se configura cuando el agente funcionario o servidor público solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 393 CP tipifica como hechos punibles dos supuestos: el primero se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega de donativo o ventaja, y el segundo se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional, derivada del cargo o empleo a la promesa de donativo o ventaja. (p. 575)

Por su parte, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 1091-2004/Lima, del 22 de marzo de 2005, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre verbo rector entre otros el término “aceptar”, el mismo que el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, pro mesa o cualquier o cualquier

ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o uncionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la a que la activa, corresponde al "extraneus" que corrompe a aquel funcionario. (p. 2)

En la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 2583-2012/Loreto, del 05 de diciembre de 2012, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, citando a Rojas (s/f) sostiene:

Que, previo al análisis de la conducta del procesado, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "recibir", el cual es sinónimo de admitir, asumir e incorporar voluntariamente, el medio corruptor, en el patrimonio propio, lo cual supone un desplazamiento del patrimonio o ventaja del que da al que recibe, mediante un acto de disposición por parte del que da (mediando un acto de disposición), perfeccionándose el ilícito penal cuando el agente recibe el donativo o beneficio patrimonial indebido. (p. 3)

En la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 2081-2012/Lima Norte, del 22 de enero de 2013, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

Que, en ese sentido tenemos que, el fin del derecho procesal penal está orientado a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, así como, a esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo

de la acusación, o archivando el proceso cuando no se pruebe su responsabilidad, es también reunir la prueba de la realización del delito, para establecer la responsabilidad del imputado, la que debe estar plenamente acreditada y fuera de toda duda para imponer una sanción penal; situación que se da en el presente caso, por cuanto los medios probatorios citados anteriormente demuestran y evidencia que los encausados solicitaron dinero a los agraviados a fin de dejarlos en libertad, argumentando en su defensa versiones poco creíbles que no alteran el valor probatorio de las pruebas recabadas y actuadas durante la investigación. (p. 5)

En la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 627-2013/Apurímac, del 08 de enero de 2014, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

Que los hechos así descritos deben ser reconducidos típicamente a los contornos normativos del segundo párrafo del citado articulado, que regula la modalidad típica de “solicitar”, con arreglo a un juicio correcto de subsunción típica, como derivado del principio de legalidad. Como se ha sostenido, el solo hecho que se “condicione” la actuación funcional irregular, a cambio de una dádiva, promesa o ventaja, no hace que esta conducta sea necesariamente constitutiva de la modalidad prevista en el último párrafo del tipo penal, pues debe agregarse un plus de desvalor que ha de apreciarse a partir de indicios demostrativos, que indiquen un acto típico de coacción, que recaer sobre la persona del particular. Situación que no se ha probado en la presente causa, esto es, que alguno de los procesados haya compelido a la presunta agraviada, a la entrega del dinero solicitado. (p. 4-5)

Por su parte, en el recurso de nulidad n.º 2667-2010/Arequipa, del 11 de marzo de 2011, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema argumenta que:

Que el delito de Cohecho Pasivo Propio, previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, abarca, en sus distintos párrafos, diversas modalidades comisivas, que a su vez, irrogan distintas consecuencias jurídicas penales, en virtud de la mayor o menor intensidad del injusto en cada una de aquellas modalidades de comportamientos lesivos a la Administración Pública, Así, el delito de Cohecho Pasivo Propio, recoge: a) la modalidad comisiva prevista en el primer párrafo del Código Penal, referida a “aceptar” o “recibir” donativo, promesa o cualquier otra ventaja, lo que se produce, respectivamente, ante el solo ofrecimiento que realiza el agente corruptor (extraneus); o ante la materialización de dicho ofrecimiento mediante la entrega que realiza el sujeto corruptor, y en el que el sujeto intraneus (funcionario o servidor público) percibe o recibe el donativo o cualquier ventaja o beneficio, a cambio de la realización de una conducta que contraría las obligaciones que le impone el cargo público que ostenta, apreciándose en tal supuesto la bilateralidad del evento, puesto que 7 ambos sujetos intervinientes (intraneus y extraneus) hacen confluír sus conductas en la entrega por una parte y en la recepción por otra de dicho medio corruptor: b) la prevista en el segundo párrafo: cuya acción típica se concentra en el verbo rector “solicitar”, el cual implica una actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular una ventaja indebida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones; y c) la modalidad recogida en el tercer párrafo, la que se encuentra constituida por el verbo legal “condicionar”, supuesto este último en el que el sujeto activo, también a través de una actuación unilateral como en la modalidad anterior, supedita la ejecución del acto legítimo e

inherente al cargo que desempeña el agente público a una contraprestación a favor de este último, requiriéndose una vinculación causal entre la entrega material o promesa de donativo o ventaja y el desarrollo de las funciones públicas propias del funcionario o servidor público que a raíz de dicho medio corruptor se impulsa a su ejecución. (pp. 5-6)

***d. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio.***

En el supuesto de hecho descrito en el precepto normativo de la 393° de nuestro código penal, en la conducta del agente público debe concurrir el medio corruptor donación, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio. En el recurso de nulidad n.° 1875-2015/Junín, del 12 de enero de 2016, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene que:

La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece. La simple irregularidad en el acto funcional o que el funcionario se conocía con la parte interesada no es un indicio que permita inferir el delito; además se requiere otro indicio que permita inferir que la irregularidad en la tramitación por parte del funcionario se deba a la existencia de un donativo, promesa o ventaja. (p. 1)

Conforme ya se sostuvo el precepto normativo de la 393° del código penal, el tipo penal hace referencia a la existencia de medios corruptores, entre ellos donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio. Al respecto el profesor Salinas (2023) sostiene que:

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, por lo que no es debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante se corresponde con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular). La promesa se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa. Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc. (pp. 621-622)

*e. Bien jurídico protegido.*

El buen funcionamiento de la administración pública es el bien jurídico protegido por la norma en general. El principio de imparcialidad, que debe guiar la conducta funcional de los agentes públicos, sería el bien jurídico específico protegido. Por otra parte, Vargas (2022) sostiene:

El funcionario público es la institución positiva. Cuando un funcionario cohecha está atacando la institución positiva que él debe fomentarla, porque él es el garante de esta institución del Estado. El funcionario o servidor público debe fomentar un mundo de solidaridad para proteger el bien jurídico. Los funcionarios que viven en instituciones organizadas como es el Estado, son portadores de roles, sus roles les obligan a estos funcionarios a proteger estos bienes jurídicos. (p. 773)

En la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 1406-2007/Callao, del 07 de marzo de 2008, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene que:

Que el delito de cohecho es un delito de participación necesaria y mera actividad, por el cual un funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe dinero para sí o para un tercero, con la intención de cumplir, omitir o retardar un acto a su cargo; existe una relación de finalidad entre la aceptación del dinero en este caso y el acto que se espera que el funcionario público ejecute, omita o retarde, el cual se encuentra dentro del ámbito de su competencia funcional; por lo tanto, lo único que define el tipo penal es un acuerdo de voluntades; no es necesario que el pago, la promesa o el acto indebido se realice. (pp. 1-2)

***f. Tipicidad subjetiva.***

El ilícito penal previsto y sancionado en el precepto normativo del artículo 393º de nuestro código penal, para que pueda operar requiere necesariamente del dolo, al respecto profesor Rojas (2007) sostiene que:

Todas las formas de actuación ilícita que constituyen la forma delictiva de cohecho pasivo son intrínsecamente dolosas. El término "dolo" se refiere a la voluntad y

conciencia del funcionario o servidor de actuar u omitir de actuar de acuerdo con los deberes del cargo o función mientras es corrompido por un regalo, promesa o ventaja. En los comportamientos puramente pasivos (como recibir o aceptar), basta el dolo eventual; en la solicitud y el condicionamiento, es necesario el dolo directo. (pp. 692-693)

#### ***H. Cohecho pasivo impropio.***

##### ***a. Tipo Penal.***

El ilícito penal de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 394º. 08 de abril de 1991 (Perú). Precepto normativo que prescribe:

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado (...). El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado (...).

##### ***b. Tipicidad objetiva.***

En nuestro medio en cuanto al ilícito penal de cohecho pasivo impropio, Salinas (2023) refiere que:

El hecho punible denominado «cohecho pasivo impropio» se configura o perfecciona cuando el sujeto activo siempre funcionario o servidor público con conocimiento y voluntad acepta, recibe o solicita en forma directa o indirecta,

donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional, o como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional normal. (p. 614)

*c. Conductas punibles.*

En cuanto a las conductas punibles regulados en el precepto normativo de la 394° del código penal, Salinas (2023) sostiene que estas son:

Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional.

Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional.

Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional.

Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional.

Solicitar en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional.

Solicitar en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional normal. (pp. 614-619)

*d. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio.*

En la descripción de la premisa fáctica del ilícito penal de cohecho pasivo impropio, se tiene que el agente público tiene que estar inmerso en algunos de los medios corruptores del donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio. Al respecto Salinas (2023) sostiene:

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, es decir, que no es debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, además de que expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante se corresponde con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para quien otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc. La promesa, en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa. Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente por realizar un acto propio de su cargo sin quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas

específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc. (pp. 621-622)

*e. Bien jurídico protegido.*

En los ilícitos penales contra la administración pública, el bien jurídico amparado en forma genérica siempre va ser el correcto, transparente y normal funcionamiento de la administración pública. Ahora en cuanto al bien jurídico específico amparado por el delito de cohecho pasivo impropio, Salinas (2023) sostiene en la doctrina se han ensayado hasta tres posiciones, las mismas que son:

1. Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos.
2. Cautelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias.
3. Defender los actos de oficio, de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos. (pp. 223-224)

En el recurso de nulidad n.º 477-2016/Lima Norte, del 02 de noviembre de 2017, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema citando la ejecutoria suprema n.º 4130-2008-Santa, sostiene que:

Cabe precisar, que este Supremo Tribunal a efectos de resolver el caso bajo análisis tendrá en cuenta lo establecido en reiterada jurisprudencia por esta Instancia Suprema, a decir: “El delito de cohecho pasivo impropio [...] es un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado [...] consiste en el correcto funcionamiento de la

Administración Pública, entendiéndose por solicitar al “acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se haya vinculado por un acto de oficio”, no siendo necesario para que se configure el delito que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que, como se ha dicho, puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones; (...) “el comportamiento activo de solicitar, el delito se consume con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o ventaja”, por lo que esta modalidad delictiva no admite la tentativa”. (pp.4-5)

**f. *Tipicidad subjetiva.***

“Dado que la modalidad "solicitud" del delito requiere dolo directo, es doloso. Dado que el acto o actos que el sujeto activo se compromete a realizar son lícitos, la tipicidad subjetiva es primordial en este caso” (Rojas, 2007, p. 707). “En los dos supuestos ("solicitar" y "aceptar") se exige dolo directo. Ello es así porque el sujeto debe conocer y querer, además de los otros elementos típicos, la finalidad o destino de la dádiva, promesa o ventaja” (Abanto, 2003, p. 463). Así también, respecto al elemento subjetivo del tipo penal Enco (2020) manifiesta que:

Se trata de un delito eminentemente doloso porque el funcionario o servidor público sabe perfectamente que no debe aceptar, recibir o solicitar (directa o indirectamente) una donación, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para

realizar un acto propio de su cargo y sin faltar a sus obligaciones; sin embargo, opta por proceder voluntariamente. (p. 150)

Por otra parte, Salinas (2023) sostiene que:

De la redacción del contenido del tipo penal, se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 394 CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público. El dolo supone que el funcionario o servidor público interviene conociendo perfectamente que actúa, hace u omite o prescinde un acto oficial al que está obligado bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio. Conoce su proceder indebido; sin embargo, voluntariamente procede. (p. 626)

***I. Cohecho pasivo específico.***

***a. Tipo penal.***

El ilícito penal de cohecho pasivo específico se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 495°. 08 de abril de 1991 (Perú). Precepto normativo que prescribe:

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

directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento (...).

**b. *Tipicidad objetiva.***

En cuanto al ilícito penal en comentario, previsto y sancionado en el precepto normativo del artículo 395° de nuestro código penal, en nuestra doctrina nacional Enco (2020) sostiene que se trata de un comportamiento delictivo altamente reprochable, cuya incidencia ha provocado por años un progresivo deterioro en la imagen y pérdida de credibilidad del sistema de justicia (p. 151). En cuanto al elemento objetivo del delito de cohecho pasivo específico, Salinas (2023) manifiesta:

El cohecho pasivo específico por la calidad del agente se configura cuando este, ya sea en su calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo bajo cualquier modalidad, acepta o recibe de tercero (otro funcionario o particular) donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es efectuado o realizado con el fin de influir o decidir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia. De igual forma, se perfecciona el citado ilícito penal cuando el agente, ya sea en su calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo bajo cualquier modalidad, solicita a un tercero (se entiende interesado en el asunto), directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que está sometido a su conocimiento. Todas las hipótesis delictivas tienen que estar vinculadas a asuntos sometidos a conocimiento o competencia propios del sujeto activo. (p. 632)

En la sentencia de apelación n.º 5-2019/Lima, del 21 de octubre de 2020, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

La estructura del tipo penal, entre otros, presenta los siguientes elementos normativos: a. Aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio: el tipo penal exige que el intraneus acepte o reciba del abogado o parte procesal, terceros, intermediarios, entre otros, los medios corruptores a título de donativo, promesa y/o cualquier otra ventaja, que debe entenderse como dinero, bienes o favores. b. Con el fin de influir en la decisión. c. Asunto sometido a su conocimiento o competencia. (p. 6)

**c. *Comportamientos delictivos.***

En cuanto a las conductas punibles regulados en el precepto normativo de la 395º del código penal, Salinas (2023) sostiene que estas son:

Cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

Cuando el agente recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

Cuando el agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. (p. 635-637)

En la sentencia de apelación n.º 5-2019/Lima, del 21 de octubre de 2020, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

Al considerar lo anterior, es necesario precisar el verbo rector de la imputación contra el procesado es “aceptar”, aceptación que puede ser de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio; en ese sentido, no es necesaria la inmediatez de la entrega del beneficio o ventaja económica ni que se haya expedido o no una

resolución que favorezca a un tercero, teniendo como referente lo establecido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, en el fundamento quinto del Recurso de Nulidad número 2773-2013-Huánuco, toda vez que basta que el intraneus acepte para que se configure el delito, puesto que la entrega puede concretarse con posterioridad.

A diferencia del verbo “recibir”, “en el campo de la aceptación, conforme precisa Valeije Álvarez, el funcionario recibe del particular una declaración de voluntad mediante la cual éste se compromete a dar, hacer o decir algo a favor del funcionario”. El funcionario recibe el compromiso de obtener una ganancia en el futuro a cambio de la ejecución del acto contrario al cargo. (p. 8-9)

En la sentencia de apelación n.º 10-2017/Puno, del 06 de agosto de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

Con relación al sujeto activo, señala que se exige la calidad especial y el comportamiento típico, conforme al caso concreto, radica en que el agente, solicita directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Esta modalidad, gira en torno al verbo rector de solicitar; esto es pedir, gestionar o requerir algo, el delito se configuraría cuando el sujeto activo del delito de forma directa (el mismo) o de forma indirecta (por intermediarios), pide, gestiona o solicita, donativos o promesas con la finalidad de favorecer en su decisión al sujeto corruptor, de esta manera el agente pierde o es mejor decir quebrando los principios rectores de su función como el principio de imparcialidad que dirige a los funcionarios con poder de decisión en asuntos judiciales o administrativos. (p. 13)

*d. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio.*

En la descripción de la premisa fáctica del ilícito penal de cohecho pasivo específico, se tiene que el agente público tiene que estar inmerso en algunos de los medios corruptores del donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio. Al respecto profesor Salinas (2023) sostiene que:

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, es decir, que no es debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, además de que expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante se corresponde con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para quien otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc.

La promesa, en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el

agente por realizar un acto propio de su cargo sin quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc. (pp. 621-622)

En la sentencia de apelación n.º 10-2017/Puno, del 06 de agosto de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, sostiene:

Respecto a los objetos corruptores, se tiene: a) Donativo, sinónimo de obsequio o regalo con presencia material; es decir tener un valor económico, estos pueden ser: bienes muebles, inmuebles, obras de arte, medios de transporte, entre otros que cuenten con algún tipo de valor. b) Promesa, como el ofrecimiento que hace el agente corruptor al sujeto activo del delito, para la obtención futura de forma mediata o inmediata de algún tipo de donativo o ventaja, existe una exigencia penal por parte de este objeto corruptor el cual es que sea seria es decir que tenga una posibilidad jurídica y físicamente posible, el cumplimiento o incumplimiento de esta promesa resulta irrelevante para el derecho penal configurándose de plano el tipo penal. c) Cualquier otra ventaja o beneficio al momento de hablar de cualquier otra ventaja o beneficio se está dando una cláusula *numerus apertus* para este delito, considerándose este como un medio subsidiario para evitar la impunidad en este tipo de delitos, no confundiéndose con una norma penal en blanco claro está, este se debe entender como cualquier otro privilegio no contemplado en los anteriores objetos. (p. 14)

*e. Bien jurídico protegido.*

En los ilícitos penales contra la administración pública, el bien jurídico amparado en forma genérica siempre va ser el correcto, transparente y normal funcionamiento de la administración pública. Ahora en cuanto al bien jurídico específico protegido por el delito de cohecho pasivo específico, como sostiene Rojas (2007) es “mantener las normas de objetividad que también se aplican en estos ámbitos de la práctica pública, así como la regularidad e imparcialidad en la adecuada administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo” (p. 715).

En la sentencia de apelación n.º 10-2017/Puno, del 06 de agosto de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

El bien jurídico protegido establecido por este Supremo Tribunal, en el Recurso de Nulidad N.º 1406-2007, del siete de marzo de dos mil ocho, es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos. (p. 13)

En la sentencia de apelación n.º 5-2017/Huánuco, del 09 de mayo de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

Respecto al bien jurídico tutelado, como el tipo penal es un delito especial propio y de infracción del deber, el funcionario público por el estatus que ostenta, tiene el “deber especial positivo” de actuar con imparcialidad, rectitud, transparencia y objetividad. En el caso que nos ocupa, su actuación, bajo estos principios, debe darse durante las diligencias preliminares, en la investigación preparatoria en las

demás fases del proceso penal, y en todo acto en que intervenga por razón del cargo, en casos sometidos a su conocimiento o competencia. (p. 12)

**f. *Tipicidad subjetiva.***

El dolo requerido para que se configure el ilícito penal es el dolo directo (Rojas, 2007, p. 719). Al respecto Salinas (2023) sostiene “(...) todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 395 CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público” (p. 649).

Por otra parte, con lo que respecta al elemento subjetivo del delito de cohecho pasivo específico, Reátegui (2023) manifiesta que:

Todas las modalidades que recoge el tipo penal en comentario son de comisión netamente dolosa, en consecuencia, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público. El dolo supone que el funcionario específico conozca su proceder indebido, sin embargo, voluntariamente procede. Así las cosas, solo es posible el dolo directo en el agente especial, ya que el propio tipo penal prevé la conducta “(...) a sabiendas”. (p. 615)

En la sentencia de apelación n.º 5-2017/Huánuco, del 09 de mayo de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, sostiene:

En lo que respecta a la imputación subjetiva, el cohecho pasivo específico precisa del dolo directo. El sujeto activo tiene que ser consciente del carácter y finalidad de la solicitud y/o aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja, y querer actuar a pesar de ello. El elemento subjetivo “a sabiendas”, exige un ánimo deliberado de faltar o quebrantar la imparcialidad, transparencia y objetividad, esto

es, el fiscal tiene el deber de conocer que el solicitar y/o aceptar donativo y/o ventaja económica a las partes procesales o sus familiares, para influir en una decisión fiscal, es consecuencia del conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal, con lo cual quebranta sus roles funcionariales conferidos por mandato constitucional y legal. (p. 12)

***J. Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.***

***a. Tipo penal.***

El ilícito penal de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 395º-A. 08 de abril de 1991 (Perú). Precepto normativo que prescribe:

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas (...). El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas (...). El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio (...).

**b. *Tipicidad objetivo.***

En cuanto al ilícito penal de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, previsto y sancionado en el precepto normativo de la 395°-A del código penal, en la doctrina nacional, Salinas (2021) refiere que:

El delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado se perfecciona cuando el agente policial acepta una ventaja indebida, para sí o para un tercero, a cambio de cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo policial. De esta manera, debe existir una relación de finalidad entre la aceptación de la ventaja dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el efectivo policial con violación o lesión de sus obligaciones derivadas de su función policial. (p. 252)

**c. *Conductas punibles.***

En cuanto a las conductas punibles regulados en el precepto normativo de la 395°-A del código penal, Salinas (2023) sostiene que estas son:

El primer párrafo prevé tres supuestos generales: a) el que se configura cuando el agente policial, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para otro, para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) el que se configura cuando el agente policial acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para otro para omitir un acto en violación de sus obligaciones, y c) se perfecciona cuando el agente policial acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio como consecuencia de haber faltado a las obligaciones derivadas de su función policial.

De igual modo, el segundo párrafo del artículo 395-A CP establece tres supuestos delictivos particulares: a) el que aparece cuando el sujeto activo, siempre efectivo policial, solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) el que se configura cuando el agente policial solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para omitir un acto en violación de sus obligaciones, y c) el que se configura cuando el agente policial solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado ya a sus obligaciones derivadas de su función policial.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 395-A CP tipifica como hechos punibles dos supuestos: el primero se configura cuando el agente policial condiciona su conducta funcional derivada de la función policial la entrega de donativo o ventaja; y el segundo se configura cuando el sujeto activo policial condiciona su conducta funcional, derivada de la función policial la entrega de donativo o ventaja. (pp. 655-656)

En la sentencia de casación n.º 2210-2022/Lambayeque, del 25 de octubre de 2023, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

En cuanto a la conducta típica, los verbos rectores determinan la modalidad delictiva “aceptar” y “recibir” y aparecen conectados a los medios corruptores: donativo, promesa, ventaja o beneficio, que se manifiestan en las siguientes acciones: a) Acepta o recibe el medio corruptor para realizar acto en violación de sus obligaciones funcionales. b) Acepta o recibe el medio corruptor para omitir b)

un acto en violación de obligaciones funcionales. c) Acepta o recibe el medio corruptor a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones funcionales. d) Solicita el medio corruptor para realizar un acto violatorio de sus obligaciones. e) Solicita el medio corruptor para omitir un acto en violación de sus funciones. f) Solicita el medio corruptor a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones. g) Condiciona su conducta a la entrega del medio corruptor. (p. 14)

**d. *Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio.***

En la descripción de la premisa fáctica del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, se tiene que el agente policial tiene que estar inmerso en algunos de los medios corruptores del donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio. Al respecto en la doctrina nacional entre otros Salinas (2023) refiere:

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, es decir, que no es debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, además de que expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante se corresponde con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para quien otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc.

La promesa, en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad

y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente por realizar un acto propio de su cargo sin quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc. (pp. 621-622)

En la sentencia recaído en el expediente n.º 01579-2018-69-2501-J R-PE-06, del 29 de agosto de 2018, el Sexto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia del Santa sostiene:

Donativo se entiende algo que se entrega gratuitamente, como un regalo. Aquello que no genera contraprestación y puede constituir dinero en efectivo, en cheque o abono o cuenta corriente o bienes muebles con valor en el mercado. No es necesaria su tradición física ni está subordinado a un monto determinado pero debe ser un bien cierto, real e individualizable. Promesa se entiende un ofrecimiento, el cual debe ser serio, determinable, física y jurídicamente posible. Es un compromiso mediante el cual el particular se obliga a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer a favor del agente público. Debe ser cierta, directa y de posible realización. Es irrelevante que se cumpla o no, ya que el tipo penal sólo requiere la “aceptación” de la promesa. Ventaja se entiende un privilegio no merecido de naturaleza

patrimonial o extra matrimonial, material o subjetiva. Beneficio se entiende según lo señala Fidel Rojas Vargas, el provecho o la utilidad personal obtenida de modo ilícito por el agente. (p. 33)

*e. Bien jurídico protegido.*

El correcto, transparente y regular funcionamiento de la administración pública será siempre el bien jurídico general salvaguardado en todos los ilícitos penales cometidas contra ella. En cuanto al bien jurídico específico salvaguardado por el delito de cohecho pasivo en el cumplimiento de funciones policiales, Salinas (2023) manifiesta que:

Debido a que se trata de un delito de infracción de deber, el bien jurídico protegido lo constituyen tres principios que regulan la actividad policial. Por tanto, los bienes jurídicos que se pretenden cautelar son los principios de imparcialidad, gratuidad del acto público y honestidad en el desempeño de la función pública por los miembros de la Policía Nacional. (p. 657)

En la sentencia de casación n.º 2210-2022/Lambayeque, del 25 de octubre de 2023, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

Dentro de las peculiaridades de este delito se tiene que el bien jurídico tutelado resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración pública de la institución policial, por cuanto la finalidad de la redacción típica aparece infringida en la protección del interés público; de manera específica, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad y el deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público, en este caso, a los miembros de la Policía Nacional. (p. 14)

*f. Tipicidad subjetiva.*

En cuando al elemento subjetivo del ilícito penal de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, debemos sostener que es eminentemente doloso, al respecto Salinas (2023) sostiene:

Del tenor literal del contenido del tipo penal, se infiere que todas las modalidades o hipótesis delictivas mencionadas en el artículo 395-A del código penal son de naturaleza únicamente dolosa, y que ningún funcionario o servidor público pudo haberlas cometido por negligencia o culpa. (p. 657)

En la sentencia recaído en el expediente n.º 01579-2018-69-2501-J R-PE-06, del 29 de agosto de 2018, el Sexto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia del Santa sostiene:

En cuanto al tipo subjetivo: esto requiere que el sujeto activo del delito actúe con "dolo". En el presente caso, el tipo penal exige que la conducta sea dolosa y una de las características de la imputación subjetiva es la atribución del sentido normativo al conocimiento, por lo que el único conocimiento válido que interesa al derecho penal no es otro que el conocimiento concreto que el actuante "debía saber", "debía conocer" en el contexto social de su acción, no lo que "sabía" o lo que "conocía"; siendo que cuando este es el criterio determinante, la imputación subjetiva completa su contenido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal. Es así que el acusado Igor Velásquez Navarrete, solicitó a Carlos Navarro Barrantes la suma de cien soles, quien sabía que su acción acarrearía una lesión al bien jurídico tutelado por esta norma, la cual es el correcto

funcionamiento y prestigio de la Administración Pública- Policía Nacional del Perú. (p. 43)

En la sentencia de casación n.º 2210-2022/Lambayeque, del 25 de octubre 2023, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

En cuanto a la tipicidad subjetiva, el delito de cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial es un delito de comisión dolosa. Asimismo, sólo será autor propio el sujeto que ostente el título formal de miembro de la Policía Nacional y opere en ejercicio del cargo específico encomendado, requisito que deviene en necesario, dado que con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular. Del mismo modo, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir admite todas las formas de complicidad. (pp. 13-14)

***K. Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial.***

***a. Tipo penal.***

El ilícito penal de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 395º-B. 08 de abril de 1991 (Perú). Precepto normativo que prescribe:

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido (...). El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u

omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido (...).

**b. *Tipicidad objetiva.***

En cuanto al ilícito penal de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, previsto y sancionado en el precepto normativo de la 395°-B del código penal, en nuestra doctrina nacional Salinas (2021) sostiene:

El nuevo hecho punible incorporado al Código Penal por el Decreto Legislativo N.º 1351, de enero de 2017, denominado «cohecho pasivo impropio» realizado por efectivo policial se configura o perfecciona cuando el sujeto activo, siempre efectivo policial con conocimiento y voluntad, acepta, recibe o solicita en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su función, sin faltar a su obligación derivada de la función policial, o como consecuencia de haber ya realizado el acto de su función policial. No se exige que el sujeto activo cumpla con ejecutar el acto de función que al tercero corruptor le interesa, pero sí es necesario que exista vinculación causal imputable entre los actos funcionales o de servicio y el objeto corruptor. (p. 256)

**c. *Conductas punibles.***

En cuanto a las conductas punibles regulados en el precepto normativo de la 395°-B del código penal, Salinas (2023) sostiene que estas son:

Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a su obligación funcional.

Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional. Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional. Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional. Solicitar en forma directa o indirecta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional. Solicitar en forma directa o indirecta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional normal. (pp. 659-660)

***d. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio.***

En la descripción de la premisa fáctica del ilícito penal de cohecho pasivo específico, se tiene que el agente público tiene que estar inmerso en algunos de los medios corruptores del donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio. Al respecto Salinas (2023) sostiene:

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, es decir, que no es debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, además de que expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante se corresponde con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para quien otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material,

corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc.

La promesa, en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente por realizar un acto propio de su cargo sin quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc. (pp. 621-622)

*e. Bien jurídico protegido.*

El funcionamiento correcto, transparente y regular de la administración pública será siempre el bien jurídico general salvaguardado en todos los delitos contra la administración pública. En cuanto al bien jurídico protegido por el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, Salinas (2023) sostiene que:

El bien jurídico genérico es el correcto, transparente y normal funcionamiento del Estado en el sector de la actividad policial. En cambio, respecto de los bienes

jurídicos específicos que se pretenden cautelar, tan igual como el bien jurídico específico en el delito de cohecho pasivo propio, lo constituyen los principios de imparcialidad, gratuidad del acto público y honestidad en el desempeño de la función pública por los efectivos de la Policía Nacional. (p. 660)

**f. *Tipicidad subjetiva.***

En cuando al elemento subjetivo del ilícito penal de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, debemos sostener que es eminentemente doloso. Al respecto en la doctrina nacional entre otros Salinas (2023) refiere:

De la redacción del contenido del nuevo tipo penal, se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 395-B CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público. El dolo supone que el policía interviene conociendo perfectamente que actúa, hace u omite o prescinde un acto oficial al que está obligado bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio. Conoce su proceder indebido, sin embargo, voluntariamente procede. (p. 660)

**L. *Negociación incompatible.***

**a. *Tipo penal.***

El ilícito penal de negociación incompatible se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 399º. 08 de abril de 1991 (Perú). Precepto normativo que prescribe “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 (...)”.

***b. Tipicidad objetiva.***

El ilícito penal de negociación incompatible o aprovechamiento de cargo se encuentra estipulado en el precepto normativo de la 399° del código penal, mediante la cual se sanciona al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en beneficio propio o para otro, en cualquier contrato u operación en la que interviene por razón del cargo que ostenta. Al respecto Enco (2020) sostiene:

Como podemos advertir del enunciado, el delito de negociación incompatible vincula en términos de responsabilidad a todo aquel funcionario o servidor público que, en provecho propio o de terceros, se interesa en cualquier contrato u operación en el que interviene por razones del cargo. El interés indebido del funcionario o servidor público puede manifestarse de manera directa o indirecta, e incluso mediante actos simulados. Siendo un delito de infracción de deber, el tipo penal sanciona aquel funcionario o servidor público que, frente a un contrato u operación, aprovecha de su cargo dentro de la Administración Pública para anteponer sus intereses privados por encima de su deber de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública. (pp. 128-129)

Como todo ilícito penal para que pueda configurarse requiere de ciertos elementos configurativos; estando a ello el ilícito penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo regulado en el precepto normativo de la 399° del código penal. El profesor Salinas (2019) refiere que:

El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa o se inclina de manera particular en forma directa, indirecta o por acto simulado por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para tercero. (p. 204)

*c. Interesarse.*

El elemento subjetivo de trascendencia interna en el ilícito penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo lo constituye el interés indebido, en cuanto a este elemento subjetivo de trascendencia interne Montoya (2015) sostiene:

Un aspecto que podría ser problemático en la interpretación del delito de negociación incompatible es el referido al verbo rector del delito: interesarse. Este debe ser entendido en el sentido de que el funcionario o servidor público vuelca, sobre el contrato u operación económica de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, es decir, con el interés general. Por el contrario, el funcionario manifiesta un interés particular que entra en colisión o contradicción con el interés que el Estado tiene sobre dicho negocio. (p. 132)

Por otra parte, Salinas (2023) sostiene:

El verbo rector del tipo penal es el término interesar, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina nuestra voluntad a

conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa, se inclina sospechosamente o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros. (p. 718)

En cuanto al interés indebido, del precepto normativo contenido en el ilícito penal de negociación incompatible, se tiene que se desprende hasta tres formar, interesarse de forma directa, interesarse de forma indirecta e interesarse mediante acto simulado, al respecto Salinas (2023) sostiene:

Respecto al primero, este elemento de la tipicidad objetiva significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca, esto es, el beneficio indebido en su favor o de terceros que lógicamente tienen vínculos amicales, familiares o económicos con aquel.

Respecto al segundo, en esta modalidad, el agente, siempre funcionario o servidor público, no actúa directamente sobre los funcionarios responsables de la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios, que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos, para lograr su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o a favor de terceros.

Respecto al último, interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo ante los funcionarios responsables de la celebración de contratos u operaciones muestra un interés especial que aparenta defender los intereses del Estado, cuando lo cierto es que defiende sus propios intereses. (pp. 720-722)

En la sentencia de casación n.º 1523-2021/Ancash, del 20 de marzo de 2023, la Sala Penal Permanente de la Cortes Suprema sostiene que:

El delito de negociación incompatible es un delito de preparación cuyo ámbito de aplicación son las operaciones o contratos del Estado, en tanto en cuanto revelen un aprovechamiento del cargo del funcionario concernido para privilegiar intereses particulares, propios o ajenos, frente a los intereses de la Administración Pública (elementos de tendencia interna subjetiva o trascendente), de suerte que ello revele un direccionamiento en las decisiones realizadas. Este delito, además, es uno de infracción de deber y no exige un resultado de lesión patrimonial o de peligro; luego, es un delito de peligro abstracto, al no exigir daño o menoscabo patrimonial al Estado, desde que existen otros comportamientos delictivos que incorporan la tutela de la incolumidad del patrimonio público. Es un delito unilateral, no de participación necesaria y de encuentro como es el de colusión. (p. 1)

Por otra parte, en la sentencia de casación n.º 49-2019/Ayacucho, del 02 de febrero de 2022, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema citando a Montoya (2015) sostiene:

En cuanto al elemento típico del interés indebido y si este debe tener además una connotación económica, debemos precisar lo siguiente: el tipo penal tiene como verbo rector del delito la expresión “se interesa”, significa un especial compromiso, una determinada incumbencia particular en un asunto que por razón de su cargo lo involucra y deriva su voluntad, su comportamiento funcional en lograr determinado beneficio personal o de tercero en un contrato o cualquier operación estatal. Vale decir que el sujeto activo vuelca, sobre el contrato o la operación estatal de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la

administración, esto es, con el interés general, sino que manifiesta un interés particular que entra en colisión o contradicción con el interés del Estado y determina un comportamiento parcializado, prejuiciado que perturba el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. (p. 5)

Asimismo, en la sentencia de casación n.º 1877-2021/Lima, del 19 de diciembre de 2023, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene “Estando a lo expuesto, el interés indebido importa de parte del agente oficial un aprovechamiento del cargo vinculado a contratos u operaciones estatales que puede comprender un interés inicial y un interés posterior, de forma excluyente o concurrente” (p. 10).

**d. *Provecho propio o de tercero.***

En la formula legislativa del precepto normativo de la 399º del código penal, se tiene que el agente público se interesa en provecho propio o de tercero. Al respecto Rojas (2021) sostiene:

Esta precisión incorporada en octubre de 2004 le dota de mayor objetividad a la figura delictiva y permite apreciar mejor el disvalor de la acción, al poseer en su tipicidad un componente que la colusión desleal, con la cual tiene un gran acercamiento, no tiene. El provecho personal o de terceras personas que debe suponer (teleológicamente) o ser la finalidad y/o consecuencia de la conducta de interesarse indebidamente, permite trabajar mejor la presencia de dolo directo en la conducta del funcionario o servidor público. Con ello igualmente se focaliza más adecuadamente la tipicidad, para no abrir desmesuradamente el ámbito de injerencia del tipo penal incluyendo comportamientos cuya finalidad no van a reportar, en su lógica de configuración, provecho al sujeto público o al tercero y,

por lo mismo, van contra la idea de ventaja patrimonial que está presente en todo delito de corrupción. No obstante la incorporación del provecho efectuada por la ley de reforma, siguen vigentes las objeciones de regular esta modalidad de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción. (pp. 315-316)

Asimismo, en la doctrina nacional, siguiendo esta línea, Salinas (2013) refiere que:

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente debe tener como objetivo obtener un provecho o, mejor, sacar ventaja patrimonial del contrato u operación en la cual interviene debido al cargo que desempeña al interior de la administración pública. El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público o en favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. (p. 723)

Por otra parte, en la sentencia de casación n.º 49-2019/Ayacucho, del 02 de febrero de 2022, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

El delito en cuestión se refiere a la intervención directa, indirecta o por acto simulado del funcionario o servidor público, quien debe proceder de manera imparcial en los contratos y las operaciones que tengan que ver con su participación por el cargo que ocupa; sin embargo, el agente indebidamente busca un beneficio personal o de tercero, provecho que no se circunscribe necesariamente a uno de orden económico o patrimonial, sino de cualquier naturaleza, verbigracia, la obtención de un mejor puesto laboral, acelerar o facilitar un trámite documentario, etcétera, razón por la que circunscribir el beneficio personal o ajeno al mero interés económico restringe el contenido de la norma. En consecuencia, por interés debe

entenderse cualquier comportamiento que favorezca indebidamente un acto que por su naturaleza debe ser imparcial y ceñido a ley. (p. 6)

*e. Cualquier contrato u operación.*

“El tipo penal de negociación incompatible exige que el funcionario público se interese en cualquier contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo” (Álvarez, 2021, p. 83). Al respecto Salinas (2023) sostiene:

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operaciones. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés por parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones, no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica. (p. 724)

En cuanto al objeto de la conducta cualquier contrato, en nuestro medio, al respecto Rojas (2021) sostiene:

Los contratos en los que es parte el Estado son variados y numerosos, y se refieren a negociaciones públicas de origen lícito y de contenido múltiple, no solo económico (de servicios, culturales, económicos, de obras, convenios, etc.), de Derecho Público y también Privado, en los que entran en juego intereses públicos (en este segundo supuesto, los negocios o contratos que gestionan las empresas mixtas, bajo reglas de Derecho Privado). (p. 316)

Ahora, en cuanto al objeto de la conducta cualquier operación, en nuestro medio, al respecto Salinas (202) sostiene:

En cambio, las operaciones son actos ordenados o convocados por el Estado que carecen de las cualidades formales y bilaterales de los contratos, como las licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. (pp. 724-725)

Por su parte, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 578-2011/Junín, del 29 de febrero de 2012, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

(...) cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible, comprende aquéllas situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero -sea este una persona natural o jurídica-, mientras que la operación, se entiende como aquéllos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico; en consecuencia, es de recibo lo que señala Salinas Siccha., en el sentido que, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica. (p. 4)

Asimismo, en la ejecutoria suprema recaído en el recurso de nulidad n.º 677-2016/Lima, del 17 de mayo 2017, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

Independientemente del análisis probatorio antes glosado, es menester precisar que el delito de Negociación Incompatible, conforme lo desarrollado en los aspectos conceptuales glosados precedentemente, no posee un alcance amplio e ilimitado, como lo asevera el autor José Luis Castillo Alva, no comprende a todos los actos

administrativos en los que interviene el funcionario público por razón de su cargo, ni abarca todos los actos jurídicos en los que puede participar de manera directa o indirecta. su alcance, en realidad, se circunscribe a los contratos administrativos y a las operaciones estatales de contenido económico. Por tanto, el radio de acción del delito se encuentra circunscrito a un área y sistema determinado: al campo de los contratos estatales y de las operaciones en los que se ventilan intereses públicos, de carácter patrimonial. (p. 40)

**f. *Relación funcional.***

En la sentencia de casación n.º 1833-2019/Lima, del 16 de agosto de 2021, la Sala Penal Permanente de la Cortes Suprema sostiene que:

El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber y, como tal, resulta imprescindible que el funcionario público tenga el deber de proteger los intereses estatales en un contrato u operación estatal, en una contratación pública en la cual intervenga en razón de su cargo; además, es un delito de peligro abstracto y de mera actividad. (p. 1)

En lo que concierne a este elemento del tipo penal, materia de análisis, en nuestro medio entre otros Rojas (2021) sostiene:

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

parecen dotarle al delito de negociación indebida de una naturaleza de propia mano.  
(p. 318)

Por último, al respecto Salinas (2023) agrega que:

La relación con el objeto del delito puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar encargado de modo directo de celebrar los contratos o realizar las operaciones, o solo puede tener esa facultad por disposición jurídica o disposición funcional. En este último caso, se entiende que otro funcionario o servidor dependiente de aquel, participa de modo directo en el contrato u operación.  
(p. 726)

**g. *Bien jurídico protegido.***

“El objeto genérico de la tutela penal es asegurar un normal y correcto funcionamiento de la administración pública en el ámbito de las contrataciones y operaciones públicas” (Rojas, 2021, p. 292). Ahora con lo que respecta al bien jurídico específico, Salinas (2023) sostiene:

Consideramos que el bien jurídico específico del delito de negociación incompatible es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendado debido al cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones --desde su preparación, inicio, celebración y ejecución- a favor de la administración pública. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando o preocupándose por los intereses del Estado al que representa. De modo que el bien jurídico específico solo será afectado cuando el agente público lesione o ponga en

peligro el objeto del delito como es el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en la celebración de contratos u otras operaciones que le han sido encomendados o confiados debido al cargo que desempeña dentro de la administración pública. Y estos deberes sin duda se sustentan en los principios de transparencia e imparcialidad de los sujetos públicos en la toma de decisiones propias de su cargo. (p. 728)

Por su parte, en la sentencia de casación n.º 23-2016/Ica, del 16 de mayo de 2017, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en cuanto al bien jurídico protegido por el tipo penal, sostiene que:

(...) El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración. (p. 30)

Asimismo, en la sentencia de casación n.º 49-2019/Ayacucho, del 02 de febrero de 2022, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

El bien jurídico protege la imparcialidad del funcionario y la correcta marcha de la administración pública, en que deben tomarse las decisiones sin interferencias internas o externas que perjudiquen un contrato o cualquier operación en que intervenga por razón de su cargo con riesgo sobre la imparcialidad. (p. 1)

***h. Tipicidad subjetiva.***

El ilícito penal de negociación incompatibles materia de análisis, es eminentemente doloso, al respecto Rojas (2021) sostiene:

El tipo es doloso. Requiere dolo directo, lo cual supone que el sujeto activo conoce que se encuentra interviniendo, en una contratación u operación estatal, en razón al cargo que detenta; es consciente de que está interesándose indebidamente para buscar provechos ilegales para sí o para tercero, y que ello significa un aprovechamiento de sus atribuciones funcionales específicas contenidas en el cargo y, asimismo, un violentamiento del marco legal de incompatibilidades o prohibiciones de actuación, esto es, que se halla actuando, en parte o en todo por fuera de sus deberes para con la Administración Pública. El dolo directo adquiere particulares optimizaciones en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la Administración Pública. (pp. 319-320)

Por su parte, en la sentencia de casación n.º 49-2019/Ayacucho, del 02 de febrero de 2022, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

En cuanto al aspecto subjetivo de la conducta de los agentes, se tiene que el dolo no se prueba directa y objetivamente, sino que se trata de una inferencia lógica, razonable y consecuente de la prueba actuada que establece la ocurrencia de un hecho. En este caso, los puntajes que se otorgaron no son situaciones imprevistas, involuntarias, negligentes o casuales, sino más bien se circunscriben dentro del ámbito estricto de la norma glosada, pues tenían el propósito de favorecer y beneficiar a las personas para que fueran contratadas. Por lo tanto, la conclusión lógica es que se trata de comportamientos conscientes y plenamente voluntarios que determinan el carácter doloso de la actuación. (p. 7)

Asimismo, en la sentencia de casación n.º 23-2016/Ica, del 16 de mayo de 2017, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

Como se pudo apreciar en los fundamentos jurídicos precedentes, la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible está constituida por dos elementos: 1) el dolo, y 2) el elemento de trascendencia interna -debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero-. Así, en lo que se refiere al dolo, éste es entendido normativamente en razón al rol que cumple el agente. No cabe duda que el delito analizado -artículo 399 del Código Penal- es de carácter doloso, donde se exige al funcionario o servidor público -sujeto activo- portador original del deber de lealtad y probidad de contratar, realizar operaciones en representación del Estado, voluntariamente -con conocimiento- ejecuta sus funciones, prevaleciendo en él un interés particular contrario al de la administración pública, buscando un provecho propio o de tercero. (p. 51)

***M. Tráfico de influencias.***

***a. Tipo penal.***

El ilícito penal de tráfico de influencias se halla prescrito en el código penal. Decreto legislativo n.º 635 de 1991. Artículo 400. 08 de abril de 1991 (Perú). Precepto normativo que prescribe:

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 (...).

**b. Tipicidad objetiva.**

“El delito de tráfico de influencias sanciona a todo aquel que, a cambio de alguna ventaja o beneficio, ofrece ejercer sus influencias ante un funcionario público que conoce o a de conocer un determinado asunto o caso” (Enco, 2020, p. 167). Al respecto Rojas (2016) sostiene:

Se trata de un tipo penal que no goza de consenso en todas las legislaciones penales. Se le ha criticado querer penalizar una práctica humana tan extendida y a la vez tan difícil de delimitar punitivamente. En efecto, sobre la influencia, forma atenuada de poder, se ha señalado que no tienen fronteras definidas ni contenidos cuantitativos ni cualitativos delimitados, como para correr el riesgo de criminalizar. (pp. 366-367)

Al igual que los otros delitos analizados, el ilícito penal de tráfico de influencia para su configuración requiere de ciertos elementos configurativos, al respecto Salinas (2019) manifiesta que:

El hecho punible de tráfico de influencias se verifica o aparece cuando el agente (ya sea funcionario, servidor público o particular) invocando o teniendo influencias reales o simuladas, ofrece a un tercero interesado, interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo, ha de conocer o haya conocido un caso judicial o administrativo, a cambio de donativos o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio que recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero. (p. 701)

Por su parte, en la sentencia de apelación n.º 2-2021/San Martín, del 24 de noviembre de 2021, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema citando a López (2020) sostiene que:

Lo que el tipo delictivo exige es, primero, que el sujeto activo afirme ante el tercero interesado, o éste lo deduzca en función al cargo que aquél desempeña en la Administración, que tiene capacidad para interceder ante un funcionario o servidor público o evidencie notoriamente tenerla (medios) –la influencia importa, según el DRAE, asumir que se tiene un poder o autoridad con cuya intervención se puede obtener de otro una ventaja, favor o beneficio–; segundo, que el agente delictivo reciba, haga dar o prometer –el tercero interesado le entrega a cambio de las influencias ofrecidas por el traficante de influencias un donativo o ventaja determinada– (conducta típica), de modo que cuando el precepto dice “para sí o para otro”, no necesariamente se refiere a que éste se encuentre destinado para el traficante de la influencia sino que también puede ser que recibió o hecho prometer para un tercero; tercero, que se trate de un donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, como precio o retribución del ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público (objeto corruptor); cuarto, que se ofrezca interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer o esté conociendo el caso judicial o administrativo, al punto que la invocación puede circunscribirse a una causa justa o ilícita, que favorezca al interesado o no le perjudique, o de ser el caso que perjudique a terceros (elemento teleológico); y, quinto, que las influencias estén referidas al funcionario o servidor público respecto del cual ejerza funciones en la administración o en la justicia y que además que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido dicho caso (ámbito). (p. 6)

*c. Invocar o tener influencias reales o simuladas.*

En cuanto al elemento del tipo penal invocar o tener influencias reales o simuladas, en nuestro medio Salinas (2023) sostiene:

El primer elemento objetivo que el operador jurídico debe verificar es si el sujeto activo ante un tercero interesado ha invocado, citado, alegado o aducido tener influencias al interior de la administración de justicia para lograr que sus funcionarios o servidores públicos se pronuncien en un sentido determinado en los procesos judiciales o administrativos que el tercero interesado eventualmente tiene. (p. 745)

En nuestro medio, en esa misma línea Rojas (2007) sostiene:

Cabe anotar en una línea de concordancia con lo anterior que la influencia, real o aparente, para nuestra figura penal en estudio, siempre tendrá como destinatario al funcionario o empleado específicos designados en la norma penal, mientras que lo que se le ofrece al interesado es la capacidad o posesión de dicha influencia, es decir de acuerdo a nuestro modelo de tráfico de influencias, no se trata de influenciar sobre este último sino de convencerlo a la entrega del donativo o a la promesa del mismo, lo que en otras palabras implica una venta de influencias. (p. 789)

Por último, en cuanto a este elemento del tipo penal Rojas (2016) sostiene:

Las influencias pueden ser reales, esto es, el traficante efectivamente tiene o posee cierto nivel de influjo sobre los actos decisionales del funcionario o servidor, aprovechando de sus nexos amicales, parentales, profesionales, jerárquicos,

debilidades o vulnerabilidades del funcionario, etc. Como también pueden ser simuladas, es decir, el sujeto activo engaña al interesado, lo que configura más propiamente una estafa que un tráfico de influencias. (p. 371)

**d. *Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero.***

“Otro elemento objetivo del ilícito penal en hermenéutica jurídica lo constituye el recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero un donativo o cualquier otra ventaja por parte del traficante” (Salinas, 2023, p. 759). Al respecto Rojas (2016) sostiene:

"Recibe, hace dar o prometer" donativo, promesa o cualquier ventaja, representa el dato material objetivo que hace de esta figura delictiva una modalidad de corrupción, por cuanto de faltar estos mecanismos el supuesto sería atípico para el delito de tráfico de influencias. La entrega o la promesa cierra el pacto ilícito entre el interesado que compra influencia y el traficante que vende prestigio. A partir de ese momento, el delito se habrá consumado. (p. 371)

**e. *Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio.***

En el precepto normativo del 400° del código penal, hace referencia a la existencia de medios corruptores, entre ellos donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio. Al respecto, en la sentencia recaído en el expediente n.° 00228-2017-PHC/TC, del 06 de marzo de 2018, el Tribunal Constitucional sostiene que:

En consecuencia, en las resoluciones cuestionadas no se habría expresado cómo se habría configurado el tipo penal del delito de tráfico de influencias, puesto que, si bien se mencionan las llamadas telefónicas por parte del favorecido, faltaría un elemento constitutivo del tipo penal referido al pago o promesa de recibir, hacer

dar o hacer prometer; es decir, los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja y con el ofrecimiento de algo), que corresponden al comportamiento típico del delito de tráfico de influencias que debieron ser acreditados en autos, por lo que dichas resoluciones no se encuentran debidamente motivadas. (p. 5)

En cuanto a los medios corruptores del delito de tráfico de influencias, en la doctrina nacional, entre otros Salinas (2023) sostiene:

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, por lo que no es debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante se corresponde con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular).

La promesa se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación

en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc. (pp. 621-622)

**f. *Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público.***

“Con el ofrecimiento de interceder" ante funcionario o servidor es el componente del tipo penal que orienta el mensaje enviado por el traficante cuando invocó influencias y que corresponde a las expectativas de la persona interesada que da el donativo o la ventaja” (Rojas, 2016, p. 372). Al respecto Salinas (2023) sostiene que “El ofrecimiento del agente a un tercero interesado para mediar, abogar, intermediar, recomendar o intervenir ante un funcionario o servidor jurisdiccional o administrativo de la administración de justicia es otro aspecto del delito objetivo” (p. 762).

**g. *Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.***

En cuanto a este elemento del ilícito penal referido a que el agente público, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, Salinas (2023) sostiene que:

El destino de las influencias que invoca o alega el traficante no es cualquier funcionario o servidor de la administración pública, sino solo un funcionario o servidor público que ejerce funciones al interior de la administración de justicia en el ámbito jurisdiccional o administrativo. Es más, no cualquier funcionario de la administración de justicia, sino aquel que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo que interesa al tercero ante el cual el sujeto activo invoca o afirma tener influencias. Si se verifica que el destino de las influencias es un funcionario o servidor público que no tiene alguna relación

funcional con el caso o proceso que interesa al tercero, el delito en hermenéutica jurídica no se verifica. (p. 763-764)

***h. Bien jurídico protegido.***

En cuanto al bien jurídico amparado por el ilícito penal de tráfico de influencia, en nuestro medio Salinas (2023) sostiene:

El bien jurídico genérico lo constituye el recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa. De ese modo, la materialización de cualquiera de las conductas prohibidas no pone en peligro o riesgo, ni lesiona toda la administración pública, sino solo el espacio que corresponde a los funcionarios o servidores públicos que han de conocer, estén conociendo o hayan conocido un proceso judicial o administrativo.

En cambio, el bien jurídico específico que se pretende proteger y preservar es el prestigio y buen nombre de la administración de justicia jurisdiccional y administrativa, toda vez que la materialización de alguna de las hipótesis delictivas recogidas en el artículo 400 CP le desacreditan ante el conglomerado social, hasta el punto que se puede hacer creer que aquellos ámbitos de la administración pública solo funcionan por medio de dádivas, promesas o influencias. (p. 766)

En la resolución n.º 8, del 10 de setiembre de 2020, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, sostiene:

(...) En este contexto es que concluye que, la corrupción afecta el bien jurídico del debido funcionamiento del Estado, que desde el punto de vista económico (reducción de la eficiencia de inversiones), desde el punto de vista social (reducción de la eficiencia de la inversión social en la cobertura y calidad de servicios públicos, salud, educación, régimen de pensiones, entre otros) o desde el punto de vista jurídico político (reducción de la eficiencia en el funcionamiento de la democracia, vacíos en la administración de justicia, mora judicial, frustración y prevención ante la administración de justicia y de sus actores).

Para estar contextualizado en la realidad, debe mencionarse que la tutela a la función pública evolucionó, pues si bien históricamente en sus orígenes consideró que el bien jurídico a proteger era “al ejercicio o deber de cargo”, no obstante Octavio de Toledo y Ubieto, criticó a la postura por asociarse a estados totalitarios, que en palabras de Muñoz Conde encontró vacíos al indicar que la afectación no solo alcanza a los delitos contra la administración pública en general, sino algunos delitos en particular, como el ahora tratado de tráfico de influencias o por ejemplo, el cohecho; para la actual corriente sostenida por Mir Puig/CorcoiBidasolo, indicar que es “el correcto funcionamiento de la administración pública orientados a los principios constitucionales”. (p. 8)

*i. Tipicidad subjetiva.*

“El sujeto activo debe haber realizado una conducta dolosa para que exista delito. El conocimiento por parte del agente de cada uno de los componentes objetivos y normativos típicos del delito, constituyen el dolo o componente subjetivo principal del delito”

(Reátegui, 2023, p. 807). Al respecto Rojas (2007), en cuanto al elemento subjetivo del tipo penal, sostiene que:

El delito materia de análisis es doloso. Debido a las peculiaridades de la concepción peruana del tráfico de influencias, se requiere dolo directo para perfeccionar la tipicidad subjetiva porque el agente está dirigiendo intencionalmente sus acciones para poner en peligro el bien jurídico y obtener beneficios económicos al pretender la capacidad de influir en el juez y en los funcionarios públicos que intervienen en la administración de justicia, así como al ofrecer su intervención. (pp. 798-799)

## ***2.2. La autoría en la dogmática penal***

### **2.2.1. Autoría en la teoría del dominio del hecho.**

En la doctrina nacional se tiene diversos conceptos de la autoría en los delitos de dominio del hecho, entre ellas tenemos, concepto unitario de autor, concepto extensivo de autor y concepto restrictivo de autor; el concepto restrictivo de autor es la aceptada por la doctrina mayoritaria, al respecto Jiménez (2017) sostiene:

El concepto restrictivo de autor distingue entre autor o autores y partícipes y se concreta de diversas maneras, si bien suele coincidirse en que autor es sólo quien realiza el tipo; mediante las cláusulas de la parte general del CP relativas a las formas de participación (extensivas de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad) es posible castigar a personas distintas del autor o autores, si bien la responsabilidad de éstas es accesoria de la del autor. Este concepto restrictivo de autoría, con la nota de la accesoriedad (limitada) de la participación es el preferible, sobre todo por

permitir un mejor recorte o determinación de lo típico y adaptarse con ello en mayor grado a los principios del derecho penal propio de un Estado de Derecho. (p. 28)

En general en los sistemas penales europeo-continental, para fundamentar la autoría la doctrina mayoritaria recurre a la teoría del dominio del hecho. Al respecto, Abanto (2004) sostiene que:

El "dominio del hecho", se manifiesta, en su turno, de tres modos: a) como "dominio de la acción" propia del sujeto (autoría directa); b) como "dominio de la voluntad" de un intermediario utilizado como "instrumento" o "tercero humano" (autoría mediata), y c) como "dominio funcional" del hecho, hecho que es realizado en forma conjunta con otros (coautoría). Es de conocimiento las discusiones en la dogmática penal para distinguir cada una de estas formas de la autoría. (pp. 3-4)

### **2.2.2. Autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber.**

“Cuando el delito puede ejecutar cualquier sujeto el delito es común. Por el contrario, en caso que se requiere ciertas cualidades en el agente, el delito es especial o de infracción de deber” (Villa, 2014, p. 285). “En el caso de los delitos de infracción de deber existe la dificultad que para caracterizar al autor, sería insuficiente el dominio del hecho pues solamente al que le incumbe el cumplimiento de un deber especial se le considerará autor” (Villavicencio, 2019, p. 490). En cuanto a los delitos especiales o de infracción de deber, Abanto (2003) sostiene:

Que, existen ciertos delitos que la doctrina alemana ha conocido tradicionalmente como delitos especiales (Sonderdelikte), así como delitos de infracción de deber para diferenciarlos de los "delitos comunes" (Jedennansdelikte). Mientras que, en

estos últimos, cualquiera puede ser sujeto activo del delito, en los primigenios el círculo de autor está reducido únicamente a un conjunto de agentes que reúnen ciertos requisitos exigidos en el tipo penal (los "intranei"). La cualidad puede estar explícitamente indicada en el tipo penal (p. ej. "accionista", "testigo", "funcionario público", etc.) o puede inferirse de los demás elementos típicos (p. ej. el que ha participado en un accidente de tráfico, etc.). Otros sujetos que participen en la comisión de estos delitos, al no poseer dicha cualidad -ya por decisión del legislador- no podrán ser nunca considerados como autores de estos delitos especiales (son "extranei"), así hayan tenido efectivamente un dominio del hecho. (pp. 47 y ss)

Por otra parte, es necesario esclarecer cómo se ha anotado anteriormente, que los delitos de infracción de deber son diferentes de los delitos especiales. Puesto que, comprende dos categorías conceptuales distintos, que están situados en ámbitos diferentes y que nacen de dos formas diversos de clasificar los injustos penales, o sea, "delitos comunes/delitos especiales" y "delitos de dominio/delitos de infracción de deber". Si bien en varios casos ambas categorías concuerdan formalmente, ellas tienen componentes y funciones diferentes. Los "delitos de infracción de deber" suponen siempre y necesariamente un deber especial en el individuo del autor. Se trata de un deber especial y que impone al agente el deber de protección del bien jurídico. Por el contrario, en los delitos especiales, el agente no es esencialmente portador de una obligación especial. Lo que identifica a los delitos especiales es el elemento típico especial que determina a la persona del autor. La función que desempeña este elemento en los delitos especiales es determinar el círculo de probables autores. (Pariona, 2011, pp. 80-81)

*A. Planteamiento primigenio de la teoría de los delitos de infracción de deber.*

La teoría de los delitos de infracción de deber ha sido introducida por Roxin en la dogmática penal, para poder solucionar las problemáticas en torno a la autoría en los delitos especiales. Planteó esta teoría en su célebre monografía titulado *Täterschaft und tatherrschaft* (Autoría y dominio del hecho), publicado en 1963 (Caballero, 2021, p. 60).

En dicha obra, Roxin (1963) sostiene lo siguiente:

- Los ilícitos penales de la parte especial deben organizarse diferenciándose en “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber”. Respecto a los primeros, el legislador supondría el “dominio” de la conducta ilícita del sujeto activo, que puede ser desplegado por este, por intermedio de un tercero o juntamente con terceros; mientras que en los segundos, la sanción penal partiría encaminado a quien infringe un “deber específico”. En este segundo conjunto se situarían fundamentalmente los delitos especiales, los delitos de omisión y los delitos de propia mano.

- Debido a la distinción efectuada precedentemente, a fin de fundamentar la autoría se tienen que emplear distintos principios según el grupo de delitos. Respecto a los delitos de dominio, corresponde emplear la teoría del dominio del hecho. En cambio, en los delitos de infracción de deber, la concurrencia o el abandono de dominio del hecho no debería tener ningún resultado, dado que se debe comprobar que se haya producido la infracción de un deber extrapenal por parte del autor para establecer la autoría. (p. 385)

En cuanto a este planteamiento primigenio efectuado hace más de 60 años atrás, se tiene que el fundamento de la autoría en los delitos de infracción de deber constituye el deber especial del autor, al respecto el profesor Caro (2006) sostiene que:

Según el planteamiento de Roxin, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentra como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización. (p. 96-97)

En ese orden de ideas, el autor de un delito de infracción de deber responde como tal por haber infringido un deber extrapenal, sin importar el dominio que tuvo en la realización del delito; estos deberes están antepuestos en el ámbito lógico a la norma del derecho penal y que, por lo general, emergen en otros planos del derecho. Sin embargo, Roxin no desarrolla en qué consisten esos deberes extrapenales, dejando la tarea al legislador de regular los delitos de infracción de deber, porque, a su entender, es un asunto que concierne a la decisión valorativa de este (Roxin, 1999, p. 354 y ss.).

***B. Teoría de los delitos de infracción de deber por competencia institucional.***

“El profesor Jakobs ha sido uno de los primeros seguidores de la teoría de los delitos de infracción de deber, quien la ha desarrollado con contenidos diferentes y en el ámbito de una teoría propia del injusto penal” (Abanto, 2004, p. 10). La evolución de la teoría de los delitos de infracción de deber no hubiera sido viable sin el tratamiento concedido por Jakobs, quien, en el ámbito del pensamiento normativista del sistema del derecho penal, ha encaminado su vigor dogmático a una fundamentación extendida de los delitos de

infracción de deber, fundamentando los delitos de infracción de deber en la concurrencia del ámbito de competencia del autor. Al respecto Caro (2006) sostiene:

En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explican mediante el criterio del ámbito del autor. Según este novedoso entender, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal (p. 98).

En efecto, la concepción de los delitos de infracción de deber propuesto por Jakobs difiere del planteamiento de Roxin, pues según Roxin (2016a) estos rigen sobre cuatro puntos:

- En primer lugar, Jakobs extiende la categoría de los delitos de infracción del deber a delitos comunes cuando estos fueron cometidos por garantes.
- En segundo lugar, Jakobs restringe, sin embargo, el círculo de los delitos de infracción del deber al limitarlos al ámbito de lo que él denomina las competencias institucionales.
- En tercer lugar, Jakobs tampoco quiere reconocer como delito de infracción del deber a aquellos delitos en los cuales se restringe el círculo de autores solo porque al autor le sería posible un actuar típico o de manera prácticamente relevante, o porque otra persona es la única que puede atacar un bien de una manera especialmente fácil o prácticamente relevante.

- En cuarto lugar, para Jakobs, la lesión del deber es el fundamento penal de los delitos de infracción de deber. La “equiparación (...) de delito con lesión de bienes jurídicos” fracasaría, según Jakobs “principalmente (...) en delitos con un deber especial proveniente de una competencia institucional”. (p. 315-316)

Adicional a los cuatro puntos resaltados por Roxin, Salinas (2019) agrega los criterios que deben tenerse en cuenta respecto a la propuesta en cuanto a la teoría de infracción de deber por Jakobs, que se detalla a continuación:

- En quinto lugar, Jakobs sostiene solo pueden ser atribuidos los delitos de infracción de deber a aquellos que tienen competencias institucionales, los demás intervinientes en el delito responderán por un delito común o de dominio o de organización, ya sea como autores o cómplices. (p. 42).

Asimismo, respecto a los puntos resaltados en forma precedente, Jakobs (1997) sostiene:

- En sexto lugar, finalmente, de acuerdo a Jakobs, no todos los delitos de comisión por omisión –como Roxin– han de ser calificados como delitos de infracción de deber, sino únicamente aquellos cuyo autor sea un garante en virtud de una relación institucional (p. 1027).

En síntesis, el fundamento de la autoría en los delitos de infracción de deber viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional. García (2012) sostiene “en los delitos de infracción de un deber la autoría le corresponde a aquella persona que estando institucionalmente obligada a cumplir con un deber positivo específico, lo incumple” (p. 697).

**C. *Teoría de delitos especiales de garante.***

En cuanto a la teoría de delitos especiales de garante, esta fue desarrollado por el profesor Schünemann (2004) quien sostiene:

(...) El criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, del mismo modo, no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el dominio del hecho en los delitos de comisión. Finalmente, ofreciendo un solo ejemplo más, esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder esta-tal del que dispone. (p. 24)

“Mientras que yo he designado al autor, dentro de los delitos de dominio y los de infracción del deber, como la “figura central” de los sucesos típicos, Schünemann pretende caracterizar el principio unificador de la autoría penal “de manera algo más concreta como ‘dominio sobre la causa del resultado’” (Roxin, 2021, pp. 382-383). Al respecto Schünemann (2018) sostiene:

El derecho penal, que mediante su amenaza de pena solo puede surtir efecto en la motivación del ciudadano individual, debe, por lo tanto, dirigir sus normas prohibitivas prioritariamente a aquellas personas que ejercen el dominio decisivo sobre el proceso causal dañoso. Este dominio sobre el fundamento, origen, razón o causa del resultado —como estructura primaria e indiscutiblemente lógica de la autoría— se presenta de dos formas: como dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, y como dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro. El dominio sobre una fuente de peligro se divide a

su vez en dos formas, según si la fuente de peligro consiste en una acción humana activa o en una cosa peligrosa, como un perro que muerde o una central nuclear. La primera forma se constituye por el dominio del hecho; la segunda, por el actual control del objeto peligroso. Al mismo nivel se encuentra la tercera forma de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. (p. 101)

En la doctrina nacional, siguiendo a Schünemann, Montoya (2014) sostiene:

(...) La clasificación presentada por Schünemann de las diversas posiciones de garante concretadas en las modalidades de dominio también parece conllevar diversos alcances con respecto a los deberes de cuidado y de actuación. El deber de protección de un bien jurídico, fundamentada en el dominio de su situación de indefensión o desamparo del bien jurídico, conllevaría un haz de mayores deberes de actuación y cuidado que el deber de vigilancia fundamentada en el dominio sobre una determinada fuentes de peligro. De cualquier forma, tratándose de un criterio fáctico/normativo (el dominio sobre el fundamento del resultado), la intensidad de los deberes de cuidado y actuación, en el primer tipo de posición de garante, dependerá del grado de vulnerabilidad, accesibilidad o finalmente de dependencia del bien respecto de la posición en la que se encuentra el sujeto. (p. 619).

En ese orden de ideas, Schünemann (2018) agrega:

En la mayoría de los delitos especiales se trata, por lo tanto, de delitos especiales de garante, en los cuales el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto. No obstante, podría haber también algunos delitos especiales, presumiblemente no demasiado numerosos, en los cuales no encajaría

esta construcción dogmática, porque como bien jurídico entraría solo en consideración la institución misma. Aun así, en la mayoría de los casos en los que alguien no se atiene a las normas de la institución, la reacción apropiada no es el derecho penal, sino una medida institucional que puede llegar a la expulsión de la persona concernida de la institución. (...). (p. 103)

***D. Teoría de los delitos de infracción de deber penal especial.***

Los delitos de infracción de deber se basan en dos ideas, según el planteamiento de Pariona (2011), conforme se detalla a continuación:

La primera idea sobre la cual gira mi concepción de los delitos de infracción de deber puede expresarse del siguiente modo: la infracción del deber especial fundamenta la autoría y no el injusto. En tal sentido, la infracción del deber constituye el criterio dogmático por excelencia para determinar y delimitar la autoría en los delitos que suponen la existencia de un deber especial (...). En la discusión dogmática, la “infracción del deber” surge, superando a los criterios subjetivos (teoría de la voluntad y teoría de los intereses) y al dominio del hecho, como criterio para determinar y delimitar a autores de partícipes en delitos cuyos tipos penales suponen deberes especiales. Luego, la “teoría de los delitos de infracción de deber” es un modelo explicativo de la problemática de la intervención en el delito; con ello queda claro que el mencionado criterio y la teoría que la sustenta no pretende entonces explicar o solucionar la problemática del injusto. Consecuentemente, solo constituye un fundamento para la autoría y en ningún caso la razón de la punición.

La segunda idea en torno a la cual gira mi concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber puede expresarse de la siguiente forma: los deberes que fundamentan la autoría tienen naturaleza penal. Este fundamento es producto de la construcción teórica que desarrollo, donde hago útil y fructífera la “doctrina de la autonomía del derecho penal en la formación de conceptos” para dar solución a los problemas de autoría y participación, más concretamente, para resolver la problemática de la determinación y delimitación de las formas de intervención en los delitos de infracción de deber. (pp. 74-75)

Se debe entender, sobre la base de estas dos ideas expuestas que sostienen que los delitos de infracción de deber son aquellos en las que la figura central del acontecimiento criminal se halla vinculada por un deber especial de carácter penal, por lo que el criterio para determinar la autoría en estos delitos será la infracción de un deber especial de naturaleza penal.

***E. Fundamentación contemporánea de la teoría de los delitos de infracción de deber***

Roxin (2016a), en sus últimas publicaciones, sigue manteniendo la denominación de delitos de infracción de deber como lo propuso primigeniamente; por otra parte, renuncia a considerar por referencia las normas extrapenales como exigencia para el fundamento de la autoría. Destaca la fundamentación social que debe considerarse para fundamentar la autoría, tal como enfatiza Schünemann; empero, conserva la idea de la infracción de deberes especiales en su importancia para establecer la autoría, aclarando que son delitos de infracción de deber aquellos delitos en las que la autoría se ve diferenciada por el hecho

de que el sujeto abusa o descuida la obligación que surge de su rol social, y de ese modo origina una lesión típica de bienes jurídicos (pp. 322-323).

### ***2.3. Marco conceptual (Definición de términos)***

#### **2.3.1. Administración pública.**

La administración pública es entendida como toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientando al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles y roles o funciones en todos sus órganos o entidades (Ferreira, 1995. p. 4).

La administración pública en un Estado democrático de derecho está debidamente organizada por nuestro sistema jurídico que lo forman la Constitución, las leyes, reglamentos y directivas que deben ser observados y cumplidos por los funcionarios o servidores públicos en el desempeño de sus labores y actividades en el interior de la administración pública. Incluso el mismo sistema jurídico dispone expresamente que el quebrantamiento o no acatamiento de aquellas normas que protegen determinados principio y deberes que sirven de sustento a la dinámica misma de la administración, acarrea responsabilidad administrativa, civil, o -dependiendo de la magnitud- hasta penal por parte del sujeto público (Salinas, 2019. p. 4).

Podemos ver así, que la administración pública cuenta con una estructura organizacional que vela básicamente por diseñar políticas de gestión y, luego dichos servicios públicos son ejecutados en exclusivo bienestar de la población; se puede decir, por tanto que la administración es el instrumento por medio del cual hace uso el Estado, su aparato

gubernamental para cumplir con las labores socio-económicas que la ley y la Constitución confieren (Peña Cabrera, 2016, p. 35).

### **2.3.2. Funcionario público.**

Funcionario público es aquella persona natural o física con poder de planificación y decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, es forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última. El funcionario público planifica y decide los objetivos y metas de la institución pública donde trabaja (Salinas, 2019. p. 12).

### **2.3.3. Servidor público.**

Servidor público es aquella persona natural que presta sus servicios al Estado, pero sin poder de planificación y decisión sobre la institución en la cual labora. Es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los funcionarios públicos en el cumplimiento del objetivo de la administración pública: lograr el bien común. El servidor o empleado público siempre está en una relación de subordinación frente a los funcionarios (Alfaro, 2013. p. 73).

### **2.3.4. Corrupción.**

La corrupción es el abuso del poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público (Montoya, 2015. p. 19).

### **2.3.5. Delitos funcionariales.**

A los delitos funcionariales podemos definirlos como aquel conjunto de delitos contra la administración pública cometido por funcionarios públicos, tales como peculado, colusión, negociación incompatible, concusión y otros; en la que el fundamento de la autoría radica en la infracción de un deber especial que derivada de la calidad de agente público del sujeto activo del delito.

## ***2.4. Antecedentes de la investigación***

### **2.4.1. Tesis internacionales.**

**Parés** (2017), desarrollo la tesis: “*Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*”. El trabajo se presentó en la Universidad Complutense de Madrid. En el contenido de la misma se tiene:

Los objetivos generales entre otros de esta tesis doctoral indagan en la evaluación de la suficiencia normativa para combatir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales desde el ámbito penal, y con relación a la trasposición en España de las iniciativas normativas internacionales.

Los objetivos particulares entre otros aquí pretendidos vienen a concentrarse en la ejecución de una investigación crítica conducente a un análisis evaluativo sobre la calidad técnica de la regulación de estos delitos de corrupción internacional o transnacional en los negocios, con anterioridad a la última reforma penal de 2015, sobre cuya aplicabilidad se realizará igualmente un análisis asertivo.

Metodología aplicada, en la investigación de la presente tesis doctoral se ha empleado el método deductivo, partiendo del estudio de los instrumentos

internacionales que impulsaron la introducción del tipo delictivo objeto de análisis: los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Inmediatamente después seguirá el estudio riguroso de las reformas legislativas que han afectado a este injusto y, para finalizar, la consulta de monografías y manuales.

Las principales conclusiones son: 1) la corrupción y su crecimiento conforman el vasto ámbito donde se insertan los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El análisis del aspecto penal y económico de la corrupción explica la necesidad político criminal de castigar las conductas corruptas en aquellas transacciones comerciales internacionales, en las que interviene un agente público. La corrupción se caracteriza y se comprende mejor al contextualizarla dentro de la cultura social, económica y política en la que se desarrolla. En cualquier caso, la corrupción acompaña a los cambios de etapas históricas o ciclos económicos siempre que existen choques entre sentidos culturales más débiles, que pertenecen a los periodos de decadencia del sistema democrático, el cual propugna los valores supremos de la justicia, la igualdad y la libertad. Los desajustes culturales que conducen a la corrupción presentan múltiples oportunidades para que ésta prolifere. Hoy día, la esfera pública y la privada se encuentran íntimamente mezcladas, con límites desdibujados, de forma tal que la confusión existente al tratar el tráfico económico y comercial transnacional desemboca en que determinadas conductas corruptas se amparen en la opacidad para obtener ventajas y ganancias indebidas. Se hacen necesarios, pues, nuevos mecanismos multidisciplinares a fin de combatir la corrupción transnacional. El Derecho penal debe ser la pieza de cierre de un sistema de armonización para hacer

frente a la lucha contra la corrupción transnacional. Los nuevos retos se presentan a través de un amplio espectro de artimañas comisivas y de una nueva criminalidad empresarial, que arraiga en las multinacionales. Las conductas delictivas son cada vez más sofisticadas, y se aprovechan de las lagunas en la cooperación internacional político criminal y en el derecho sustantivo y adjetivo; de esta forma se perpetran los delitos en la clandestinidad y logran la impunidad (...). 2) la nueva ubicación de estos delitos, que ha tenido lugar mediante la creación de un nuevo precepto sin precedentes, responde a la correcta delimitación del bien jurídico protegido. Ello no llegó a formalizarse hasta la última y reciente reforma del CP, pues debido al desconocimiento de este tipo de corrupción en el momento de su introducción en el CP, así como la confusión en torno a que interviniese un funcionario público, el paralelismo estructural que mostraba el ilícito con la figura clásica del cohecho y la falta de regulación de la corrupción privada en el CP, por aquel momento, fueron las causas de que el pasado de estos delitos difiera de la actual regulación y ubicación sistemática (...). Y 3) el bien jurídico protegido de los delitos de corrupción del art. 286 ter es el correcto funcionamiento del tráfico comercial internacional dentro del orden socioeconómico establecido. La protección del correcto funcionamiento del tráfico económico y comercial internacional ha de interpretarse como la protección a una competencia justa y honesta, pero en la vertiente de la función político-social que debe cumplir. De forma colateral y a tenor de si el funcionario público sirve al Estado español o a otro extranjero, se vulnerará también el correcto funcionamiento de la Administración Pública

española o el prestigio e imagen del Estado español en las relaciones comerciales internacionales, frente a la Administración Pública extranjera”.

**Fernández** (2017), desarrollo la tesis: “*El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*”. El trabajo se presentó en la Universidad de Málaga. En el contenido de la misma se tiene:

El objetivo general, la tesis doctoral pretende analizar el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos previsto en el artículo 439 del Código penal. Metodología aplicada, como se comprobará a lo largo de toda la investigación, el enfoque metodológico adoptado es el teleológico-funcionalista. Este permite conjugar y armonizar la orientación del Derecho penal hacia las ciencias sociales prestando especial atención a los principios informadores del *ius puniendi* propios de un Estado social y democrático de Derecho como el que configura la Constitución.

Las principales conclusiones son: 1) el bien jurídico ha sido cuestionado por un sector de la doctrina como instrumento de crítica frente al legislador penal. No obstante, a mi juicio, más que a una inutilidad *per se* de este elemento, su supuesta crisis obedece principalmente a concepciones erróneas del mismo que de una forma u otra lo configuran como un instrumento inútil, formal, dependiente de la voluntad del legislador o como vigencia fáctica de la norma. Para que el bien jurídico lleve a cabo una labor de límite al *ius puniendi* debe servir como concepto de referencia del de lesividad o dañosidad social. Para ello, independientemente de cómo sea definido, debe ser configurado como un objeto de la realidad social, dotado de concreción y con capacidad para ser alcanzado por acciones individuales.

Asimismo, de acuerdo con el concepto de bien jurídico expuesto, para que podamos afirmar que nos encontramos ante un objeto de protección legítimo su lesión requiere ser constatada en el sistema social. Esto significa que ésta debe producir efectos verificables empíricamente, sean o no perceptibles por los sentidos. Gracias a estas características, el bien jurídico constituye un instrumento dogmático y polímicriminal fundamental que permite construir en su torno tipos penales respetuosos con los principios penales (...). 2) tras exponer las características que convierten a un tipo penal en legítimo, he llegado a la conclusión de que hay objetos de tutela que tradicionalmente ha identificado la doctrina como bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública que deben ser rechazados como tal. Uno de ellos es “la confianza en el buen funcionamiento de la Administración pública”. A pesar de que se trata de un aspecto importante para el funcionamiento de la Administración pública y de que ha sido erigido como bien jurídico por un sector cualificado de la doctrina, este ente no puede ser elevado a la categoría de objeto protegido porque no alude a un aspecto de la realidad social, sino a una sensación colectiva que no tiene porqué corresponderse con el estado real de la institución. Así, definido como un ente ajeno a la realidad social su lesión también es imposible de verificar empíricamente. Esto se debe a que, aunque podemos intuir qué tipo de conductas producen confianza o desconfianza, se desconoce con exactitud cuáles son los sucesos que pueden producir un nivel de desconfianza tal en la ciudadanía que exija la intervención del tipo penal. Asimismo, otro argumento para no erigir la confianza en el buen funcionamiento de la Administración a la categoría de bien jurídico podría ser incluso contraproducente, dado que impediría castigar

conductas que atentaran contra una Administración pública cuyos niveles de confianza fueran muy bajos. Bastaría con encontrar una institución o un Estado profundamente corrupto y con ausencia de prestigio absoluto para afirmar que las conductas que lo atacan no tienen capacidad para lesionar el bien jurídico. Empleando este argumento en sentido contrario, podrían considerarse inocuas conductas que permanecieran ajenas a la opinión pública, pues realmente es la publicidad lo que produce el descrédito y la desconfianza hacia la institución. Y 3) los deberes del cargo han sido rechazados mayoritariamente por la doctrina reciente como bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública. No obstante, algunos de los argumentos empleados para ello no son adecuados o, al menos, han contribuido a menospreciar la importancia de los mismos en la correcta identificación del objeto de tutela. En este sentido, el deber del cargo infringido no puede ser el bien jurídico de ningún tipo penal porque no constituye un criterio material capaz de soportar la prohibición penal pero su razón de ser sí puede serlo. Por ello, se ha dicho que la infracción del deber del cargo puede constituir, en determinadas circunstancias, la lesión del bien jurídico. Esto se debe a que en un Estado social y democrático de Derecho el deber del cargo no se define en términos de fidelidad y respeto a la institución pública, como apuntó la doctrina durante mucho tiempo, sino como garantías de la labor que lleva a cabo la Administración pública de cara a los ciudadanos. De hecho, se puede decir que infracción penal y administrativa se encaminan a la protección del mismo bien jurídico pues, a diferencia de lo que han apuntado algunos autores, el Derecho administrativo también se orienta hacia la protección de objetos de tutela legítimos y no de

entidades meramente morales o carentes de concreción. De este modo, se puede afirmar que dos sectores del ordenamiento pueden tutelar legítimamente un mismo bien jurídico si se reparten adecuadamente su protección. Por ello, afirmar que el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos supone elevar a categoría penal lo que es una mera infracción administrativa constituye un argumento discutible para proponer su eliminación del Código penal. La sanción de una conducta en otra rama del Derecho no deslegitima ni convierte en innecesaria una prohibición penal, al contrario, puede incluso contribuir a refrendar la relevancia del ataque o a poner de manifiesto la gravedad de los efectos negativos que irroga en el sistema social”.

#### **2.4.2. Tesis nacionales.**

**Franco** (2022), desarrollo la tesis: “*Delito del incumplimiento de deberes funcionales: límites entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal*”. El trabajo se presentó en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En el contenido de la misma se tiene:

Problema principal. ¿En la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, se desarrolla un bien jurídico específico acorde con los principios de Legalidad y mínima intervención del Derecho Penal?

Problemas secundarios. ¿La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, cumple los estándares para determinar el contenido

de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de Legalidad del Derecho Penal? ¿La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de mínima Intervención del Derecho Penal?

Objetivo principal. Determinar si en la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, se desarrolla un bien jurídico específico acorde con los principios de Legalidad y mínima intervención del Derecho Penal.

Objetivos secundarios. Determinar si, la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, no cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de Legalidad del Derecho Penal. Verificar si la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, no cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de mínima Intervención del Derecho Penal.

Metodología aplicada. La presente tesis es de tipo: “Tesis jurídica-normativa” (no exegética). tesis descriptiva, correlacional, no experimental y documental.

Hipótesis principal. En la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, no se desarrolla un bien jurídico específico acorde con los principios de Legalidad y mínima intervención del Derecho Penal.

Hipótesis Secundarias. La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, no cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de Legalidad del Derecho Penal. La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, no cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de mínima Intervención del Derecho Penal.

Conclusiones. El Estado, protege bienes jurídicos a través de sus diversas disciplinas normativas. Las principales, en este caso, el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. Entre ambas no existe una diferencia cualitativa, sino responden a una determinada política criminal y contexto social. El derecho penal, está llamado a la protección de los valores esenciales, imprescindibles, ya sean estos del individuo o de la sociedad. La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales, al contener un criterio legalista, desarrolla como bien jurídico específico “la legalidad en el desempeño del cargo de un funcionario público”. Ello, al verificarse que, éste, únicamente

sanciona los incumplimientos ilegales. Sin embargo, el término “ilegalmente”, a estar acompañado únicamente con el elemento normativo de remisión “algún acto de su cargo”, no desarrolla un bien jurídico acorde con el principio de mínima intervención. Respecto de la primera hipótesis secundaria, se verifica que el tipo penal que regula el delito de incumplimiento de deberes funcionales, sí cumple los estándares exigidos por el Tribunal Constitucional para los tipos penales en blanco toda vez que el núcleo esencial de la prohibición (conducta prohibida), o, el núcleo duro de la conducta típica se encuentra descrita en la norma remisiva (incumplimiento de deberes funcionales) la cual se encuentra regulada en la ley dentro de nuestro plexo normativo. La obligación se encuentra inserta en la norma complementaria. La misma que sin embargo, debe ser citada como requisito de procedibilidad de la denuncia penal. Respecto de la segunda hipótesis secundaria, se tiene que la norma dirigida al funcionario público ¡no incumplas ilegalmente algún acto propio de tu cargo! resulta genérica comprendiendo todo el universo de incumplimientos muchos de los cuales no tienen mayor repercusión social, más aún cuando no fija criterios válidos como la determinación de intereses o bienes concretos amenazados o afectados. Está demostrado que, el elemento normativo “algún acto propio de su cargo”, efectúa un aporte delimitativo insuficiente en la estructura de la conducta penalmente prohibida. Resulta necesario reducir sensiblemente el marco de comprensión normativa que abarca actualmente el tipo penal. Reduciendo su marco de remisión normativa. Atendiendo únicamente a conductas que importen una grave amenaza o afectación a bienes jurídicos imprescindibles para la protección de la persona humana, de su dignidad, la

sociedad y la normal convivencia. Respecto de los criterios para el diseño del nuevo tipo penal. Se ha establecido que, en la teoría de los delitos de infracción de deber, carece de relevancia práctica, si la misma, se materializa ya sea mediante una acción u omisión, En consecuencia, resulta necesario reemplazar los tres verbos rectores que actualmente posee el tipo penal por uno solo. El incumplimiento. El núcleo sustantivo del injusto no puede ser una mera y formal “infracción de un deber”, el cual puede ser una ratio incriminatoria, pero jamás un valor penalmente tutelado de manera independiente. Se busca en ese sentido recoger del plexo normativo bienes jurídicos de concreta realización que se traduzcan en la protección de la persona humana, su dignidad, valores necesarios para su realización acordes con la normal convivencia en sociedad. En la presente tesis se ha logrado determinar que la teoría de infracción de deber no debe ser tratada como una herramienta dogmática autosuficiente en sí misma. Es decir, no basta que un funcionario público infrinja formalmente un deber propio de su cargo para acudir al derecho penal. Nuestra postura, es que esa infracción de deber en efecto puede ser el punto de partida para la creación de un tipo penal, pero, se debe trabajar los intereses concretos, tangibles que merecen protección penal. La sola infracción del deber no puede ser un valor tutelado. Ello, en estricta observancia del principio de mínima intervención. En consecuencia, se ha determinado que, en los delitos de infracción de deber, específicamente en el delito de incumplimiento de deberes funcionales, no se debe abarcar como conductas penalmente relevantes todo incumplimiento cometido por funcionario público, sino, se debe determinar solo conductas concretas propias del ejercicio de cargo. Incluso se debe ir más allá: exigir un resultado que efectivamente

lesione o ponga en peligro un determinado, concreto y específico bien jurídico cuya protección resulte necesaria para asegurar la normal convivencia social, atendiendo así al principio de mínima intervención del derecho penal, definiendo concretamente el bien jurídico protegido más allá del normal funcionamiento de la administración pública.

**Meza** (2021), desarrollo la tesis: “*Teoría de infracción de deber y principio de legalidad en extraneus en los delitos funcionariales, Distrito Fiscal de la provincia de Ica, años 2019-2020*”. El trabajo se presentó en la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica.

En el contenido de la misma se tiene:

Problema general. ¿Cuál es la relación entre la teoría de infracción de deber y el principio de legalidad?

Problemas específicos. ¿Vulnera la teoría de infracción de deber el Principio de legalidad en el distrito Fiscal de la Provincia y Departamento de Ica? ¿Se encuentra debidamente reconocida la teoría de infracción de deber en el Perú? ¿En qué medida la teoría de infracción de deber es útil para realizar una imputación objetiva al extraneus?

Objetivo general. Determinar la relación entre la teoría de infracción de deber y el principio de legalidad.

Objetivos específicos. Determinar si la teoría de infracción de deber vulnera el principio de legalidad en el distrito Fiscal de la Provincia y Departamento de Ica.

Determinar si la teoría de infracción de deber sirve para imputarle una conducta al extraneus. Determinar si a través de la teoría de infracción de deber se puede realizar una imputación específica al extraneus.

Metodología aplicada. Tipo de investigación. El tema se desarrolla por medio de la investigación aplicable y explicativa; es explicable porque busca establecer relaciones, divergencias, posturas y el estado actual del conocimiento respecto del tema estudiado; mientras el tipo de investigación explicativo, se utiliza porque permite “contestar por qué ocurren o presentan algunos fenómenos o causa, y qué efectos genera”. Diseño de investigación. La investigación es de carácter no experimental, longitudinal y descriptivo, las variables fueron analizadas en su contexto real, no se ha manipulado las variables; se analizó el comportamiento de las variables a lo largo del periodo de tiempo; se analizó también las relaciones que se presentaron entre las variables estudiadas de acuerdo a los objetivos; el desarrollo de este estudio se fundamenta en la investigación de campo, los datos se recogieron de manera directa, los datos se recabaron con la técnica de la encuesta y el instrumento fue el cuestionario, se aplicó en la propia institución donde se desarrolló el estudio.

Hipótesis general. La teoría de infracción de deber evitar la impunidad de los extraneus en los delitos funcionariales.

Hipótesis específicas. En la medida que la teoría de infracción de deber, esté correctamente aplicada por los administradores de justicia menos será la vulneración al principio de legalidad. No se encuentra debidamente reconocida la

teoría de infracción de deber en el Perú. La teoría de infracción de deber genera impunidad a los extraneus en los delitos funcionariales.

Conclusiones. 1. La teoría de infracción de deber no se encuentra expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico, no es obligación del titular de la acción penal desarrollar esta teoría al momento de formular su requerimiento acusatorio ante el órgano jurisdiccional. 2. La teoría de infracción de deber, no fundamenta la participación del extraneus en los delitos funcionariales, no se puede imputar a una extraneus solo el título de partícipe, se tiene que determinar el grado de participación o aporte en la comisión del delito, conforme a lo regulado en nuestra norma sustantiva, respecto a la complicidad primaria y complicidad secundaria. 3. El principio de legalidad se vulnera a los extraneus en los delitos funcionariales, si solo se les atribuye responsabilidad bajo el título de imputación de partícipe, más aún, si nuestra norma sustantiva penal contempla que el sujeto que contribuye con la materialización del hecho delictuoso se le debe de imputar la complicidad primaria o complicidad secundaria. 4. El principio de legalidad es el fundamento del sistema jurídico peruano, sobre todo del derecho penal, en ese sentido los operadores de justicia jueces y fiscales deben ceñirse y aplicar las normas recogidas en nuestra norma sustantiva penal y adjetiva penal, no se puede admitir el título de imputación de partícipe al extraneus, se tiene que señalar si es cómplice primario o cómplice secundario, con el objeto de no vulnerar el principio de legalidad.

**Salinas** (2020), desarrollo la tesis: “*La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales*”. El trabajo se presentó en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En el contenido de la misma se tiene:

Formulación de problema. ¿Qué teoría jurídica debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en la comisión de un delito funcional en el cual intervienen más de dos personas? El objetivo general. Aquí se responde a la pregunta ¿para qué se realiza la investigación? En tal sentido, el objetivo general que se pretende concretizar con la investigación es el siguiente: - Determinar la teoría dogmática penal más objetiva para identificar a los autores y los cómplices en los delitos funcionariales en los que intervienen más de dos personas.

Objetivos específicos. Se precisan tres objetivos específicos que se conectan con los temas de los capítulos de la investigación final. Se propone los siguientes objetivos específicos: - Determinar cuál es la naturaleza jurídica de la mayoría de los delitos funcionariales en nuestro sistema jurídico. - Realizar un estudio dogmático sobre la autoría y participación en los delitos funcionariales. - Realizar un análisis de la jurisprudencia más relevante para determinar las líneas jurisprudenciales de las Salas Penales de la Corte Suprema respecto a la autoría y participación en los delitos funcionariales.

Metodología aplicada. La investigación es de naturaleza teórico-dogmática. En consecuencia, es de tipo descriptiva e interpretativa. Es descriptiva debido a que los temas objeto de estudio son teorías. Luego de identificar y recopilar toda la información respectiva procederemos a describir el estado de la cuestión de las

teorías planteadas sobre la autoría y participación en los delitos de infracción de deber como son la mayoría de los delitos funcionariales y, luego, asumiremos una postura personal. Es interpretativa debido a que se efectuará hermenéutica jurídica de las teorías planteadas, para al final determinar cuál de aquellas teorías es la más objetiva y coherente para identificar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en un delito funcional en el cual intervienen más de dos personas. Todo de acuerdo con el derecho objetivo vigente. Para efectos de demostrar la viabilidad de la teoría que se propone como la más objetiva para resolver el problema propuesto, luego de describir y analizar detenidamente 18 precedentes jurisprudenciales emitidos por las Salas Penales de la Corte Suprema, se verificará que, aplicando la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, se consiguen resultados más alentadores en la justicia penal.

Hipótesis. En la presente investigación se plantea una hipótesis de solución. Se pretende responder el problema con la hipótesis siguiente: "La teoría jurídica que debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en los delitos funcionariales en los cuales intervienen más de dos personas, es la teoría de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Claus Roxin".

Conclusiones. Primera. Por la estructura de la fórmula legislativa de los tipos penales que recoge el Código Penal de 1991, es pacífica en la doctrina la posición de establecer una clasificación bifronte de los delitos. Los delitos se dividen en comunes o de dominio, también por Jakobs denominados de organización y delitos especiales o de infracción de deber o según la denominación de Jakobs, delitos de

infracción de deber por competencia institucional y de acuerdo a Bernd Schünemann, delitos especiales de garantes. Las dos clases de delitos responden a fundamentos diferentes de la imputación. Segunda. La teoría del dominio del hecho no rinde para determinar quién es autor y quién cómplice en los delitos de infracción de deber cuando en su comisión intervienen más de dos personas. Aquella teoría es de mucha utilidad para determinar quién es autor y quién es cómplice de los delitos comunes o de dominio. Desde el inicio de su sistematización ocurrida en 1963, quedó debidamente establecido que, a los delitos de infracción de deber, respecto a la autoría y la participación, le son aplicables otra teoría, la misma que fue y es denominada tanto por Roxin y Jakobs como: “teoría de los delitos de infracción de deber”. Aspecto dogmático trascendente que aún no es manejado con propiedad por la jurisprudencia nacional. En efecto, se ha llegado a probar con esta investigación dogmática que los criterios de la teoría del dominio del hecho son utilizados para saber quién es autor y quién es cómplice en un delito de infracción de deber. Asimismo, cuando se hace uso de la teoría de los delitos de infracción de deber para resolver los casos judicializados en concreto, se utilizan indistintamente los criterios de la teoría de infracción de deber planteados por Roxin, Jakobs y, en menor medida, Schünemann, sin tomar en cuenta sus evidentes diferencias. Tercera. La teoría de infracción de deber institucional fundamentada o sustentada por Jakobs, y que en resumen se puede reseñar así: el incumplimiento del deber institucional fundamenta ya el injusto penal y, por tanto, debe ser ya punible su autor, no resulta razonable según la estructura legislativa de los delitos de infracción de deber que recoge el Código Penal de 1991. En efecto, por ejemplo,

en el delito de peculado sancionado en el artículo 387, el de malversación de fondos sancionado en el artículo 389, el de colusión sancionado en el artículo 384, el de negociación incompatible previsto en el artículo 399, el de enriquecimiento ilícito sancionado en el artículo 401 y los de cohecho pasivo propio e impropio sancionados en los artículos 393 y 394, respectivamente, la sola verificación de la infracción de un deber no fundamenta el injusto penal, pues según la estructura de la fórmula legislativa, para que ello suceda es necesario verificar en el hecho en concreto la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos, y, sobre todo, como mínimo, que el delito se haya iniciado. Cuarta. La teoría de los delitos especiales de garantes del profesor Bernd Schünemann, que pretende justificar la utilización de la teoría del dominio del hecho para saber quién es autor y quién cómplice en un delito de infracción de deber, alegando que “el criterio de autor en el delito especial no debe ser buscado en la infracción de un deber, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el de dominio del hecho en los delitos de comisión. Este dominio sobre el fundamento o causa del resultado se presenta en dos formas: en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico y el dominio sobre una causa esencial del resultado”, no puede aceptarse razonablemente, debido a que los delitos de infracción de deber tienen estructura legislativa diferente a la de los delitos de dominio. Ambas categorías de delitos presentan naturaleza y configuración legal distinta y, por tanto, es razonable que necesiten explicación y fundamentación diferente respecto a la autoría y participación. No resulta plausible pretender encontrar un denominador común en la categoría de la autoría y la participación, cuando desde la estructura del tipo

penal, las exigencias legales son diferentes en los delitos de dominio y en los de infracción de deber. Quinta. La teoría jurídica que debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en la mayoría de los delitos funcionariales en los cuales intervienen más de dos personas, es la de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Claus Roxin. Teoría que se resume en lo siguiente: responde como autor de un delito funcional quien interviene en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal, y responderá en calidad de cómplice quien también participa en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno simplemente porque no es portador de él. Y optando por la teoría de la unidad del título de imputación, tanto autores como cómplices responden por el mismo delito de infracción de deber realizado y en su solo proceso penal. Sexta. Afianzando la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, que claramente sostiene que en la comisión de los delitos de infracción de deber es irrelevante el criterio del dominio del hecho, debe sostenerse que no es posible la categoría dogmática de la coautoría. En efecto, no es posible jurídicamente que varios obligados especiales lesionen conjuntamente un deber de carácter penal conjunto. No existen deberes o principios conjuntos, ni menos deberes comunes. Los deberes o principios que se imponen a determinadas personas son siempre individuales y personalísimos. La coautoría presupone una relación de dominio conjunto que, en realidad no existe en los delitos de infracción de deber, pues el deber o principio, que como ha quedado demostrado es el bien jurídico protegido, tiene un carácter personalísimo, cuya infracción o lesión compete solamente a los sujetos obligados. En tal sentido, “si dos o más

funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para, por ejemplo, sustraer el patrimonio de la institución sobre la cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de ellos vulnera o infringe su deber especial y personal de no lesionar el patrimonio público”. Cada sujeto público obligado en forma personal lesionará o infringirá el deber especial penal impuesto por la ley penal. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado y, en su caso, se denominará conjunto de autores o autores paralelos. Séptima. En la misma línea de consolidar la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, la categoría jurídica de la autoría mediata es innecesaria: el que infringe el deber especial que le compete induciendo o solicitando a otro a producir el daño del objeto del delito ya es autor directo o inmediato. “En los delitos de infracción de deber rige el principio de autoría única, en todos los supuestos, el intraneus responde como autor directo. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante”. No debe obviarse que es intrascendente algún criterio de dominio del hecho. Basta que un obligado especial esté vinculado a un deber de carácter penal y lo lesione para constituirse en autor simplemente. La vinculación que tiene el obligado especial (sujeto público) con el bien jurídico representado en un deber o principio es inmediata y personalísima. En consecuencia, si la vinculación con el deber o principio es inmediata, inmediato también será su lesión, sin necesidad de recurrir a la figura de la autoría mediata que se sustenta en criterios de dominio del hecho. Octava. Finalmente, en la misma línea de consolidar la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, se concluye que las categorías jurídicas de complicidad primaria y secundaria

también no son aplicables. En efecto, según la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin poseer el deber especial de carácter penal participa en la comisión de un delito de infracción de deber propio o impropio, responderá penalmente junto al autor por el citado delito, pero en su calidad de cómplice. La complicidad también es única. “La diferencia entre complicidad primaria y secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho, donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito”. Este aspecto que no es posible en los delitos de infracción de deber, pues aquí es irrelevante la magnitud del aporte (criterio de dominio del hecho) que haya efectuado. El quantum con el que determinado sujeto participa en la comisión de un delito de infracción de deber es irrelevante. Para los delitos de infracción de deber el criterio del dominio del hecho es irrelevante o intrascendente. El criterio del dominio no tiene relevancia para la configuración de un delito de infracción del deber y, por tanto, tampoco tiene relevancia para determinar la calidad del cómplice. Por lo demás, el cómplice siempre merecerá menos pena que el autor. La conducta del autor es más reprochable penalmente que la del cómplice. El autor participa en la comisión del delito de infracción de deber, infringiendo un deber especial de carácter penal; en cambio, el cómplice también participa en la comisión del mismo delito, pero sin infringir deber especial alguno debido a que simplemente no lo tiene. En la conducta del autor existe un plus.

**Canchari** (2018), desarrollo la tesis: “Doctrina de infracción deber normativista en la jurisprudencia de la Corte Suprema y su relación con la Convención de las Naciones

Unidas contra la Corrupción”. El trabajo se presentó en la Universidad Nacional Santiago Antúñez de Mayolo. En el contenido de la misma se tiene:

Problema principal. ¿Se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción?

Problemas específicos. a. ¿Cuál es el tratamiento dogmático sobre la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación? b. ¿Existe jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación? c. ¿Trastoca la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación con los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción? d. ¿Qué alternativas jurídicas se deben de plantear para compatibilizar la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación con los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción?

Objetivo general. Determinar si se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.

Objetivos específicos. a) Describir el tratamiento dogmático sobre la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación. b) Explicar si existe jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación. c) Analizar si trastoca la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de

autoría y participación los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción. d) Proponer alternativas jurídicas para compatibilizar la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación con los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.

Metodología aplicada. Tipo de investigación: correspondió a una investigación dogmática: normativa y teórica, toda vez que el problema de investigación se centró en el estudio de los fundamentos y tendencias de los delitos de infracción del deber, así como en el ámbito normativo la justificación o fundamentos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; pero además, tuve que partir de una realidad concreta: Las ejecutorias supremas. Asimismo, trato el estudio de los fundamentos que tiene el funcionalismo penal respecto a los delitos de infracción del deber, específicamente aplicables a la autoría y participación. Tipo de diseño: correspondió al denominado no experimental, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental. Su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, tomando datos de la doctrina, jurisprudencia y la normatividad, sobre la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.

Hipótesis general. Se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; toda vez que ambas tienen su sustento en cuanto a sus postulados en el funcionalismo

normativista penal.

Hipótesis específicas: - Hay cierta uniformidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación; pues quienes la sostienen o suscriben tienen formación doctrinal en el funcionalismo normativista penal. - No hay discordancia absoluta entre la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación y los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; debido a que tiene una misma base doctrinal: El funcionalismo normativista.

Conclusiones. 1.- No se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; debido a una concepción formalista, maniquea de los deberes especiales que tienen los sujetos cualificados. 2.- La aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación en la práctica contraviene los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; toda vez que dejando en impunidad a lo que tiene el poder real, en todo caso, la responsabilidad solo alcanza a los mandos medios. 3.- No es uniforme la jurisprudencia de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación; debido a la distinta formación doctrinal de sus miembros y asesores principales; así como a la inexistencia de una sola doctrina que unifique y sintetice las distintas posibilidades que se tiene para la determinación de responsabilidad penal en los delitos especiales. 4.- Existe una alternativa

intermedia, más real, racional y empíricamente demostrable para la mejor determinación de la autoría y participación en los delitos especiales de infracción del deber. Esa es: El dominio sobre el fundamento del resultado, que parte de dos posturas importantes: Posición de garante en torno al bien jurídico y, posición de garante en virtud del control de la fuente de peligro. La aplicación de esta postura doctrinal sustentada por el maestro Schunemann, podría permitir que los poderosos, los que tienen el poder real no queden en la impunidad y, por ende se cumpliría a plenitud los postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.

**Garavito** (2018), desarrollo la tesis: *“Influencia de la corrupción en los procesos de contratación y selección del Estado”*. El trabajo se presentó en la Universidad Nacional Federico Villarreal. En el contenido de la misma se tiene:

Problema principal. ¿De qué manera se da la influencia de la corrupción en los procesos de selección y contratación del Estado?

Problemas secundarios. ¿En qué medida el abuso de poder de la corrupción, incide en la aplicación de las buenas prácticas en los procesos de selección y contratación del Estado? ¿De qué forma el tráfico de influencias en la corrupción, contribuye a una inadecuada transparencia en los procesos de selección y contratación?

Objetivo general. Analizar de qué manera se da la influencia de la corrupción en los procesos de selección y contratación del Estado.

Objetivos específicos. Explicar en qué medida el abuso de poder de la corrupción, incide en la aplicación de las buenas prácticas en los procesos de selección y

contratación del Estado. Evaluar de qué forma el tráfico de influencias en la corrupción, contribuye a una inadecuada transparencia en los procesos de selección y contratación.

Metodología aplicada. Tipo. Por su finalidad en relación a los problemas planteados en la presente investigación, en tanto aborda los conocimientos de las normas, leyes y procedimientos de la corrupción, y su incidencia en el proceso de selección y contrataciones del Estado, por la cual se trata de una investigación aplicada, debemos tener en cuenta que lo que busca este tipo de investigación es resolver problemas prácticos, en el presente caso sería el problema de la corrupción. Metodología. La Investigación utilizó la metodología basada en aspectos y procedimientos de carácter deductivo, de análisis en el grado descriptivo – Explicativo para estar en armonía con las etapas del estudio y que debe estar relacionada con las variables que se plantean en la investigación. En referencia al procedimiento deductivo se puede afirmar que el razonamiento deductivo es un proceso mediante el cual desde afirmaciones generales se llega a afirmaciones específicas, siguiendo para ello las reglas de la lógica, de hechos conocidos extraemos conclusiones.

Hipótesis general. En la medida que exista mayor influencia de la corrupción, entonces no habrá una adecuada ejecución en los procesos de selección y contratación del Estado.

Hipótesis secundarias. El excesivo poder genera la corrupción, lo que incidirá en la aplicación de prácticas correctas en los procesos de selección y contratación del

Estado. El tráfico de influencias es negativo y contribuirá a una inadecuada transparencia en los procesos de selección y contratación. El enriquecimiento ilícito sin castigo, fomentará el incumplimiento de la normatividad de los procesos de selección y contrataciones del Estado.

Conclusiones. Se ha determinado que si existe mayor influencia de la corrupción, entonces no habrá una adecuada ejecución en los procesos de selección y contratación del estado, por cuanto la corrupción ha sido un fenómeno secular en el Perú. El ejercicio del poder público para fines privados es una constante. Se ha establecido dentro de este estudio que el excesivo uso de poder, genera abuso lo cual deviene en corrupción, esto incidirá en los procesos de selección y contratación del Estado, socavando la implementación de buenas prácticas, socavando la autoridad del Estado, la estabilidad política, el desarrollo y crecimiento social. Se ha podido establecer que el tráfico de influencias incide de forma determinante en los procesos de selección y contratación, a través de diversas figuras, entre ellas el padrinazgo, se influye en los resultados de selección, suponiendo que la falta de competencia genera un grupo seleccionable menor a si este tipo de situaciones no existieran, lo que hace que el Estado termine contratando a los peores seleccionables. Se ha podido determinar también, en consonancia con los datos obtenidos de nuestra investigación, que el enriquecimiento ilícito, sirve como aliciente a incumplir las normas positivas y procedimientos. Por tanto es indispensable perseguir este ilícito para evitar que se socaven las bases mismas de la estructura social. El funcionario es el actor principal dentro de las contrataciones

estatales por cuanto maneja información privilegiada y es sobre ellos que recaen los delitos contra el patrimonio del Estado, siendo que los particulares intervienen también en estos delitos fomentando actos de corrupción. Una de las maneras para luchar contra este lastre es, evitar la acumulación de poder y desburocratizar los procesos de selección y contratación, hacerlos con ello más transparentes y amigables con el ciudadano medio.

### CAPÍTULO III

#### HIPÓTESIS GENERAL Y CATEGORÍAS

##### 1. Hipótesis de la investigación

Existen lineamientos doctrinales que se deben considerar para superar la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú.

##### 2. Categorías de estudio

El presente estudio por su naturaleza cualitativa se orienta a conocer y profundizar el tema de estudio, por tal razón no requiere de variables las cuales se dimensionan en los estudios cuantitativos, en este caso se trabajó con categorías de estudio las que se identifican para profundizar el conocimiento del tema de estudio. Las categorías de la presente investigación se hallan consignados en la siguiente tabla:

**Tabla n.º 1**

CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS
<b>Categoría 1º:</b> Delitos funcionariales	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Bien jurídico afectado</li> <li>- Regulación normativa</li> </ul>

<b>Categoría 2°:</b> Teoría de la autoría de los delitos de infracción de deber	<ul style="list-style-type: none"><li>- Definición</li><li>- Contenido</li><li>- Alcances</li><li>- Justificación</li></ul>
--	---

\* Fuente elaboración propia.

## CAPÍTULO IV

### METODOLOGÍA

#### 1. Tipo y diseño de investigación

**Tabla n.º 2**

<b>Enfoque de investigación</b>	<b>Cualitativo documental:</b> Nuestra investigación se basa en el análisis de la doctrina.
<b>Tipo de investigación jurídica</b>	<b>Dogmática propositiva:</b> La investigación se orienta a elaborar una propuesta de solución al problema.

\* Fuente elaboración propia.

#### 2. Unidad de análisis temático

La unidad de análisis temático se orienta a conocer la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú.

### 3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

- a. **Técnicas:** La técnica fundamental que aplicaremos en nuestro estudio es la documental. Consiste en recolectar, analizar e interpretar información proveniente de fuentes documentales.
- b. **Instrumentos:** El instrumento que corresponde a la técnica elegida es la ficha bibliográfica, ficha de análisis de norma y ficha de análisis de jurisprudencia. Instrumentos de recolección y organización de información en la investigación, especialmente útil cuando se utiliza la técnica documental.

### 4. Procedimiento de análisis de datos

Luego de aplicar las fichas de análisis documental se procedió a la limpieza de datos con el fin de seleccionar la información para ser procesada. Al concluir esta acción se inició el análisis e interpretación de la información.

## CAPÍTULO V

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### **1. Situación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú**

En la sentencia de casación n.º 102-2016/Lima, del 11 de julio de 2017, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostiene:

Para analizar el presente caso, es pertinente referirnos a la categoría de los delitos de infracción del deber, postulada por primera vez por Claus Roxin (1963) hace más de 50 años, en su libro *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Roxin en su planteamiento original distinguió los delitos de dominio del hecho de los delitos de infracción de deber; en relación a los delitos de infracción de deber sostuvo que éstos se caracterizaban porque la autoría de la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente relacionándolo con los delitos especiales -aquellos que requieren, para poder ser autor, una específica cualificación en el sujeto- y los delitos de omisión -aquellos que se refieren a la no verificación de una determinada conducta, en ese sentido, se realizan si tiene lugar una conducta diferente a la prevista, es necesaria la pasividad-. (pp. 9-10)

Por otra parte, es necesaria traer a colación, el acuerdo plenario n.º 2-2011/JC-116, del 06 de diciembre de 2011, en la que las Salas Penales de la Corte Suprema han impuesto la doctrina legal vinculante, de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Roxin.

En el mismo sentido, en la sentencia de casación n.º 346-2019/Moquegua, del 06 de noviembre de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema “ha definido al delito de negociación incompatible como uno de infracción de deber, dado que implica la infracción de un deber especial normativizado, que únicamente puede ser quebrantado por su destinatario: el agente público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición”. (p. 16)

De la que se infiere que los delitos funcionariales son de infracción de deber, tal cual la Corte Suprema lo ha precisado en las jurisprudencias detallados precedentemente, en la que se concibe el planteamiento primigenio de Roxin, planteamiento en la que para la fundamentación de la autoría se requiere la infracción de un deber extrapenal, debiendo recurrirse a otros ámbitos del derecho, a fin de dar contenido a tal deber extrapenal, para que opere el tipo penal.

En posición opuesta, en el recurso de nulidad n.º 615-2015/Lima, del 16 de agosto de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema citando a Reaño (2003) y Caro (2015) sostiene:

En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados -en este caso, de funcionarios y servidores públicos-, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcional concreta, se ha realizado mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudieran admitir la posibilidad de una

graduación y diferenciación, pues el obligado especial responde siempre como autor único de un delito de infracción de deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización. (p. 10)

En la sentencia de casación n.º 1379-2017/Nacional, del 28 de agosto de 2018, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

Que el acuerdo colusorio, que importa una efectiva defraudación patrimonial al Estado, debe ser realizado por un funcionario que tenga una relación funcional específica en el marco de una contratación pública -se trata de la infracción de un deber especial, en virtud de una competencia institucional-. Luego, el extraneus no puede ser autor del delito, solo cómplice. Como la defraudación se concretó, desde una serie de actos previos, mediante la homologación del acuerdo conciliatorio realizada por los árbitros, pese a que ésta no podía realizarse en atención a la ausencia de poderes del funcionario que representaba los intereses del gobierno regional de Tumbes, la imputación objetiva es evidente -el suceso histórico global así lo determina-. Distinto es el examen del marco de imputación subjetiva -si se puede imputar a los árbitros el conocimiento no solo de lo ilícito del acuerdo conciliatorio sino de la defraudación a la Administración Pública-, competencia de conocimiento que debe realizarse en atención a sus concretas circunstancias personales. (p. 16)

En la sentencia de casación n.º 2124-2018/Lima, del 29 de abril de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

Toda la prueba de cargo se sitúa en su intervención en el “reemplazo” documental, incluso, bajo las líneas de mando superior, el imputado Aburto Sánchez impuso al conjunto de

militares bajo su mando que tenían competencia en la suscripción de documentos que cumplan con efectuar los reemplazos, a sabiendas de su ilicitud y de que no reflejaban la realidad del combustible efectivamente entregado. No hay duda de que esta conducta fue ilícita, pero no es un acto de apropiación. No se acreditó que desvió el combustible recibido y, siguiendo a las escalas jerárquicas superiores, no consta prueba que revele que contribuyó a que terceros a él se apropien del combustible del Ejército asignado a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales. Su competencia institucional no llegaba a la producción del delito, tanto más si otros oficiales de mayor graduación, como se analizará, tenían una mayor competencia, de definición. (p. 50)

La Corte Suprema en la jurisprudencia citada entre otros en el caso de los diarios chicha seguido contra el expresidente de la república Alberto Fujimori Fujimori, como se puede ver ha adoptado el planteamiento propuesto por Jakobs, en la que el sustento de la autoría en los delitos de infracción de deber, obedece a la desobediencia de obligaciones especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional.

En la sentencia de casación n.º 503-2018/Madre de Dios, del 05 de febrero de 2019, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

Es cierto, asimismo, que la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto no exime de responsabilidad -en el marco del Derecho Presupuestario- a la autoridad delegante. Pero, como mantiene su deber de garante institucional respecto del manejo presupuestario, no le es ajeno lo que la autoridad delegada puede realizar -no puede desentenderse de lo que haga-. El conocimiento pues se le atribuye -él debía saber lo que sucedía con un tema tan delicado como el manejo presupuestal e interrumpir un suceso riesgoso para el patrimonio

institucional, por lo que no cabe alegar desconocimiento ni implícitamente sostener que estaba al margen de toda función de vigilancia o supervisión-.

El delito de malversación es uno de infracción de deber -situaciones de responsabilidad por competencias-. En este caso lo relevante es el deber institucional que ha de cumplir el imputado recurrente como Gobernador Regional -la fuente del deber es la propia ley de la materia-. Si es delegante debe delegar bien, supervisar razonablemente a su delegado (Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial) y, en su caso, corregirle o incluso sustituirle si ello es necesario para la observancia de la función de seguridad encomendada. Como se trata del manejo presupuestal de la institución mayor es el riesgo que debe controlar y más difícil su control, entonces, es más intensa sus tareas de supervisión. (pp. 8-9).

En el caso en concreto, para resolver el caso se combinaron dos posiciones teóricas: la posición propuesta por el profesor Jakobs en cuanto a la teoría de infracción de deber, y la teoría de los delitos especiales de garante propuesto por el profesor Schünemann.

Por otra parte, en la sentencia de casación n.º 1527-2018/Tacna, del 05 de marzo de 2020, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema precisa que:

El fundamento de punición del delito de peculado es el quiebre de los deberes de garante de los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del ejercicio de su función, en sus diversos grados y niveles, ejercicio que debe estar marcado por el cumplimiento y el respeto al dicho deber de garante (p. 8).

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, en la sentencia de casación n.º 1749-2018/Cañete, del 19 de agosto de 2020, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

En la omisión impropia, el deber jurídico de evitar un hecho punible o el de crear un peligro inminente se encuentra ligado a la posición de garante que recae sobre la persona que omite impedirlo y lo obliga a actuar en la situación concreta, desplegando su poder de control. Por ende, podemos hablar de posición de garante, cuando concierne al agente una determinada función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Este deber se puede derivar de una norma extrapenal, sea de naturaleza civil (deberes de los padres respecto a los hijos menores) o administrativa (deberes de los funcionarios con relación al ámbito de sus competencias). Así, la posición de garante implica: a) la creación o aumento, en un momento anterior, de un peligro atribuible a su autor y b) que tal peligro determine, en el momento del hecho, una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante. Continúa la Corte Suprema, indicando que, desde una perspectiva axiológica o valorativa, los delitos de infracción de deber de carácter funcional, descritos mediante tipos penales de comisión, pueden en general ser realizados por omisión impropia, en tanto esta equivalga a la producción de una consecuencia lesiva. El deber especial que sustenta la delimitación del círculo de sujetos activos calificados, en los tipos penales especiales, es el deber de garante, que fundamenta la primera condición en la omisión de impedir la realización del hecho punible (pp. 15-16).

En la sentencia de casación n.º 694-2020/ Huancavelica, del 21 de junio de 2022, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que:

Es deber del alcalde la custodia de los caudales públicos que se hallan bajo su administración, así como la tutela de los intereses del municipio que representa. Así, sobre él recae la posición de garante en relación con la municipalidad que representa. De igual

modo, le corresponde el deber de controlar y supervisar, debido a su especial posición, que deriva de la Ley Orgánica de Municipalidades. En consecuencia, no es posible compatibilizar sus actuaciones con el principio de confianza en relación con los caudales de la municipalidad, pues existía un deber de garante que obligaba al alcalde a supervisar y cautelar los bienes de la referida municipalidad. (pp. 16-17)

En esta tercera posición la Corte Suprema adopta el planteamiento propuesto por Schünemann, en la que el fundamento de la autoría en los delitos de infracción de deber obedece a la relación de dominio sobre el suceso. La que se evidencia en los delitos funcionariales, dado que el agente público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el ámbito de su competencia, a razón del poder estatal del que posee. Así también en la segunda casación citada precedentemente respecto a este tema, la Corte Suprema indica que en la omisión impropia el deber jurídico de evitar un hecho punible o el crear un peligro inminente se encuentra ligado a la posición de garante, agregando además que este deber se puede derivar de una norma extrapenal, sea de naturaleza civil o administrativa.

Por último, en la sentencia de casación n.º 2210-2022/Lambayeque, del 25 de octubre de 2023, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene:

Tras la obra del profesor Claus Roxin sobre *Autoría y dominio del hecho -Täterschaft und Tatherrschaft-*, de 1963, se vio la esencia de los delitos especiales en la “infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en este delito, pero que es necesaria para la realización del tipo”. De este modo, se diferenciarían fundamentalmente los delitos de infracción de deber *-Pflichtdelikte-* del modelo estándar de los delitos de dominio *-Herrschaftsdelikte-*, en los cuales el dominio del hecho constituiría el criterio decisivo de la autoría. En consecuencia, para entender la

participación o colaboración necesaria en los delitos de infracción del deber, debemos partir, como enfatiza el profesor Bernd Schünemann, del entendimiento que el deber en los delitos de infracción del mismo, es una vulneración al deber de garante, “el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto”; sólo a partir de la existencia de un deber especial que obliga a garantizar: un objeto -el caudal público-, una institución -la administración pública-; una función -el servicio público-; una finalidad -el correcto o debido funcionamiento de la provisión de satisfacción de la necesidad pública-; incluso una entidad superior -la persona humana y su dignidad-, como en el caso del padre respecto del hijo, desde una perspectiva de rancio funcionalismo, o bien varias o todas ellas; es que puede determinarse la responsabilidad punitiva. (p. 11)

Como se advierte la Corte Suprema de Justicia de la Republica adopta distintas posiciones en relación al fundamento de la autoría en los delitos de infracción de deber. La que afecta el principio de seguridad jurídica, en el entendido que las decisiones judiciales tienen que ser uniformes, a fin de que la administración de justicia sea predecible, por lo que a continuación se plantea cuáles deberían ser los fundamentos de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales.

## **2. Afectaciones que se derivan de la divergencia en la interpretación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales**

Las divergencias en la interpretación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales pueden tener distintos efectos en el sistema de

administración de justicia penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios. Los más significativos de estos efectos son los siguientes:

- a) **Impunidad.** - La falta de claridad en la interpretación de la autoría en los delitos de infracción de deber puede generar vacíos que permitan a los funcionarios y servidores públicos cometer delitos contra la administración pública -delitos funcionariales- sin que estos sean sancionados. Situación que podría generar impunidad.
- b) **Inseguridad jurídica.** - La divergencia en la interpretación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber puede generar inseguridad jurídica, para la comunidad jurídica, tanto como para la sociedad en general. La comunidad jurídica y la sociedad en general, no sabrán con certeza que conductas pueden considerarse delitos contra la administración pública, lo que dificulta su cumplimiento u observancia.
- c) **Inequidad.** - Al respecto se tiene que, dependiendo de la interpretación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber, dos funcionarios o servidores públicos que hayan cometido delitos contra la administración pública similares pueden enfrentar consecuencias jurídicas diferentes; es decir, el primero de ellos puede ser condenado, y el segundo de ellos puede ser absuelto. Esto puede llevar a situaciones de inequidad e injusticia.
- d) **Debilitamiento de la confianza pública.** - La divergencia en la interpretación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber, puede generar desconfianza de los ciudadanos en el sistema de administración de justicia penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios. Esto puede generar descontento público y comprometer la legitimidad de la administración de justicia penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios.

Para evitar estas repercusiones, el sistema de administración de justicia penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios y la doctrina deben trabajar en una interpretación más clara y uniforme de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber. Para ello podrían ser necesarias modificaciones legislativas, jurisprudencia coherente y definiciones jurídicas más precisas.

### **3. Forma en que la doctrina ha desarrollado la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales**

#### ***3.1. Planteamiento primigenio de la teoría de los delitos de infracción de deber***

La teoría de los delitos de infracción de deber ha sido introducida por Roxin en la dogmática penal, para poder solucionar las problemáticas en torno a la autoría en los delitos especiales. Planteó esta teoría en su célebre monografía titulado *Täterschaft und tatherrschaft* (Autoría y dominio del hecho), publicado en 1963 (Caballero, 2021, p. 60). En dicha obra, Roxin (1963) sostiene lo siguiente:

- Los ilícitos penales de la parte especial deben organizarse diferenciándose en “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber”. Respecto a los primeros, el legislador supondría el “dominio” de la conducta ilícita del sujeto activo, que puede ser desplegado por este, por intermedio de un tercero o juntamente con terceros; mientras que en los segundos, la sanción penal partiría encaminado a quien infringe un “deber específico”. En este segundo conjunto se situarían fundamentalmente los delitos especiales, los delitos de omisión y los delitos de propia mano.
- Debido a la distinción efectuada precedentemente, a fin de fundamentar la autoría se tienen que emplear distintos principios según el grupo de delitos. Respecto a los delitos de

dominio, corresponde emplear la teoría del dominio del hecho. En cambio, en los delitos de infracción de deber, la concurrencia o el abandono de dominio del hecho no debería tener ningún resultado, dado que se debe comprobar que se haya producido la infracción de un deber extrapenal por parte del autor para establecer la autoría. (p. 385)

En ese orden de ideas, el autor de un delito de infracción de deber responde como tal por haber infringido un deber extrapenal, sin importar el dominio que tuvo en la realización del delito; estos deberes están antepuestos en el ámbito lógico a la norma del derecho penal y que, por lo general, emergen en otros planos del derecho. Sin embargo, Roxin no desarrolla en qué consisten esos deberes extrapenales, dejando la tarea al legislador de regular los delitos de infracción de deber, porque, a su entender, es un asunto que concierne a la decisión valorativa de este (Roxin, 1999, p. 354 y ss.).

En la doctrina nacional, en cuanto a la teoría de los delitos de infracción del deber, Salinas (2023) sostiene:

En los delitos funcionariales, desde nuestra perspectiva dogmática, para conocer quién es autor y quién es cómplice, sirve la teoría de infracción de deber introducida en el derecho penal por Roxin en 1963 junto a la teoría de dominio del hecho. El profesor alemán inició su exposición sobre los delitos de infracción de deber señalando que sí, por ejemplo, alguien determina -dado los requisitos de la tortura- a un funcionario a realizar torturas, tiene el dominio del hecho; sin embargo, no es autor de las torturas, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario público como sujeto del delito. (p. 25)

En cuanto a este planteamiento primigenio efectuado hace más de 60 años atrás, se tiene que el fundamento de la autoría en los delitos de infracción de deber constituye el deber especial del autor, al respecto el profesor Caro (2006) sostiene:

Según el planteamiento de Roxin, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentra como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización. (p. 96-97)

Así también, en nuestro medio al desarrollar los delitos de infracción del deber, Pariona (2014) sostiene:

La característica distintiva de la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin es la naturaleza del deber especial, cuya infracción convierte en autor al obligado especial. Según su opinión, lo que fundamenta la autoría no es el deber general que surge del tipo penal, cuya “infracción provoca la sanción prevista en el tipo”, sino un deber especial que no recae en todas las personas. Para Roxin, este es un deber extrapenal. Los deberes especiales están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otros ámbitos del Derecho, como por ejemplo, los deberes del funcionario público (Derecho Público), los deberes de reserva o secreto de ciertas profesiones o los deberes de fidelidad en la administración de patrimonios ajenos (Derecho Civil). En ese sentido, los “especialmente obligados se distinguen entre los demás intervinientes por la relación especial que guardan con el contenido del injusto del hecho y que el legislador solamente por esta posición de deber le considera la figura central de evento y con ello como autor”. (p. 110)

En cuanto a este planteamiento inicial de los delitos de infracción del deber el profesor Roxin (2021) sostiene:

Por un lado, a mí me interesaba delimitar el deber constituyente de la autoría del deber de evitar (o sea del deber omitir o de actuar), en el que se basa toda norma penal. Por ello, en 1963, en la primera edición de mi libro sobre dominio del hecho señalaba: “No se refiere al deber que surge de la norma penal, cuya inobservancia lleva a la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito. Se extiende sobre todo también a inductores y cómplices no cualificados; pues si los partícipes, como destinatarios de la norma, no fueran abarcados por el efecto obligacional, no podría [...] fundamentarse su punibilidad [...]. Más bien, en el elemento que decide sobre la autoría de la lesión [...] se trata [...] de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a cualquier partícipe delictivo, pero que es indispensable para completar el tipo. En ello se trata siempre de deberes que lógicamente están ubicados antes de la norma penal y que, por lo general, surgen en otros ámbitos del derecho. Los [...] deberes de derecho público de los funcionarios públicos, los preceptos sobre guardar reserva del derecho de las profesiones, y las obligaciones civiles de prestar alimento y guardar fidelidad son solamente ejemplos de este tipo. Es característico de todos ellos el que los portadores de estos deberes destaquen de entre todos los demás coparticipantes, a través de una relación especial con el contenido de injusto del hecho, y que el legislador, por ello, en aras de esta obligación, los considere como figura central de los sucesos configuradores de la acción, y con ello, como autores”. (381)

Respecto a este punto Roxin (2016b) agrega:

Al principio, consideré que los requisitos de la autoría en los delitos de infracción de deber tenían que estar basados en normas extrapenales. En realidad, el legislador suele referirse, al establecer posiciones de deber fundamentadoras de autoría, a facultades otorgadas «por ley, encomienda de la autoridad o negocio jurídico» (§ 266 StGB, administración desleal),

a intereses de Derecho civil o de Derecho internacional (§§ 142, fuga del lugar del accidente; § 177, agresión sexual, violación; § 288 StGB, alzamiento de bienes), a hechos de Derecho administrativo (§ 327 StGB, operación no autorizada de instalaciones peligrosas: «sin [...] estar legítimamente autorizado, o contraviniendo una prohibición firme basada en la ley aplicable»), o «deberes inherentes al cargo» (§ 331 ss. StGB: delitos de funcionarios). El legislador concreta de este modo los deberes fundadores de autoría. (p. 725)

Por último, se tiene que los delitos de infracción de deber habrían sido tratados en una segunda ocasión, al respecto Roxin (2021) sostiene:

Por otro lado, cuando en 1970 me ocupé por segunda vez del tema, me pareció que la referencia a deberes extrapenales también sería necesaria para garantizar la exigencia constitucional de taxatividad (art. 103, párr. 2, GG): “La frase ‘nulla poena’ se ve [...] preservada por el hecho de que el legislador también se refiere a deberes fijados en el ámbito extrapenal entre los intervinientes”. Adicionalmente, he intentado también caracterizar con más detalle la “relación especial con el contenido de injusto del hecho” que yo ya en la primera intervención había destacado como característica de la autoría en los delitos de infracción del deber. En los delitos de infracción del deber no importaría “la propiedad exterior de la conducta del autor”, porque “la razón de la sanción radica en que alguien atenta contra las exigencias de rendimiento que le hace el rol social que él ha asumido”. Serían “ámbitos de la vida jurídicamente ya plenamente formados (las relaciones entre el administrador del patrimonio y el mandante, vigilante y preso, abogado y cliente), cuya funcionabilidad debería ser protegida por los tipos; en los delitos de acción, el autor, irrumpe desde afuera y perturbando la paz (p. ej.,

mediante homicidio, robo, apertura de cartas ajenas, haciendo grabaciones secretas, etc.) en ámbitos que él, por imperio de la ley, debió haber dejado incólumes”. (pp. 381-382)

### ***3.2. Teoría de los delitos de infracción de deber por competencia institucional***

“El profesor Jakobs ha sido uno de los primeros seguidores de la teoría de los delitos de infracción de deber, quien la ha desarrollado con contenidos diferentes y en el ámbito de una teoría propia del injusto penal” (Abanto, 2004, p. 10). Al respecto Jakobs (1997) sostiene:

El grupo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado conceptualmente por Roxin. Más exacta que la denominación «delitos de infracción de deber» sería la de «delitos con deber que elude la accesoriedad». Son muy discutidos tanto los principios como los pormenores. El desarrollo de los deberes en virtud de responsabilidad institucional se llevará a cabo en la exposición de los delitos de omisión (...). Acerca de la atenuación del marco penal, (...) en torno a la omisión, 29/126. Sobre los delitos de propia mano (...). (p. 792)

En cuanto a la teoría de los delitos de infracción de deber Sánchez-Vera Gómez-Trelle (2003) sostiene:

La institución negativa a la que me estoy refiriendo es conocida desde el derecho romano, y se resume en la sentencia "no dañar a nadie" (neminem laedere). (...) se deduce que, más allá de la institución negativa, existe responsabilidad en virtud de otras instituciones, cuya nota principal es su positividad: ya no se trata de un no-dañar, sino precisamente de un actuar positivo, de un "sustentar" o "prestar ayuda" en unos casos, y de un fomento de la situación del bien jurídico en otros, aun cuando no exista una organización previa de la que se tenga que responder. Con esto abandonamos pues la institución meramente negativa y

los delitos de dominio, para adentrarnos ya en las instituciones positivas. (...) la violación de las instituciones positivas da lugar a los llamados delitos de infracción de deber (...). En estos delitos lo relevante no es -aunque lo haya- el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva. Así, el deber de los padres frente a sus hijos, de los cónyuges entre sí, del administrador de bienes ajenos, del juez o funcionario público, etc. En unas ocasiones, como en el caso de los deberes de los cónyuges entre sí o de los padres frente a los hijos, el legislador no ha instituido tales deberes positivos expresamente; en otras sí. Este es el caso de los delitos de funcionarios, o por ejemplo del delito de revelación de secretos, del de deserción, del delito de falso testimonio, etc. (pp. 273-276)

La evolución de la teoría de los delitos de infracción de deber no hubiera sido viable sin el tratamiento concedido por Jakobs, quien, en el ámbito del pensamiento normativista del sistema del derecho penal, ha encaminado su vigor dogmático a una fundamentación extendida de los delitos de infracción de deber, fundamentando los delitos de infracción de deber en la concurrencia del ámbito de competencia del autor. Al respecto Caro (2006) sostiene:

En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explican mediante el criterio del ámbito del autor. Según este novedoso entender, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal (p. 98).

En efecto, la concepción de los delitos de infracción de deber propuesto por Jakobs difiere del planteamiento de Roxin, pues según Roxin (2016a) estos rigen sobre cuatro puntos:

- En primer lugar, Jakobs extiende la categoría de los delitos de infracción del deber a delitos comunes cuando estos fueron cometidos por garantes.
- En segundo lugar, Jakobs restringe, sin embargo, el círculo de los delitos de infracción del deber al limitarlos al ámbito de lo que él denomina las competencias institucionales.
- En tercer lugar, Jakobs tampoco quiere reconocer como delito de infracción del deber a aquellos delitos en los cuales se restringe el círculo de autores solo porque al autor le sería posible un actuar típico o de manera prácticamente relevante, o porque otra persona es la única que puede atacar un bien de una manera especialmente fácil o prácticamente relevante.
- En cuarto lugar, para Jakobs, la lesión del deber es el fundamento penal de los delitos de infracción de deber. La “equiparación (...) de delito con lesión de bienes jurídicos” fracasaría, según Jakobs “principalmente (...) en delitos con un deber especial proveniente de una competencia institucional”. (p. 315-316)

Adicional a los cuatro puntos resaltados por Roxin, Salinas (2019) agrega los criterios que deben tenerse en cuenta respecto a la propuesta en cuanto a la teoría de infracción de deber por Jakobs, que se detalla a continuación:

- En quinto lugar, Jakobs sostiene solo pueden ser atribuidos los delitos de infracción de deber a aquellos que tienen competencias institucionales, los demás intervinientes en el delito responderán por un delito común o de dominio o de organización, ya sea como autores o cómplices. (p. 42).

Asimismo, respecto a los puntos respaldados en forma precedente, Jakobs (1997) sostiene:

En sexto lugar, finalmente, de acuerdo a Jakobs, no todos los delitos de comisión por omisión –como Roxin– han de ser calificados como delitos de infracción de deber, sino únicamente aquellos cuyo autor sea un garante en virtud de una relación institucional (p. 1027).

Por su parte, en la doctrina nacional citando a Sánchez-Vera Gómez-Trelle, Vílchez (2021) sostiene:

Hay, entre otras, ciertas particularidades que se discuten en esta clasificación respecto a la autoría (...). La aplicación de los delitos de infracción de deber supone que el obligado que lesiona su deber asegurado institucionalmente realiza un delito autónomo, esto es, ejecuta por sí mismo el tipo. Ahora bien, esto no supone que sea necesaria una realización de propia mano. El comportamiento incluso ajeno se le imputa al especialmente obligado en tanto él ha afectado su deber institucional. Lo resaltante, entonces, en este tipo de delitos es que el deber institucional es altamente personal y no puede ser disuelto de ninguna manera o solo bajo condiciones especiales. (pp. 104-105)

En síntesis, el fundamento de la autoría en los delitos de infracción de deber viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional. García (2012) sostiene “en los delitos de infracción de un deber la autoría le corresponde a aquella persona que estando institucionalmente obligada a cumplir con un deber positivo específico, lo incumple” (p. 697).

### ***3.3. Teoría de delitos especiales de garante***

En cuanto a la teoría de delitos especiales de garante, esta fue desarrollado por el profesor Schönemann (2004) quien sostiene:

(...) El criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, del mismo modo, no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el dominio del hecho en los delitos de comisión. Finalmente, ofreciendo un solo ejemplo más, esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone. (p. 24)

“Mientras que yo he designado al autor, dentro de los delitos de dominio y los de infracción del deber, como la “figura central” de los sucesos típicos, Schönemann pretende caracterizar el principio unificador de la autoría penal “de manera algo más concreta como ‘dominio sobre la causa del resultado’” (Roxin, 2021, pp. 382-383). Al respecto Schönemann (2018) sostiene:

El derecho penal, que mediante su amenaza de pena solo puede surtir efecto en la motivación del ciudadano individual, debe, por lo tanto, dirigir sus normas prohibitivas prioritariamente a aquellas personas que ejercen el dominio decisivo sobre el proceso causal dañoso. Este dominio sobre el fundamento, origen, razón o causa del resultado — como estructura primaria e indiscutiblemente lógica de la autoría— se presenta de dos formas: como dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, y como dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro. El dominio sobre una fuente de peligro se divide a su vez en dos formas, según si la fuente de peligro consiste en una acción humana activa o en una cosa peligrosa, como un perro que muerde o una central nuclear. La primera forma se constituye por el dominio del hecho; la segunda, por el actual control del objeto peligroso. Al mismo nivel se encuentra la tercera forma de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. (p. 101)

En la doctrina nacional, siguiendo a Schönemann, Montoya (2014) sostiene:

(...) La clasificación presentada por Schünemann de las diversas posiciones de garante concretadas en las modalidades de dominio también parece conllevar diversos alcances con respecto a los deberes de cuidado y de actuación. El deber de protección de un bien jurídico, fundamentada en el dominio de su situación de indefensión o desamparo del bien jurídico, conllevaría un haz de mayores deberes de actuación y cuidado que el deber de vigilancia fundamentada en el dominio sobre una determinada fuentes de peligro. De cualquier forma, tratándose de un criterio fáctico/normativo (el dominio sobre el fundamento del resultado), la intensidad de los deberes de cuidado y actuación, en el primer tipo de posición de garante, dependerá del grado de vulnerabilidad, accesibilidad o finalmente de dependencia del bien respecto de la posición en la que se encuentra el sujeto. (p. 619).

En ese orden de ideas, Schünemann (2018) agrega:

En la mayoría de los delitos especiales se trata, por lo tanto, de delitos especiales de garante, en los cuales el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto. No obstante, podría haber también algunos delitos especiales, presumiblemente no demasiado numerosos, en los cuales no encajaría esta construcción dogmática, porque como bien jurídico entraría solo en consideración la institución misma. Aun así, en la mayoría de los casos en los que alguien no se atiene a las normas de la institución, la reacción apropiada no es el derecho penal, sino una medida institucional que puede llegar a la expulsión de la persona concernida de la institución. (...).

Llego con esto a la conclusión de que el ámbito legítimo de los delitos especiales es, en su mayor parte, el de los delitos especiales de garante, en los cuales el fundamento penal reside en el dominio de protección sobre el bien jurídico o en el dominio de supervisión o

vigilancia de una fuente de peligro. La legitimidad de los delitos puros de infracción de deber, en los cuales la sola infracción de un deber especial institucional fundamenta la punibilidad, ha quedado hasta hoy en buena medida sin resolver y, en cualquier caso, solo se puede tener en cuenta en un ámbito muy estrecho. (pp. 103-105)

Por último, en cuanto al planteamiento propuesto por el profesor Schünemann, de los delitos especiales de garante, Roxin (2021) sostiene que:

Schünemann no habla por ello de “delitos de infracción del deber”, sino de “delitos especiales de garantes” y caracteriza su doctrina como “materialización de la idea iniciada por Roxin de entender los delitos especiales como delitos de infracción del deber”. No obstante, las conclusiones que yo deduje de la doctrina de los delitos de infracción del deber para delimitar entre autoría y participación “también manifiestan su corrección en la doctrina de los delitos especiales de garantes, y experimenta en ellas un refuerzo mayor. Esto rige especialmente al probar el parentesco con los delitos de omisión impropia porque con ello se hace plausible sin problemas, tanto la comisión por omisión por parte del intraneus como también la aplicación análoga del art. 13, segundo párrafo sobre la atenuación facultativa de la pena”. (p 384)

#### ***3.4. Teoría de los delitos de infracción de deber penal especial***

Comentando la teoría de los delitos de infracción de deber plateado primigeniamente por el profesor Roxin, Pariona (2014) sostiene:

En la actualidad, la teoría de los delitos de infracción de deber se ha consolidado científicamente. Sin embargo, aún existen algunas críticas contra sus postulados. Puede mencionarse, como ejemplo, la objeción que señala que no sería plausible recurrir a deberes

especiales extrapenales para la fundamentación de la autoría penal. Las críticas ponen de relieve que el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber no ha concluido y que es todavía una tarea pendiente para la ciencia del Derecho Penal. (p. 111)

Los delitos de infracción de deber se basan en dos ideas, según el planteamiento de Pariona (2011), conforme se detalla a continuación:

La primera idea sobre la cual gira mi concepción de los delitos de infracción de deber puede expresarse del siguiente modo: la infracción del deber especial fundamenta la autoría y no el injusto. En tal sentido, la infracción del deber constituye el criterio dogmático por excelencia para determinar y delimitar la autoría en los delitos que suponen la existencia de un deber especial (...). En la discusión dogmática, la “infracción del deber” surge, superando a los criterios subjetivos (teoría de la voluntad y teoría de los intereses) y al dominio del hecho, como criterio para determinar y delimitar a autores de partícipes en delitos cuyos tipos penales suponen deberes especiales. Luego, la “teoría de los delitos de infracción de deber” es un modelo explicativo de la problemática de la intervención en el delito; con ello queda claro que el mencionado criterio y la teoría que la sustenta no pretende entonces explicar o solucionar la problemática del injusto. Consecuentemente, solo constituye un fundamento para la autoría y en ningún caso la razón de la punición.

La segunda idea en torno a la cual gira mi concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber puede expresarse de la siguiente forma: los deberes que fundamentan la autoría tienen naturaleza penal. Este fundamento es producto de la construcción teórica que desarrollo, donde hago útil y fructífera la “doctrina de la autonomía del derecho penal en la formación de conceptos” para dar solución a los problemas de autoría y participación,

más concretamente, para resolver la problemática de la determinación y delimitación de las formas de intervención en los delitos de infracción de deber. (pp. 74-75)

Se debe entender, sobre la base de estas dos ideas expuestas que sostienen que los delitos de infracción de deber son aquellos en las que la figura central del acontecimiento criminal se halla vinculada por un deber especial de carácter penal, por lo que el criterio para determinar la autoría en estos delitos será la infracción de un deber especial de naturaleza penal. Al respecto el profesor Pariona (2014) agrega:

El desarrollo de una teoría de los delitos de infracción de deber sobre la base de estas dos ideas expuestas ayuda a plasmar un modelo teórico coherente y consistente. En adelante, deberá entenderse a los delitos de infracción de deber como aquellos en los cuales la figura central del evento criminal se encuentra vinculado por un deber especial de carácter penal. Consecuentemente, el criterio para la determinación y delimitación de la autoría (...) en estos delitos será la infracción del deber especial de carácter penal. Autor será quien infringe el deber especial penal (...). (p. 121)

En cuanto al planteamiento efectuado por el profeso Pariona, misma que primigeniamente fue propuesto en Alemania en su tesis doctoral "*Täterschaft und Pflichtverletzung*", se tiene que dicho planteamiento fue acogido en nuestra doctrina nacional, al respecto Salinas (2023) sostiene:

Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un deber especial de carácter penal que no recae en todas las personas, sino solo en aquellos sujetos calificados o cualificados indicados o precisados en la propia fórmula legislativa. Sujetos que al ser calificados se constituyen en los únicos candidatos a constituirse en autores del delito especial. Por respeto al principio de legalidad, "autores de los delitos de infracción de deber solo pueden ser aquellas personas que reúnen las condiciones personales que el tipo penal

exige, por ejemplo, en los delitos de peculado (art. 387 del CP) o colusión (art. 384 del CP). Así solo pueden ser autores los ciudadanos peruanos que tienen la condición de funcionario o servidor público. Nadie más que ellos pueden ser autores”. En cambio, en el delito de abuso de autoridad (art. 376 del CP), autor solo puede ser un ciudadano que tiene la condición de funcionario público. En este delito no se incluye la calidad de servidor público debido a que no cuenta con autoridad y, en consecuencia, no puede infringir el principio de autoridad que viene a ser el bien jurídico protegido en el delito de abuso de autoridad. Nadie puede lesionar o poner en peligro, en calidad de autor, lo que no posee o no tiene. (p. 453)

Comentando la teoría de los delitos de infracción de deber, Salinas (2023) agrega:

En la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la «infracción de deber». Es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo o lesionando un deber especial de carácter penal.

Ejemplo de los delitos de infracción de deber son la mayoría de los delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de «delitos contra la administración pública», en los cuales autor es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal. (p. 25)

### ***3.5. Fundamentación contemporánea de la teoría de los delitos de infracción de deber***

En cuanto a los planteamientos contemporáneos de la teoría de los delitos de infracción del deber, el profesor Roxin (2016a) sostiene que:

Por ello, quisiera continuar desarrollando la denominación originaria que hiciera de los delitos de infracción de deber de un modo que se renuncie a tomar por referencia reglas extrapenales como requisito necesario y que destaque su fundamento social, tal como con razón enfatizara Schünemann, pero manteniendo la idea de la lesión de deberes especiales en su importancia para fundamentar la autoría.

Así podría decirse lo siguiente: “Son delitos de infracción del deber aquellos tipos penales en los cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que alguien abusa o descuida el deber que surge de su rol social, y de ese modo ocasiona una lesión típica de bienes jurídicos”. (pp. 322-323)

Roxin (2016a), en sus últimas publicaciones, sigue manteniendo la denominación de delitos de infracción de deber como lo propuso primigeniamente; por otra parte, renuncia a considerar por referencia las normas extrapenales como exigencia para el fundamento de la autoría. Destaca la fundamentación social que debe considerarse para fundamentar la autoría, tal como enfatiza Schünemann; empero, conserva la idea de la infracción de deberes especiales en su importancia para establecer la autoría, aclarando que son delitos de infracción de deber aquellos delitos en las que la autoría se ve diferenciada por el hecho de que el sujeto abusa o descuida la obligación que surge de su rol social, y de ese modo origina una lesión típica de bienes jurídicos. (pp. 322-323)

En sus últimas publicaciones el profesor Roxin (2016b) sostiene:

En la última concepción de mi teoría se definen los delitos de infracción de deber como sigue: «Los delitos de infracción de deber son tipos penales en los que la autoría se caracteriza por el hecho de que alguien se aprovecha de, o incumple, un deber emanado de su papel social, realizando así una lesión típica de un bien jurídico». (pp. 725-726)

#### **4. Lineamientos doctrinales que se deben considerar para superar la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú**

En la mayoría de los tribunales de administración de justicia nacionales de primera, segunda instancia e inclusive en los pronunciamientos de las Salas Penales de la Corte Suprema se concibe a la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales, como la infracción de un deber extrapenal, debiendo recurrirse a otros ámbitos del derecho para completar el tipo penal. Es por ello que los operadores jurisdiccionales recurren a una suerte de búsqueda de ese deber especial en ámbitos fuera del derecho penal, recurriendo al manual de organizaciones y funciones, reglamento de organización y funciones y otras normas reglamentarias internas de las entidades públicas. En la que en su gran mayoría los deberes contenidos en estas normas internas suelen ser genéricos e imprecisas, con las cuales no se puede completar el tipo penal previsto en el supuesto de hecho de la norma penal.

Recurrir a estas prácticas afectaría gravemente el principio de legalidad y subprincipio de tipicidad o taxatividad del derecho penal. Es necesario aclarar por una cuestión didáctica que conforme a la sentencia recaída en el expediente n.º 010-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003, el Tribunal Constitucional sostiene que el principio de legalidad en materia sancionadora imposibilita que se pueda imputar la realización de un delito o falta si ésta no está previamente establecida en la ley, y además impide que se pueda aplicar una sanción si ésta no está establecida en la ley. Este principio establece tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea previa al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente

establecido (*lex certa*). Asimismo, conforme a la sentencia recaída en el expediente n.º 2192-2004-AA/TC, del 11 de octubre de 2004, el Tribunal Constitucional sostiene que:

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. (s/p)

En atención a tales principios no se puede recurrir a normas fuera del ámbito del derecho penal para dar contenido al deber especial como fundamento de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales, ya que se debe considerar que ese deber especial es parte del contenido del tipo penal.

En sus planteamientos contemporáneos Roxin reformula el planteamiento primigenio efectuado en 1963 sobre el fundamento de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber. Ya que, en sus últimas publicaciones, entre otros como es lo efectuado en el libro homenaje a Schünemann por su 70 aniversario, en la que renuncia a considerar como referencia las reglas extrapenales como fundamento de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber. Precizando que los delitos de infracción de deber son tipo penales en los cuales la autoría se ve definido por el hecho de que el agente abusa o descuida el deber que surge de su rol social, y de ese modo produce una lesión típica de bienes jurídicos (Roxin, 2021, p. 392). En concreto, son comportamientos en las que el autor, por no cumplir con las exigencias impuestas por su rol social especial, lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido representado por principios y deberes funcionales.

En esa misma línea, comentando la teoría de los delitos de infracción de deber, en nuestro medio Salinas (2019) sostiene:

En efecto, aquí es preciso dejar establecido que en los delitos especiales, los bienes jurídicos que se pretende proteger siempre se representan en principios o deberes (el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, el principio de gratuidad del acto público en los cohechos, los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.), en tanto que en los delitos de comunes o de dominio, los bienes jurídicos que se pretende proteger siempre se representa en derechos (derecho a la vida en los homicidios, derecho a la salud en los delitos de lesiones (...), etc.). (p. 24)

Fundamenta la autoría en los delitos funcionariales la infracción de un deber especial penal, que recae solo en los individuos que reúnen ciertas condiciones que requiere el tipo penal. Sujetos que por imperio de la norma son los únicos que pueden ser responsables de determinados delitos. Es necesario aclarar, que el fundamento de la autoría no es la infracción de un deber general, como el lesionar el patrimonio del Estado, sino deberes especiales impuestas por la ley penal, misma que está contenido en el bien jurídico protegido por la norma penal, como son los principios de lealtad, probidad, honestidad, corrección, veracidad, cautela, gratuidad, proteger e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública. Las mismas que también están reconocidos en el código de ética de la función pública -ley n.º 27815-, entre ellas se tiene los principios: a) respeto, b) probidad, c) eficiencia, d) idoneidad, e) veracidad, f) lealtad y obediencia, y g) lealtad al estado de derecho; es decir, estos principios comprenden los principios protegidos en los bienes jurídicos de los delitos funcionariales.

Así el delito de concusión se busca proteger la corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones al interior de la administración pública; en el delito de exacción ilegal se busca proteger la corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones dentro de la administración pública; en el delito de colusión se busca proteger los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores; en el delito de peculado se busca proteger los principios de no lesividad de los intereses de la administración pública, la lealtad y probidad; en el delito de malversación se busca proteger el principios de transparencia presupuesta, principio de no afectación predeterminado; en el delito de cohecho se busca proteger el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los agentes públicos; en el delito de negociación incompatible se busca proteger los principios de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendado debido al cargo que desempeñan; en el delito de tráfico de influencias se busca proteger el prestigio y buen nombre de la administración pública en el ámbito.

Por otra parte, los delitos funcionariales son delitos especiales de garante, principalmente los delitos de omisión, en la que el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamenta la autoría. Dado que los agentes públicos ostentan el poder estatal, por tanto, ejercen control calificado sobre los sucesos en el ámbito de sus competencias. Pero no siempre sucede ello, ya que un grupo de delitos de funcionariales (infracción de deber) tiene estrecha relación con la omisión equiparable a la comisión, es decir delitos de comisión por omisión, la que se presenta en los supuestos en las que un funcionario público acepta ventajas o permite un soborno. En esos supuestos la conducta desplegada por el funcionario público no podrá equipararse como una falta de vigilancia de una fuente de peligro o como dominio sobre el desamparo del bien jurídico protegido por el tipo penal,

en la que la autoría está limitada a sujetos que están vinculados con deberes por la condición de funcionario o servidor público. Por lo que, el agente por el solo hecho de ostentar poder estatal no puede responder como autor, sin que se haya verificado la infracción de un deber especial de carácter penal. Si no se ha infringido un deber, por más que concurra el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o sobre una causa esencial de resultado, no se puede hablar de autoría. Por último, tampoco se puede sostener que en los delitos de comisión el fundamento de la autoría tiene vinculación con la posición de garante del dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro.

Entonces, en los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales, el fundamento de la autoría es la infracción de un deber especial de carácter penal. Así como la posición de garante de dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro, constituye fundamento de la autoría, pero este último solo en los delitos de omisión; mas no en los delitos de comisión y delitos de comisión por omisión.

## CONCLUSIONES

### PRIMERA

La infracción del deber especial fundamenta la autoría; estos deberes especiales son de carácter penal, que están contenidos en el mismo tipo penal, para cuyo efecto se debe recurrir al bien jurídico protegido por la norma penal, siendo estos principios. En cuanto a la posición de garante de dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro, opera solo en los delitos de omisión, no pudiendo aplicarse en los delitos de comisión y delitos de comisión por omisión, equiparables a la comisión. Dado que en estos últimos supuestos no se está en una situación de desamparo del bien jurídico protegido.

### SEGUNDA

La divergencia en la jurisprudencia afecta la previsibilidad y coherencia en la concepción de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber. La revisión de las decisiones de la Corte Suprema revela que no existe una línea jurisprudencial uniforme en relación con la fundamentación de la autoría en los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales. Estas divergencias generan inseguridad jurídica, dificultando que los operadores del derecho puedan aplicar las normas de manera coherente, lo que puede afectar la protección efectiva del bien jurídico y la correcta sanción de conductas ilícitas.

### TERCERA

Los lineamientos doctrinales expresados en la jurisprudencia divergente de la Corte Suprema respecto a la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber reflejan varias interpretaciones y enfoques. Por un lado, se mantienen la postura tradicional inspirada en Roxin, afirmando que el autor responde por la infracción de un deber especial extrapenal. Por otro lado, se argumenta la postura del profesor Jakobs, según el cual la autoría se fundamenta en el incumplimiento de un deber especial proveniente de una competencia institucional. Por último, se sostiene el planteamiento del profesor Schünemann, en la cual el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto.

#### **CUARTA**

En el contexto del sistema jurídico peruano, la situación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales, según la jurisprudencia y doctrinas analizadas, está predominantemente fundamentada en la posición primigenia de Roxin, según el cual el autor responde por la infracción de un deber especial extrapenal.

#### **QUINTO**

La doctrina ha desarrollado la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales a partir de diferentes enfoques y aportes conceptuales. Inicialmente, Roxin introdujo la idea de que el autor responde por la infracción de un deber especial extrapenal. Posteriormente, otros autores como Jakobs profundizaron en esta línea, distinguiendo entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber, fundamentando la autoría en el incumplimiento de un deber especial proveniente de una competencia institucional. Por su parte, Schünemann desarrolló la teoría del delito especial de garante, en la cual la autoría se fundamenta en el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de

supervisión o vigilancia de una fuente de peligro. Asimismo, Pariona sostiene que el criterio para determinar la autoría en estos delitos será la infracción de un deber especial de naturaleza penal. Por último, Roxin renuncia a considerar como referencia las reglas extrapenales como fundamento de la autoría en estos delitos. Precizando que estos delitos son tipo penales en los cuales la autoría se ve definido por el hecho de que el agente abusa o descuida el deber que surge de su rol social, y de ese modo produce una lesión típica de bienes jurídicos.

## RECOMENDACIONES

### PRIMERA

A las Universidades, promover en los ámbitos universitarios, en particular en las Facultades de Derecho, el debate en torno a los lineamientos doctrinales para una correcta fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú; a fin de superar la divergencia jurisprudencial advertida en todas las instancias de administración de justicia en el sistema de justicia penal especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

### SEGUNDO

A los jueces penales de todas las instancias del sistema de justicia penal especializada en delitos de corrupción de funcionarios; tenerse en cuenta como fundamento de la autoría en los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales; los siguientes criterios, para todos los funcionariales, se debe tener en cuenta como fundamento de la autoría la infracción de un deber especial de carácter penal; para los delitos funcionariales de omisión, se debe tener en cuenta como fundamento de la autoría la posición de garante de dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro. Todo ello con la finalidad de garantizar el principio de igualdad ante la ley, y el principio de seguridad jurídica en la vertiente de la predictibilidad de las decisiones judiciales.

### TERCERO

Al Poder Legislativo, aprobar una ley que pueda hacer posible la modificación del artículo 23° del código penal; dado que, conforme se tiene de la redacción actual en dicho precepto normativo se adopta únicamente la teoría del dominio del hecho; no existiendo ningún precepto normativo en el código penal que adopte la teoría de infracción de deber. En consecuencia, surge la necesidad de establecer algún precepto en el código penal que adopte la teoría de infracción de deber. En ese orden de ideas se sugiere la modificación del artículo 23° del código penal, cuyo texto sería la siguiente:

*En los delitos de dominio del hecho, es autor el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.*

*En los delitos de infracción de deber, es autor el que realiza el hecho punible infringiendo un deber especial de carácter penal; así como, quien infringe la posición de garante de dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro, solo en los delitos de omisión.*

## REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. *Revista penal, ISSN 1138-9168*, (14), 3-23.
- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Palestra Editores.
- Álvarez Dávila, F. (2021). *El delito de negociación incompatible estudio de los aspectos problemáticos del tipo penal*. Ideas Solución Editorial.
- Arismendiz Amaya, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública*. Instituto Pacífico.
- Caballero Huayllani, J.C. (2022a). El delito de malversación agravada. A propósito del art. 2 de la Ley N.º 31178. *Actualidad Penal*, (102), 61-72.
- Caballero Huayllani, J.C. (2022b). Las agravantes del delito de malversación. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (152), 25-32.
- Caballero Huayllani, J.C. (2021). Autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (150), 57-60.
- Caro John, J. A. (2006). Sobre la autoría en el delito de infracción de deber. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 27 (80), 91-110.
- Enco Tirado, A. D. (2020). *Los delitos de corrupción en el Perú un enfoque desde la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción*. (1ª ed.). Gaceta Jurídica.

- Frisancho Aparicio, M. (2011). *Delitos contra la administración pública*. (4ª ed.). Editora Fecat.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho penal parte general*. (2ª ed.). Jurista Editores.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht, allgemeiner teil*. De Gruyter.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general*. Marcial Pons.
- Jiménez Martínez, C. (2017). *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Editorial Dykinson.
- Mandujano Rubín, J.L. (2018). *Delito de colusión propuesta de fundamento y prueba*. Editorial LEX & IURIS.
- Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Montoya Vivanco, Y. F., Gimbernat, E., Gracia, L., Peñaranda, E., Suárez, C., Urquizo, J., ... Pariona, R. (2014). *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporánea - libro homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*. Gaceta Jurídica.
- Pariona Arana, R. (2022). El bien jurídico en el delito de colusión. *Revista de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN*, (6), 78-94.
- Pariona Arana, R. (2019). El delito de malversación de fondos públicos: Consideraciones dogmáticas y político-criminales. *Derecho & Sociedad*, (52), 195-203.
- Pariona Arana, R. (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.
- Pariona Arana, R. (2014). *Derecho penal consideraciones dogmáticas y político-criminales*. Instituto Pacífico.

- Pariona Arana, R. (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber fundamentos y consecuencia. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (19), 74-75.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2021). *Delitos contra la administración pública*. Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Reátegui Sánchez, J. (2023). *Delitos contra la administración pública en el código penal* (3ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Reátegui Sánchez, J. (2017). *Delitos contra la administración pública en el código penal* (2ª ed.). Jurista Editores.
- Reátegui Sánchez, J. (2016). *Derecho penal parte general*. (1ª ed., Tomo I). Ediciones Legales.
- Rojas Vargas, F. (2021). *Delitos contra la administración pública*. (5ª. ed. Tomo I). Gaceta Jurídica.
- Rojas Vargas, F. (2021). *Delitos contra la administración pública*. (5ª. ed. Tomo II). Gaceta Jurídica.
- Rojas Vargas, F. (2020). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. (3ª ed.). Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Nomos & Thesis.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. (4ª ed.). Grijley.
- Roxin, C. (2021). *La teoría del delito en la discusión actual*. (3ª ed. Tomo II). Instituto Pacífico.
- Roxin, C. (2016a). *La teoría del delito en la discusión actual*. (Tomo II). Grijley.
- Roxin, C. (2016b). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons.

- Roxin, C. (1999). *Täterschaft und tatherrschaft*. De Gruyter.
- Roxin, C. (1963). *Täterschaft und tatherrschaft*. De Gruyter.
- Salinas Siccha, R. (2023). *Delitos contra la administración pública*. (6ª ed.). Grijley.
- Salinas Siccha, R. (2021). *Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios*. Palestra Editores.
- Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la administración pública*. (5ª ed.). Grijley.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2003), Delito de infracción de deber. *El funcionalismo en derecho penal libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, 271-288.
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (81), 93-112.
- Schünemann, B. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetivo común para todas las formas de autoría. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, (75), 33-25.
- Vargas Meléndez, R. (2022). *Los delitos contra la administración pública estudios fundamentales desde la doctrina y jurisprudencia*. Grijley.
- Vílchez Chinchayán, R. (2021). *Delitos contra la administración pública una revisión de la parte general y especial una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro.
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho penal parte general*. ARA Editores.
- Villavicencio Terreros, F. (2019). *Derecho penal parte general*. Grijley.

## ANEXO I

### MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS DE ESTUDIO	METODOLOGÍA
<p><b>General:</b> ¿Qué lineamientos doctrinales se deben considerar para superar la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú?</p> <p><b>Específicos:</b> 1° ¿Cómo se presenta la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales? 2° ¿Qué lineamientos doctrinales están expresadas en la jurisprudencia divergente de la Corte Suprema respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales? 3° ¿Cuál es la situación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú? 4° ¿De qué forma la doctrina ha desarrollado la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales?</p>	<p><b>General:</b> Establecer los lineamientos doctrinales que se deben considerar para superar la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú.</p> <p><b>Específicos:</b> 1° Conocer la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales. 2° Analizar los lineamientos doctrinales expresadas en la jurisprudencia divergente de la Corte Suprema respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales. 3° Determinar la situación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú. 4° Establecer la forma como la doctrina ha desarrollado la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales.</p>	<p>Existen lineamientos doctrinales que se deben considerar para superar la divergencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la fundamentación de la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos funcionariales en el Perú.</p>	<p>1° Delitos funcionariales. 2° Teoría de la autoría de los delitos de infracción de deber.</p>	<p><b>Enfoque de investigación:</b> Cualitativo documental. <b>Tipo de investigación jurídica:</b> Dogmático propositivo.</p>

\* Fuente elaboración propia.

## **ANEXO II**

### **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 23° DEL CÓDIGO PENAL, PARA ESTABLECER LOS ALCANCES DE LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER**

**PROYECTO DE LEY N° \_\_\_\_\_**

Los parlamentarios que suscriben, asumiendo el planteamiento del ciudadano Julio Cesar Caballero Huayllani, ejerciendo la facultad de iniciativa legislativa establecido en el artículo 107° de la Carta Magna (Constitución Política del Estado) y los artículos 74° y 75° del reglamento del Congreso de la República, presentan la siguiente iniciativa legislativa:

#### **FÓRMULA LEGAL**

### **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 23° DEL CÓDIGO PENAL, PARA ESTABLECER LOS ALCANCES DE LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER**

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

**Ha dado la ley siguiente:**

## **Artículo 1. Objeto de la ley**

La presente ley tiene por objetivo modificar el artículo 23° del código penal - decreto legislativo 635, para establecer los alcances de la autoría en la teoría de los delitos de infracción del deber.

## **Artículo 2. Modificar el artículo 23 del código penal**

Se modifica el artículo 23 del código penal, para establecer los alcances de la autoría en la teoría de los delitos de infracción del deber.

“**Artículo 23°.** El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

**En los delitos de dominio del hecho, es autor el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.**

**En los delitos de infracción de deber, es autor el que realiza el hecho punible infringiendo un deber especial de carácter penal; así como, quien infringe la posición de garante de dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro, solo en los delitos de omisión”.**

## **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

### **Única. Vigencia**

La presente ley entra en vigencia el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Lima, setiembre 2024

## **I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El código penal establece, en su artículo 23, los conceptos fundamentales relacionados con la autoría y participación en los delitos. No obstante, el marco normativo vigente presenta vacíos en cuanto a la autoría en los delitos de infracción del deber. En este sentido, el presente proyecto de Ley propone una modificación del mencionado artículo con el objetivo de precisar y ampliar la teoría de la autoría, incorporando a los delitos que se cometen por infracción de deber. Esta modificación busca actualizar y mejorar el sistema penal, con el fin de ofrecer una mayor claridad y coherencia jurídica en la tipificación y atribución de responsabilidad penal. Esta reforma se justifica en la necesidad de adaptar el marco normativo a los avances doctrinales y jurisprudenciales más recientes, con el fin de mejorar la comprensión y aplicación del derecho penal, asegurando una justicia más eficaz y coherente.

El código penal, en su artículo 23, se limita a ofrecer una definición general de la autoría, pero no aborda de manera explícita la autoría en los casos de delitos derivados de la infracción de un deber específico. Los delitos de infracción del deber, tienen una particularidad que debe ser considerada por el ordenamiento jurídico, ya que, en estos casos, la conducta del agente no es tanto la comisión de un acto prohibido, sino la falta de cumplimiento de un deber impuesto por su condición o función.

En este contexto, la modificación propuesta tiene como objetivo principal la incorporación de una referencia clara y precisa en el artículo 23 sobre la autoría en los delitos de infracción del deber, que no sólo precisa el alcance de la responsabilidad penal en estos casos, sino que también ofrece

una mejor interpretación para los jueces y operadores jurídicos en el tratamiento de este tipo de delitos.

## **II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA**

La aprobación de esta iniciativa legislativa no irroga gasto alguno al tesoro público, la modificación del artículo 23 del código penal para incorporar la autoría en los delitos de infracción del deber tendrá efectos significativos en varios niveles del sistema penal. Desde la claridad normativa y la mayor eficiencia en la lucha contra la corrupción, hasta la mejora en la administración de justicia y la protección de los bienes jurídicos del Estado. A pesar de los desafíos que puedan surgir durante su implementación, los efectos positivos esperados superan ampliamente los posibles inconvenientes, lo que hace que esta reforma sea fundamental para el fortalecimiento del sistema penal.

## **III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La presente iniciativa legislativa resulta compatible con el sistema jurídico vigente y pretende únicamente la modificatoria del artículo 23 del código penal, a efectos de incorporar la autoría en la teoría de los delitos de infracción de deber. El balance general del proyecto de ley muestra que los beneficios superan los costos potenciales. La reforma proporcionaría mayor claridad jurídica, fortalecería la lucha contra la corrupción y contribuiría a una mejor protección de los bienes jurídicos.

**ANEXO III**

**FICHA BIBLIOGRÁFICA**

AUTOR : .....	EDITORIAL: .....
TITULO : .....	AÑO : .....
TEMA:	PAGINA:
“ .....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....”	
EDICIÓN :	FICHA :

**ANEXO IV**

**FICHA DE ANÁLISIS DE NORMA**

**LEY N.º** .....

**ARTICULO** .....

**FECHA DE PUBLICACIÓN DE LA NORMA**

...../...../.....

**ARGUMENTOS DE LA NORMA:**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**RESUMEN DE LA NORMA:**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

