

CLAVES PARA RECONOCER LOS PRINCIPALES DELITOS DE CORRUPCIÓN

RAFAEL CHANJAN DOCUMET

DAVID TORRES PACHAS

MARIE GONZALES CIEZA



**National Endowment
for Democracy**
Supporting freedom around the world



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ



idehpucp
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS



CLAVES PARA RECONOCER LOS PRINCIPALES DELITOS DE

CORRUPCIÓN

RAFAEL CHANJAN DOCUMET

DAVID TORRES PACHAS

MARIE GONZALES CIEZA

Rafael Chanjan Documet
David Torres Pachas
Marie Gonzales Cieza
Colaboración: Ángela Padilla Trinidad

Primera edición: febrero de 2020
Tiraje: 500 ejemplares

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020
Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Tomás Ramsey 925, Lima 17-Perú
Teléfono: (51 1) 626-2000, anexos: 7500-7501
www.idehpucp.pucp.edu.pe
ideh@pucp.edu.pe

© National Endowment for Democracy (NED), 2020
1025 F Street NW, Suite 800
Washington, DC 20004
Teléfono: (00 1 202) 378-9700
Fax: (00 1 202) 378-9407
www.ned.org
info@ned.org

Corrección de estilo: Sandra Arbulú Duclos
Diseño y diagramación: Ximena Barreto

Impresión: Gráfica Columbus S.R.L.
Pedro Ruiz Gallo 292, Lima 05 -Perú
Teléfono: (51-1) 423-4433 / 965 017 820

Publicado en febrero de 2020

Derechos reservados. Se autoriza la reproducción de este documento por cualquier medio, siempre y cuando se haga referencia a la fuente bibliográfica.

Hecho el Depósito Legal N° 2020-01350 en la Biblioteca Nacional del Perú

ISBN N° 978-612-4474-02-6
Impreso en el Perú-Printed in Peru

CHANJAN DOCUMET, R., TORRES PACHAS, D. & GONZALES CIEZA, M. (2020). Claves para reconocer los principales delitos de corrupción. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	9
II.	CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE PECULADO	13
III.	CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS	21
IV.	CLAVES PARA RECONOCER LOS DELITOS DE COHECHO	27
V.	CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE CONCUSIÓN	35
VI.	CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE COLUSIÓN	41
VII.	CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	47
VIII.	CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS	51
IX.	CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL	57
X.	CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	61
XI.	BIBLIOGRAFÍA	67

I. INTRODUCCIÓN

Últimamente, la coyuntura política actual peruana se ha visto afectada por los graves hechos de corrupción que se han evidenciado en los distintos ámbitos del poder público y político. El megacaso de corrupción «Lava Jato» ha demostrado, una vez más, lo endeble que pueden ser nuestras instituciones cuando de satisfacer el interés general se trata, principalmente en contextos de contratación de grandes obras de infraestructura que la sociedad peruana necesita urgentemente.

La dinámica compleja de alta corrupción que se tejió en el marco de contrataciones estatales también evidencia lo dañina que puede llegar a ser la connivencia delictiva entre actor público y actores privados (sobre todo grandes empresas nacionales y transnacionales). Si bien no todo delito de corrupción supone la intervención de privados que corrompen a los funcionarios públicos, ciertamente la actuación ilícita y coordinada de ambos es una práctica común que afecta el eficiente desempeño de la Administración Pública.

Asimismo, el caso de «Los cuellos blancos del puerto» –o «CNM audios»– nos muestra la red compleja de actos de corrupción que se pueden llegar a enquistar en las distintas instancias del sistema de justicia con el fin de asegurar la impunidad de organizaciones criminales y de políticos vinculados a actos de corrupción.

En este contexto, resulta de vital importancia que no solo los operadores de justicia y los profesionales del derecho conozcan e interpreten adecuadamente los distintos delitos vinculados a los actos de corrupción pública, sino también que los profesionales de las comunicaciones, estudiantes universitarios de derecho y periodismo, así como la sociedad civil en general, se ocupen de este tema para que puedan estar en mejores condiciones de cumplir con su labor de fiscalización y control de la función pública.

En este sentido, a partir del papel fundamental que están cumpliendo y deben cumplir los periodistas y los estudiantes universitarios respecto a casos graves de corrupción, como los mencionados «Lava Jato» y «Los cuellos blancos del puerto», el presente trabajo busca brindar las herramientas conceptuales y técnicas necesarias para que puedan reconocer y entender los diversos delitos que se pueden cometer y, posteriormente, investigar y juzgar por actos de corrupción.

El objetivo de este documento es, precisamente, otorgar al lector las claves o nociones fundamentales para que identifique las respectivas figuras penales que están tipificadas en nuestra legislación y, de este modo, sirva también de material de enseñanza. Si bien no se trata de una investigación que problematice en profundidad en todos los aspectos técnicos que presentan los delitos contra la Administración Pública, sí cuenta con la exhaustividad científica suficiente para que el público objetivo al que está dirigido pueda identificar y comprender suficientemente esta clase de hechos ilícitos. De esta manera, la metodología que se seguirá en el trabajo es teórica-dogmática, dado que se analizarán las normas penales que regulan los

delitos de corrupción más importantes para explicar e interpretar sus características y elementos esenciales, sin perder de vista la finalidad práctica y social de contribuir a la lucha contra la corrupción a través de una comprensión razonable de estos delitos.

De esta manera, el texto aborda el estudio de los principales delitos contra la Administración Pública tales como el peculado, la malversación de fondos, el cohecho, la concusión, la colusión, la negociación incompatible, el tráfico de influencias, el patrocinio ilegal y el enriquecimiento ilícito. Si bien el orden en el que se analizarán en este trabajo no es el mismo que se sigue en el Código Penal (CP), se ha buscado examinarlos de acuerdo con su incidencia, su relevancia y similitudes entre ellos.

Agradecimientos

Agradecemos al Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp) por acoger e impulsar la presente investigación con el apoyo de la National Endowment for Democracy (NED), así como al Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción (DEPEC) del Idehpucp, al cual pertenecen los autores. Del mismo modo, expresamos nuestro agradecimiento a la Asociación Civil Derecho & Sociedad de la Facultad de Derecho de la PUCP por haber llevado a cabo el proceso de arbitraje externo certificado de este trabajo (sistema de doble ciego) con la finalidad de asegurar su calidad científica.

II. CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE PECULADO

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

«El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

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

El delito de peculado doloso sanciona, en líneas generales, a aquel funcionario que aprovechando su cargo se apropia o utiliza indebidamente bienes públicos en provecho personal o de un tercero, mientras que el peculado culposo sanciona a aquel funcionario que imprudentemente permite que otra persona sustraiga los bienes públicos. Este delito está tipificado en el artículo 387 del Código Penal tanto en su modalidad dolosa, como culposa (imprudente). De acuerdo con el Ministerio Público, entre 2016 y 2018 se registraron 18 343 procesos por delitos de corrupción de funcionarios y funcionarias, y el delito de peculado fue el de mayor incidencia con un 36,3 % (Chanjan, Solís & Puchuri, 2018, p. 17).

A continuación, se presentarán las principales claves para reconocer cuándo nos encontramos frente al delito de peculado.

2.1 Bien jurídico tutelado

El peculado es un delito pluriofensivo que busca: i) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público, con lo cual se resguardan los deberes funcionales de lealtad y probidad¹.

De esta manera, se estarían protegiendo principios relacionados con la correcta gestión y utilización del patrimonio del Estado (Montoya y otros, 2013, p. 87).

2.2 Sujetos del delito

El delito de peculado, en su modalidad dolosa, tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público² que se apropia o utiliza los caudales o efectos públicos cuya percepción, administración o custodia le son confiados por razón de su cargo³.

En el caso del peculado culposo, el sujeto activo será el funcionario o servidor público que, por imprudencia, da ocasión a que otra persona sustraiga los caudales o efectos públicos.

Asimismo, debe existir una vinculación funcional del funcionario con los caudales y efectos públicos, la cual puede nacer de una ley, reglamento, decreto o una orden emanada del Estado (Reátegui, 2014, pp. 249-250).

El sujeto pasivo de este delito es el Estado, concretizado en la específica entidad pública que se vea afectada (Salinas, 2019, pp. 439-447).

2.3 Conductas sancionadas

— Peculado doloso

El tipo penal sanciona, en el caso del peculado doloso, la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos.

¹ Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, 30 de setiembre de 2015, fundamento 6.

² Teniendo en cuenta lo mencionado por el artículo 425 del Código Penal.

³ Tal como lo señala el artículo 387 del Código Penal. Asimismo, el Exp. 011- 2001, Sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006.

Apropiarse supone que el funcionario hace suyo o dispone personalmente del caudal o efecto público que tiene consigo por razón de su cargo, lo cual contraviene los deberes funcionariales que le fueron encomendados (Salinas, 2019, p. 490).

Utilizar implica que el funcionario se sirva temporalmente del bien público para beneficiarse o beneficiar a un tercero, sin tener la intención final de apoderarse; es decir, no existe ánimo de dominio (Salinas, 2019, p. 491). En palabras de Ramiro Salinas, usar: «presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlo, para retornarlo enseguida a la esfera de la administración pública» (2019, p. 409).

■ Peculado culposo o imprudente

En el caso del peculado culposo, se sanciona al funcionario que da ocasión imprudentemente a que otra persona sustraiga los caudales o efectos del Estado.

Así pues, dar ocasión a la sustracción del bien significa faltar a los deberes de cuidado debido en la percepción, administración o custodia de los caudales o efectos públicos que tiene el servidor público (Abanto, 2003, p. 367). Este cuidado debido no puede ser mayor al que naturalmente puede exigirse al funcionario en razón de lo establecido en los reglamentos o más de lo que podría cumplir debido a sus capacidades personales limitadas (2003, p. 367).

2.4 Objeto sobre el que recae la conducta

Los objetos sobre los que recaen las conductas sancionadas en el delito de peculado son los caudales o efectos públicos. Un bien tendrá la naturaleza «pública» siempre que esté destinado a cumplir finalidades públicas. Al respecto, es importante mencionar que estos bienes pueden ser patrimonio íntegramente del Estado, patrimonio parcialmente del Estado (como son los bienes de sociedades de economía mixta integrada por capital proveniente tanto del Estado como del sector privado) o patrimonio privado que se encuentre en posesión directa del Estado, al ejercer su administración temporal, ya sea para fines institucionales o de servicio⁴.

En relación con el delito de peculado, se entiende por caudales a todos los bienes muebles e inmuebles que son susceptibles de valoración económica, incluido el dinero (Salinas, 2019, pp. 423 y ss.).

Por otro lado, los efectos son todo tipo de documentos de crédito negociables emitidos por la Administración Pública y que pueden ser introducidos en el tráfico comercial, tales como los bonos, los valores en papel, los títulos, los sellos, las estampillas, etcétera (Salinas, 2019, pp. 423 y ss.).

⁴ Ver al respecto el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010, fundamento 17.

2.5 Administración, percepción o custodia

Se entiende por percepción la acción de captar o recibir caudales o efectos de diversa procedencia, pero siempre de manera lícita, que pasan a integrar el patrimonio del Estado; la administración implica las funciones activas de manejo y conducción de dichos bienes; y la custodia conlleva la protección, conservación y vigilancia debida por parte del funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos⁵.

2.6 El beneficiario o destinatario en el delito de peculado

El destinatario del acto cometido por el funcionario no necesariamente será este mismo, ya que, como lo menciona el tipo penal, la apropiación o utilización puede ser «para sí o para otro».

Lo anterior supone que el sujeto activo puede actuar por cuenta propia o para favorecer a otra persona⁶. Este segundo caso implica el traslado del bien de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero (Rojas, 2007, p. 494), quien puede ser una persona jurídica, un particular u otro funcionario o servidor público (2007, p. 494).

2.7 Perjuicio al Estado

Para la configuración del delito de peculado no se requiere la constatación de un desmedro o perjuicio patrimonial efectivo de los caudales o efectos públicos. Lo anterior se corresponde además con lo señalado en la Convención Interamericana⁷ y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción⁸, que rechazan dicha exigencia.

El valor de lo apropiado o utilizado es previsto como una agravante cuando sobrepase las diez unidades impositivas tributarias. Lo mismo ocurre si los caudales o efectos estaban destinados a fines asistenciales —«campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias o necesidades de la población (...), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado o con las donaciones de organismos nacionales e internacionales» (Rojas, 2007, p. 509) — o a programas de apoyo social —«líneas o campañas de orientación estatal de carácter ya más permanente y con asignaciones presupuestarias para paliar los contrastes socioeconómicos en las poblaciones necesitadas» (2007, p. 509) —.

⁵ Ver Acuerdo Plenario N° 4-2005 del 30 de setiembre de 2015, fundamento 7.

⁶ Ver Acuerdo Plenario N° 4-2005 del 30 de setiembre de 2015, fundamento 7.

⁷ Artículo 12 de la Convención Interamericana contra la Corrupción: «Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado». Ratificada por el Perú el 6 de abril de 1997.

⁸ Artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: «Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial para el Estado». Ratificada por el Perú el 16 de noviembre de 2004.

2.8 Consumación

La consumación del delito de peculado por apropiación se da con la incorporación del patrimonio público al patrimonio personal, siendo de naturaleza instantánea (Rojas, 2007, p. 501). El delito de peculado se configurará incluso cuando se haya restituido el bien materia de apropiación. Por otro lado, en la modalidad de utilización, la consumación se presentará con el uso privado del caudal o efecto.

Cuando el destinatario de los caudales o efectos es otra persona, el delito se consume cuando se hace entrega de los bienes públicos, «momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal»⁹.

En el caso del delito de peculado culposo, este se consumará con la sustracción del bien por parte de un tercero (Abanto, 2003, p. 370).

2.9 Otras modalidades de peculado

Por otra parte, el Código Penal peruano prevé el delito de peculado de uso que sanciona al funcionario público que «usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda» (art. 388). Como puede apreciarse, este delito sanciona el uso distinto al oficial y ajeno al servicio público de determinados bienes como vehículos, máquinas, etcétera (Rojas, 2007, p. 536). De igual manera, prevé como posibles autores de este delito al contratista de obras públicas y sus empleados (segundo párrafo del art. 388 del CP), y una excepción cuando se trate de vehículos automotores vinculados al servicio personal por razón del cargo.

Asimismo, se tiene el delito de peculado por extensión, el cual extiende la aplicación del delito de peculado a título de autor a:

los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social (art. 392 del Código Penal).

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 2758-2004-HC/TC del 23 de noviembre de 2004.

2.10. La pena en el delito de peculado

Las penas previstas para el delito de peculado son las siguientes:

PECULADO DOLOSO

- a) **Pena privativa de libertad** no menor de cuatro ni mayor de ocho años.
- b) **Inhabilitación**, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
- c) Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco **días-multa**.

AGRAVANTE

Quando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias o si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social.

- a) **Pena privativa de libertad** no menor de ocho ni mayor de doce años.
- b) **Inhabilitación**, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
- c) Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta **días-multa**.

PECULADO CULPOSO

- a) **Pena privativa de libertad** no mayor de dos años..
- b) **Prestación de servicios comunitarios** de veinte a cuarenta jornadas.

AGRAVANTE

Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social.

- a) **Pena privativa de libertad** será no menor de tres ni mayor de cinco años.
- b) Ciento cincuenta a doscientos treinta **días-multa**.

III.

CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

Artículo 389. Malversación de fondos

«El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa».

El delito de malversación de fondos es aquel por el cual un funcionario o servidor público le da al dinero o bienes que administra una aplicación distinta a la establecida, lo cual afecta el servicio o la función para el que estaban destinados. Este delito está tipificado en el artículo 389° del CP.

El número de personas en prisión por la comisión de este delito es menor respecto a otros delitos de corrupción como el cohecho, la colusión o el peculado. De acuerdo con el Reporte de la Corrupción de la Defensoría del Pueblo, solo una persona estaba privada de libertad por el delito de malversación, cifra que constituye el número más bajo de condenas en 2017 (Defensoría del Pueblo, 2017, p. 21).

Sin embargo, es importante conocer todo lo que abarca este delito. Por ello, a continuación, se presentarán diez claves para reconocer cuándo nos encontramos frente a él.

3.1 Bien jurídico tutelado

El bien jurídico específico que se protege con este delito es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. Esto quiere decir que se busca que la ejecución del gasto y empleo de bienes y dinero público

se lleve a cabo bajo una racional organización, lo cual afirma el principio de legalidad presupuestal, que implica la disciplina y racionalidad funcional en el servicio¹⁰.

3.2 Sujetos del delito de malversación de fondos

El delito de malversación de fondos tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente a los que estaban destinados.

De esta manera, no basta con que se trate de un funcionario público, sino que además debe existir una relación funcional con el dinero o los bienes del Estado; es decir, un vínculo debido al cargo que desempeña como administrador de los bienes (Salinas, 2019, pp. 493 y ss.). Dicha relación debe permitir la aplicación de los bienes a los fines oficiales (Rojas, 2007, p. 550).

El sujeto pasivo de este delito es el Estado, pues se está utilizando parte del patrimonio para fines distintos a los establecidos en pro del interés público.

3.3 Conducta sancionada

La conducta que sanciona el Código Penal con el delito de malversación de fondos es dar aplicación definitiva diferente a la establecida al dinero o bienes públicos.

Es importante mencionar que la finalidad o destino que les corresponde a los recursos se asigna por ley, decreto, reglamento o resolución de una autoridad competente; además, la finalidad debe ser expresa, de lo contrario, el funcionario tendría discrecionalidad para designar el dinero o bienes públicos a los fines públicos que este considere necesarios (Abanto, 2003, p. 384).

Así pues, en el delito de malversación de fondos, el funcionario le da un destino definitivo (no temporal) diferente al establecido a los bienes o fondos públicos que este administraba (Montoya y otros, 2015, p. 117). Tal destino diferente debe estar dentro de la esfera de actividades que realiza el Estado; es decir, debe tratarse de una finalidad pública (Salinas, 2019, pp. 494 y ss.).

3.4 Objeto sobre el que recae el delito

El objeto sobre el que puede recaer la conducta prevista por el delito de malversación de fondos es el dinero y los bienes que administra el funcionario.

Es claro qué se entiende por dinero; sin embargo, no sucede lo mismo en el caso de los bienes. Por ello, es importante precisar que cuando la tipificación del delito hace mención a bienes, se está refiriendo a todos

¹⁰ Ver Exp. 3630-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de enero de 2003.

aquellos muebles o inmuebles con valor económico (Salinas, 2019, p. 492). Es evidente que el dinero o bien objeto del delito debe tener la calidad de «público» necesariamente.

3.5 Función de administrar del funcionario

Tal dinero o bienes mencionados anteriormente son los que el funcionario público administra. Esta función le da al agente la facultad de disponer del dinero y bienes públicos para aplicarlos a las finalidades públicas determinadas legalmente (Salinas, 2019, pp. 494 y ss.).

La función de administrar no implica necesariamente que el funcionario tenga posesión directa y material del dinero o bienes a su cargo, sino que basta con que este tenga disponibilidad jurídica de estos (Salinas, 2019, pp. 494 y ss.).

3.6 Afectación del servicio o la función encomendada

La afectación del servicio o la función encomendada es el resultado o consecuencia que se exige a partir de las conductas de malversación de fondos (Pariona, 2019, pp. 201-202). La afectación puede entenderse como el daño o entorpecimiento de la viabilidad del servicio o de la función administrativa para la cual estaban destinados los bienes originalmente (Rojas, 2007, p. 557). Lo anterior podrá presentarse incluso cuando se afecten los plazos o se incrementen los costos o la calidad de la prestación pública que iba a ejecutarse (Abanto, 2003, p. 386).

Cabe mencionar que la afectación del servicio o la función encomendada no implican necesariamente un perjuicio patrimonial. Ello no se requiere a efectos de la configuración del delito de malversación de fondos, aunque podría ocurrir en la práctica (Abanto, 2003, p. 386).

3.7 La circunstancia agravante del delito de malversación de fondos

El delito de malversación de fondos prevé una circunstancia agravante cuando el dinero o los bienes corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales. Los programas de desarrollo o asistenciales están asociados a «urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales» (Salinas, 2019, pp. 506 y ss.). Por otro lado, los programas de apoyo social tienen «carácter más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente de menos recursos» (2019, pp. 506 y ss.).

3.8 Consumación

El delito de malversación de fondos se consuma con la aplicación definitiva diferente de los bienes públicos de aquel servicio para el que estaban destinados, lo cual lo afecta. El tipo penal exige como resultado el empleo efectivo de los recursos y que esta acción afecte el servicio o función originalmente encomendada (Pariona, 2019, p. 202).

3.9 Principales diferencias con el delito de peculado

El delito de malversación de fondos podría confundirse con el delito de peculado (artículo 387 del Código Penal). De esta manera, pueden identificarse las siguientes diferencias y semejanzas (Montoya y otros, 2015, p. 120):

DELITO	DIFERENCIAS	SEMEJANZAS
Malversación de fondos	<p>Requiere siempre de una afectación a un servicio público.</p> <p>La finalidad que se debe dar a los recursos públicos es pública.</p> <p>La aplicación de los bienes públicos debe ser siempre definitiva (no usos temporales).</p>	<p>El objeto del delito es el dinero o los bienes públicos.</p> <p>El autor de ambos delitos debe encontrarse en una relación funcional respecto de los bienes o recursos públicos.</p>
Peculado	<p>Una de las conductas típicas es también la utilización temporal indebida de bienes públicos.</p> <p>La finalidad que indebidamente se le da a los recursos públicos es privada.</p>	

3.10 La pena en el delito de malversación de fondos

Las penas previstas para el delito de malversación de fondos son las siguientes:

MALVERSACIÓN DE FONDOS

- a) **Pena privativa de libertad** no menor de uno ni mayor de cuatro años.
- b) **Inhabilitación**, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
- c) Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco **días-multa**.

AGRAVANTE

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, lo cual afecta el servicio o la función encomendada.

- a) **Pena privativa de libertad** será no menor de tres ni mayor de ocho años.
- b) **Inhabilitación**, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
- c) Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta **días multa**.

IV. CLAVES PARA RECONOCER LOS DELITOS DE COHECHO

Artículo 393. Cohecho pasivo propio

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

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

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

Artículo 394. Cohecho pasivo impropio

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

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

Artículo 397. Cohecho activo genérico

«El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa».

Una práctica que, lamentablemente, se está normalizando en nuestro país es la entrega de «coimas» o sobornos a funcionarios públicos para evitar recibir algún tipo de sanción, tal como sucede, por ejemplo, con los policías y las multas o con el pago para agilizar algún proceso ante alguna entidad pública. Estos actos constituyen delitos, los cuales están tipificados en los artículos 393, 394, 395 y 397 del Código Penal peruano. Así, nos encontramos frente al delito de cohecho, también conocido como soborno, el cual consiste en la compra-venta de la función pública (Abanto, 2003, p. 409).

De acuerdo con el Sistema Nacional Especializado de Delitos de Corrupción de Funcionarios, entre los años 2014 a 2017, el 33,5% de los procesos fue por el delito de cohecho (Chanjan, Solís & Puchuri, 2018, p. 17). Asimismo, conforme al Reporte de la Corrupción, de la Defensoría del Pueblo, 246 personas estaban recluidas en prisión por el delito de cohecho, el número más alto de condenas por delitos de corrupción en 2017 (2017, p. 21).

De acuerdo con la relevancia de este delito, a continuación, se presentarán las claves para reconocer que estamos ante los principales delitos de cohecho. Conforme se explicará, estos son varios, pues existen tipos penales que sancionan específica y separadamente al funcionario que «vende» la función pública y a los particulares que la «compran». Del mismo modo, se distingue entre cohecho pasivo propio o impropio, según si el funcionario vendió la función pública para realizar un acto en contra de sus deberes del cargo o para realizar un acto conforme a sus deberes.

4.1 Bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado se distinguirá en función del delito de cohecho frente al que nos encontremos. En el caso del cohecho pasivo propio, será la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, puesto que el

funcionario dejará de cumplir con el deber de neutralidad que se le exige para actuar de acuerdo con los intereses de un tercero¹¹.

Asimismo, el bien jurídico tutelado por el delito de cohecho pasivo impropio será la gratuidad de la función pública, ya que el servidor público recibe un beneficio para cumplir con sus obligaciones, por las cuales el tercero no debería pagar para que se realicen¹².

En el caso del cohecho activo podríamos estar frente a cualquiera de los bienes jurídicos ya mencionados. Esto dependerá de si el tercero ofreció, prometió o entregó algún tipo de beneficio al funcionario público para que incumpla o no sus obligaciones.

4.2 Sujetos del delito de cohecho

Como se adelantó, los delitos de cohecho son –entre otros– el cohecho pasivo propio, el cohecho pasivo impropio y el cohecho activo genérico. La característica común de estos delitos es su bilateralidad, porque son dos partes las que intervienen en su comisión. No obstante, no es necesario que siempre se halle responsabilidad penal en ambas partes (funcionario y particular), pues, por ejemplo, bastará para aplicar el delito de cohecho activo genérico que se ofrezca un soborno al funcionario público, con independencia de que este lo acepte o rechace.

En el caso de los cohechos pasivos (propio e impropio), el sujeto activo es el funcionario o servidor público que actúa teniendo competencia en razón de su cargo o función (Rojas, 2007, p. 677). Esto significa que no podrá tratarse de cualquier funcionario público, sino solo de aquel que tenga competencia para realizar la función por la que el tercero ofrece o entrega una dádiva para su desobediencia o cumplimiento¹³.

Por su parte, cualquier persona puede cometer el delito de cohecho activo genérico; es decir, es un delito común, pues cualquier ciudadano puede entregar o prometer una coima a un funcionario.

El sujeto pasivo, en cualquier tipo de cohecho cometido, es el Estado, pues es el principal afectado al no poder cumplir de manera efectiva sus funciones frente a los administrados.

Es así que, en la relación bilateral antes mencionada, encontraremos dos delitos. El primero, por parte del funcionario que solicita o recibe el beneficio para incumplir sus funciones (cohecho pasivo propio del art. 393 CP) o para actuar conforme a estas (cohecho pasivo impropio art. 394 CP); y el segundo, por parte del tercero, que ofrece o entrega el beneficio (cohecho activo genérico art. 397 CP).

¹¹ Así, por ejemplo, el R. N. 1406-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de marzo de 2008 y el Exp. N° 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011.

¹² Así, por ejemplo, la Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema recaída en el Exp. N° 05-2002 del 3 de junio de 2008.

¹³ Así, por ejemplo, el Exp. N° 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011.

4.3 Las conductas sancionadas

■ Cohecho pasivo

Las conductas que sanciona el Código Penal con el delito de cohecho pasivo son cuatro: aceptar, recibir, solicitar y condicionar. El acto de aceptar implica tolerar, admitir, consentir el beneficio (promesa, favor, objeto material) otorgado por el tercero (Salinas, 2019, pp. 557 y ss.)¹⁴. El acto de solicitar implica el pedir, gestionar, requerir, de forma directa o indirecta, algo a cambio (2019, pp. 557 y ss.). Finalmente, condicionar significa que el servidor público le garantiza al tercero que si le entrega un donativo actuará en su beneficio; de lo contrario, en su perjuicio (pp. 557 y ss.)¹⁵.

■ Cohecho activo

En el caso del cohecho activo, las conductas que se sancionan también son tres: ofrecer, dar y prometer¹⁶. El acto de ofrecer conlleva la sugerencia, oferta, proposición de un beneficio al funcionario público (Salinas, 2019, p. 638). El acto de dar se puede presentar con motivo de la solicitud del funcionario o porque el mismo tercero facilite, entregue u otorgue cierto beneficio (2019, p. 638). Finalmente, el acto de prometer implica que el tercero anuncie, pacte o proponga al funcionario algún tipo de beneficio (p. 638).

En cualquiera de los casos basta con que se dé una de las conductas mencionadas para estar frente al delito de cohecho.

4.4 Naturaleza del beneficio indebido

Cuando el Código Penal menciona que existe un beneficio indebido, este no necesariamente tiene que ser económico, ya que también puede tratarse de un favor sexual, sentimental, político, académico, entre otros (Montoya y otros, 2015, p. 103)¹⁷.

La idea principal es que este beneficio indebido motive la actuación del funcionario público para violar o cumplir con sus obligaciones.

4.5 La recepción del beneficio a través de un intermediario en el delito de cohecho pasivo

Si el funcionario público utiliza a otra persona para recibir el beneficio podrá ser considerado como autor mediato siempre que se verifique que la persona ha sido instrumentalizada (por encontrarse en una situación de error, inimputabilidad, coacción, etcétera). Asimismo, si el intermediario conoce que recibe un benefi-

¹⁴ Así también, el R. N. N° 1091- 2004, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de marzo de 2005.

¹⁵ Así también, el R. N. N° 2667-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de marzo de 2011.

¹⁶ Podemos encontrar una definición de cada elemento en el Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010.

¹⁷ Así también conforme al Artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

cio en favor del funcionario para que actúe conforme o en contra de sus obligaciones, este será considerado como autor y el intermediario, como cómplice del delito de cohecho (Montoya y otros, 2015, pp. 102-103)¹⁸.

4.6 Consumación

En el caso del cohecho pasivo (propio o impropio), el delito se consume con el simple hecho de aceptar o recibir el donativo, promesa o ventaja con la finalidad de actuar conforme o en contra de sus obligaciones¹⁹. Es decir, no será necesario que efectivamente esta finalidad se produzca²⁰.

Si se tratara de un caso de cohecho activo, el delito se consume simplemente cuando se ofrece, entrega o prometa donativo o cualquier ventaja al funcionario, y ello sin que sea necesario que el funcionario acepte o realice el acto esperado²¹.

4.7 Otros tipos de cohechos

Por otro lado, cabe mencionar que nuestro Código Penal recoge otros tipos penales relacionados con los delitos de cohecho.

Así pues, por ejemplo, tenemos el delito de soborno internacional pasivo (artículo 393-A del Código Penal, que sanciona al funcionario de otro Estado o de un organismo internacional público que acepta, recibe o solicita una ventaja o beneficio); el cohecho pasivo específico (artículo 395 del Código Penal, que sanciona de manera específica a magistrados, árbitros, fiscales, peritos, miembros de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que acepte, reciba o solicite un donativo o ventaja); el cohecho pasivo propio e impropio en el ejercicio de la función policial (artículos 395-A y 395-B del Código Penal, respectivamente); y el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396 del Código Penal, que sanciona a funcionarios como secretarios judiciales, relatores, especialistas, auxiliares jurisdiccionales o cualquier otro análogo a los anteriores).

Asimismo, existen otros delitos asociados al delito de cohecho activo, como el cohecho activo transnacional (artículo 397-A), el cohecho activo específico (artículo 398 del Código Penal) y el cohecho activo en el ámbito de la función policial (artículo 398-B del Código Penal).

¹⁸ Esta situación también es admitida en la Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima del 10 de noviembre de 1999.

¹⁹ Así, por ejemplo, el Exp. N° 00063-2011, sentencia emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria el 15 de junio de 2010.

²⁰ Así, por ejemplo, el Exp. N° 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008.

²¹ Así, por ejemplo, el Exp. N° 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010.

4.8 La pena en los delitos de cohecho

Las penas previstas para estos delitos en nuestro Código Penal son las siguientes:

- Cohecho pasivo propio (artículo 393 del Código Penal)

Las penas se distinguen de la siguiente manera:

	CONDUCTA	PENA
El funcionario que:	Acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja	<p>a) Pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.</p> <p>b) Inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. <p>c) Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.</p>
	Solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio	<p>a) Pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.</p> <p>b) Inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. <p>c) Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.</p>

- Cohecho pasivo impropio (artículo 394 del Código Penal)

Las penas se distinguen de la siguiente manera:

SUJETO ACTIVO	CONDUCTA	PENA
El funcionario que:	Acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido	<p>a) Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.</p> <p>b) Inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. <p>c) Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.</p>
	Solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida	<p>a) Pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.</p> <p>b) Inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. <p>c) Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.</p>

- Cohecho activo genérico (artículo 397 del Código Penal)

SUJETO ACTIVO	CONDUCTA	PENA
Particular o funcionario que:	Ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones (cohecho activo propio)	<p>a) Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.</p> <p>b) Inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito. <p>c) Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.</p>
	Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación (cohecho activo impropio)	<p>a) Pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.</p> <p>b) Inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito. <p>c) Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.</p>

V. CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE CONCUSIÓN

Artículo 382. Concusión

«El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa».

El delito de concusión es aquel por el cual un funcionario o servidor público, abusando de su cargo, obliga o induce a otra persona a entregarle o prometerle indebidamente un bien o beneficio patrimonial. Este delito está tipificado en el artículo 382 del Código Penal peruano.

Si bien podría parecer un delito recurrente en nuestro país, de acuerdo con la Procuraduría Anticorrupción, el delito de concusión representó tan solo el 4% de los delitos con mayor grado de incidencia nacional en 2018 (Procuraduría Pública Especializada en Delitos Anticorrupción, 2018, p. 13).

Sin embargo, es importante conocer aquello que abarca este delito; por ello, a continuación, se presentarán las claves para reconocer cuándo nos encontramos frente a este.

5.1 Sujetos del delito de concusión

El sujeto activo de este delito es el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a otra persona a dar o prometer indebidamente un beneficio patrimonial. Asimismo, tal calidad de funcionario no es formal, sino que es funcional, pues el delito debe cometerse en el ejercicio de actos inherentes a su competencia²².

²² Fundamento sexto del R.N. N° 1601-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de enero de 2009. Así también el fundamento quinto del R. N. N° 867-2015, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de abril de 2017.

La persona que entrega o promete no es partícipe del delito de concusión, sino que es víctima de la conducta del funcionario, ya que este la obliga o induce a realizar actos contrarios a su voluntad (Salinas, 2019, pp. 325 y ss.). Sin embargo, el sujeto pasivo de este delito no será el particular que promete o entrega el beneficio, pues el principal afectado con la configuración del tipo penal es el Estado peruano, al afectarse los intereses de la Administración Pública.

5.2 Bien jurídico tutelado

Como todo delito de corrupción, el bien jurídico genérico protegido es el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública. En este sentido, la tipificación de este delito busca proteger, específicamente, el ejercicio de la función pública conforme a las normas que lo regulan²³. Esto implica que el servidor público no efectúe actos hostiles ni coaccione al administrado en el desarrollo de sus funciones.

5.3 Las conductas sancionadas

Las conductas que sanciona el Código Penal con el delito de concusión son dos: «obligar» e «inducir». El acto de obligar supone compeler por la fuerza a otro a que haga algo, sin que sea necesaria una expresión física sobre el cuerpo de la víctima; tampoco lo es un amedrentamiento directo, pues se trata, más bien, de la amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la Administración Pública (Abanto, 2003, p. 289)²⁴.

El acto de inducir supone que el funcionario persuade, seduce o convence al sujeto de tal manera que inclina su voluntad orientándola a la entrega o promesa de entrega de un bien o beneficio patrimonial (Reátegui, 2014, p. 154). Este acto va desde la persuasión hasta la sugestión, el engaño y el fraude por parte del servidor público (2014, p. 152)²⁵.

El funcionario debe obligar o inducir a la persona a dar o prometer un beneficio indebido. «Dar» significa entregar, proporcionar o transferir el beneficio a causa de los actos de obligar o inducir del funcionario (Reátegui, 2014, p. 157); mientras que «prometer» supone obligarse a efectuar la entrega del beneficio en un futuro próximo.

Del mismo modo, el Código Penal menciona que la promesa o entrega del bien debe ser «indebida», pues el funcionario obliga o induce respecto de un beneficio que no le corresponde legalmente (Reátegui, 2014, p. 137).

²³ Según el artículo 7 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, el servidor público tiene los siguientes deberes: (...) 4. Ejercicio Adecuado del Cargo. Con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones el servidor público no debe adoptar represalia de ningún tipo o ejercer coacción alguna contra otros servidores públicos u otras personas.

²⁴ Así también, el Recurso de Nulidad N° 1469-2011 emitido por la Sala Penal Permanente de Justicia de la República del 16 de octubre de 2012.

²⁵ Así también, el Recurso de Nulidad N° 1469-2011 emitido por la Sala Penal Permanente de Justicia de la República del 16 de octubre de 2012 y el Recurso de Nulidad N° 1601-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de enero de 2009.

5.4 Miedo insuperable de la víctima y error

Como ya se mencionó, este delito solo sanciona al funcionario, mas no a la persona que da o promete un beneficio. Tomando en cuenta que en el delito de cohecho activo genérico sí se sanciona al particular que da o promete a un funcionario algún tipo de contraprestación, es importante analizar por qué en el caso del delito de concusión el sujeto que entrega o promete no es responsable penalmente.

Es claro que no hay razón para que el dar o prometer un beneficio indebido a un funcionario sea un hecho lícito y conforme a derecho. Sin embargo, en este caso en específico, lo que sucede es que existe un temor que resulta del poder del funcionario (Abanto, 2003, pp. 289 y 290) y de lo que este podría hacer en contra del sujeto de no cumplir con lo pedido.

También podría suceder que el particular sea inducido a error a causa de un engaño efectuado por el funcionario, con lo cual la persona creería estar actuando conforme a derecho al prometer o hacer la entrega del beneficio patrimonial.

Como hemos advertido, la víctima del delito de concusión se ve sometida a una situación de vulnerabilidad provocada por las conductas del sujeto activo. En tales casos se aprecia que la víctima es instrumentalizada a través del error o la coacción para obtener el beneficio patrimonial.

En los casos de concusión, la víctima entrega el beneficio indebido al funcionario por la coacción o error provocado por este.

5.5 La naturaleza del beneficio

Tal como lo menciona el tipo penal, esta entrega o promesa indebida del bien o beneficio debe ser patrimonial. Siendo así, cuando se refiere a un bien nos encontramos ante «una cosa cierta, tangible, concreta y con valor patrimonial» (Salinas, 2019, p. 324) que puede ser «o convertible en dinero y susceptible de apropiación» (Rojas, 2007, p. 370) y comprender bienes muebles, inmuebles o derechos sobre las cosas. Por su parte, el beneficio patrimonial comprende utilidades, créditos, ganancias, acciones y participaciones en empresas (Salinas, 2019, p. 324).

5.6 Consumación

El delito de concusión se consuma ya sea con la entrega del beneficio o al producirse la promesa. De esta manera, puede identificarse un delito de resultado y de mera actividad para cada modalidad, respectivamente (Rojas, 2007, p. 372)²⁶. De esta manera, no será necesario que se cumpla lo que el funcionario hubiera podido comprometerse a realizar a cambio de la entrega o promesa del bien o beneficio patrimonial.

²⁶ Así también, el Recurso de Nulidad N° 3188-2011, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República el 30 de enero de 2013.

5.7 Principales diferencias con otros delitos

De lo visto anteriormente, se pueden plantear ciertas similitudes y diferencias entre los delitos de concusión, cohecho (pasivo), coacción y extorsión.

Respecto a los delitos de cohechos pasivos, las diferencias y semejanzas son las siguientes:

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

Por su parte, las semejanzas y diferencias más importantes entre los delitos de concusión, coacción y extorsión son las siguientes:

DELITO	DIFERENCIAS	SEMEJANZAS
Concusión	<p>El autor es siempre un funcionario público.</p> <p>Conducta típica: obligar o inducir.</p> <p>Se requiere que la otra persona actúe de determinada manera (dando o prometiendo un bien o beneficio patrimonial).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El autor obliga a hacer lo que la ley no manda.
Coacciones	<p>El autor puede ser cualquier persona.</p> <p>Conducta típica: obligar.</p> <p>La actuación de la víctima puede comprender actuaciones distintas a las de la entrega o promesa de un bien o beneficio patrimonial.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La persona obligada es víctima.

DELITO	DIFERENCIAS	SEMEJANZAS
Concusión	<p>El autor es siempre un funcionario público.</p> <p>Se obliga o induce a una persona.</p> <p>El beneficio exigido debe ser siempre patrimonial.</p>	
Extorsión	<p>El autor puede ser cualquier persona.</p> <p>Se puede también obligar mediante violencia o amenaza a una institución pública o privada.</p> <p>Sanciona la toma de locales, la obstaculización de vías de comunicación, impedir el libre tránsito de la ciudadanía, el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas.</p> <p>El beneficio exigido puede ser de cualquier índole, no necesariamente patrimonial.</p>	<p>- La persona obligada es víctima.</p>

5.8 La pena en el delito de concusión

Las penas previstas para el delito de concusión son las siguientes:

CONCUSIÓN

- a) Pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.
- b) Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito, respectivamente.
- c) Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

VI. CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE COLUSIÓN

Artículo 384. Colusión

«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, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defrauda patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa».

El Estado, en la búsqueda del bienestar social y la satisfacción de las necesidades de sus ciudadanos, muchas veces hará uso de la contratación pública (Tafur & Miranda, 2007, p. 141), cuya finalidad es la satisfacción del interés general y constituye una modalidad de administración y ejecución de los recursos públicos. Por ello, se requiere que dicha actuación se desarrolle de forma ética, transparente y responsable (Hernández-Mendible, 2011, p. 110). Sin embargo, esta actividad está siendo afectada por la corrupción, muestra de ello son los casos vinculados a la constructora Odebrecht en el Perú.

Entre los delitos que sancionan la corrupción en la contratación estatal encontramos el delito de colusión, el cual está tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano. Este delito sanciona al funcionario o servidor público que, al intervenir en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública, concierta con uno o varios interesados para defraudar al Estado (colusión simple). Así también se sanciona si, como producto de tal concertación, se llegara a defraudar patrimonialmente al Estado (colusión agravada).

De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, en 2018 se registraron 5838 casos de colusión, con lo cual este se constituyó como el segundo delito de corrupción más recurrente después del peculado (Defensoría del Pueblo, 2017). Asimismo, conforme al Sistema Nacional Especializado de Delitos de Corrupción de Funcionarios, entre los años 2014 a 2017, el 17,4% de los procesos fue por el delito de colusión (Chanjan, Solís & Puchuri, 2018, p. 17).

A continuación, se presentarán las claves para reconocer cuándo nos encontramos frente a este delito.

6.1 Sujetos del delito de colusión

El sujeto activo de este delito es el funcionario o servidor público que concierta con un particular para defraudar al Estado o que defrauda al Estado a causa de tal concertación.

No basta con que se trate de un funcionario público, sino que, como lo menciona el tipo penal, este debe poder intervenir de manera directa o indirecta, por razón de su cargo, en alguna etapa de las adquisiciones, contrataciones o cualquier operación a cargo del Estado.

El que intervenga de manera directa implica que el funcionario actúe en alguna de las etapas de adquisición o contratación pública. Por otro lado, intervenir de manera indirecta significa que actúa por intermedio de otro u otros sujetos (Salinas, 2018, pp. 367 y ss.).

El sujeto pasivo es el Estado, al ser este quien le confía al funcionario la labor de representarlo. Así, el funcionario público perjudica la actividad estatal ya que deja de actuar teniendo en cuenta el interés general.

6.2 Bien jurídico tutelado

De manera general, el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción de funcionarios es el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

De manera específica, este delito busca proteger la imparcialidad con la que el funcionario o servidor público representa los intereses del Estado (Pariona, 2017, p. 25), pues se rompe el normal desenvolvimiento de la función pública al poner por encima intereses particulares.

6.3 Conducta sancionada

El tipo penal sanciona la concertación del funcionario público con otro sujeto para defraudar al Estado. La concertación implica un acuerdo ilegal entre el funcionario y el interesado, quienes ponen sus intereses por encima del interés general, con lo cual estamos frente a un acuerdo ilícito (Pariona, 2017, p. 46).

Si solo se da la concertación entre particular y funcionario estaremos ante el delito de colusión simple, mientras que existirá colusión agravada si el acuerdo lesiona patrimonialmente al Estado.

Asimismo, hay quienes consideran que este acuerdo tiene como característica la clandestinidad (Pariona, 2017, pp. 48 y 79)²⁷; sin embargo, esto es algo que el tipo penal no solicita para la consumación del delito²⁸.

6.4 Contexto típico

El delito de colusión puede cometerse en cualquiera de las etapas de la contratación estatal regular: actos preparatorios, fase de selección y fase de ejecución. Por ejemplo, puede ocurrir en el caso de la Ley de Contrataciones con el Estado, durante la elaboración del Plan Anual de Contrataciones; durante el requerimiento, pues se podrían pedir características específicas que solo posee uno de los postores; en el proceso de selección, al momento de asignar la buena pro; y en la ejecución del contrato con el particular seleccionado, por ejemplo, cuando se abona el dinero, pese a no haberse concluido la obra (Guimaray, 2011, pp. 5 y 6)²⁹.

Es importante mencionar que las etapas y los procedimientos específicos pueden variar en función del tipo de contratación estatal, por lo que tendrán que ser analizados en cada caso concreto.

Asimismo, si bien el delito de colusión se da en un contexto de contratación estatal, no se limita a lo mencionado en la Ley de Contrataciones del Estado, sino que engloba a todos los contratos y operaciones administrativas y civiles en los que el Estado intervenga³⁰.

Lo anterior se fundamenta en la expresión «cualquier operación a cargo del Estado», la cual constituye una cláusula abierta³¹. Por ello, el término «cualquier operación» engloba a todo tipo de operación bilateral o unilateral (civil, administrativa, mercantil, etcétera) de naturaleza económica en los que intervenga el Estado (negociación de deudas, confiscaciones, expropiaciones, operaciones tributarias, entre otros) (Montoya y otros, 2015, p. 138; Abanto, 2003, p. 312; Rojas, 2017, p. 211)³².

6.5 Defraudación al Estado

En el delito de colusión, el primer párrafo hace mención a la concertación que tiene como propósito defraudar al Estado. Esta defraudación debe entenderse en un sentido amplio o general. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el elemento «defraudar» en el delito de colusión «implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios»³³. Fidel Rojas, por su parte, señala que defraudar al Estado supone el «quebrantamiento de los roles especiales asumidos por los sujetos vinculados (...) el funcionario o servidor asume roles incompatibles con los de negociar profesionalmente en tanto parte representante de la administración pública» (2017, p. 411).

²⁷ Del mismo modo se menciona en el Exp. N° 027-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de octubre de 2004.

²⁸ En este punto, es importante tener en cuenta el Exp. N° 185-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 11 de abril de 2013, el cual señala factores objetivos que deben tenerse en cuenta al analizar el delito de colusión.

²⁹ Ello también se puede leer en el Exp. 108-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 27 de agosto de 2012.

³⁰ Del mismo modo lo menciona el Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de noviembre de 2011.

³¹ Tribunal Constitucional. EXP. N° 010-2002-AI/TC.

³² Así también conforme al Exp. N° 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 7 de noviembre de 2012.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00017-2011-PI/TC del 3 de mayo de 2012.

Por otra parte, el segundo párrafo del delito de colusión se refiere a la defraudación al patrimonio estatal, ante lo cual se prevé una agravación en el marco de pena abstracta. De esta manera, esta modalidad exigirá el perjuicio efectivo al patrimonio del Estado. No obstante, habrá que tomar en cuenta que también se defraudará patrimonialmente al Estado si «se provoca la pérdida de la capacidad de disponer y asignar eficazmente el patrimonio del Estado (...) [por ejemplo, para] obtener mejoras o ganancias a partir de la contratación realizada» (Guimaray & Rodríguez, 2015, p. 288).

6.6 Responsabilidad del particular que concierta con el funcionario

El particular interesado (representante de una empresa postora, por ejemplo) en el delito de colusión podría tener la calidad de cómplice primario, habida cuenta de que, al tratarse de un delito de encuentro, se requiere su intervención para consumir el delito.

Siguiendo la teoría de la unidad del título de imputación, el interesado podrá ser calificado como cómplice o instigador del delito de colusión desleal.

6.7 Consumación

En el caso de la colusión simple, el delito se consume con la concertación o pacto colusorio para defraudar al Estado (Salinas, 2019, p. 381 y ss.), sin ser exigible un resultado posterior (Pariona, 2017, p. 131). Mientras que en el caso de la colusión agravada se exigirá, además de la concertación, la generación de un perjuicio patrimonial efectivo en contra del Estado (2017, p. 131).

6.8 La pena en el delito de colusión

Las penas previstas para el delito de colusión son las siguientes:

COLUSIÓN SIMPLE (ART. 384, PRIMER PÁRRAFO)

- a) **Pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.**
- b) **Inhabilitación**, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
- c) Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco **días-multa**.

COLUSIÓN AGRAVADA (ART. 384, SEGUNDO PÁRRAFO)

- a) **Pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.**
- b) **Inhabilitación**, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
- c) Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta **días-multa**.

VII. CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Artículo 399. Negociación incompatible

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

Continuando con los delitos que se cometen en los contextos de contratación pública, tenemos el delito de negociación incompatible, el cual está tipificado en el artículo 399 del Código Penal peruano. El tipo penal de este delito busca sancionar al funcionario o servidor público que se interesa indebidamente por cualquier contrato u operación estatal en la que interviene por razón de su cargo para provecho propio o de un tercero.

De acuerdo con el Ministerio Público, del total de procesos por delitos de corrupción entre 2016 y 2018, el delito de negociación incompatible representó el 13,5 % (Chanjan, Solís & Puchuri, 2018, p. 17).

A continuación, se presentarán diez claves para reconocer cuándo nos encontramos frente a este delito.

7.1. Sujetos del delito de negociación incompatible

El sujeto activo de este delito es el funcionario o servidor público que indebidamente se interesa por cualquier contrato u operación estatal en que interviene por razón de su cargo.

Ello implica que debe existir una vinculación funcional con los contratos u operaciones que celebra el Estado y que el funcionario debe tener el poder y competencia para participar en una contratación u operación estatal.

El sujeto pasivo de este delito es el Estado, a quien el funcionario público perjudica al dejar de actuar de acuerdo con el interés general.

7.2 Bien jurídico tutelado

El bien jurídico genérico protegido en los delitos de corrupción de funcionarios es el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

No obstante, este delito, de manera específica, busca proteger la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, al resguardar a la administración del interés privado de sus agentes y de que estos antepongan sus intereses en los contratos u operaciones en las que interviene el Estado³⁴.

7.3 La conducta sancionada

El término «interesar» significa atañer, incumbir, concernir, comprometer o importar algo; motivo por el cual una persona destina su voluntad a obtenerlo o alcanzarlo (Salinas, 2019, pp. 676 y ss.).

El interesarse indebidamente en un contrato u operación estatal debe entenderse como una «actuación interesada» (Abanto, 2003, p. 510), la cual implica una acción unilateral por parte del funcionario que va en contra de los parámetros de la legalidad y el orden jurídico (Reátegui, 2014, p. 509). En otras palabras, superpone un interés privado sobre el interés público que le demanda el ejercicio de su cargo³⁵.

7.4 Contrato u operación estatal

El objeto sobre el que recae este delito es cualquier contrato u operación a cargo del Estado. Por ello, es importante tener en cuenta que se hablará de contrato cuando el Estado, a través de sus funcionarios, intervenga como parte contractual frente a un tercero alrededor de un negocio jurídico en sentido amplio; mientras que la operación será entendida como todos aquellos actos unilaterales con contenido económico que realice la Administración Pública frente a sus administrados (Salinas, 2019, pp. 683 y 684).

Es irrelevante la etapa en la que se encuentre el contrato u operación, pues el interés indebido puede manifestarse desde la etapa de tratativas hasta la conclusión o ejecución definitiva del procedimiento³⁶.

³⁴ Siguiendo a Guimaray (2014, pp. 11 y 12) y Rojas (2017, p. 818).

³⁵ Exp. N° 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de noviembre de 2011.

³⁶ Tal como menciona Donna, citada en el Exp. N° 036-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 29 de mayo de 2012.

7.5 Manifestación de interés indebido: directa, indirecta o por acto simulado

Existen distintas modalidades de manifestar el interés indebido por parte del funcionario: i) de forma directa, ii) de forma indirecta y iii) a través de un acto simulado.

Interesarse de forma directa implica que el funcionario personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares sobre el contrato u operación (Rojas, 2017, pp. 822 y 823), por lo cual lleva a cabo todos los actos necesarios para alcanzar el resultado deseado (Salinas, 2019, p. 678).

Interesarse de manera indirecta significa que el funcionario se vale o hace uso de intermediarios, que pueden ser particulares u otros agentes estatales, para lograr la ejecución de su interés sobre el contrato u operación (Reátegui, 2014, p. 505).

El acto simulado se da cuando el funcionario actúa aparentando defender los intereses de la Administración Pública, pero en realidad estos son personales o particulares (Salinas, 2019, p. 680). Esto se da, por ejemplo, cuando el Estado negocia con empresas que aparentan tener una titularidad o representatividad distinta o cuando en realidad son propiedad del funcionario (Rojas, 2017, p. 822); asimismo, cuando se celebran actos ficticios con empresas inexistentes (2017, p. 822).

7.6 La no exigencia de afectación patrimonial

El delito de negociación incompatible no exige ni la concertación con particulares ni la existencia de un perjuicio patrimonial para el Estado (Rojas, 2017, p. 816). Así también lo ha entendido la jurisprudencia al señalar que:

en efecto no se requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado, por tanto, tales alegaciones en torno a la existencia o no del perjuicio patrimonial, no resulta atendible, menos aún enervan la configuración del delito anotado³⁷.

7.7 Consumación

Para la consumación del delito de negociación incompatible no resulta necesario que el funcionario público obtenga un provecho económico o alcance la finalidad prevista (Abanto, 2003, p. 517). Se consume con la sola verificación de conductas que expresen el interés particular del funcionario en los contratos u operaciones y sin que ello genere un beneficio económico o un perjuicio para el Estado (Rojas, 2017, p. 826).

³⁷ Recurso de Nulidad N° 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013.

7.8. Principales diferencias con el delito de colusión

El delito de negociación incompatible podría confundirse con el delito de colusión (artículo 384 del Código Penal) antes analizado. Al respecto, pueden identificarse las siguientes diferencias y semejanzas (Montoya y otros, 2015, p. 142):

DELITOS	DIFERENCIAS	SEMEJANZAS
Negociación incompatible	<p>En la negociación incompatible la conducta típica es el solo «interesarse indebidamente».</p> <p>La negociación incompatible tiene un carácter unilateral (solo interviene el funcionario).</p>	<p>El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier contrato u operación económica en la que participe el Estado.</p>
Colusión	<p>La conducta típica en la colusión es la «concertación ilegal» por la cual se busca defraudar al Estado.</p> <p>La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado).</p>	<p>Los dos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos, en el cual el funcionario privilegia el primero en desmedro del segundo.</p>

7.9. La pena en el delito de negociación incompatible

Las penas previstas para el delito de negociación incompatible son las siguientes:

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

- a) **Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.**
- b) **Inhabilitación** conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
- c) Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco **días-multa**.

VIII. CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Artículo 400. Tráfico de influencias

«El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa».

Una práctica negativa normalizada en nuestro país es que, a cambio de un beneficio económico, por ejemplo, algunos ciudadanos se ofrezcan a influenciar o interceder en la decisión sobre un caso que conoce un magistrado, fiscal u otro funcionario con potestades jurisdiccionales o administrativas.

No obstante, esta conducta podría constituir un delito de tráfico de influencias, el cual es un delito de corrupción y está tipificado en el artículo 400 del CP. Pese a que nos pueda parecer un delito recurrente, de acuerdo con el Instituto Nacional Penitenciario de Perú (INPE), hasta fines de 2017 solo 14 personas se encontraban recluidas en cárcel por la comisión de tráfico de influencias (Defensoría del Pueblo, 2017, p. 21).

A continuación, se presentarán las claves para reconocer cuándo nos encontramos frente a este delito.

8.1. Sujetos que intervienen en el delito

El delito de tráfico de influencias, en su modalidad básica, sanciona a aquella persona que, invocando o teniendo influencia real o simulada, a cambio de un beneficio, se ofrece a interceder ante un funcionario o servidor público que tiene bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o administrativo (Montoya y otros, 2015, p. 145).

El delito de tráfico de influencias tiene también una modalidad agravada, que sanciona a específicamente a aquel «funcionario o servidor público» que, a cambio de un beneficio, se ofrece a influenciar o interceder en la decisión de su par que tiene competencia en el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o administrativo. Es decir, es un delito especial. Por ejemplo, se considera tráfico de influencias agravado si el asistente administrativo de un juez se ofrece a influenciar o interceder en la decisión de este, quien tiene bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o administrativo.

Ahora bien, ¿qué pasa con la persona que compra las influencias o es la potencial beneficiada? Aunque en el texto del delito de tráfico de influencias nada se dice sobre la punición o no de esta persona, «el comprador de influencias» o «interesado» podrá responder penalmente como partícipe (Montoya y otros, 2015, p. 145)³⁸ del delito.

De ninguna forma se considerará como sujeto pasivo o víctima al comprador de las influencias o al que iba a ser beneficiado por estas. Tampoco se considerará como sujeto pasivo del delito al funcionario o servidor sobre el que la persona se ofrece a interceder. El único afectado por este acto de corrupción —y, por consiguiente, destinatario de la reparación civil— es el Estado peruano.

8.2 El bien jurídico protegido

Los actos de corrupción se prohíben con el objetivo general de proteger el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública (Torres, 2015, p. 19). No obstante, cada delito tutela un bien jurídico específico. La determinación del bien jurídico protegido por el tráfico de influencias sigue siendo un tema problemático en la doctrina y jurisprudencia penal, que obedece a diversas teorías, entre ellas, la teoría de la institucionalidad de la Administración Pública (Montoya y otros, 2015, p. 143).

Según esta teoría, se considera que la institucionalidad es el conjunto de valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos (Guimaray, 2012, pp. 105 y 106). En ese sentido, la institucionalidad se debe proteger incluso de aquellas conductas que —sin transgredirla de manera directa y efectiva— contribuyen con la corrupción y muestran a la Administración Pública como un ente débil e influenciado por intereses particulares ilegítimos (Montoya y otros, 2015, p. 144).

De este modo, invocar influencias, existentes o no, con la finalidad de dar a entender al otro, de manera verosímil, la posibilidad de interferir en el correcto funcionamiento de la Administración Pública (Montoya y otros, 2015, p. 144) es una conducta que transgrede la institucionalidad. En consecuencia, el delito de tráfico de influencias busca «prevenir que se perciba a la Administración Pública como transable, endeble y en donde la existencia de influencias va a primar sobre su capacidad de investigar y administrar justicia» (Torres, 2015, p. 6).

³⁸ Los autores consideran que, dado que la redacción típica del tráfico de influencias exige la intervención de más de una persona para la configuración del delito, es lógico que el comprador de influencias o interesado responda como partícipe. Esta postura no es unánime en la doctrina nacional. Al respecto, el Acuerdo Plenario 3-2015/CJ-116 sostiene que el tercero interesado solo podría responder a título de instigador por el delito.

8.3. Conducta sancionada

La conducta que sanciona el Código Penal con este delito es el acuerdo para interceder o «acuerdo de intercesión» (Montoya y otros, 2015, p. 149); es decir, no basta con el mero ofrecimiento, sino que la otra parte debe aceptar de tal forma que cuando se produce ese acuerdo recién es penalmente relevante la conducta. El mero ofrecimiento unilateral para interceder ante un funcionario todavía no reviste la suficiente gravedad para que intervenga el derecho penal.

El traficante se compromete a interceder en favor del interesado ante la Administración Pública a partir del ejercicio de influencias sobre un funcionario público; por su parte, el interesado entregará algún tipo de beneficio a cambio de dicha gestión ilícita (Torres, 2015, pp. 23 y 24)³⁹. Tal conducta se da en un contexto de ilegalidad, en tanto no es la formalidad que establece el derecho para satisfacer intereses privados (Rojas, 2017, p. 794).

No es necesario que se llegue a influir o interceder de manera efectiva en el funcionario que conoce el caso judicial o administrativo (Abanto, 2003, p. 531), por lo que basta el acuerdo de intercesión para considerar consumado el delito de tráfico de influencias.

A cambio del ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público, el tipo penal exige además que el traficante incurra en cualquiera de las siguientes modalidades: recibir, hacer dar o prometer para sí o un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

8.4 Las influencias «reales o simuladas»

Las influencias que la persona invoca, al cometer el delito, pueden ser reales o simuladas.

Las influencias reales son aquellas que efectivamente existen y se dan en los supuestos en los que el sujeto activo realmente tiene el poder o capacidad para incidir en la voluntad del funcionario y sus decisiones (Reátegui, 2014, p. 535). En el caso de las influencias simuladas no se presenta el mismo supuesto; es decir, el sujeto activo no tiene en realidad el poder o capacidad para direccionar las decisiones del funcionario (Salinas, 2019, pp. 704 y ss.).

Nuestro Código Penal no ha establecido un marco penal abstracto diferenciado para ambas modalidades de tráfico de influencias.

8.5. El caso judicial o administrativo

El tipo penal exige que el acuerdo de intercesión ilícito se refiera a un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un «caso judicial o administrativo».

³⁹ En cierta medida esta posición también la sigue Hurtado Pozo (2005).

Ello implica que, si, por ejemplo, el traficante se ofrece a influenciar o interceder en la decisión del asistente administrativo de un juez, su conducta no constituye delito de tráfico de influencias, pues aquel no detenta facultades para tomar decisiones jurisdiccionales en un proceso judicial.

El elemento «caso judicial o administrativo» debe ser entendido en sentido amplio, de tal manera que, como «caso judicial», debe entenderse cualquier proceso de naturaleza jurisdiccional (incluso decisiones del Ministerio Público también) y, «caso administrativo», como cualquier procedimiento en el que esté de por medio una decisión administrativa discrecional⁴⁰.

8.6. Principales diferencias con otros delitos

El delito de tráfico de influencias se diferencia claramente del delito de estafa:

DELITOS	DIFERENCIAS	SEMEJANZA
Tráfico de influencias simuladas en la modalidad de «recibir» o «hacer dar»	<ul style="list-style-type: none"> - El delito de tráfico de influencias protege la institucionalidad de la Administración Pública, por tanto, puede aplicarse en supuestos de negocios con causa ilícita. - El interesado o comprador de influencias responderá penalmente. 	Presencia de engaño y consiguiente error sobre una persona.
Estafa	<ul style="list-style-type: none"> - El delito de estafa protege el patrimonio personal, por tanto, no puede aplicarse en supuestos de negocios con causa ilícita. - La persona que es inducida a error es considerada víctima del delito y no responde penalmente. 	

⁴⁰ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 11-2001-Lima del 23 de julio de 2003. Esta posición la comparte Salinas (2019, p. 725.)

Asimismo, el delito de tráfico de influencias podría generar confusión respecto al delito de cohecho activo antes explicado. Las diferencias entre ambas figuras penales son las siguientes:

DELITOS	DIFERENCIAS	SEMEJANZA
<p>Tráfico de influencias</p>	<ul style="list-style-type: none"> - No se requiere que el vendedor de influencias (traficante) tenga contacto con el funcionario público que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo. 	<ul style="list-style-type: none"> - En ambos delitos el tipo penal hace referencia a la actuación de un funcionario público. En el caso del tráfico de influencias se hace referencia a la actuación de un funcionario con facultad jurisdiccional o administrativa; mientras que en el cohecho activo, a la actuación de cualquier funcionario.
<p>Cohecho activo</p>	<ul style="list-style-type: none"> - En el delito de cohecho activo debe haber bilateralidad. Se exige que haya contacto entre una persona, que ofrece, da o promete dar dádiva o beneficio, y un funcionario público. 	

8.7 Las penas en el delito de tráfico de influencias

Las penas previstas para el delito de tráfico de influencias en su modalidad básica son las siguientes:

TRÁFICO DE INFLUENCIAS (MODALIDAD BÁSICA)

- a) **Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.**
- b) **Inhabilitación** conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36:
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;
 - Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
- c) Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco **días-multa**.

Las penas previstas para el delito de tráfico de influencias en su modalidad agravada son las siguientes:

TRÁFICO DE INFLUENCIAS (MODALIDAD AGRAVADA)

- Si el agente es un funcionario o servidor público
- a) **Pena privativa de libertad** será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.
 - b) **Inhabilitación** conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
 - c) Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta **días-multa**.

IX.

CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL

Artículo 385. Patrocinio ilegal

«El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas».

Si un empresario «X» de cierto rubro comercial (por ejemplo, educación) participa en una reunión convocada por cierta entidad estatal (por ejemplo, Sunedu) con el objetivo de levantar las observaciones administrativas impuestas a su empresa (por ejemplo, relativas a la solicitud de licenciamiento de una universidad suya), ¿existe delito? No, por supuesto. ¿Qué sucede, en cambio, si nuestro hipotético empresario resulta ser un congresista de la República? En este caso, se podría estar ante el delito de patrocinio ilegal.

A continuación, se exponen las claves para reconocer cuándo los actos como los detallados configuran el delito de patrocinio ilegal, tipificado en el artículo 385 del Código Penal.

9.1 Sujetos que intervienen en el delito

El delito de patrocinio ilegal es un delito especial, pues sanciona a aquella persona que, aprovechándose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de terceros ante la Administración Pública. No se requiere que el agente o sujeto activo tenga funciones específicas de un cargo; bastará con que abuse de la condición especial que posee (Salinas, 2019, p. 396).

El afectado o sujeto pasivo de este delito es el Estado, pues los funcionarios y servidores públicos dejan de lado el interés general que deben resguardar.

9.2 El bien jurídico protegido

Lo que se protege con la tipificación de este delito es la imparcialidad de la Administración Pública, con la finalidad de que los poderes e investiduras que esta les confiere a sus agentes no sean usados indebidamente para generar posiciones de ventaja y privilegio entre los particulares (Manzini, citado en Rojas, 2017, p. 434)⁴¹.

9.3 Conducta sancionada

La conducta que sanciona el Código Penal con este delito es el patrocinio ilegal de intereses de particulares ante la Administración Pública. Ello implica proteger, asesorar, gestionar o defender (Rojas, 2017, p. 436) intereses de particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas) al hacer prevalecer o abusar de su condición de funcionario público (Salinas, 2019, pp. 389 y ss.).

Lo reprochable, finalmente, es el aprovechamiento de la calidad que posee el funcionario o servidor público en aras de satisfacer intereses ajenos a los del Estado (Salinas, 2019, pp. 389 y ss.).

9.4 Ámbito en el que se lleva a cabo el patrocinio

El patrocinio no está limitado al ámbito jurisdiccional, sino que puede abarcar las distintas esferas y niveles de la Administración Pública; asimismo, puede versar sobre diversas materias, pues no está circunscrito solo a lo económico (Rojas, 2017, p. 436).

Esto quiere decir que es necesario que el patrocinio indebido se realice ante cualquier instancia de la Administración Pública, pero no es relevante ni la materia ni en qué ámbito específico de esta se realice.

9.5 Destinatarios y beneficiarios de los actos de patrocinio

Los actos de patrocinio que desarrolla el funcionario están dirigidos o destinados a otro funcionario o servidor público que tiene dentro de sus funciones o competencias conocer o intervenir algún asunto del particular al que pretende favorecer el sujeto activo (Salinas, 2019, pp. 389 y ss.).

Asimismo, el delito de patrocinio ilegal exige la presencia de un tercero (persona natural o persona jurídica privada) como sujeto beneficiario, por lo que no hay patrocinio ilegal en causa propia (Salinas, 2019, p. 393). El funcionario, en vez de salvaguardar los intereses generales ante la Administración Pública, defiende los intereses de un particular.

⁴¹ Asimismo, el Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012.

El tipo penal no exige algún tipo de concertación con el patrocinado (no es necesaria la bilateralidad), de manera que el funcionario o servidor público podría actuar unilateralmente por voluntad propia sin que el particular lo haya solicitado previamente (Salinas, 2019, p. 393).

9.6 Consumación del delito

El delito se consuma con la realización de los actos de patrocinio, que implica el uso de los privilegios y posicionamientos inherentes a la jerarquía, rango o relaciones para satisfacer el interés privado objeto de patrocinio (Abanto, 2003, p. 326).

Es decir, para consumir el delito no es necesario que el patrocinio indebido realizado logre beneficiar efectivamente al tercero (Salinas, 2019, p. 397). Bastará, entonces, realizar los actos ilícitos de defensa, gestión, protección, etcétera, de intereses privados.

9.7. Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares

El artículo 386 del Código Penal menciona que el tipo penal del delito de patrocinio ilegal también es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto a los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto a los pertenecientes a incapaces o testamentarias.

9.8 Principales diferencias con el delito de tráfico de influencias

El delito de patrocinio ilegal puede confundirse con el delito de tráfico de influencias, por lo que es pertinente mostrar sus principales diferencias:

DELITOS	DIFERENCIAS	SEMEJANZA
Patrocinio ilegal	<ul style="list-style-type: none"> - No exige medios corruptores (donativos, beneficios, etcétera). - El patrocinio ilegal no exige algún tipo de acuerdo con el patrocinado, por lo que el funcionario o servidor público podría actuar por voluntad propia sin que el particular lo haya solicitado previamente. - El patrocinio puede estar relacionado con cualquier ámbito de la Administración Pública. 	<ul style="list-style-type: none"> - Pueden ser cometidos por funcionarios o servidores públicos como parte de su interacción con otros funcionarios o servidores públicos. - Ambos delitos implican el quebrantamiento de la imparcialidad de la función pública para satisfacer intereses privados. - No se configura tráfico de influencias ni patrocinio ilegal en favor de uno mismo.
Tráfico de influencias	<ul style="list-style-type: none"> - El tráfico de influencias es un delito plurisubjetivo, que requiere la intervención del vendedor y el comprador de influencias. - El tráfico de influencias debe estar referido a un «caso judicial» o «caso administrativo» que se haya conocido, este conociendo o vaya a conocer un funcionario. - El tráfico de influencias exige medios corruptores (ofrecimiento, donativo o promesa ilegal) como parte del acuerdo para interceder indebidamente. 	

9.9. Las penas en el delito de patrocinio ilegal

Las penas previstas para el delito de patrocinio ilegal son las siguientes:

PATROCINIO ILEGAL

- Pena privativa de libertad no mayor de dos años.**
- Prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta **jornadas**.

X.

CLAVES PARA RECONOCER EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

«El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

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

A veces tener un cargo público en nuestro país conlleva el incremento del patrimonio del funcionario, lo cual no es necesariamente ilícito. Sin embargo, si esta situación es consecuencia del ejercicio abusivo de dicho cargo, es altamente probable que se haya configurado el delito de enriquecimiento ilícito.

El delito de enriquecimiento ilícito está tipificado en el art. 401 del CP y es uno de los delitos de corrupción que a menudo cometen los funcionarios con poder político en el Perú. De acuerdo con el INPE, hasta fines de 2017 solo dos personas se encontraban recluidas en cárcel por la comisión de este delito (Defensoría del Pueblo, 2017, p. 21).

Por ello, brindamos las claves para reconocer cuándo estamos frente a la posible comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

10.1 Sujetos que intervienen en el delito

El enriquecimiento ilícito es un delito especial; sanciona a quien ostenta una posición institucionalizada. En ese sentido, el sujeto activo siempre es un funcionario público, quien se aprovecha de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio (Salinas, 2019, p. 763).

El afectado o sujeto pasivo de este delito es el Estado, pues los funcionarios y servidores públicos dejan de lado el interés general que deben resguardar.

10.2 Bien jurídico protegido

Se sanciona el enriquecimiento ilícito para proteger el correcto y normal ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos (Rojas, 2017, p. 854). Esto quiere decir que se busca que el funcionario actúe conforme a los deberes que posee en razón de su cargo.

En palabras de Salinas, los principios que engloba este bien jurídico son la protección de la transparencia y la probidad que sustentan el ejercicio de las funciones de los sujetos públicos (2019, p. 761).

10.3 Conducta sancionada

La conducta que sanciona el Código Penal con este delito es el incremento ilícito del patrimonio, que abarca tanto los actos de incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos (Montoya y otros, 2015, p. 123).

Para medir tal incremento se tendrá en cuenta la declaración jurada que realiza el funcionario antes de asumir sus funciones como tal. De no existir declaración jurada, la medición del patrimonio se hará a partir de la declaración del impuesto a la renta y los signos exteriores de riqueza (Abanto, 2003, pp. 545 y 546).

En los casos de altos funcionarios, esta verificación debería ser más sencilla, ya que están obligados a presentar una declaración jurada de su patrimonio antes de asumir el cargo público, la cual debe ser publicada de manera oficial (Abanto, 2003, pp. 545 y 546).

10.4 Ilícitud del enriquecimiento

El incremento o desbalance patrimonial proviene de una fuente ilícita: por la comisión de otros delitos de corrupción, de delitos comunes e incluso de infracciones administrativas (Montoya y otros, 2015, p. 121).

Así, el funcionario «solo puede enriquecerse a través de actos considerados lícitos previamente, por lo que toda fuente de enriquecimiento que no esté en este parámetro puede considerarse (indiciariamente) ilícita» (Montoya y otros, 2015, p. 122).

Un indicio del enriquecimiento ilícito surge cuando existe un aumento notoriamente superior del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto público respecto del que debiera obtener, en virtud de sus sueldos o emolumentos, incrementos de su capital o cualquier otra causa lícita⁴².

10.5 Nexos entre ejercicio del cargo y el enriquecimiento ilícito

El incremento o desbalance patrimonial obedece al mal uso del cargo público (relación funcional) y se produce durante el ejercicio del cargo (relación temporal) (Montoya y otros, 2015, p. 125). De no existir este nexo funcional y temporal, no podrá configurarse el delito.

La relevancia normativa del deber funcional en el delito de enriquecimiento ilícito tiene que ver con el contexto de idoneidad lesiva en el que se desenvuelva el funcionario público (Guimaray, 2015, p. 5).

10.6 Consumación del delito

El delito de enriquecimiento ilícito se consume en la medida en que se acredite la existencia de un incremento significativo y contrastante en el patrimonio del sujeto público, para lo cual deberá probarse la desproporción económica de origen ilícito (Rojas, 2017, p. 866).

10.7 Naturaleza subsidiaria del delito

No corresponde aplicar la sanción por delito de enriquecimiento ilícito si se prueba que el motivo del enriquecimiento del funcionario público es la previa comisión del delito de peculado, cohecho pasivo, malversación de fondos u otro semejante (Montoya y otros, 2015, p. 126).

Ello se debe a que la naturaleza de este delito es subsidiaria o residual frente a otros tipos penales de corrupción. Esto quiere decir que se supedita la aplicación del delito de enriquecimiento a la imposibilidad de sancionar por otro delito contra la administración pública, en caso de que las pruebas aportadas permitan deducir con certeza que el origen del incremento es otro delito⁴³.

⁴² Resolución de Nulidad N° 326-2008-Lima, citada en Salinas (2019, p. 752).

⁴³ Tal como lo menciona el Exp. 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de enero de 2011.

10.8 Principales diferencias con el lavado de activos

Los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos tienen las siguientes diferencias y semejanza:

DELITOS	DIFERENCIAS	SEMEJANZA
<p>Enriquecimiento ilícito</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El autor del delito solo puede ser un funcionario público. - El delito tiene una naturaleza subsidiaria frente a otros delitos de corrupción. - No se exige llevar a cabo actos de transferencia, conversión u ocultamiento de activos, sino solo el incremento patrimonial ilícito. - El enriquecimiento ilícito requiere que el funcionario haya intervenido en el ilícito funcional fuente. 	<p>Los activos provienen de fuentes ilícitas.</p>
<p>Lavado de activos</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El lavado de activos puede ser cometido por cualquier persona, no necesariamente un funcionario. - En el lavado de activos es preciso llevar a cabo actos de transferencia, conversión u ocultamiento de activos de fuente ilícita. - El lavado de activos es autónomo, pero no subsidiario de los ilícitos fuente. - No se exige que el lavador sea el mismo que intervino en la actividad criminal previa. 	

10.9 Las penas del delito de enriquecimiento ilícito

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO SIMPLE (ART. 401, PRIMER PÁRRAFO)

- a) **Pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.**
- b) **Inhabilitación** conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
- c) Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta **días-multa**.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO AGRAVADO (ART. 401, SEGUNDO PÁRRAFO)

- a) **Pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.**
- b) **Inhabilitación**, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36:
 - Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
 - Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
 - Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
- c) Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta **días-multa**.

XI. BIBLIOGRAFÍA

Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Segunda edición. Lima: Palestra.

Chanjan Documet, R., Solís, E. & Puchuri, F. (2018). *Sistema de justicia, delitos de corrupción y lavado de activos*. Lima: IDEHPUCP.

Defensoría del Pueblo (2017). *Reporte de la corrupción en el Perú*. Lima: Autor.

Guimaray, E. (2011). La tipificación penal del delito de colusión. *Boletín Anticorrupción*, 7, 3-6.

Guimaray, E. (2012). El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad. En Y. Montoya (ed.), *Estudios críticos sobre el delito de corrupción de funcionarios en Perú* (pp. 101-118). Lima: IDEHPUCP.

Guimaray, E. (2014). Apuntes de tipicidad sobre el delito de negociación incompatible. *Proyecto Anticorrupción*. Boletín 39, 11-12. Recuperado de <https://bit.ly/2Y01Qak>. Consulta: 10 de julio de 2019.

Guimaray, E. (2015). Apuntes de tipicidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito. Recuperado de <https://bit.ly/2se628y>. Consulta: 10 de julio de 2019.

Guimaray, E. & Rodríguez, J. (2015). Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y los presidentes regionales. *Ius et Veritas*, 24(51), 286-296.

Hernández Mendible, V. (2011). Los avances y problemas de la contratación con el Estado. *Derecho PUCP*, 66, 107-129.

Hurtado Pozo, J. (2005). Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias. *Anuario de Derecho Penal*, 269-301. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_12.pdf. Consulta: 5 de octubre de 2019.

Mir Puig, S. (2011). *Derecho penal. Parte general*. Novena edición. Barcelona: Reppertor.

Montoya, Y., Chanjan Documet, R., Novoa, Y., Rodríguez, J. & Quispe, F. (2013). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP.

Montoya, Y., Guimaray, E., Novoa, Y., Rodríguez, J. & Torres, D. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.

Pariona, R. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico.

Pariona, R. (2019). Delito de malversación de fondos públicos: consideraciones dogmáticas y político-criminales. *Derecho y Sociedad*, 52, 195-183.

Procuraduría Pública Especializada en Delitos Anticorrupción (2018). *Información Estadística PPEDC*, diciembre-2018. Lima: MINJUS.

Reátegui, J. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores.

Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley.

Rojas, F. (2017). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública*. Lima: Nomos & Thesis.

Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. Quinta edición. Lima: Iustita.

Tafur, S. & Miranda, R. (2007). Contratación estatal: algunas reflexiones generales. *Derecho y Sociedad*, 29, 140-152.

Torres, D. (2015). Apuntes sobre el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias. *Proyecto Anticorrupción*. Boletín 53, 13-24. Recuperado de <https://bit.ly/2VOci0a>. Consulta: 3 de octubre de 2019.

ISBN: 978-612-4474-02-6



9 786124 447402 6