

**El sistema de los delitos contra la eficiencia de la
administración pública.
Consideraciones político criminales.^(*)**

**The system of crimes against the efficiency of public
administration.
Political criminal considerations.**

José Sebastián Cornejo Aguiar¹

Sumario: Introito. **I.** El sistema de los delitos contra la administración pública. Criterios rectores y modelos de tratamiento legislativo. **II.** Naturaleza jurídica de los delitos contra la administración pública. **III.** Los delitos contra la

^(*) Recibido: 03/02/2020 | Aceptado: 03/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Abogado por la Universidad Internacional Sek (Quito, Ecuador). Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador), Master en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Master en Derecho Procesal y Litigación Oral (c) en la Universidad Internacional Sek, Autor de los libros Mundo, Alma y Vida; Senderos de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial; Breves Nociones de la Criminología, la Penología y la Victimología en el Contexto Criminal; Teoría General de los Recursos y Remedios Procesales en el COGEP, La Antijuridicidad y las Causas Excluyentes del Injusto Penal en el COIP; coautor del libro Legitimación de la Pena en el Sistema Penal Ecuatoriano y sus Teorías; y, El Proceso Penal Acusatorio en Iberoamérica; 40 años de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Código Orgánico Administrativo Comentado; Evolución Normativa en Materia Penal en diversas Legislaciones; y, Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Constitucional en el Derecho Peruano y Ecuatoriano. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional; Docente de la California Silicon Valley School of the law, Sfo USA; Evaluador de la Revista Jurídica de Fundamentación Jurídica DIKAION, de la Universidad de la Sabana. Conferencista Nacional e Internacional en Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.
scor1719@hotmail.com

eficiencia de la administración pública en el COIP. – Referencia bibliográfica.

Resumen: El objetivo del presente artículo es determinar, como la tipificación de los delitos contra la Administración pública respaldan el correcto funcionamiento de la infraestructura organizativa, que permite el recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración pública, con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución y, en definitiva, el correcto ejercicio de la potestad administrativa, sancionando las conductas de autoridades, funcionarios y particulares que vician su eficacia, o el cumplimiento de los fines que tiene constitucionalmente asignados, a tal punto que estos delitos son considerados como un eje de la corrupción que genera en los políticos una pugna por las ambiciones e intereses particulares, acrecienta la burocracia estatal y genera servicios públicos deficientes, a la vez que crea una cultura inmoral, de aprovechamiento de los recursos públicos en beneficio propio, siendo necesario en tal sentido se analice lo referente al sistema de los delitos contra la administración pública desde la óptica de criterios y modelos de tratamiento legislativo, así como también desde la naturaleza jurídica de dichos delitos, ya que solo así podremos llegar a entender incluso las tendencias hacia la punición o impunidad de los mismos.

Palabras clave: Administración Pública, corrupción, burocracia, recursos públicos, funcionarios.

Summary: The objective of this article is to determine how the classification of crimes against public administration supports the correct functioning of the organizational infrastructure, which allows the straight and normal functioning of the public administration activity, subject to the system of values established in the Constitution and, ultimately, the proper exercise of administrative authority, sanctioning the conduct of authorities, officials and individuals who vitiate its effectiveness, or compliance with the purposes it has constitutionally assigned, to the extent that these crimes are considered as an axis of corruption that generates in politicians a struggle for particular ambitions and interests, increases the state bureaucracy and generates deficient public services, while at the same time creating an immoral culture, making use of public resources for their own benefit, being necessary in that sense, analyze what refers to the system of crimes against public administration from the perspective of criteria and models of legislative treatment, as well as from the legal nature of such crimes, since only then can we come to

understand even the tendencies towards punishment or impunity of them.

Keywords: Public Administration, corruption, bureaucracy, public resources, officials.

Introito

Las ideas y discusiones teóricas aquí planteadas, son producto del ejercicio investigativo de tipo académico, que pretende vislumbrar la aplicabilidad de ciertas posturas, en virtud de que la ciencia siempre ha entendido que en el mundo fenomenológico, es decir en el plano fáctico, real, a toda causa le sigue o tiene un resultado.

Sin embargo, desde un punto de vista del Derecho penal, indiscutiblemente, es necesario analizar cómo debido al artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, la misma que consagra al Estado como constitucional de derechos y justicia, se realizaron cambios normativos que respondan a su espíritu, y más aun teniendo en cuenta que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios proclamados expresamente en el artículo 227 de la norma antes enunciada.²

No obstante es entonces que dicho ejercicio de la función administrativa exige coordinar acciones para el cumplimiento de los fines de las instituciones del Estado sus organismos y dependencias para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República, buscando un mejor desarrollo de actividades productivas a cada uno de los ciudadanos, mediante el reconocimiento de los principios de eficiencia, calidad con criterios de objetividad y eficiencia, en el uso de los recursos públicos entre otros.³

Sin embargo, es necesario conocer la evolución de los delitos contra la Administración pública, desde el concepto de empleado público a lo largo de la historia, debido a que en lo referente a los delitos de prevaricación y cohecho, aparte de estudiar los elementos que presenta cada uno de ellos, es

² José Sebastián Cornejo Aguiar, Delitos contra la Administración Pública, (Quito- Ecuador, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2019), en: <https://www.derechoecuador.com/delitos-contra-la-eficiencia-de-la-administracion-publica>.

³ *Ibíd.*, pág. 1

necesario destacar el incremento de la corrupción que venimos sufriendo, y que ha aumentado la penalidad de esta modalidad de delitos.⁴

Consecuentemente también se podrá observar como este tipo de delitos en nuestros días, se han suscitado con mayor frecuencia debido a los numerosos casos de corrupción que se están descubriendo en la actualidad, y que nos permiten entender como los sistemas actuales de responsabilidad jurídico-penal de los funcionarios públicos respecto a las actuaciones que los mismos desarrollan en el ejercicio de sus cargos, encuentran su origen histórico en las instituciones de control formal de los oficios públicos aparecidas en la Baja Edad Media.⁵

Tomando como punto de partida los siglos XV y XVI, en donde el monarca era quien dirigía a los funcionarios y el que disponía lo necesario en los asuntos más importantes, contando siempre con la ayuda de su Consejo. El Rey era el que nombraba y destituía libremente a los agentes y oficiales reales, rigiéndose la relación funcional por principios propios del Derecho Privado.⁶

A partir de aquí, se empiezan a establecer, instituciones de control procedimental, con el fin de supervisar si los oficiales, en el cumplimiento de las funciones que le eran asignadas, respetaban las directrices reales o si, por el contrario, incurrían en un abuso de autoridad en perjuicio de terceros. De este modo se forman el Juicio de Residencia castellano, llamado “*Purga de Taula*” en el Reino de Cataluña, y la Visita, instituciones que se encargarán de asegurar una administración honesta, recta y eficiente por parte de los funcionarios.⁷

Consecuentemente ya en el siglo XVIII, los Borbones introducen diversas reformas en la organización administrativa, como la declaración de inamovilidad de los funcionarios⁸, lo cual generó un proceso de tipificación, de “justas causas” de cese de los funcionarios, particularmente las referidas al abuso del cargo y a las actuaciones delictivas de los mismos.⁹

⁴ *Ibíd.*, pág. 1

⁵ *Ibíd.*, pág. 1

⁶ Lalinde Abadía, J., *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*, (Madrid- España: Liberlibro, 1970), págs. 98 y ss.

⁷ *Ibíd.*, p. 100.

⁸ Vazquez-Portomeñe, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela 2003), pág. 83.

⁹ Barrachina Juan, J., *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I, (Barcelona – España: Edit. PPU, 1991), pág. 80.

Más tarde, en la Novísima Recopilación, se recoge la responsabilidad penal de los funcionarios por extralimitaciones o abusos cometidos en el ejercicio de sus funciones, con énfasis a los delitos de prevaricación, exacciones ilegales, cohecho, negociaciones prohibidas a los funcionarios, respeto al secreto, desobediencia y prevaricación de abogados.¹⁰

Consecuentemente, y con el avance y tipificación de estas conductas consideradas como delitos, es necesario distinguir cuando interviene el Derecho Penal en este ámbito, ya que sobre la ordenación y control de las distintas funciones públicas inciden también otras ramas del Derecho, fundamentalmente el Derecho Administrativo, por ello se hace indispensable delimitar cuales son las conductas que serán sancionadas por el Derecho Penal y cuáles no, ya que en virtud del principio “non bis in ídem”, una misma conducta no podrá ser sancionada dos veces.¹¹

Tal es así que respecto a los delitos contra la eficiencia de la Administración Pública, podríamos decir que tienen como objetivo adaptarse a la normativa internacional contra la corrupción, ya que en su mayoría buscan por un lado, se eleven las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración Pública, incluso con la inhabilitación especial para empleo o cargo público en varios delitos, por otro lado, se establece las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración, ya que recordemos que estos delitos reflejan los ejemplos claros de la corrupción, la misma que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define la misma de la siguiente manera: *“En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole de sus gestores”*. Desde el punto de vista gramatical, el término corrupción se refiere a un fenómeno de desnaturalización, en el sentido de que, la corrupción pública implica una degradación de lo público en lo privado.”¹²

¹⁰ Octavio De Toledo Y Ubieto, E., La prevaricación del funcionario público, (Madrid – España: Edit. Civitas, 1980), págs. 158 y 159.

¹¹ Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.J, “Delitos contra la Administración Pública”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, (Pamplona: Edit. Aranzadi, 2011) pág. 1682.

¹² Cfr. Cortina Orts, A., en Laporta San Miguel, F.J. (Coord.)/Álvarez Medina, S. (Coord.), La corrupción política, (España: Alianza Editorial, 1997), pág.266./ José Sebastián Cornejo Aguiar, Delitos contra la Administración Pública,(Quito- Ecuador, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2019), en: <https://www.derechoecuador.com/delitos-contra-la-eficiencia-de-la-administracion-publica>.

Dándonos a entender que la corrupción se debe a un abuso o desviación de poder y a una falta de probidad y honestidad en la adopción de decisiones públicas, quedando estos actos impunes en la mayoría de las ocasiones, por lo tanto surge necesario estudiar los siguientes delitos contra la eficiencia de la administración pública, como son: el peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho y concusión.¹³

Tomando en consideración, que el sujeto activo es una autoridad o funcionario público, aunque se dan excepciones en las que el sujeto activo del delito es un particular, Por ello, se hace necesario abordar qué es lo que se entiende por funcionario público y por autoridad, ya que de ello dependerá que una persona pueda o no ser sujeto activo de dichos delitos.¹⁴

Pues bien, a priori, lo que podría parecer más lógico para conocer el concepto de funcionario público, es acudir al Derecho Administrativo, el cual en definitiva, delimitará que funcionario público a efectos penales es mucho más amplio que el concepto administrativo, ya que el primero no solo incluye a los funcionarios profesionales y permanentes, sino que también hace referencia a los funcionarios políticos o electivos.¹⁵

Con la particularidad que el funcionario público, en la esfera penal, está formado por un lado, por el elemento de la participación en el ejercicio de funciones públicas, y, por otro, en un título de habilitación para dicha participación; mientras que en cuanto al concepto penal de autoridad aparece el término “mando”, el cual se encuentra estrechamente ligado a la idea de coerción, ya que implica coerción jurídica pero no física. Así, debemos entender por “mando” la potestad de reclamar obediencia¹⁶, de tal forma que la desatención de un mandato emitido por la autoridad, dictado con todas las formalidades legales requeridas, supondrá, por parte de los funcionarios, la comisión del delito de desobediencia.¹⁷

Una vez que se ha contextualizado brevemente la incidencia de los delitos contra la eficiencia de la Administración Pública, es pertinente que la

¹³ José Sebastián Cornejo Aguiar, Delitos contra la Administración Pública,(Quito- Ecuador, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2019), en: <https://www.derechoecuador.com/delitos-contra-la-eficiencia-de-la-administracion-publica>.

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 1

¹⁵ Mir Puig, C., Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal, (Barcelona- España: Edit. Bosch, 2000), pág. 22.

¹⁶ *Ibíd.*, pág.108

¹⁷ José Sebastián Cornejo Aguiar, Delitos contra la Administración Pública,(Quito- Ecuador, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2019), en: <https://www.derechoecuador.com/delitos-contra-la-eficiencia-de-la-administracion-publica>.

analicemos desde la perspectiva político-criminal, y el porqué de la intervención del Derecho Penal se ve legitimada, por la protección de la función pública, como un interés más restringido que un funcionamiento perfecto de la Administración.¹⁸

Resaltando que unánimemente se ponen de manifiesto las dificultades que presenta la determinación de un bien jurídico común a todos los delitos en el cargo, que habría de buscarse, como sintetiza Lenckner, en la funcionalidad de los aparatos estatales, la pureza del ejercicio del cargo o la confianza de la comunidad en la intachable gestión de los servidores públicos.¹⁹ Debido a que un representativo sector expresa muy gráficamente como la confianza del público en la pureza del ejercicio del cargo serviría para captar el sentido de todos y cada uno de los delitos, ni aquéllos a los que sí resultaría accesible podrían satisfacer con idéntico grado de efectividad las hipotéticas necesidades objetivas de garantizarla con medios penales, para lo cual es pertinente se analice cómo influye el sistema legislativo para combatir los delitos contra la Administración Pública.²⁰

I. El sistema de los delitos contra la administración pública. Criterios rectores y modelos de tratamiento legislativo.

Podría decirse que producto típico del Despotismo Ilustrado prusiano, puede considerarse como el punto de partida del actual Derecho de funcionarios, en tanto en cuanto juridificó públicamente unas relaciones hasta ese momento impregnada de rasgos ius privatistas y sujetas al arbitrio del príncipe.²¹

Lo cual nos conlleva a pensar que el asunto del que nos vamos a ocupar es una cuestión que tiene su precedente más antiguo además en las proclamaciones de las Declaraciones de derechos, es decir, en el nacimiento del constitucionalismo europeo de los derechos y libertades, en donde sin lugar a dudas el origen de los derechos constitucionales individuales marcan ciertas diferencias entre el constitucionalismo norteamericano y el francés,

¹⁸ Ibid, pág. 1

¹⁹ Lenckner, "Privatisierung der Verwaltung und ~Wahl des Strafrechts" *ZstW*, 106. Band, 1994, p. 531.

²⁰ José Sebastián Cornejo Aguiar, *Delitos contra la Administración Pública*, (Quito- Ecuador, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2019), en: <https://www.derechoecuador.com/delitos-contra-la-eficiencia-de-la-administracion-publica>.

²¹ E. Brandt, *Die politische Treuepflicht*, Karlsruhe, 1976, p. 37, citado por A. Embid Irujo, *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, Madrid, 1987, p. 27.

ya que en la constitucionalización norteamericana de los derechos individuales predomina la idea anglosajona del Common Law y del protagonismo judicial como judge-made law y, por ende, en la gestación de derechos y, por eso, sus Declaraciones de derechos se conciben como un binomio entre Constitución y jueces.²²

Lo que nos implica llegar a pensar que los derechos sociales, son ya otro tipo de derechos, pues por lo general no se satisfacen mediante la abstención del Estado, sino que son derechos de prestación, que exigen aportaciones por parte de él, y la fijación de los principios de la constitución económica, lo que lo convertirá necesariamente en un Estado de gestión, intervencionista, o dirigista.

Ahora bien ya entrando en materia es pertinente destacar que la técnica legislativa es una herramienta que permite facilitar y optimizar el trabajo de los Parlamentos, que en el caso de Ecuador es la Asamblea Nacional, para que puedan realizar los procesos de expedición, codificación, reforma, derogatoria e interpretación de la ley de una manera clara y eficaz. Buscando que las leyes estén correctamente redactadas y, a la vez, que guarden unidad y coherencia con todo el ordenamiento jurídico.

Ya que como todos conocemos en todo este proceso tiene un rol preponderante la técnica legislativa que es parte del Derecho Parlamentario y que consiste en el arte de legislar clara y eficazmente; debido al objeto la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico; la calidad, la publicidad y la viabilidad de la norma, a tal punto que en sus inicios, esta tarea se encargó a un órgano específico, sus orígenes los encontramos en el *legal drafting* anglosajón. A finales del siglo XX, desde Alemania se destacan como elementos esenciales de la técnica legislativa las directrices, cuestionarios o checklisten, elementos que son adoptados en otros países y a organizaciones internacionales y supranacionales, entre otras, la Unión Europea.²³

Para entender lo importante y complejo de uno de los temas más relevantes de la calidad de la normativa que aprueban los parlamentos, debemos ubicar a la técnica legislativa en el espacio propicio dentro del proceso de la formación de la ley. Y ubicarla en el sitio que le corresponde, es reconocerla como uno de los pilares fundamentales de una buena práctica legislativa.

Sin dejar de lado que la técnica legislativa por sí sola, no constituye la herramienta que precisan los parlamentos para garantizar la eficiente gestión

²² Amuchástegui G, «Introducción» a G. Jellinek et al.: Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, (Madrid- España, 1984), págs. 49-50

²³ Sáinz Moreno, La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho (Madrid-España: Civitas, Madrid, 2004)., p. 15

que de ella demanda la ciudadanía. “*El objetivo de la técnica legislativa no es sólo la buena redacción de las leyes, sino que incide directamente en la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico; así como en la calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas*”²⁴ como señala el español Sáinz Moreno, debiendo recalcar que así se contribuye al derecho a la seguridad jurídica cuyo fundamento es el respeto a la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, tal como lo señala el artículo 82 de nuestra Carta Magna.

Ergo, implica analizar, si la tipificación de los delitos contra la Administración Pública conlleva el análisis de todos los preceptos antes detallados, tomando en consideración que una de las funciones principales de los parlamentos es legislar, concepto que suele asociarse de manera simplista con “*crear derecho*”. Sin embargo, los sistemas jurídicos permiten advertir su complejidad, y la necesidad de contar con teorías más elaboradas para dar cuenta de su funcionamiento.

Lo que sin lugar a dudas implica el análisis que desde hace décadas se habla en lo referente a la crisis del Parlamento y crisis de la ley. Entonces, importa saber qué se quiere decir con ellos, cuáles son las causas y, eventualmente las respuestas para dicha crisis, ya que con el avance de la teoría jurídica y la colaboración con otras disciplinas, desde la década del setenta se ha ido desarrollando una disciplina que suele llamarse técnica legislativa o -más ampliamente- ciencia de la legislación, y que está muy extendida en los países desarrollados, en donde allí la técnica legislativa ya está consolidada no solo como disciplina teórica y académica, sino que también tiene una amplia consagración legislativa y hasta constitucional.

No obstante este esquema nos pone a pensar como: “[...] *los órdenes jurídicos no se encuentran ni acabados ni en reposo: están en proceso continuo [...] si el orden jurídico es un continuado proceso de creación, entonces, el orden jurídico no es propiamente un conjunto o sistema (siempre igual a la suma de sus entidades) sino que es solamente el cuadro de las transformaciones o modificaciones jurídicas unitariamente consideradas. [...] El orden jurídico no es, pues, más que el conjunto de procedimientos jurídicos de creación. [...] Ahora bien, si los actos jurídicos constituyen un proceso continuo de creación y si toda creación [...] es una modificación, a consecuencia de la modificación que implica, entonces, los actos jurídicos constituyen un flujo constante de variaciones jurídicas [...]*”²⁵

²⁴ *Ibíd.*, pág. 16

²⁵ Rolando Tamayo y Salmorán: Elementos para una teoría general del derecho, (México: Themis, 1996), págs. 232-233.

Concepto que para la moderna teoría del derecho implica que este, no puede ya ser el producto de ninguna voluntad por sí misma, porque la voluntad jurídicamente relevante no es la psicológica, sino aquella autorizada por las normas del sistema jurídico. Por otra parte, para no caer en circularidad, la misma voluntad no puede afirmar que está autorizada. Por consiguiente, una de las condiciones de la validez del derecho creado radica en que sea producido conforme lo autorizan normas previamente creadas, pues entonces ya no es fruto de una expresión de voluntad, sino de una instancia posterior que corrobore la creación de derecho.²⁶

Debiendo destacar que dentro de los criterios rectores que influyen en la transformación de la teoría del derecho, se han marcado esquemas que delimitan posiciones claras como son:

- a) La racionalidad del derecho de la esencia a la aplicación: Esta implica la posibilidad de imponerse a la razón humana, que provenía del hecho de que, o bien coincidiera con un derecho ideal, pensado como perfecto, o bien proviniera de un legislador que se suponía racional, porque interpretaba sabiamente los principios del derecho natural o la voluntad popular.²⁷
- b) Giro sistémico-estructuralista: Veía la creación del derecho como una manifestación de la voluntad soberana, lo cual significaba una trascendentalización de las relaciones personales que se daban en una sociedad fuertemente jerarquizada, por ejemplo, podemos decir que la voluntad expresada por una votación en la Asamblea será una ley sí y solo sí se han cumplido los requisitos establecidos previamente por la Constitución.²⁸

Esquemas que nos han permitido entender de mejor manera la reconstrucción teórica de los modernos sistemas jurídicos, que presentan rasgos propios para llevar el ejercicio del poder y su legitimación social conciliando diversos intereses que están detrás de una reconstrucción teórica del derecho como son:

²⁶ Josep Aguiló Regla: Teoría general de las fuentes del derecho, Barcelona: Ariel, 2000, p.193; Juan A. García Amado: «La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la “Teoría del Derecho” como sucedáneo», en Persona y Derecho N° 31, 1994, pp. 109-155, disponible en: <http://www.geocitis.com/jagamado/>; ídem: Ensayos de filosofía jurídica, Bogotá: Temis, 2003, p. 220.

²⁷ Nicolás Betancur, et al, Técnica legislativa Teoría, métodos y aspectos político-institucionales, (Uruguay, Parlamento de Uruguay PNUD, 2009); pág. 39

²⁸ *Ibíd.*, pág. 38

- a) Realidad: Entendida como la teoría actual del derecho que aspira a dar cuenta del derecho tal como es en la realidad.
- b) Normativismo: Como teoría del derecho, que no debe ignorar el carácter normativo del derecho.
- c) Conexión del derecho con la moral: Procura una respuesta adecuada al papel de la moral en las prácticas jurídicas.²⁹

Conceptos que nos permitirán entender de mejor manera como la teoría, debe comprender la realidad, ofreciéndonos estructuras de afirmación de hechos como por ejemplo los derechos humanos, y por consiguiente también los derechos legales, deberes y poderes,³⁰ con dos características importantes como son la ontológicamente subjetiva que depende de las actitudes de los agentes y sus capacidades para la configuración del hecho institucional, es decir por ejemplo si una disposición del Código Orgánico Integral Penal castigara el aborto provocado por la madre, pero nadie creyera ilícita esa conducta, y además los jueces no encontraran justificado castigar a la mujer que así procediera, pues entonces deberíamos interpretar -desde esta perspectiva- que tal disposición no sirve para interpretar estos comportamientos como un ilícito.³¹

Mientras que desde la perspectiva epistemológicamente objetiva, significaría que la existencia de hechos institucionales puede ser objetivamente conocida o, en otras palabras, que podemos determinar los valores de verdad o falsedad³², por ejemplo: si alguien afirma que «en el Ecuador está permitido matar en casos de legítima defensa», se puede verificar tal aserto a partir de la comprobación de ciertos hechos: la aprobación del Código Orgánico Integral Penal del año 2014, y de la lectura del artículo 30 y 33 del referido cuerpo normativo.

Elementos que sin lugar a dudas deben ser entendidos por parte del legislador el momento de la implementación, como de interpretación de las normas, tal es así que este debe analizar la viabilidad social y jurídica para la implementación de normas en este caso de tipos penales que busquen salvaguardar bienes jurídicos protegidos y que sean coherentes, tanto en el

²⁹ *Ibíd.*, pág. 45-46.

³⁰ Cristina Redondo: «Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis» en *Analisi e diritto*, (Turin: Giappichelli, 1999), p. 147.

³¹ Nicolás Betancur, et al, *Técnica legislativa Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*, (Uruguay, Parlamento de Uruguay PNUD, 2009); pág. 47

³² *Ibíd.*, pág. 47.

empleo de una redacción clara de los mismos como con la consecución de sus fines.³³

Ya que recordemos que la actuación del legislativo implica velar por las disposiciones internacionales de derechos humanos, así como porque los proyectos de ley sean compatibles con dichas disposiciones, asegurando que la sociedad se vea beneficiada de la implementación de normas que reconozcan y tutelen derechos.

En ese orden de ideas es importante destacar como durante la historia de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el Derecho se halla íntimamente ligada a la de los sistemas de protección organizados en torno a las actuaciones, incluso delictivas, que podían desarrollar en el ejercicio de sus funciones, siendo necesario de esa manera una reestructuración de los tipos penales conforme se evidencia en el Código Orgánico Integral Penal, sin embargo continua la paradoja que consiste en el sancionar al funcionario, ya sea a manera de ejemplo el que solicitaba la dádiva a cambio de dictar un acto ilegal para dejar en la impunidad, puesto que no siempre era posible probar la anterioridad del pacto de corrupción, lo cual deja el acto delictivo fuera de la esfera de sanción.

Teniendo en consideración que en dichos casos de corrupción, el pensamiento del bien jurídico ha sido determinante a la hora de proceder a la ordenación de la materia, toda vez que el cometido en beneficio o perjuicio de un individuo constituye un delito grave, que se encuentra catalogado como en contra de la eficiencia de la administración pública, demarcando una nueva concepción de estos delitos como aquellos de la gama de incriminaciones susceptibles de afectaciones a bienes jurídicos ideales y que serán estudiados de manera pormenorizada durante el desarrollo del presente trabajo.

II. Naturaleza jurídica de los delitos contra la administración pública.

Es necesario indicar que en lo referente al *nomen iuris*³⁴ de delitos contra la Eficiencia de la Administración Pública, genera ciertos inconvenientes, ya que son tratados como delitos especiales en donde el inconveniente gira en

³³ Vazquez-Portomeñe, F., Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general, (Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela 2003), pág. 55

³⁴ Es la expresión que hace referencia a un principio jurídico conocido como "primacía de la realidad". El significado viene a decir que las cosas son tal y como son y no tal y como las partes aseguran que son.

lo referente a la clasificación de delitos como de dominio e injustos de infracción de deber.³⁵

Debido a que en los primeros, es autor quien tiene el dominio del hecho, es decir el sujeto que tiene el dominio de todo el acontecer delictuoso³⁶, proveniente de los actos de competencia que ostenta; mientras que en el segundo caso es autor no solo quien lesiona un bien jurídico, sino que además infringe un deber asegurado institucionalmente.

En dicho orden de ideas, en lo que respecta a la determinación de la imputación en los delitos especiales como es el caso de los referentes a la administración pública, el tipo exige alguna cualidad o circunstancia especial en el sujeto activo, tal es así que en el estudio de los delitos especiales resulta habitual definir los delitos especiales como aquellos delitos por los que solo pueden responder como autores los sujetos en quienes concurren los elementos, características, propiedades, cualidades o relaciones que exige el tipo.³⁷ Sin embargo, desde la aparición de la corrupción puede decirse que la necesidad de tipificación de estos delitos fue inminente ya que la creciente de las patologías de la acción administrativa en todos sus aspectos, prevaricación, abusos, malversación, omisiones de los deberes de oficio, entre otras problemáticas que han sido enfocadas desde una perspectiva de política criminal reflejan la necesidad de tutela de la Administración pública, mediante una adecuada correcta individualización de los intereses que se entienden tutelados y, por tanto, el debate sobre el bien jurídico, se torna totalmente necesario.

Debido a que se abordan posturas que conllevan desde el buen funcionamiento e imparcialidad de las instituciones sobre el actuar de los aparatos estatales, en las cuales estaríamos frente a la existencia de un bien jurídico genérico; por otra parte podría decirse sin embargo que el bien jurídico específicamente tutelado por cada norma, se encuentra enfocado sobre un aspecto particularista y más concreto de tutela, constituyendo un esfuerzo que, en definitiva, vaya de lo universal a lo particular.

³⁵ Roxin, Claus. Autoría y dominio en Derecho Penal. Trad. de la 7ed. De Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, (Barcelona - España: Marcial Pons, 2000), p. 432.

³⁶ Jeschek, Hans Tratado de Derecho Penal Parte General. Trad. de la 5ta ed. alemana de Miguel Olmedo Cardenote, (Granada- España: Comares, 2002), pág. 702.

³⁷ Roxin, Claus. Autoría y dominio en Derecho Penal. Trad. de la 7ed. De Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, (Barcelona - España: Marcial Pons, 2000), pág. 211.

Siendo indudable que como ya se ha indicado el tema de corrupción, desde la lectura de los tipos penales del Código Orgánico Integral Penal, se lo entienda en su mayoría como la recepción de dinero separada de un preciso acto de oficio, y que incluso podría poner en peligro el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración, debido a que dentro de la tipicidad de los delitos de los funcionarios públicos aparecen ciertos elementos conceptuales aportados por el Derecho administrativo que define en primera instancia los criterios de legitimidad de la acción estatal y consecuentemente la voluntad del administrado.

Tal es así que desde la construcción dogmática, el consentimiento a los delitos contra la Administración Pública refiere a la vigencia de ciertos principios constitucionales del Estado de Derecho, y que en esa medida ofrece una lectura sustancialmente más compleja, debido a que en un sistema jurídico en el que las conductas permitidas o autorizadas vienen hacer exclusivamente las determinadas por el Derecho público.³⁸ A tal punto que la naturaleza jurídica de los delitos contra la Administración Pública está llamada a introducir ciertas razones técnicas y político-criminales que avalan la consideración de la naturaleza jurídica como cuestión prioritaria en cualquier estudio sobre los delitos contra la Administración Pública.

Como en punto a cualquier otra clase de infracciones, destacando que el bien jurídico se configura, desde luego, como el núcleo central de su injusto típico, constituyendo, en su función hermenéutico-teleológica, el referente básico para la delimitación del alcance y sentido de los tipos y de los elementos objetivos y subjetivos que los integran. Hay que reconocer, sin embargo, que el hallazgo de un concepto que permita articular un discurso racional en este ámbito, dotado de suficientes elementos de generalidad y contrastabilidad, parece hurtar con las propiedades "especiales" de una materia penetrada, como apuntaba Von Liszt,³⁹ debido a las transformaciones sufridas por la organización y composición de las instituciones políticas y administrativas del Estado.

Generando la concepción que hace converger estos delitos bajo el reclamo a los principios que, de acuerdo con el orden material del poder público administrativo establecido por la Constitución, pueden aislarse como "propios" o "específicos" de la acción de la Administración Pública, con independencia de las diferentes formas que adopte, lo que resulta

³⁸ M. Cobo del Rosal / T. S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 50 ed. corregida, aumentada y actualizada, (Valencia- España, Bosh, 1999), pág. 492.

³⁹ F. Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 230 Aufl., Besorgt von E. Schimdt, Berlín, Leipzig, 1921, pág. 607.

excesivamente genérica como para poder concretar el ámbito de los tipos penales, que dan entrada a conductas muy diferentes entre sí, aptas para poner en peligro -con toda seguridad- diversas facetas o vertientes de aquélla. Situado, entonces, frente a una simple directiva interpretativa cuya única utilidad y finalidad parece ser la de dejar sentadas las coordenadas en que ha de desarrollarse la investigación sobre el bien jurídico protegido por cada delito o grupo de delitos, que forman la clasificación de los grupos de infracciones de la Parte Especial del Código Orgánico Integral Penal.

Cuyo fundamento de la intervención penal se sigue ya, entonces, de la definición típica de los delitos del cargo como delitos cometidos en el ejercicio de la competencia, involucrando que las diversas tipologías de conductas descritas verifican injerencias ilícitas en los esquemas o modelos abstractos de actuación administrativa a los que se abre la competencia del funcionario, e incluso se demarque perfiles de abuso enmarcando así de esta manera la actividad delictiva del funcionario.

De allí que autores como Donna, Maurach, Antolisei, Goscilo, Molinario y Aguirre, sostengan que el bien jurídico tutelado por los delitos contra la administración pública es, dicho de forma general, la fidelidad a la pureza de la administración pública o, dicho de forma más detallada, el regular desenvolvimiento de las funciones pública estatales, entendidas estas como la administración de los recursos y de la justicia, así como la legislación, sin que se vean perturbadas por los mismos servidores públicos o por personas que no lo sean.⁴⁰

Por lo que se puede determinar que en términos generales un delito contra la administración pública es aquel que comete una persona investida o no de un cargo dentro de la administración pública, en contra de un sujeto abstracto conformado por el conjunto de instituciones centralizadas, descentralizadas o autónomas que tienen funciones de interés general, regidas por la ley y limitadas por esta, cuyo funcionamiento se financia con fondos provenientes de los recursos que se captan a través de tributos de las personas que se encuentran dentro de su territorio y que tiene por objeto principal la consecución del bien común, que es la administración pública.⁴¹

De igual manera es necesario precisar que en lo referente al elemento interno se puede citar a Edgardo Donna, quien concluye que “para que el autor sea

⁴⁰ Creus, Carlos Derecho Penal Parte Especial, , 6ª edición (Argentina, Editorial Astrea, 1999), pág. 14

⁴¹ De León Velasco, Héctor A. y De Mata Vela, José Francisco, Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Parte Especial, (Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2006), pág. 631.

castigado es necesario que sepa que el sujeto pasivo actúa como persona que dependen del Estado y que presta un servicio”,⁴² dando a entender que se refiere a que quien comete este delito busca imponer su voluntad, para evitar el cumplimiento de una función pública u obligar una distorsión en el mismo.

Debido a que los actos de corrupción que se producen en la función que desempeñan los servidores y funcionarios de los Estados, ciertamente, producen entre la población indignación, más aún cuando se trata de corrupción al más alto nivel de la función pública. Frente a esta realidad, el Derecho penal suele ser la herramienta que más se aclama a fin de sancionar y expulsar de la función pública a aquellos “malos” funcionarios que traicionan la confianza depositada en ellos.

Puntualizándose claro está que el Derecho penal, más que el ámbito punitivo debe tener como finalidad prevenir estos actos de corrupción, respetando garantías fundamentales que ponen en grave riesgo el correcto desempeño de la función pública y, por ende, en última instancia, afecten el disfrute de los derechos fundamentales de las personas, ya que como todos sabemos el Derecho penal merece intervenir en este ámbito, dado que los actos de corrupción pública constituyen actividades que reducen las posibilidades de que los ciudadanos reciban en condiciones de igualdad los servicios públicos por parte del Estado, ya que como bien sostiene Gómez Díaz de León la administración pública puede ser entendida: como “estructura” y como “función”.⁴³

Respecto a la primera definición, esto es la administración pública como “estructura”, esta es entendida en sentido formal u subjetivo, es decir, como el aparato administrativo gubernamental o como el conjunto de organismos y funcionarios que realizan los fines del Estado.⁴⁴ Por otro lado, la administración pública como “función”, es entendida en sentido dinámico u objetivo, es decir como el conjunto de conductas humanas o actividades que determinan como se distribuye y ejerce el poder público.⁴⁵

Lo cual nos permite entender de mejor manera como la “administración pública” en la sociedad y su buen funcionamiento, hace referencia a que el Derecho está llamado a crear mecanismos que aseguren el cumplimiento de los fines de la administración pública, siendo uno de estos mecanismos

⁴² Donna, Edgardo A., Derecho Penal Parte Especial Tomo III, (Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005), pág.45

⁴³ Carlos Gómez Díaz De Leon. Administración pública contemporánea. (México: McGraw-Hill interamericana, 1998), pág.. 22

⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 23

⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 23

jurídicos el Derecho penal, entendido como instrumento de control social para la protección limitada de bienes jurídicos, que determina que la intervención penal es la propensión a la satisfacción de necesidades de la persona humana en un contexto social.⁴⁶ Siendo pertinente destacar que en ese orden de ideas en palabras del Prof. Bustos Ramírez los delitos contra la administración pública protegen un bien jurídico institucional denominado “correcto funcionamiento de la administración pública”. La administración pública se protege penalmente en tanto “función administrativa” que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema social. Como se adelantó, aquí no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que todos y cada uno de los miembros de la sociedad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses.⁴⁷

Generándose de esta manera que la identificación del bien jurídico general es una tarea útil, pues, además de ayudar al mejor entendimiento y sistematización político-criminal de estos delitos, puede tener consecuencias prácticas a la hora de determinar concretamente la pena cuando se comete algún específico delito contra la administración pública.⁴⁸

III. Los delitos contra la eficiencia de la administración pública en el COIP.

La administración pública, entendida como función pública es un interés o valor constitucionalmente protegido que tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de igualdad, ya que en un Estado Constitucional de Derecho y Justicia, a través de la administración pública se ponen a disposición de la sociedad los respectivos servicios públicos, que reflejan el cumplimiento efectivo del interés general.

En ese orden de ideas resulta pertinente analizar cada uno de los tipos penales que se encuentran catalogados dentro del Código Orgánico Integral Penal, como delitos contra la eficiencia de la administración pública.

3.1. Peculado.

⁴⁶ Santiago Mir Puig. “Límites del normativismo en el derecho penal”, en Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. (Bogotá- Colombia: Legis, 2008), pág. 380.

⁴⁷ Juan Bustos Ramírez. “Los bienes jurídicos colectivos”. En: Obras completas. Tomo II. (Lima-Perú: Ara Editores, 2004.), pág. 366.

⁴⁸ Carlos Martínez-Bujan Pérez. Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General. (Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2007), pág. 163.

La voz peculado, “se deriva del latín *peculatus* y este de *peculium*, que significa caudal, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua. No hay duda alguna de que su origen está en el derecho romano, que cualquier autor se remite a su fuente que es la *vos pecus*, que significa ganado. De ella dijo Carmignani, ha delimitado que la palabra ganado se usaba porque en esto consistía la riqueza de los antiguos e igualmente la riqueza del Estado Romano. De acuerdo con ello, Mommsen sitúa su origen en la Lex Julia, que lleva por título: *Peculatus et de Sacrilegis et de residuos*, ley está que según Garmignani, se produjo bajo Julio César y no durante el imperio de Augusto como lo da entender Mommsen.⁴⁹

Sin embargo, en lo que respecta a la configuración de una definición de peculado podríamos decir que este constituye la apropiación o distracción voluntaria, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario público o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ello por motivos de su cargo o servicio, lo cual implica sin lugar a dudas que esta actuación debe ser realizada de manera consiente y voluntaria para la disposición arbitraria, dolosa de fondos, bienes públicos, de empresas, instituciones en que este tenga parte, fondos para fiscales, apropiándose en beneficio propio o de un tercero, algún bien o dinero que el servidor público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo, tenencia o custodia confiada en razón o con ocasión de sus funciones.

Podríamos decir entonces que este tipo de delito tiene como objeto la protección de la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado, así como la de controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar dineros públicos.

Destacando que el bien jurídico del delito de peculado no se encuentra dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la Administración Pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados.⁵⁰

Siendo por tanto que el sujeto pasivo del presente delito es la propia Administración Pública, en cuanto titular del bien jurídico de la función pública, de la que dimana el derecho o deber a la exigencia del correcto ejercicio de la actividad administrativa, por parte de los titulares a los que la

⁴⁹ Flores Uzcátegui Gustavo y García Falconí José: Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado, segunda edición aumentada y actualizada (Quito, Ecuador, S.E., 1.982), pág. 60.

⁵⁰ Benavente Chorres /Calderón Valverde, Delitos de corrupción de funcionarios, 1ra ed., (Lima: Gaceta Penal, 2012.) págs.. 171-172.

misma corresponde. De modo adicional y secundario puede ser también eventualmente afectado con la conducta típica el propio administrado, en la esfera de los legítimos intereses administrativos que conforme a derecho le asistan, y sobre los que incida, perjudicándolos, la arbitraria resolución recaída.⁵¹

A tal punto que se entiende a los delitos de funcionarios, como delitos de infracción de deber, en donde la calificación como delitos de infracción de deber une a todos los delitos de funcionarios, ya que, como se infiere sin más de la teoría de la infracción de deber, si bien no todos los delitos de infracción de deber son delitos de funcionarios, todos los delitos de funcionarios lo son de infracción de deber.⁵²

En consecuencia, lo decisivo para determinar la conducta típica en los delitos de infracción de deber es la posición jurídica que ocupa el interviniente en relación al titular del bien afectado, de la que dimanen deberes especiales que vinculan esferas organizativas autónomas y exigen prestaciones positivas al obligado institucional, y cuyo incumplimiento fundamenta su responsabilidad penal.⁵³

Lo cual en palabras de Enrique Bacigalupo constituiría como que, “los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo» o judicial de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, clasificando, por tanto, a estos delitos como de infracción de deber.⁵⁴

En este orden de ideas, la realización del delito de peculado no requiere la constatación de un resultado material o de la modificación del mundo exterior, ya que la mera constatación que un sujeto ha causado mecánicamente un resultado lesivo para un objeto jurídicamente protegido aún no posee significado penal alguno, sino que es preciso valorar dicha

⁵¹ Sánchez Vera Gómez Trelles, «Delitos contra la administración pública en el código penal colombiano», en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett (Coord.), (Universidad Externado de Colombia, 2003.), págs. 471-472.

⁵² *Ibíd.*, pág. 471.

⁵³ Reaño Peschiera, José Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, (Lima- Perú: Jurista, 2009), pág. 33.

⁵⁴ Sánchez Vera Gómez Trelles, «Delitos contra la administración pública en el código penal colombiano», en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett (Coord.), (Universidad Externado de Colombia, 2003.), pág. 471.

conducta en el plano normativo, esto es, vincularla con un deber de evitar dicho output lesivo, que dependiendo de la configuración concreta del status quo de la organización podrá presentarse como una obligación de omitir o de actuar.⁵⁵

Implicando de este modo que el funcionario público a efectos penales es indispensable, que se lo entienda como un agente vinculado positivamente a la actividad del Estado, que asumido una serie de deberes institucionales. Si bien dichos deberes institucionales son de naturaleza altamente personal, en ocasiones su delegación puede tener efectos liberalizadores para el obligado originario y fundamentar una nueva posición de garantía respecto al delegado, siempre que se respeten los procedimientos de delegación previstos por la institución que se trate. De este modo, sólo quienes hayan asumido efectivamente una posición institucional dentro del marco fijado por ella pueden ser penalmente responsables de la infracción de los deberes que de ella dimanen.⁵⁶

Una vez que hemos contextualizado ciertos aspectos generales del delito de peculado es necesario que nos concentremos en la imputación objetiva del mismo, para lo cual sin lugar a dudas es innegable tomar en consideración el aspecto patrimonial, puesto que la conducta se proyecta sobre caudales o efectos públicos, pero, por otra, se acepta también como componente codefinidor del mismo la deslealtad del funcionario, en cuanto infracción de los deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que tienen a su cargo por razón de sus funciones. Por lo que a esta última dimensión se refiere, cabe indicar que el sustrato homogéneo a todos los delitos de funcionarios se centra en el correcto ejercicio de la actividad administrativa, en la función pública como razón de ser de su incriminación en última instancia. Ahora bien, resulta difícil hacer referencia al correcto ejercicio de la actividad administrativa o a la función administrativa al servicio de la sociedad, sin tener en cuenta los concretos deberes que obligan al funcionario,⁵⁷ así como la consideración de un tipo penal como delito especial que atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la

⁵⁵ Reaño Peschiera, José Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, (Lima- Perú: Jurista, 2009), pág.32.

⁵⁶ *Ibíd.*, págs. 33-34.

⁵⁷ Roca De Agapito, Luis, «El delito de peculado en España y en Perú», en Heydegger, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, (Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013), p. 411.

clasificación de deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación.⁵⁸

Siendo oportuno entonces hacer alusión a la Imputación objetiva, desde los elementos típicos del Peculado Doloso, en donde la norma al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal, entre los cuales se destacan:

- a) **Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos.** Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.⁵⁹
- b) **La percepción:** Entendida como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.⁶⁰
- c) **La administración:** Que implica las funciones activas de manejo y conducción.⁶¹
- d) **La custodia:** Que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.⁶²
- e) **Apropiación o utilización.** En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.⁶³

⁵⁸ Reaño Peschiera, José Leandro, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, (Lima- Perú: Jurista, 2009), págs. 22-23.

⁵⁹ Feijoo Sánchez, en Delitos contra la Administración Pública, (Lima- Perú: Idemsa/Centro de Estudios Penales), p. 30.

⁶⁰ Alexander Díaz-Fustamante, La Imputación En El Delito Peculado, (Tesis de Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Penal y Procesal). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura. Perú.), pág. 30.

⁶¹ *Ibíd.*, pág. 30

⁶² *Ibíd.*, pág. 30

⁶³ *Ibíd.*, pág. 30

- f) **El destinatario:** para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.⁶⁴
- g) **Caudales y efectos:** Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.⁶⁵

De la enunciación de estos elementos, se evidencia que el peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo.

Pues bien, a pesar de lo que habitualmente se cree, la prueba del dolo se resuelve en los delitos de funcionarios de igual manera, o incluso más: de forma precisamente más sencilla, que en los delitos comunes de dominio. En efecto, la imputación subjetiva que se ha de realizar tiene como referente, como principio de identificación, un determinado rol, el rol de funcionario de una determinada administración, por lo que la imputación podrá basarse simplemente en ese rol,⁶⁶ ya que al ser el Peculado un delito de resultado, es perfectamente posible que en el caso del Peculado Doloso éste se quede en grado de tentativa. A modo de ejemplo, estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo.⁶⁷

Asimismo, y por esta razón, la punibilidad del extraneus como partícipe de un delito de peculado sólo puede apreciarse cuando en alguna medida haya proporcionado la entrega de los caudales, pues de otro modo su aporte no sería decisivo para el quebrantamiento del deber por parte del funcionario. Dicho con otro ejemplo, el particular que sólo se limita a recibir una suma de dinero, sin haberla solicitado directa o indirectamente al funcionario o sin

⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 30

⁶⁵ Reátegui Sánchez, James, *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*, Lima: Jurista Editores, 2014., pág. 252.

⁶⁶ Sánchez Vera Gómez Trelles, «Delitos contra la administración pública en el código penal colombiano», en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett (Coord.), (Universidad Externado de Colombia, 2003.), pág. 478

⁶⁷ Salinas Siccha, en *Delitos contra la Administración Pública*, (Perú: Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013), p. 371.

haber participado en alguna negociación previa a su entrega, interviene luego de la infracción del deber institucional, y consiguientemente su aceptación sólo tiene relevancia en el marco de los delitos patrimoniales o de encubrimiento.⁶⁸

Finalmente es necesario destacar que la conducta del peculado consiste en los actos en los cuales, las personas encargadas, de los bienes y servicios del Estado, sus Entidades descentralizadas, Empresas del Estado, Instituciones Financieras, entre otras, quienes abusan de la autoridad conferida sobre los mismos, en el ejercicio de su cargo, siendo estos actos, según expresa la norma, la sustracción o distracción de cualquier cosa perteneciente al Estado, de la citadas Instituciones o inclusive de un particular. En ambos casos, la forma de culpabilidad es eminentemente dolosa.

3.2. Enriquecimiento Ilícito.

La defensa de la criminalización del enriquecimiento ilícito ha reposado por lo general en criterios de necesidad de pena, en el sentido de evitar vacíos de punibilidad frente a aquellos funcionarios que al final del ejercicio de sus cargos ostentan un patrimonio importante no justificado en razón de sus ingresos y sin que pueda acreditarse que hayan cometido peculado, cohecho u otros delitos contra la administración pública.⁶⁹

Es por tanto que el delito de enriquecimiento ilícito ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió dicha acumulación, se optó por crear su figura.

Que en palabras de Abanto Vásquez, sería entendido como aquel tipo penal que tiene carácter subsidiario, y que es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito del enriquecimiento. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratara de incrementos patrimoniales provenientes de un “cohecho” o cualquier otro delito contra la administración pública, estaría presuponiendo la no aplicación del “enriquecimiento ilícito” sino de las otras figuras delictivas. Pero además, si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de *ne bis in idem*, ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito

⁶⁸ Reaño Peschiera, José Leandro, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, (Lima- Perú: Jurista, 2009), pág. 30

⁶⁹ San Martín Castro, César Eugenio, Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. (Lima- Perú: Jurista, 2002), págs. 125-126.

cometido, “una vez por delito de ‘enriquecimiento ilícito’, y otra por el delito principal contra la administración pública.⁷⁰

Lo cual implicaría que el tipo penal de enriquecimiento ilícito, como categoría genérica al tener a la administración pública como bien jurídico tutelado, denota que lo que se afecta con la perpetración de las conductas típicas de este delito son la funcionalidad, el prestigio, la dignidad y la confianza de la función pública, y la actuación de los agentes que lo integran.⁷¹ Por lo que sin lugar a dudas resulta cuestionable que se trate de proteger la moral pública como afirman algunos autores, pues el concepto “moral” es muy equívoco y sujeto a múltiples y disímiles interpretaciones. Por lo demás, hace ya tiempo atrás que el Derecho penal y la moral pública tienen sus propios espacios de vigencia y control.

De igual forma cabe destacar que si bien la corrupción es un fenómeno criminal que ha existido a lo largo de la historia, independientemente del régimen o sistema político del que se trate, lo cierto es que los casos que han aflorado en los últimos años han provocado que los ciudadanos la consideren como uno de los principales problemas que existe en la sociedad actual.

En dicho orden de ideas es pertinente indicar que las Naciones Unidas para hacer frente al enriquecimiento ilícito estuvieron relacionados con las deliberaciones ocurridas en la década de los noventa para hacer frente a la cuestión de las prácticas corruptas y los pagos ilícitos en las transacciones comerciales internacionales. Estas deliberaciones se enmarcaron en el programa de los Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, en el cual en su Resolución 7, titulada «Corrupción en la administración pública», se incluyen, entre otras, dos recomendaciones muy importantes: la adopción de medidas en los órganos de la Administración pública para dar efectividad a la responsabilidad de los funcionarios públicos, y que permitan la imposición de medidas disciplinarias eficaces y la adopción de medidas correctoras.⁷²

Paralelamente al Octavo Congreso, la Comisión de Derechos Humanos aprobó la Resolución 1992/50 titulada «Enriquecimiento fraudulento de los

⁷⁰ Abanto Vásquez, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano. (Lima-Perú: Palestra, 2001), págs. 484-486

⁷¹ San Martín Castro, César Eugenio, Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. (Lima-Perú: Jurista, 2002), págs.142-143

⁷² ONU, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Informe de trabajo preparado por la Secretaría, La Habana 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, A/CONF.144/28/Rev.1. Recomendación 1.d).

responsables del Estado en detrimento del interés público, factores que lo provocan y agentes implicados en todos los países en ese enriquecimiento fraudulento». En esta Resolución se reconoce que el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y la transferencia de los activos expoliados al extranjero es un problema de derechos humanos.⁷³

El 16 de diciembre de 1996, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 51/191, aprobó la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, destacando que los costos económicos de la corrupción y que las medidas efectivas que se adopten a todos los niveles para luchar contra la corrupción y el soborno y evitarlos en todos los países son fundamentales para mejorar el entorno comercial internacional.⁷⁴

En su Resolución 52/87 titulada «Cooperación internacional contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales», la Asamblea General acordó que todos los Estados adopten las medidas posibles para promover la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales y del Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos.⁷⁵

En diciembre de 2000, la Asamblea General reconoció la necesidad de contar con un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, independiente de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional,⁷⁶ es por ello que en el primer periodo de sesiones celebrado en Viena del 21 de enero al 1 de febrero de 2002, se inició el examen del texto del art. 25 del Proyecto de la Convención sobre el enriquecimiento ilícito, con ciertas características como son: a) este enriquecimiento debía realizarse de forma intencional; (b) los destinatarios de la norma serían los funcionarios públicos; (c) el periodo durante el cual se debía producir el incremento era el tiempo que el funcionario estuviera en el ejercicio de sus funciones; y, (d) que el incremento patrimonial no pueda o no sea razonablemente justificado.

⁷³ UN, Commission on Human Rights, Fraudulent enrichment of top State officials prejudicial to the public interest, the factors responsible for it, and the agents involved in all countries in such fraudulent enrichment, 3 March 1992, E/CN.4/RES/1992/50.

⁷⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, 21 de febrero de 1997, A/RES/51/191.

⁷⁵ NU, Cooperación internacional contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, 2 de febrero de 1998, A/RES/52/87.

⁷⁶ NU, Resolución 55/61, de 4 de diciembre de 2000, A/RES/55/61.

Elementos que en el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobado por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003 y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, constituyendo así el primer acuerdo que vincula a todos los Estados miembros para hacer frente a la corrupción, a tal punto que la incorporación, en virtud de la Convención, del delito de enriquecimiento ilícito en las legislaciones nacionales es bastante desigual. De todos los países firmantes, unos han presentado reservas.

No obstante es necesario indicar que una de las principales ventajas de definir un determinado fenómeno criminal es que nos permite determinar sus elementos básicos, es decir, los elementos esenciales que deben concurrir en la realización de una determinada conducta para que ésta sea calificada como delito, de igual forma es necesario destacar que el delito de enriquecimiento ilícito se enmarca dentro de la política criminal de lucha contra la corrupción relacionada especialmente con el sector público.

En donde sin lugar a dudas la principal característica de esta regulación es que el incremento patrimonial puede proceder de los beneficios que genere cualquier actividad delictiva. De esta forma, el delito de enriquecimiento ilícito de particulares en la legislación penal ha ido ampliando considerablemente su ámbito de aplicación, en parangón con lo que ha sucedido con la regulación del blanqueo de capitales en la legislación española. Inicialmente se le configuró como un instrumento más en la lucha contra el narcotráfico y la criminalidad organizada que giraba a su alrededor, con posterioridad se extendió su ámbito de aplicación al delito de testaferrato y al secuestro, para finalmente enmarcarse en la lucha contra los beneficios que puede generar cualquier forma de criminalidad.⁷⁷

De igual forma es preciso indicar que el elemento principal del enriquecimiento ilícito es el incremento patrimonial que puede producirse tanto con el aumento del activo como con la disminución del pasivo del funcionario público. Por un lado, el aumento del activo puede producirse con la incorporación de bienes, muebles o inmuebles, corporales e incorporeales y los derechos o valores, que sean susceptibles de ser valorados económicamente. Por otro lado, la cancelación de deudas o extinción de obligaciones produce la disminución del pasivo.

A tal punto que en palabras Rodríguez Puertas, la lesión del bien jurídico “no es que el funcionario infrinja la reglamentación sobre atribución de competencias, sino que tenga la posibilidad de facto de llevar a cabo el acto”, por ello concluye que deben considerarse actos realizados en el ejercicio del

⁷⁷ Del Carpio Delgado, «Principales aspectos del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal», *Revista Penal*, n° 28, 2011, pp. 8 y ss.

cargo: 1) aquéllos para los cuales el funcionario es objetiva, territorial y materialmente competente, y 2) los que estando al margen de su competencia para efectuarlos, no son completamente ajenos a la órbita de sus competencias, por lo que de facto pueden llevarlos a cabo, bien porque: 2.1) resultan facilitados por su posición en la administración, o 2.2) su ejecución corresponde al órgano o entidad de la administración donde él presta servicios, siempre que pueda entablarse una relación entre el acto delictivo y las genéricas funciones por él desempeñadas.⁷⁸

Lo cual implica que el enriquecimiento ilícito no puede entenderse como un tipo de Derecho penal de autor, la prohibición penal no se erige contra el funcionario o servidor público por el simple hecho de ostentar esa cualidad, sino por su posición de custodia frente a los bienes de la administración pública, por el especial deber derivado de la función,⁷⁹ que se materializa con el incremento patrimonial del sujeto: incremento de activos, bienes y derechos estimables en dinero, o también en la disminución de los pasivos, gravámenes o deudas del sujeto. En ambos casos, es evidente que se produce una mejora en el balance patrimonial.

Siendo pertinente de igual manera destacar que el dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de incrementar el patrimonio ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del preavalecimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud. No es admisible la tesis de que el delito de enriquecimiento exija ánimo de lucro o tendencia interna trascendente, conforme indica Gálvez Villegas, pues además de no ser una exigencia del tipo, con ello se estaría restringiendo innecesariamente el ámbito de tipicidad del delito, excluyéndose comportamientos y resultados de enriquecimientos referenciales en la simple conducta dolosa.⁸⁰

Finalmente respecto al enriquecimiento ilícito es necesario indicar que un problema particular radica en el tratamiento del error sobre el elemento de valoración global “ilicitud” del enriquecimiento y sobre el elemento normativo condición de funcionario público. En el primer caso, por ejemplo,

⁷⁸ Rodríguez Puertas, María José. El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios. (España- Pamplona: Arazandi, 1999), p. 206.

⁷⁹ San Martín Castro, César Eugenio, Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. (Lima- Perú: Jurista, 2002), págs. 194.

⁸⁰ Galvez Villegas, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito. (Lima-Perú: Idemsa, 2001), págs.155-157.

el funcionario cree que es lícito recibir una dádiva de los empresarios que anteriormente favoreció mediante una resolución legal, incrementando así su patrimonio. También puede ocurrir que el sujeto yerre sobre su condición de funcionario, por ejemplo, el ganador de una licitación pública para construir una carretera se enriquece indebidamente creyendo que sigue siendo un mero particular. Siendo el enriquecimiento ilícito una infracción dolosa, la resolución de estos casos como error de tipo determinará siempre la atipicidad, si es invencible porque se excluye la responsabilidad objetiva, y si es vencible porque no está tipificado el enriquecimiento imprudente. La consecuencia es distinta bajo el régimen del error de prohibición, si éste es vencible, como ocurrirá en la mayoría de los casos, partiendo por ejemplo, de un criterio como la evitabilidad en base a una culpabilidad previa, solo cabrá una atenuación de la pena.⁸¹

3.3. Cohecho.

En la doctrina Argentina en que la figura de cohecho reconoce su origen histórico en el “crimen repetundae” del antiguo Derecho Romano, que tenía lugar cuando los funcionarios encargados de dirimir conflictos entre particulares, percibían indebidamente sumas de dinero por la tarea que debían prestar ad honorem. El Derecho, entonces, reconoció a los damnificados una acción que permitía a los particulares repetir del funcionario las sumas cobradas por sus oficios sin derecho.⁸²

En lo cual la doctrina en general sostiene que el cohecho es, genéricamente, un delito que atenta contra la administración pública, donde específicamente, se protege el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados y funcionarios.⁸³

En efecto, no sólo se protege la regularidad funcional de los órganos del Estado, sino que también se busca castigar los actos corruptos de los funcionarios, en lo que se relaciona con el ejercicio de la función pública, ya que el bien jurídico que se tutela es el funcionamiento normal, ordenado y legal de la administración pública, la que puede verse afectada por la conducta corrupta del funcionario en lo que respecta a su normal desenvolvimiento.

⁸¹ San Martín Castro, César Eugenio, Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. (Lima- Perú: Jurista, 2002), págs. 224-225

⁸² Buompadre Jorge Eduardo. “Derecho Penal Parte Especial”, Tomo 3, 1º edición, (Corrientes-Argentina: Editorial Mario A. Viera Ediciones, 2003), pág. 192.

⁸³ *Ibíd.*, pág. 193

Es entonces que el cohecho se enmarca dentro del repertorio que constituyen los delitos contra la Administración Pública, ya que es un delito peculiar puesto que acoge numerosos subtipos en función del sujeto que ejecuta la acción. La doctrina lo clasifica en cohecho activo y cohecho pasivo según sea el particular el que corrompe al funcionario con dádivas y promesas, o el funcionario quien las solicita o acepta del particular, respectivamente. El cohecho pasivo se puede dividir a su vez en cohecho propio e impropio; sin embargo, la doctrina difiere de lo que debe considerarse cohecho impropio, pues algunos autores estiman "impropio" el cohecho derivado de la realización de un acto del funcionario público propio de su cargo, mientras que otros consideran que lo verdaderamente impropio del acto es la solicitud o recepción de un regalo por razón del cargo que ostenta el funcionario público.

Sin embargo en palabras de Muñoz Conde, el cohecho no se origina en el acuerdo de voluntades del funcionario y el particular, sino que son "dos delitos distintos y autónomamente castigados."⁸⁴ Lo que deja a relucir que en la tipificación del delito de cohecho se distingue entre la conducta de quien pretende corromper y la del funcionario que la recibe. En esta distinción se parte de la existencia de un pacto, escrito o no, por el que una persona soborna o acepta el ofrecimiento del funcionario corrupto y otra, el funcionario, quien acepta el presente, o realiza el ofrecimiento determinante de la corrupción, lo cual implica que este es un delito que consiste en la entrega de un soborno para corromper a alguien y obtener un favor de su parte. Lo habitual es que esta dádiva, que puede concretarse con dinero, regalos, etc., sea entregada a un funcionario público para que éste concrete u omita una acción.

En dicho orden de ideas es preciso realizar un análisis respecto del cohecho propio y del impropio, en el cual su diferenciación parte en el primer caso en una definición dada por autores como Ortiz De Urbina, quienes opinan que el que recoge los supuestos del cohecho pasivo impropio o "no corruptor", consiste en cuando el legislador castiga la exigencia o aceptación de dádiva para llevar a cabo un acto propio del cargo⁸⁵; mientras que otros autores como Muñoz Conde consideran que es la aceptación de dádiva por el

⁸⁴ Muñoz Conde, F. Derecho Penal. Parte Especial, 19ª ed., (Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2013), pág.931

⁸⁵ Ortiz De Urbina, I. "Delitos contra la Administración Pública" en Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, dirigido por Silva Sánchez, J.M. y coordinado por Ragués I Vallès, 3ª ed., (Barcelona- España: Atelier , 2011), pág. 338

funcionario en consideración a su cargo lo que le proporciona el carácter de impropio al delito de cohecho.⁸⁶

Considerando de esta manera que el cohecho impropio, desde la perspectiva de autores como Suárez Mira y Piñol Rodríguez, debe ser todo aquel alejado del nexo causal entre la dádiva y el acto corrupto que impida un correcto funcionamiento de la Administración y sea realizado en el ejercicio del cargo y contrario a los deberes inherentes al cargo público.

Tomando en dicho sentido para el entendimiento del cohecho las circunstancias económicas de los últimos años, y la delimitación de que nos encontramos frente a un delito bilateral, pues requiere, por un lado, alguien que de u ofrezca el objeto del delito, y por otro lado, otra persona, que tiene que ser el funcionario público que recibe o acepta el dinero o la dádiva para el fin expresado en el tipo legal.

A tal punto que cuando el funcionario recibe “dinero” o “acepta una promesa directa o indirecta” de pago en la misma especie, en concepto de retribución en el marco de un acuerdo o contrato venal, en el que se compromete un acto u omisión del funcionario relativo a sus funciones, la interpretación no ofrece dificultades; debe tratarse de moneda nacional o extranjera de curso legal. En caso de que esa moneda haya dejado de circular puede constituir una dádiva si conserva algún valor metálico o numismático.

Debiendo destacar que en palabras D’Alessio, sostiene respecto de la dádiva, que... “si bien para algunos debe consistir en algo dotado de valor económico, también se debería incluir todo aquello que represente un beneficio, aunque no se le pueda señalar un valor de índole económica. Pero de lo que no hay duda es que la dadiva requiere la existencia de algo que se puede dar y recibir en sentido material (no por nada se la define como “cosa”), razón por la cual, y en función de lo que establece el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa, no quedando abarcados por el tipo legal los favores y ventajas que no constituyan objetos materiales como por ejemplo obtener un ascenso, un nombramiento o los favores sexuales del otro”.⁸⁷

Mientras que algunas corrientes doctrinales establecen como condición necesaria que tanto la dádiva como el favor o retribución deben ser de contenido exclusivamente económico. Otros se postulan por la irrelevancia

⁸⁶ Muñoz Conde, F, Derecho Penal. Parte Especial, 19ª ed., (Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2013), pág.935

⁸⁷ D’Alessio, Andrés José – “Código Penal Comentado Y Anotado” Parte Especial, 1º Edición, (Buenos Aires – Argentina: Editorial La Ley, 2004), pág. 823.

del carácter económico de la dádiva admitiendo otro tipo de contraprestaciones de tipo sexual, tal y como lo ha puntualizado D'Alessio.

Sin embargo este tipo delictivo, al igual que el resto de cohechos, es un delito de mera actividad consumado con la solicitud o recepción de la dádiva, por sí o por persona interpuesta; o con la aceptación del ofrecimiento o promesa para ejecutar un acto, sin que sea necesario que la contrapartida acepte la solicitud o la oferta. En otras palabras, a efectos de responsabilidad criminal del funcionario público es indiferente que el particular acepte su solicitud de la dádiva. Por tanto, debido al carácter unilateral del cohecho pasivo propio y a la consumación del mismo por la mera solicitud, resulta especialmente difícil encontrar un supuesto en el que dar cabida a su ejecución en grado de tentativa.

Por otra parte también nos conlleva a pensar respecto al cohecho pasivo en el supuesto de falta de acuerdo entre el funcionario y la persona interpuesta, sin perjuicio de la posible configuración de otro delito. Siempre para que se configure este delito, entre el personero y el funcionario debe haber un acuerdo, y el personero debe recibir el donativo en base a ese acuerdo. De lo contrario, estaremos en presencia de la venta de humo, lo cual nos denota que el tipo subjetivo del cohecho pasivo, es un delito doloso, de dolo directo. El aspecto subjetivo del delito se conforma con el conocimiento por parte del funcionario y la voluntad de actuar en función del acuerdo venal: al recibir el dinero del soborno o aceptar la promesa directa o indirecta del tercero corruptor, en el marco de un verdadero pacto ilícito que compromete la actividad de aquel según lo acordado.

En donde sin lugar a dudas se puede decir que el cohecho constituye el paradigma de un delito de corrupción. Esto nada dice, sin embargo, acerca del bien jurídico específicamente menoscabado por un comportamiento típicamente relevante a ese título. Pues el concepto de corrupción no designa la afectación de un bien jurídico determinado, sino más bien un determinado modo de ataque a algún bien jurídico, siendo la identificación de éste conceptualmente independiente de la mención de ese mismo modo de ataque.

Tal es así que la determinación de sus respectivas condiciones de consumación, que todavía se encuentran recíprocamente configuradas. En referencia al beneficio constitutivo de la ventaja indebida, la “solicitud de recibir” por parte del funcionario se corresponde con el “consentimiento en dar” por parte del potencial sobornador, mientras la “aceptación de recibir” por parte del funcionario se corresponde con el “ofrecimiento en dar” por parte del potencial sobornador. Notablemente, en tal correlación de las dos

modalidades que pueden asumir, respectivamente, el cohecho, como un delito en cuanto a la clasificación bipartita, porque será perseguido por la autoridad judicial, a diferencia de las faltas, las cuales serán perseguidas por la autoridad administrativa.

Ya sea en función de su gravedad, en razón de que el cohecho es un ilícito de acción, debido a que para su ejecución se requiere movimientos corporales o materiales por parte del sujeto activo del delito, en este caso el servidor público por sí, o por interpósita persona, solicita o recibe indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o acepta una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

Lo cual genera un orden a la conducta del agente, debido a que al ser un acto ilícito de resultado material, porque se requiere de la materialización del mismo, es decir, de un cambio material externo, originado por la conducta del agente y que medie un resultado palpable en la lesión, porque el agente causa una disminución al bien jurídicamente tutelado por la norma penal en estudio.

Denotando así que el cohecho es doloso debido a que el agente que tiene la plena intención de ejecutarlo, consciente y voluntariamente solicita o recibe indebidamente para sí o por interpósita persona, solicita o recibe indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o acepta una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

3.4. Conclusión.

Los primeros antecedentes sobre el origen etimológico de la concusión, se remontan al Derecho Romano, que ha servido de punto de partida en la evolución de una infinidad de institutos en diversos sistemas legales internacionales. Tal influencia, tuvo lugar gracias a cuatro grandes vertientes:

- A) El Derecho Español: el cual fue aplicado con las “Siete Partidas”
- B) La Escuela Francesa; a través del Derecho Napoleónico así como por conducto de diversos códigos europeos, los cuales a su vez, recogieron en gran medida los principios jurídicos legados por la escuela romanista.
- C) El corpus iuris o estudio del Derecho.
- D) La Doctrina extranjera legada por connotados romanistas, en particular de la escuela alemana y que en su época aportaron grandes conocimientos

sobre la materia, entre los cuales destacan: Von Ihering, Von Savigny, Windscheid Dernburg.⁸⁸

Tal es así que es pertinente enunciar como en la antigua Roma se cometían delitos de carácter público crimina y de carácter privado delicta. Los primeros, por su propia naturaleza ponían en peligro a la comunidad romana y eran perseguidos de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano, siendo sancionados con penas de muerte, y ahorcamiento en el “*árbol infelix*”, decapitación, lanzamiento desde la roca Tarpeya, etc. En el segundo de los supuestos, se trataba de delitos que lesionaban la esfera jurídica de particulares básicamente y de manera excepcional, causaban daño a la sociedad. Estos eran perseguidos a petición de la parte afectada y cuya sanción, consistió en sus inicios en la imposición de multas privadas en favor del ofendido, pasando por la venganza privada, el sistema de la Ley del Talión (ojo por ojo y diente por diente), hasta llegar a la “composición voluntaria”. Por lo que respecta a la figura jurídica de la concusión, tiene sus orígenes etimológicos en el propio Derecho Romano, los cuales derivan del vocablo latino *concutere*, que significa “sacudir”⁸⁹

A efecto de esclarecer la aplicación figurada sobre el origen etimológico de la concusión, Constancio Bernaldo De Quiros aportó el siguiente criterio: “La palabra latina (*concussio, onis*) equivalente en Español a conmoción o “sacudida”, expresa pintorescamente el efecto y la actitud de quien sufre la impresión desagradable de la exacción misma, con la “mordida” con que no se contaba.”⁹⁰

De tal criterio, se desprende que de manera metafórica o figurada, la conmoción o sacudida, (de carácter subjetivo) era sufrida por el particular que debía de entregar algo no debido al sujeto activo del delito. A tal punto que de la simple lectura que se efectúe sobre el concepto histórico citado con anterioridad, es claro que no se desprende elemento alguno que permita esclarecer el significado sobre el antecedente etimológico del delito de la concusión, menos aún, si se pretendiese cotejar dicho concepto, con el tipo legal vigente, pero sin lugar a dudas se puede indicar que en los sistemas complejos de corrupción, creados por las élites políticas y económicas para protegerse y enriquecerse, no es fácil identificar qué pagos o entregas,

⁸⁸ Floris Margadant, Guillermo S. “Derecho Romano”. (México, D.F: Editorial Esfinge, 14ª ed., 1986), págs. 432 y 433.

⁸⁹ Soler Sebastián. “Derecho Penal Argentino T. IV.”, (Buenos Aires- Argentina: Tipográfica Editora,. 1973) pág. 85.

⁹⁰ Bernaldo De Quirós, Constancio. “Derecho Penal” Vol. II. (Puebla, Puebla: Edit. J. Ma. Cajica Jr., 1957),. pág. 344.

procedentes de los particulares o de las empresas, son resultado de una transacción y cuáles se enmarcan, por el contrario, en la dinámica propia de la concusión.

En tal sentido el delito de la concusión, debe ser entendido como la acción del servidor público a través de la cual obliga, compele, fuerza, instiga, persuade, pretende, pide o procura que alguien le dé o le prometa dinero o cualquier otra utilidad indebida, con ciertas particularidades como son que efectivamente el sujeto activo (funcionario público) y pasivo (Estado o particulares) sino que se especifica la razón pluriofensiva (donde se lesionan varios bienes jurídicos) y se admite la tentativa como delito de resultado, puesto que ello implica que no sólo se trata de la definición, reglamentación y castigo de unas conductas, sino que presupone una alteración anómala de la ideación moral y la ética como condicionantes del hecho delictivo.

A tal punto que dentro de la concusión permite analizarse como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, la cual afecta la sociedad y es reiterada en los planes de gobierno ya que introduce conceptos traídos desde la dogmática jurídico-penal, el derecho penal y la política criminal que en relaciones directas e indirectas deben tratar fenómenos sociales tales como la seguridad pública y la seguridad nacional para hacer frente a la criminalidad y la internacionalización del delito desde la concepción de “Estado de derecho” en un mundo con fronteras plenamente definidas para la aplicación de la justicia, pero difusas y muchas veces inexistentes para el ejercicio criminal.

Lo que nos permite entender que en palabras de Ossorio, el delito de concusión es: “la figura delictiva más corrientemente llamada exacción ilegal, referida al caso del funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar, o entregar indebidamente por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva, o cobrar mayores derechos que los que corresponden. El delito se agrava si el agente emplea intimidación o invoca orden superior, comisión o mandamiento judicial, así como también si convierte en provecho propio o de tercero esa exacción.”⁹¹

Denotando de esta manera que este tipo penal consiste entonces, en el constreñimiento a través de amenazas, que realiza un funcionario público que abusando de sus funciones exige un beneficio económico a la víctima, para sí o para un tercero, beneficio económico que puede expresarse tanto a través del dinero como de cualquier otro bien.

⁹¹ Ossorio, M., Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. (27ª edición) (Buenos Aires- Argentina: Editorial Heliasta, 2000), pág. 19.

En lo referente al bien jurídico protegido de este delito en palabras de Grisanti: “señala que el bien social protegido es el interés por el normal funcionamiento de la administración pública y por el prestigio de la misma, en lo concerniente al cabal cumplimiento del deber de probidad que corresponde a todo funcionario público.”⁹²

Dando a entender que el bien jurídico que el estado protege es el buen nombre de las instituciones públicas, las cuales como consecuencia de este delito pierden credibilidad ante la sociedad, motivado a una acción individual cometida por un funcionario público en el ejercicio de su función.

Consecuentemente, se desprende entonces que el sujeto activo del delito de concusión es el funcionario público que constriñe, que realiza la exigencia ilícita del dinero u otra dádiva, para sí o para otro, mediante amenazas. Funcionario público que deja a un lado su moral, su ética, honestidad y transparencia con la que se supone debería ejercer su cargo; y, mientras que el sujeto pasivo posee dos sujetos, el primero de ellos el estado, el cual se ve ofendido al momento de que un funcionario público viola su deber de probidad, moral y ética, al realizar una solicitud de dinero aprovechando su condición de funcionario público y el segundo sujeto pasivo es el particular, el que finalmente ve afectado su patrimonio al realizar la entrega de dinero, solicitado ilícitamente mediante amenaza.

Referencias

- Abanto Vásquez, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el CP peruano*. Lima- Perú: Palestra, 2001.
- Aguiló Regla, Josep. *Teoría general de las fuentes del derecho*. Barcelona: Ariel, 2000.
- Amuchástegui, G. «Introducción» a G. Jellinek et al.: *Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, Madrid- España, 1984.
- Barrachina Juan, J., *La función pública. Su ordenamiento jurídico*. Parte General, Tomo I, Barcelona – España: Edit. PPU, 1991.
- Benavente Chorres / Calderón Valverde. *Delitos de corrupción de funcionarios*, 1ra ed., Lima: Gaceta Penal, 2012.
- Bernaldo De Quirós, Constancio. *Derecho Penal Vol. II*. Puebla, Puebla: Edit. J. Ma. Cajicá Jr., 1957.

⁹² Grisanti, H y Grisanti A., Manual de Derecho Penal. (Reimpresión de la Séptima edición) (Valencia-Caracas, Venezuela: Vadell Hermanos Editores, 1998), pág. 110.

- Betancur, Nicolás, et al, *Técnica legislativa Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*, Uruguay, Parlamento de Uruguay PNUD, 2009.
- Buompadre, Jorge Eduardo. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo 3, 1° edición, Corrientes- Argentina: Editorial Mario A. Viera Ediciones, 2003.
- Bustos Ramírez Juan. “Los bienes jurídicos colectivos”. En: *Obras completas*. Tomo II. Lima- Perú: Ara Editores, 2004.
- Cortina Orts, A., en Laporta San Miguel, F.J. (Coord.)/Álvarez Medina, S. (Coord.). *La corrupción política*. España: Alianza Editorial, 1997.
- Creus, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*, 6ª edición Argentina, Editorial Astrea, 1999.
- D’Alessio, Andrés José. *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial*. 1° Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial La Ley, 2004.
- De León Velasco, Héctor A. y De Mata Vela, José Francisco. *Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Parte Especial*. Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2006.
- Del Carpio, Delgado. “Principales aspectos del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal”. *Revista Penal*, nº 28, 2011.
- Donna, Edgardo A. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo III, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- E. Brandt. *Die politische Treuepflicht*. Karlsruhe, 1976, citado por A. Embid Irujo. *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución Un estudio de los Derechos alemán y español*, Madrid, 1987.
- Flores Uzcátegui Gustavo y García Falconí José. *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*. Segunda edición aumentada y actualizada. Quito, Ecuador, S.E., 1982.
- Floris Margadant, Guillermo S. *Derecho Romano*. México, D.F: Editorial Esfinge, 14ª ed., 1986.
- Gálvez Villegas, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima-Perú: Idemsa, 2001.
- García Amado, Juan A. “La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la ‘Teoría del Derecho’ como sucedáneo”, en *Persona y*

Derecho N° 31, 1994, pp. 109-155, disponible en:
<http://www.geocitis.cam/jagamado/>

Gómez Díaz De Leon, Carlos. *Administración pública contemporánea*. México: McGraw-Hill interamericana, 1998.

Grisanti, H y Grisanti A. *Manual de Derecho Penal*. Reimpresión de la Séptima edición) (Valencia-Caracas, Venezuela: Vadell Hermanos Editores, 1998.

Jeschek, Hans. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Trad. de la 5ta ed. alemana de Miguel Olmedo Cardenote, Granada- España: Comares, 2002.

Lalinde Abadía, J. *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*. Madrid- España: Liberlibro, 1970.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*. Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2007.

Mir Puig, C. *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. Barcelona- España: Edit. Bosch, 2000.

Mir Puig, S. “Límites del normativismo en el derecho penal”, en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá- Colombia: Legis, 2008.

Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.J, “Delitos contra la Administración Pública”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Edit. Aranzadi, 2011.

Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 19ª ed., Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2013.

ONU. “Cooperación internacional contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales”. 2 de febrero de 1998, A/RES/52/87.

ONU. “Declaración de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales”, 21 de febrero de 1997, A/RES/51/191.

ONU. “Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”. Informe de trabajo preparado por la Secretaría, La Habana 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, A/CONF.144/28/Rev.1. Recomendación 1.d).

ONU. Commission on Human Rights. “Fraudulent enrichment of top State officials prejudicial to the public interest, the factors responsible for it,

and the agents involved in all countries in such fraudulent enrichment”, 3 March 1992, E/CN.4/RES/1992/50.

ONU. Resolución 55/61, de 4 de diciembre de 2000, A/RES/55/61.

Ortiz De Urbina, I. “Delitos contra la Administración Pública” en *Lecciones de Derecho Penal*. Parte Especial, dirigido por Silva Sánchez, J.M. y coordinado por Ragués I Vallès, 3ª ed., Barcelona- España: Atelier , 2011.

Ossorio, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (27ª edición) Buenos Aires- Argentina: Editorial Heliasta, 2000.

Reaño Peschiera, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima- Perú: Jurista, 2009.

Reátegui Sánchez, James. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*, Lima: Jurista Editores, 2014.

Redondo, Cristina. “Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis” en *Analisi e diritto*, Turin: Giappichelli, 1999.

Roca de Agapito, Luis, “El delito de peculado en España y en Perú”, en Heydegger, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013.

Rodríguez Puertas, María José. *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. España- Pamplona: Arazandi, 1999.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio en Derecho Penal*. Trad. de la 7ed. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Barcelona - España: Marcial Pons, 2000.

San Martín Castro, César Eugenio, Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima- Perú: Jurista, 2002.

Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. T. IV.”, Buenos Aires- Argentina: Tipográfica Editora, 1973.

Vazquez-Portomeñe, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela 2003.