

Fidel Rojas Vargas

Manual operativo de los
DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
cometidos por funcionarios públicos

3.^a edición

GRIJLEY

Fidel Rojas Vargas

Manual operativo de los
Delitos contra la
Administración
Pública
cometidos por funcionarios públicos

3.^a edición
actualizada y aumentada

GRIJLEY

ÍNDICE

Presentación	21
Presentación a la segunda edición.....	25

Capítulo Uno

DOGMÁTICA PENAL APLICADA a los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública

1. Introducción: la naturaleza y funciones de la dogmática-jurídico penal	29
2. La política penal peruana y los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública	31
3. Imperfecciones en la normativa legal vigente.....	40
4. El principio de legalidad penal y tipos penales funcionariales	42
5. El principio de lesividad y tipos penales funcionariales.....	45
6. Delitos funcionariales en los cuales el <i>extraneus</i> no puede consumar el delito	48
7. Delitos en los que el <i>extraneus</i> ocupa roles secundarios de cómplice o instigador, nunca de autor o coautor	48
8. El control penal, administrativo y disciplinario de las infracciones en el ámbito de los delitos funcionariales	50

9.	El derecho disciplinario	52
10.	El dolo penal en los delitos funcionariales: líneas de demarcación de la relevancia administrativa y penal de las infracciones funcionales.....	54
11.	Los informes de control de las entidades públicas	56
12.	Una mirada a los delitos de funcionarios desde los principios del proceso penal acusatorio.....	64
13.	Ámbitos de responsabilidad política, penal y administrativa del funcionario y servidor público.....	65
13.1.	Responsabilidad política	65
13.2.	Responsabilidad penal	67
13.3.	Responsabilidad administrativa	68
13.4.	Concurrencia de responsabilidades	69
14.	Criterios para diferenciar entre comportamiento doloso a título delictivo e infracciones de relevancia administrativa	76
15.	Prescripción en los delitos contra la administración pública	80
16.	Proceso penal y prueba de cara a los delitos de infracción de deber (delitos funcionariales)	84
17.	Bibliografía	93

Capítulo dos

LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1.	Definición	109
2.	Clasificación.....	114
2.1.	Los delitos de infracción de deber propios o especiales propios	114
2.2.	Los delitos especiales impropios	116

3.	Delitos de infracción de deber y delitos contra la administración pública	117
3.1.	Diferencias entre los delitos especiales propios e impropios	122
4.	Bibliografía	123

Capítulo tres

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL

1.	Notas introductorias	129
2.	El bien jurídico administración pública.....	130
3.	La función pública	132
4.	Los conceptos de funcionario y servidor público	134
4.1.	Concepto administrativo	134
4.2.	Concepto penal.....	136
4.3.	El concepto penal internacional anticipado	137
4.4.	El concepto de funcionario internacional	140
5.	Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...	142
5.1.	Reglas generales para los delitos funcionariales	143
5.2.	Las tesis de la unidad de la imputación y de la autonomía de la imputación	146
5.3.	Complicidad primaria y secundaria	153
6.	Clasificación de los delitos contra la administración pública....	155
7.	Bibliografía	158
8.	Bibliografía específica: delitos contra la Administración Pública ..	162

Capítulo cuatro
DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD
(Artículos 376 al 381)

1.	Introducción y aspectos generales	169
2.	Tendencias actuales en la legislación comparada.....	173
3.	El delito de abuso genérico de autoridad	174
3.1.	Características.....	174
3.2.	Bien jurídico protegido	178
3.3.	Tipicidad objetiva y subjetiva.....	179
3.3.1.	a. El funcionario público.....	180
3.3.2.	b. El abuso de atribuciones.....	181
3.3.3.	c. Cometer u ordenar un acto arbitrario.....	184
3.3.4.	d. El perjuicio de alguien.....	187
3.4.	Consumación y tentativa	189
3.5.	Penalidad	189
4.	Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios.....	190
4.1.	Características.....	190
4.2.	Bien jurídico protegido	191
4.3.	Tipicidad objetiva y subjetiva.....	191
4.4.	Penalidad	197
5.	Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles	197
5.1.	Características.....	198
5.2.	Bien jurídico protegido	198
5.3.	Tipicidad objetiva y subjetiva	199

5.4. Penalidad	202
6. Los delitos específicos o nominados de abuso de autoridad.....	203
7. Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales.....	203
8. Incumplimiento de apoyo policial requerido por la autoridad civil o un particular	212
9. Requerimiento ilegal de la fuerza pública	215
10. Abandono de cargo.....	217
11. Nombramiento y aceptación ilegal de cargo público.....	220
12. Bibliografía	225

Capítulo cinco
DELITOS DE CONCUSIÓN
(Artículos 382 al 386)

1. Introducción	229
2. Delito de concusión básica.....	232
2.1. Características generales	232
2.2. Bien jurídico protegido	233
2.3. Tipicidad objetiva y subjetiva.....	234
a. Abuso del cargo.....	235
b. Comportamientos típicos.....	239
c. Bien o beneficio patrimonial	240
d. Carácter indebido de las prestaciones.....	241
e. El destinatario	241
2.4. Consumación y tentativa	243
2.5. Penalidad	243

3.	Delito de exacción ilegal	244
3.1.	Consideraciones generales	244
3.2.	Bien jurídico protegido	245
3.3.	Tipicidad objetiva y subjetiva.....	245
a.	Comportamientos típicos	246
b.	Contribuciones o emolumentos	251
c.	El carácter no debido o la cantidad excesiva de dichas contribuciones o emolumentos	253
d.	El tipo penal es doloso	254
3.4.	Consumación y tentativa	256
3.5.	Penalidad	257
4.	Colusión simple y agravada.....	257
4.1.	Consideraciones generales	258
4.2.	Concepto de colusión desleal.....	263
4.3.	Evolución legislativa del tipo	267
4.4.	Colusión y contratación estatal	269
4.5.	Bien jurídico protegido	271
4.6.	Tipicidad objetiva y subjetiva.....	275
4.7.	Dos tipos de colusión de peligro y de resultado	280
4.8.	Colusión de peligro (primer párrafo del artículo 384)....	284
a.	Comportamiento típico.....	284
b.	Los negocios jurídicos y las operaciones que admiten la concertación ilegal.....	290
c.	Consumación	299
d.	Determinación indiciaria de la concertación	302
e.	Penalidad.....	304

4.9.	Colusión de resultado (segundo párrafo del artículo 384)	304
a.	Comportamiento típico.....	304
b.	Los negocios jurídicos que admiten la concertación ilegal	308
c.	Consumación y tentativa	310
d.	Penalidad.....	312
4.10.	Otras figuras de concusión.....	312
5.	El delito de patrocinio ilegal	313
6.	Extensión normativa de los delitos de colusión y patrocinio ilegal a peritos, árbitros, contadores y a tutores, curadores y albaceas.....	318
6.1.	Generalidades	318
6.2.	Los sujetos activos del delito.....	319
6.3.	El objeto del delito	322
6.4.	Los comportamientos ilícitos y la aplicación de lo dispuesto en los delitos de colusión y patrocinio ilegal.....	323
6.5.	Elemento subjetivo	324
6.6.	Consumación y tentativa	325
6.7.	Penalidad	325
7.	Bibliografía	325

Capítulo seis
DELITOS DE PECULADO
(Artículos 387 al 392)

1.	Introducción	331
2.	El bien jurídico protegido.....	333
3.	El delito de peculado doloso propio simple y agravado.....	338

3.1.	Características generales	340
3.2.	Tipicidad objetiva y subjetiva.....	340
a.	Comportamiento típico.....	344
b.	El objeto material del delito: los caudales o efectos....	351
c.	El destinatario: para sí o para otro.....	356
3.3.	Aumento de la cuantía para diferenciar la cantidad del injusto	359
3.4.	La relación funcional del autor con el objeto material normativo del delito.....	360
3.5.	Un caso particular: los viáticos	364
3.6.	Cómo probar el peculado.....	369
3.7.	El peculado culposo	373
3.8.	El peculado agravado	378
3.9.	Consumación	378
3.10.	Penalidad	382
4.	El delito de malversación de fondos propio	384
4.1.	Características generales	384
4.2.	Bien jurídico protegido	387
4.3.	Tipicidad objetiva y subjetiva.....	388
4.4.	Consumación y tentativa	395
4.5.	Penalidad	399
5.	Los delitos de peculado y malversación impropios (por extensión).....	399
5.1.	Aspectos generales	400
5.2.	Penalidad	409
6.	Otras modalidades de peculado	409

6.1.	Peculado específico de uso	409
6.2.	Peculado por demora injustificada de pagos y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad	418
7.	Bibliografía	424

Capítulo siete
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
(Los delitos de cohecho: artículos 393 al 398)

1.	Generalidades	431
1.1.	Introducción	431
1.2.	Corrupción, cohecho y soborno	437
1.3.	Definición de cohecho	438
1.4.	El bien jurídico protegido	439
1.5.	Los medios de corrupción.....	440
a.	El donativo.....	441
b.	La promesa.....	443
c.	La ventaja (cualquier)	444
d.	El beneficio	444
1.6.	Clasificación de los delitos de cohecho	445
2.	El delito de cohecho pasivo propio	447
2.1.	Características generales	448
2.2.	Tipicidad objetiva y subjetiva.....	450
2.3.	Consumación y tentativa	464
2.4.	Penalidad	466
3.	El delito de corrupción internacional pasiva	467

4.	El delito de cohecho pasivo impropio.....	470
4.1.	Características generales	471
4.2.	Tipicidad objetiva y subjetiva.....	473
4.3.	Penalidad	475
5.	El delito de cohecho pasivo específico	476
5.1.	La figura penal.....	477
5.2.	Alta penalización y magistratura.....	477
5.3.	Bien jurídico específico tutelado	477
5.4.	Sujeto activo	478
a.	El magistrado	479
b.	El árbitro	479
c.	El fiscal.....	480
d.	El perito	481
e.	Miembro del tribunal administrativo	482
f.	Cualquier otro análogo a los anteriores	482
5.5.	Sujeto pasivo.....	482
5.6.	Comportamientos típicos	483
5.7.	Elemento subjetivo	487
5.8.	Consumación del delito y tentativa.....	488
5.9.	Penalidad	488
6.	El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales	490
6.1.	La figura penal.....	490
6.2.	Sujetos activo y pasivo.....	491
a.	Secretario judicial.....	491
b.	El relator	492

c.	El especialista	493
d.	Auxiliar jurisdiccional.....	493
e.	Cualquier otro análogo a los anteriores	494
6.3.	Comportamiento típico	494
6.4.	Elemento subjetivo	495
6.5.	Consumación y tentativa	495
6.6.	Penalidad	495
7.	El delito de corrupción activa	496
7.1.	Características generales	496
7.2.	Bien jurídico protegido	498
7.3.	Tipicidad objetiva y subjetiva.....	499
7.4.	Consumación y tentativa	503
7.5.	Penalidad	504
8.	El delito de soborno transnacional pasivo.....	504
9.	El delito de cohecho activo específico y sobre auxiliares jurisdiccionales	506
9.1.	La figura penal.....	507
9.2.	Bien jurídico específico protegido.....	508
9.3.	Sujeto activo: autoría.....	508
9.4.	Sujeto pasivo	508
9.5.	Comportamiento típico	509
a.	Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo.....	509
b.	El objeto del comportamiento típico: influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia	511

9.6. Elemento subjetivo	513
9.7. Consumación y tentativa	513
9.8. Corrupción activa de secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo (párrafo segundo del artículo 398)	514
9.9. Penalidad	516
10. El delito de cohecho policial.....	517
10.1. Cohecho policial pasivo propio (artículo 395-A).....	518
10.2. Cohecho policial pasivo impropio (artículo 395-B).....	520
10.3. Cohecho activo propio e impropio en el ámbito de la función policial (artículos 398-A y 398-B).....	522
11. Bibliografía: delitos de corrupción y cohecho pasivo-activo ..	523

Capítulo ocho
FORMAS ESPECIALES
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
Interés indebido en negociaciones públicas,
enriquecimiento ilícito y tráfico de influencia
(artículos 399 al 401)

1. Introducción	537
2. Aprovechamiento ilegal de cargo o Interés indebido en contrato u operación	538
2.1. Bien jurídico protegido y cuestiones varias	539
2.2. Aspectos de tipicidad objetiva y subjetiva	544
2.3. Penalidad	559
Bibliografía	560
3. El delito de enriquecimiento ilícito.....	562

3.1. Características generales	563
3.2. Bien jurídico	566
3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva.....	567
3.3. Consumación y tentativa	585
3.4. Penalidad	587
Bibliografía	588
4. Delito de tráfico de influencias	591
4.1. Características generales	592
4.2. Bien jurídico protegido	594
4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva.....	597
4.4. Consumación y tentativa	608
5. Penalidad	608
Bibliografía	609

Glosario

Glosario Jurisprudencial en delitos contra la Administración pública cometida por funcionarios	613
Glosario de términos jurídicos básicos en delitos contra la Administración pública cometida por funcionarios	645
Índice analítico	681

PRESENTACIÓN

En el país, el derecho penal, en particular, el escenario de los delitos de corrupción de funcionarios —en sentido amplio— continúa teniendo un protagonismo tal que prolonga ya por dos décadas su rol hegemónico, desde la caída del expresidente Alberto Fujimori, arrasando tras sí una abundante miscelánea de casos que ha involucrado, a lo largo de dicho periodo de tiempo, a cuatro presidentes y cinco periodos de gobierno con su red de funcionarios, sobre muchos de los cuales la fiscalía ha formulado cargos, realizado investigaciones, practicado allanamientos y llevado a prisión a varios exmandatarios y funcionarios. Pesado legado de la política nacional que en nada privilegia al Perú, mostrando la calidad de la Administración pública peruana y los fundamentos mismos de la frágil democracia peruana, que levanta la pesada y larga alfombra —en su núcleo máximo de toma de decisiones—, donde ya parece que no es posible imaginar nada más cualitativo en el mundo de las imputaciones por delitos funcionales contra la Administración pública.

El Perú en el liderazgo del ejercicio mundial y continuo de las prácticas de corrupción al mayor nivel posible. Tal es la lectura de infraccionalidad total en este ámbito que muestra y deja entrever el discurso fiscal.

La edición de este libro se produce teniendo como corolario evolutivo el descubrimiento de las clandestinas y abigarradas relaciones de corrupción entre la gran empresa y el poder político, que luego

de los destapes ocurridos a partir de las incursiones de la empresa Odebrecht y una selecta red de empresarios nacionales para hacerse consigo de las obras de gran envergadura muestra una realidad de cómo se desarrollaba la gran actividad empresarial en el Perú. Lava Jato, extendido en el Perú y otros países de América, parece ser el espejo de como los conglomerados corporativos aseguran sus ilícitos intereses y el modo como los funcionarios públicos del más alto nivel desatan sus protervas finalidades crematísticas, convirtiendo —estos últimos— el servicio a la nación y la ética pública en moneda de intercambio para favorecer intereses personales, al igual que reproducen una extensa red creada y mantenida de favores y beneficios recíprocos entre funcionarios y empresarios como modo de asegurar el poder político. ¿Acaso solo la muestra de una más amplia y extendida manera de hacer empresa en el país, en el espacio de las contrataciones y concesiones públicas? Interrogante que deja abiertas insondables, aunque previsibles, rutas de la corrupción en circunstancias de opacidad y monopolio, teniendo como antecedentes una historia complaciente y nada contestataria al respecto.

Dicha situación, como es evidente, actúa como desencadenante de un vértice, nunca visto en la historia republicana, de investigaciones, procesos penales y acciones de asistencia y colaboración internacional, que tensan al máximo las capacidades de infraestructura, logística y funcionalidad de la defensa jurídica del Estado, Ministerio Público, los juzgados y la actividad forense, bajo los procedimientos y la lógica de funcionamiento del Código Procesal Penal.

De otro lado, los imputados y procesados tienen derecho a defenderse —argumentativa y jurídicamente— de las imputaciones fiscales, acudiendo a derechos, principios y garantías que la Constitución, el ordenamiento jurídico (Código Penal, procesal penal, leyes especiales), la jurisprudencia y la doctrina —nacional y extranjera— han establecido al respecto, pues en la vorágine de las denuncias, acusaciones y sentencias es normal que no todos sean

responsables penalmente o no lo sean en la magnitud y alcances que los requerimientos acusatorios lo hacen entrever, y quienes sí lo son igualmente necesitan de defensa legal para esclarecer sus niveles de culpabilidad o precisar las diversas respuestas que adoptaran frente al sistema penal.

La acusación y la defensa, en estos ilícitos que afectan la Administración pública, parten del presupuesto de que la gran mayoría de delitos funcionales son delitos de infracción de deber, en los que, además de los funcionarios y servidores públicos, están o podrían estar involucrados particulares que no mantienen vínculos por deberes administrativos o de sujeción. Ello implica un ineludible manejo conceptual de rigor para el análisis, interpretación y toma de decisión más acertada. Precisamente, a todo ello contribuye y constituye la materia del presente libro, «un *précis jurídico*» que tiene la finalidad de ayudar mediante comentarios rápidos —no por ello superficiales— al estudio de las interioridades significativas de las normas penales de los delitos de infracción de deber a través de lecturas interpretativas de tipicidad objetiva-subjetiva, sabiduría doctrinaria y pautas jurisprudenciales, enriquecidas ahora, en esta edición, con indicaciones procesales y probatorias.

Para el presente libro se ha revisado en su integridad el texto, mejorado los comentarios e ingresado jurisprudencia reciente. Se ha profundizado el estudio de todos los delitos comprendidos entre los artículos 376 al 401 del Código Penal, dándose especial énfasis a los tipos penales de colusión, cohecho pasivo específico, tráfico de influencias, interés ilícito en contrato u operación y enriquecimiento ilícito. Se ha incorporado en el Capítulo I el punto temático referido al «proceso penal y prueba de cara a los delitos de infracción de deber». Cada delito estudiado ofrece ahora una optimizada lectura doctrinaria, de análisis normativo y jurisprudencial actual, de gran interés para la práctica de los operadores del sistema penal. Al final de cada uno de los ocho capítulos de los que se compone la obra, el

lector podrá encontrar una bibliografía específica y detallada. Asimismo, al culminar el estudio de los delitos funcionariales, podrá encontrar una extensa bibliografía de trabajos referidos a los delitos contra la Administración pública. Finaliza el libro con un selecto glosario de términos relacionados con los delitos funcionariales que toma su contenido de la jurisprudencia nacional como de la doctrina.

Fidel Rojas Vargas

Lima, septiembre de 2020

Esta edición del presente manual operativo, minuciosamente revisado y actualizado, analiza y explica todos los tipos penales que abarcan los delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos. A lo largo de sus ocho capítulos, se ocupa de los distintos ámbitos de la problemática que se derivan de los tipos penales funcionales (no obstante, se incorporan dos capítulos que son aplicables a todos los delitos contra la Administración pública).

Uno de los méritos más importantes de la obra es que aborda todas las últimas reformas introducidas a la legislación en la materia y que han modificado sustancialmente los delitos funcionales (Leyes N.os 28355, 29316, 29703, 29758, 30111, 30327, 30364 y 30506, y Decretos Legislativos N.os 1243 y 1351) durante los últimos años.

Otro aspecto a destacar es la incorporación y el comentario de la más importante jurisprudencia sobre cada uno de estos tipos penales, particularmente, los fallos más recientes, entre los que cabe destacar los acuerdos plenarios y toda la jurisprudencia vinculante emitida hasta el momento en esta materia. Estas se incluyen junto al análisis de cada tipo.

Finalmente, se incorporan dos glosarios muy importantes para la labor práctica: uno jurisprudencial y otro de términos jurídicos más utilizados en este tipo de delitos.

ISBN: 978-9972-04-686-5



9 789972 046865