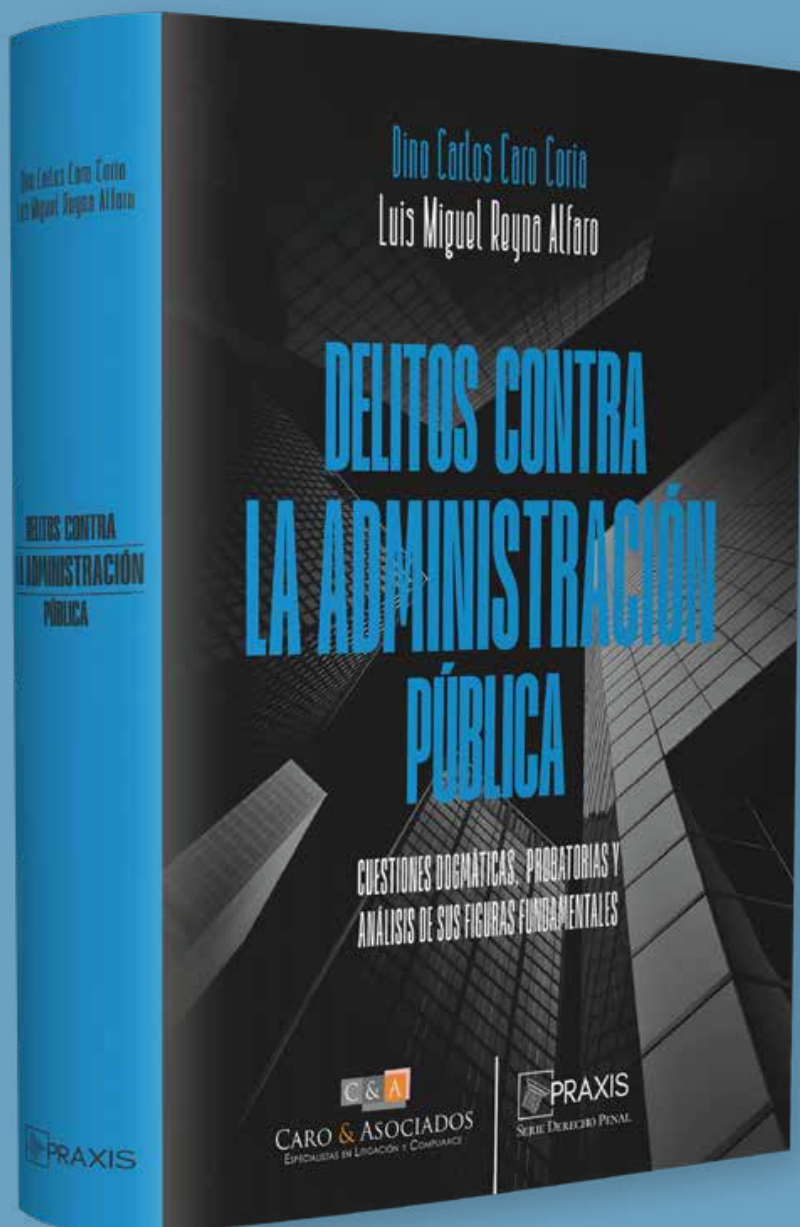


ÍNDICE DE LA OBRA



PRIMERA PARTE

CUESTIONES DOGMÁTICAS FUNDAMENTALES RELACIONADAS CON LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I

LA FUNCIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO GENÉRICAMENTE PROTEGIDO EN EL TÍTULO XVIII, DEL LIBRO II, DEL CÓDIGO PENAL

I.	La noción de “Administración Pública” en un Estado Social y Democrático de Derecho y su irradiación en el proceso de identificación del bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública	27
1.	La idea de Administración Pública en el Estado de Policía (<i>Polizeistaat</i>)	28
2.	La idea de Administración Pública en el Estado de Derecho (<i>Rechtsstaat</i>)	29
II.	La Administración Pública como concepto multidimensional	31
III.	El bien jurídico tutelado penalmente en los delitos contra la Administración Pública	32
1.	La “fidelidad a la Administración Pública” como bien jurídico genéricamente tutelado	32

ÍNDICE GENERAL

2. La “regularidad en el ejercicio de la función pública” como bien jurídico genéricamente tutelado	34
3. La “funcionalidad de la Administración Pública” como bien jurídico genéricamente tutelado	35
IV. Epílogo: sobre la trascendencia forense de la identificación del bien jurídico penal	36
1. Utilidad en el juicio de correspondencia comparativa	37
2. Utilidad en el juicio de verificación sobre la idoneidad de la conducta	37
3. Efectos procesales y estrategia de litigio	38

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

I. Introducción	41
II. Capacidad de rendimiento del concepto administrativo de “funcionario público” para el Derecho Penal	41
III. El concepto penal de funcionario público	42
1. Función pública y trabajadores y empleados de empresas públicas del Estado y las sociedades de economía mixta	43
2. Concepto amplio de funcionario público. Reconocimiento jurisprudencial	44
3. Conexión del concepto de funcionario público con el principio de lesividad	45
4. Influencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción	46
5. Requisitos y concepto funcional de funcionario público	46
5.1. El título habilitante	47
5.1.1. La ley	47
5.1.2. La elección	48

ÍNDICE GENERAL

5.1.3. El nombramiento o delegación de autoridad competente	49
5.2. El ejercicio de función pública	50
6. La cuestión de la responsabilidad penal del funcionario “de hecho”	51
IV. Los alcances del artículo 425 del Código Penal	53
1. Párrafo 1º: los que están comprendidos en la carrera administrativa	54
2. Párrafo 2º: los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular	55
2.1. Los funcionarios públicos que ejercen cargos políticos	55
2.1.1. Cargos políticos por designación o remoción regulada	55
2.1.2. Funcionario público de libre designación y remoción: los servidores de confianza	56
2.2. Cargos políticos por elección popular, directa y universal	57
3. Párrafo 3º: todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos	57
4. Párrafo 4º: los administradores o depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares	58
5. Párrafo 5º: los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional	58
6. Párrafo 6º: los demás indicados en la Constitución Política y la ley	59
V. Concepto anticipado de funcionario público	59
VI. La distinción entre “funcionario público” y “servidor público”	60

CAPÍTULO III

LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

I.	La necesaria distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber. Su particular importancia en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública	65
II.	Los delitos de infracción del deber: planteamiento general	66
III.	Delitos especiales y delitos de infracción del deber	69
IV.	Los delitos de infracción del deber: críticas	71
	1. Críticas vinculadas a la imprecisión de la categorización de los delitos de infracción del deber	71
	2. Críticas vinculadas a sus efectos sobre la autonomía del Derecho Penal	72
	3. Críticas vinculadas al principio de legalidad penal	72
	4. Críticas vinculadas al principio de ofensividad	73
	5. Críticas formuladas contra la versión jakobsiana de la teoría de los delitos de infracción del deber	73
	6. Síntesis: predominio de su recepción jurisprudencial	74
V.	Estructura de la autoría en los delitos de infracción del deber con especial aplicación a los delitos contra la Administración Pública	75
	1. La autoría mediata en los delitos de infracción del deber	75
	1.1. La problemática del instrumento doloso no cualificado	76
	(i) La punición del <i>intraneus</i> pese a no intervenir ontológicamente en la ejecución del comportamiento típico	76
	(ii) La punición del <i>extraneus</i> que domina el hecho, pero no ha infringido el deber especial extrapenal	76
	2. La coautoría en los delitos de infracción del deber	77
	3. La participación en los delitos de infracción del deber	78
	3.1. La accesoriedad de la participación	78

CAPÍTULO IV

LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I.	Introducción	83
II.	La complicidad (necesaria y secundaria) en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública	84
1.	El aporte debe ser causal para el resultado típico	84
2.	El aporte debe incrementar y realizar el riesgo jurídicamente desaprobado	87
3.	Supuestos de desarrollo conjunto de riesgos	88
3.1.	El “principio de confianza”. Aplicación en los delitos contra la Administración Pública	88
3.2.	La situación de las acciones cotidianas o conductas neutrales	91
3.2.1.	La prohibición de regreso	91
3.2.2.	El rechazo a la prohibición de regreso: la posición de Roxin	93
3.2.3.	Aproximación a la posición de la jurisprudencia de la Corte Suprema	94
3.2.4.	Estado de la cuestión: el predominio de la prohibición de regreso como fundamento de la irrelevancia penal de las acciones neutrales	95

CAPÍTULO V

LA REGULACIÓN DEL DELITO CONTINUADO

DIFICULTADES OPERATIVAS E INCONGRUENCIAS PARTICULARMENTE EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA

I.	Introducción	99
II.	El delito continuado en el Código Penal	100

ÍNDICE GENERAL

1. Fórmula legal	101
2. Definición	101
3. Elementos configuradores	102
3.1. Elementos objetivos del delito continuado	103
3.1.1. Pluralidad de acciones u omisiones que deben constituir individualmente delito	103
3.1.2. Identidad o semejanzas del tipo penal	104
3.1.3. Conexión temporal entre las acciones u omisiones delictivas	105
3.2. Elemento subjetivo del delito continuado: unidad de resolución criminal	106
4. Distinciones con el delito permanente	108
5. Circunstancia de exclusión del delito continuado	108
6. Distinciones entre el delito continuado y los delitos asociativos	109
III. Dosimetría penal en el delito continuado	109
IV. Efectos procesales de la aplicación de la continuidad delictiva	111
V. La importación del “delito continuado” al Derecho Administrativo Sancionador	111
1. La prohibición de analogía en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador	112
2. Tratamiento legal de la “infracción continuada” en el Derecho Administrativo Sancionador	113
2.1. La continuidad de infracciones en la Ley del Procedimiento Administrativo General	113
2.2. Análisis de los criterios legales utilizados por Indecopi en la aplicación de la continuidad a la luz de la doctrina penal predominante	114
2.3. Identificación de los posibles efectos periféricos	115
VI. Conclusiones	116

CAPÍTULO VI

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, DERECHO DISCIPLINARIO Y DERECHO PENAL

CONEXIONES, CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

I.	Introducción	121
II.	Puntos de partida conceptuales: Derecho Disciplinario y Derecho Administrativo Sancionador	121
III.	Las divergencias	124
IV.	La actuación administrativo-sancionadora y disciplinaria	127
V.	El traslado de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario	129
1.	El principio de legalidad	130
2.	El principio de tipicidad-taxatividad en el Derecho Administrativo	132
3.	La cuestión de las normas administrativas sancionatorias (y disciplinarias) en blanco	133
4.	El principio de irretroactividad de la ley administrativa sancionatoria y disciplinaria	134
5.	La garantía de <i>non bis in idem</i>	134
5.1.	Pautas de solución en casos de persecución paralela penal-administrativa sancionatoria (disciplinaria)	135
5.1.1.	Primera regla: predominio de la persecución penal sobre la persecución administrativa	135
5.1.2.	Segunda regla: conexión sancionatoria penal-administrativa	137
5.2.	Incidencia de la sanción administrativa en la pena	137
6.	El principio de culpabilidad o de prohibición de la responsabilidad administrativa objetiva	137
7.	El principio de causalidad o responsabilidad por el hecho propio	139
8.	Estado de la cuestión	140

VI. Régimen de sanciones (administrativas y disciplinarias)	140
VII. Epílogo	142

SEGUNDA PARTE

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I

EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

ARTÍCULO 384° DEL CÓDIGO PENAL

I. Descripción típica	147
II. Antecedentes y evolución legislativa	148
III. El bien jurídico tutelado penalmente	149
IV. Estructura típica del delito de colusión desleal simple	151
1. Autoría	151
2. La conducta material	152
2.1. El acuerdo colusorio y su relación con el fraude	152
2.2. Los elementos del fraude colusorio	154
2.2.1. El engaño: concepto y aspectos problemáticos	154
2.2.2. El perjuicio patrimonial al Estado	156
2.3. Los negocios jurídicos que forman parte del tipo penal	157
2.4. Trascendencia del principio de formalidad de la contratación pública	159
2.5. Límites a la intervención delictiva en el delito de colusión desleal	160
3. Consumación y tentativa	161
4. Tipo subjetivo	161

ÍNDICE GENERAL

V.	Delito de colusión desleal agravada	162
1.	El perjuicio patrimonial en la modalidad agravada	162
2.	Relación de riesgo entre el acuerdo colusorio y el perjuicio patrimonial	163
3.	Idoneidad lesiva del comportamiento colusorio	164
VI.	Otras modalidades agravadas	164
1.	El agente actúa como integrante, persona vinculada o encargo de una organización criminal	164
2.	La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucradas supere las diez unidades impositivas tributarias	165
3.	El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional	165
VII.	La prueba en el delito de colusión desleal	166
1.	La prueba de la “concertación” en el delito de colusión	166
1.1.	Marco general del debate	166
2.	Base legal	167
3.	Elementos de la prueba indiciaria	168
3.1.	El indicio o hecho base	168
3.2.	El hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión	169
3.3.	El nexo o relación causal	170
4.	Los indicios contingentes	170
4.1.	Pluralidad de indicios	171
4.2.	Concordancia de indicios	171
4.3.	Convergencia de indicios	171
4.4.	Ausencia de contraindicios	172
5.	El indicio de falsa justificación	172
6.	La valoración de la prueba indiciaria. La trascendencia de la distinción entre indicios débiles e indicios fuertes para la determinación de la probabilidad en la inferencia	174

ÍNDICE GENERAL

7. Trascendencia de la inferencia y de la motivación del proceso inferencial	175
8. Los indicios en el ámbito del delito de colusión desleal	176
8.1. El indicio de ilicitud administrativa	176
8.2. El indicio de perjuicio patrimonial en el costo de la contratación	178
8.3. El indicio de perjuicio patrimonial derivado de los defectos en el bien o servicio contratado	181
8.4. Incumplimientos contractuales como indicio de concertación	181
8.5. Inexperiencia de la persona natural o jurídica contratada como indicio de concertación ilegal	182
8.6. El comportamiento posterior como indicio de intervención en el acuerdo colusorio	182
8.7. Los antecedentes delictivos o de ilicitud administrativa	183
8.8. La posición dominante del imputado en la estructura funcional administrativa	184
9. Ideas de cierre sobre la prueba indiciaria en el delito de colusión	185
10. La prueba del perjuicio patrimonial	186

CAPÍTULO II

EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

ARTÍCULO 399° DEL CÓDIGO PENAL

I. Introducción	189
II. Descripción legal	190
III. El bien jurídico penalmente protegido	190
1. Cuestiones generales	190
2. Formulaciones del bien jurídico construídas con relación a las nociones de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública	191
3. La imparcialidad en la contratación pública como primer componente del bien jurídico tutelado	192

ÍNDICE GENERAL

4.	Construcción patrimonialista del delito de negociación incompatible y su trascendencia en la determinación del bien jurídico protegido penalmente (segundo componente)	193
5.	Determinación de la relación entre el patrimonio estatal y el correcto funcionamiento de la Administración Pública	194
IV.	Elementos típicos del delito de negociación incompatible	195
1.	El autor	195
2.	La conducta típica y el nexo de riesgo	196
3.	Negocios jurídicos sobre los que se produce el interés indebido	198
4.	Modo de realización del comportamiento típico: directa, indirectamente o por acto simulado	199
5.	El rol del particular en el delito de negociación incompatible	199
6.	La consumación del delito	200
7.	Imputación subjetiva	201

CAPÍTULO III

EL DELITO DE PECULADO

ARTÍCULO 387° DEL CÓDIGO PENAL

I.	Introducción	205
II.	Descripción típica	205
III.	El bien jurídico protegido penalmente	206
1.	El patrimonio público como bien jurídico protegido en el delito de peculado	207
2.	La lealtad y probidad en el ejercicio de la función pública y en la gestión de los recursos públicos como bien jurídico protegido en el delito de peculado	207
3.	El patrimonio público y el ejercicio regular de la función pública como bien jurídico protegido en el delito de peculado	208
4.	El correcto funcionamiento y la imparcialidad de la Administración Pública como bien jurídico tutelado penalmente a través del delito de peculado	210

ÍNDICE GENERAL

5. El bien jurídico en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la República conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116	210
6. Toma de posición: el patrimonio público como bien jurídico protegido penalmente en el delito de peculado	211
IV. Estructura típica	213
1. El autor	213
2. Conducta material	214
2.1. Acción típica	214
2.1.1. La acción típica del peculado por apropiación	214
A. Presupuestos de la acción típica: la recepción del bien	215
B. Presupuestos de la acción típica: los títulos hábiles en la acción de apropiación	216
a) Confiado por “razón de su cargo”: especial referencia a la delegación de potestades o competencias funcionariales	216
b) Mediante “percepción, administración o custodia”	218
c) La esfera de protección del bien jurídico	220
C. La apropiación en sí misma	220
2.1.2. La acción típica del peculado por utilización	221
A. La referencia a los “fines ajenos al servicio”	222
2.2. El objeto material de la acción	223
2.2.1. Caudales	223
2.2.2. Efectos	224
2.2.3. Cuestiones aplicativas: ¿pueden, indistintamente, ser los “caudales” y “efectos” objeto de apropiación o utilización?	224
3. Trascendencia de la cuantía de la afectación patrimonial en la configuración del delito de peculado	225
4. Los viáticos como objeto material del delito de peculado	226
4.1. El viático: ¿caudal? o ¿efecto?	227

ÍNDICE GENERAL

4.2. Las formas de acceso al caudal estatal (percepción, administración o custodia) en el caso de los viáticos	227
4.3. Problemas contingentes	229
4.4. El Acuerdo Plenario N° 7-2019/CIJ-116 y su insatisfactoria solución al problema	232
5. La consumación en el delito de peculado doloso	233
5.1. La consumación en el delito de peculado doloso por apropiación	234
5.2. La consumación en el delito de peculado doloso por utilización	234
6. El tipo subjetivo	234
6.1. El tipo subjetivo en el delito de peculado doloso por apropiación	235
6.2. El tipo subjetivo en el delito de peculado doloso por utilización	237
V. Tipo de injusto del delito de peculado culposo	237
1. Cuestiones relevantes de tipicidad objetiva del delito de peculado culposo	238
1.1. La conducta del funcionario o servidor público: la cuestión de la “infracción del deber objetivo de cuidado” y la imputación al tipo objetivo	238
1.1.1. La “infracción del deber objetivo de cuidado” en el ámbito de las competencias funcionariales	238
1.1.2. La imputación al tipo objetivo en el delito de peculado culposo	239
1.1.3. La conducta del tercero	239
2. La consumación del delito de peculado culposo	240
VI. Circunstancias agravantes	241

CAPÍTULO IV
LOS DELITOS DE COHECHO
ARTÍCULOS 393°, 394° Y 397°
DEL CÓDIGO PENAL

I.	Cuestiones introductorias	245
II.	El bien jurídico en los delitos de cohecho	247
	1. Anclajes sobre los que se asienta la noción de bien jurídico en el Derecho Penal	247
	2. Función interpretativa del bien jurídico penal	248
	3. Bienes jurídicos mediatos e inmediatos	249
	4. El correcto desempeño de la función administrativa como bien jurídico mediato en los delitos contra la Administración Pública	249
	5. La discusión doctrinal respecto del bien jurídico protegido en el delito de cohecho	251
	5.1. La confianza en el correcto funcionamiento y el prestigio de la Administración Pública	253
	5.2. La no comerciabilidad de los actos de la Administración Pública	254
	5.3. La imparcialidad de la Administración Pública	255
III.	Estructuración de la tutela penal de la imparcialidad de la Administración Pública: la protección escalonada de bienes jurídicos	257
	1. Primer escalón: ética e integridad en el ejercicio de la función pública	257
	2. Segundo escalón: prevención mediante el <i>public compliance</i>	258
	3. Tercer escalón: Derecho Administrativo Sancionador	259
	4. Cuarto escalón: Derecho Penal	259
IV.	Principales expresiones del delito de cohecho	260
	1. El delito de cohecho pasivo propio	260
	1.1. Fórmula legal	260
	1.2. El autor	260

ÍNDICE GENERAL

1.3. La conducta típica	261
1.3.1. La aceptación	261
1.3.2. La recepción	262
1.3.3. Los medios corruptores	262
A. Los donativos	262
B. La promesa	262
C. Expresiones residuales: ventaja o beneficio	263
1.3.4. La violación del deber funcional	263
1.3.5. Criterios ulteriores de delimitación del comportamiento típico	264
1.4. Consumación	265
1.5. Tipo subjetivo	266
2. El delito de cohecho pasivo impropio	266
2.1. Fórmula legal	266
2.2. El comportamiento típico	266
3. Cohecho activo genérico propio e impropio	267
3.1. Fórmula legal	267
3.2. Autoría y participación	268
3.3. La acción típica	268
3.4. El tipo subjetivo	269

CAPÍTULO V

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL

I. Generalidades	273
II. Antecedentes y regulación en el Derecho comparado	274
III. La Convención Interamericana contra la Corrupción	278

ÍNDICE GENERAL

IV.	El bien jurídico tutelado y técnicas de tipificación	279
V.	Elementos del tipo objetivo	298
1.	El funcionario o servidor público como sujeto activo	298
2.	El Estado como sujeto pasivo	314
3.	La ilicitud de la conducta funcional (“por razón del cargo”) como atributo del comportamiento penalmente relevante	314
4.	La infracción del deber vinculado al cargo como fundamento de la autoría	316
5.	El criterio de imputación “por razón del cargo”	320
6.	Fuentes del enriquecimiento “por razón del cargo”	325
7.	El resultado material de enriquecimiento	327
7.1	Noción de “enriquecimiento”	327
7.2.	El objeto material del “enriquecimiento”	329
7.3.	Momento del enriquecimiento	330
VI.	El dolo como elemento del tipo subjetivo	335
VII.	La autoría y participación	339
VIII.	Las formas imperfectas de ejecución	349

CAPÍTULO VI

EL DELITO DE PREVARICATO

ARTÍCULO 418° DEL CÓDIGO PENAL

I.	Introducción	353
II.	El bien jurídico protegido en el delito de prevaricato y la utilidad de su identidad como guía de interpretación del tipo penal	353
III.	El tipo de injusto del delito de prevaricato	357
1.	Fórmula legal	357
2.	Los autores	358
2.1.	El juez	358
2.2.	El fiscal	358

ÍNDICE GENERAL

2.3. Cuestiones problemáticas: el juez militar, el árbitro y los magistrados del Tribunal Constitucional	359
2.3.1. El juez/fiscal militar	359
2.3.2. El árbitro	359
2.3.3. Los magistrados del Tribunal Constitucional	360
3. La víctima en el delito de prevaricato	361
4. La acción típica en el delito de prevaricato	361
4.1. Resolución	361
4.2. Dictamen. Algunas consideraciones sobre las inconsistentes posiciones que pretenden sostener la descriminalización de la prevaricación fiscal con la entrada en vigencia del CPP	362
4.3. El comportamiento típico	364
4.3.1. Prevaricato de derecho: dictar resolución o emitir dictamen manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley o apoyándose en leyes inexistentes o derogadas	365
A. Teorías en torno al modo en que debe comprenderse el torcimiento del Derecho en el prevaricato	366
(i) Teoría subjetiva	366
(ii) Teoría objetiva	367
(iii) Teoría mixta	367
B. La problemática de las leyes con contenidos indeterminados y leyes multívocas	367
C. La problemática de la aplicación discrecional de la ley	368
D. Prevaricato, argumentación y racionalidad jurídica	369
E. La problemática de la <i>iusta prevaricatio</i>	369
F. La inobservancia de la jurisprudencia vinculante y de las decisiones del Tribunal Constitucional	369
4.3.2. Prevaricato de hecho: dictar resolución o dictamen citando pruebas inexistentes o hechos falsos	371
5. La imputación objetiva en el delito de prevaricato	372

ÍNDICE GENERAL

5.1. La responsabilidad en el caso de decisiones judiciales colegiadas (imputación horizontal)	372
5.2. La imputación en casos de división vertical de trabajo jurisdiccional o fiscal	375
6. La consumación del delito de prevaricato	375
7. Imputación subjetiva	376
Bibliografía	377