

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



¿Cuál es el alcance del elemento “patrocinio” en el delito
previsto en el artículo 385° del Código Penal?

Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho Penal que
presenta:

Alberto Orlando Rossel Obando

Asesor:

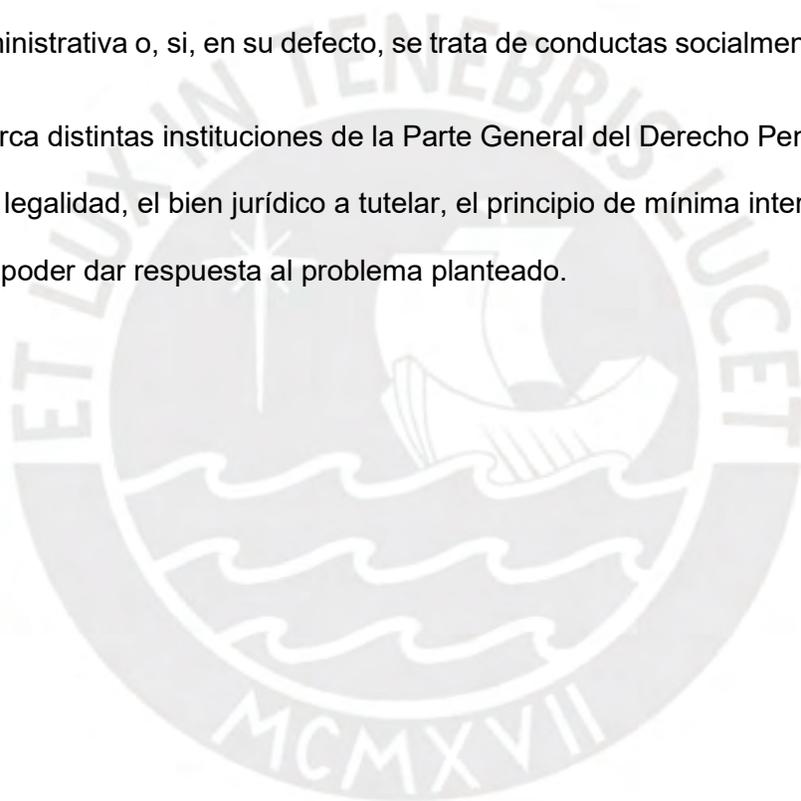
Hector Fidel Rojas Rodríguez

Lima, 2022

RESUMEN

El delito de Patrocinio Ilegal es uno de los tipos penales con menor estudio dogmático y con poco desarrollo jurisprudencial. El presente trabajo de investigación tiene como finalidad dotar de significado al elemento constitutivo “patrocinio” del artículo 385° de nuestro Código Penal. Al definir el alcance de este elemento, se aclara si determinadas conductas orientadas a coadyuvar o salvaguardar intereses de particulares ante la Administración constituyen Patrocinio Ilegal, o si configuran otro delito de nuestro Código Penal, una infracción administrativa o, si, en su defecto, se trata de conductas socialmente adecuadas.

Esta tesis abarca distintas instituciones de la Parte General del Derecho Penal, tales como el principio de legalidad, el bien jurídico a tutelar, el principio de mínima intervención, entre otras, a fin de poder dar respuesta al problema planteado.





Podría agradecer a muchas personas; sin embargo, solo una de ellas hizo realmente posible este trabajo: te lo dedico a ti, mamá.

ÍNDICE

RESUMEN	2
Introducción.	6
Capítulo 1: Problemática de la interpretación del elemento “patrocinio de intereses particulares” en el tipo penal previsto en el Art. 385 del Código Penal.	10
1.1 El delito de patrocinio ilegal es un delito de “medios determinados”	10
1.2 Interpretación del elemento “se vale de”: El aprovechamiento del cargo de funcionario público.	24
1.2.1.- ¿El elemento “valerse” implica que nos encontramos ante la presencia de un delito de función?	24
1.2.2.- ¿Valerse implica realizar un acto contrario a las funciones?	24
1.2.3. ¿El funcionario de hecho puede cometer patrocinio ilegal?	30
1.3 Interpretación del elemento “patrocinio”	32
1.3.1 ¿Patrocinar significa asesorar?	34
1.3.2 ¿Patrocinar significa defender?	36
1.3.3 ¿Patrocinar significa gestionar intereses ajenos?	37
1.3.4 Los actos de patrocinio ante la Administración Pública.	42
1.3.5 Los intereses de particulares en el artículo 385° del Código Penal peruano, al amparo de nuestra jurisprudencia.	48
1.4 Interpretación sistemática del delito de Patrocinio Ilegal en relación al alcance de los delitos de Colusión, Tráficos de Influencias, Negociación Incompatible, Cohecho y Pasivo.	49
1.4.1 En cuanto al alcance del delito de Colusión.	52
1.4.2 En cuanto al alcance del delito de Cohecho Pasivo Propio.	54
1.4.3 En cuanto al alcance del delito de Tráfico de Influencias	58
1.4.4 En cuanto al alcance del delito de Negociación Incompatible.	60
1.5 Concepto actual del delito de Patrocinio Ilegal	62
Capítulo 2: Identificación del bien jurídico protegido en el delito de Patrocinio Ilegal.	63
2.1 Posturas sobre el bien jurídico en los Delitos contra la Administración Pública. .	63

2.1.1	Orígenes del concepto de bien jurídico.	64
2.1.2	Forma tradicional de entender el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública.	68
2.1.2.1	El bien jurídico genérico.	70
2.1.2.2	El bien jurídico específico.	76
2.1.3	Otras formas de entender el bien jurídico, en los delitos contra la Administración Pública.	78
2.1.3.1	La confianza de la sociedad en su correcto funcionamiento.	78
2.1.3.2	El bien jurídico intermedio espiritualizado.	79
2.1.3.3	Los deberes del cargo de la función pública.	79
2.1.4	Toma de postura.	81
2.2	El bien jurídico en el delito de patrocinio ilegal.	82
2.2.1	La imparcialidad en la administración pública.	82
2.2.2	La imparcialidad en la toma de decisiones en la administración pública.	83
2.2.3	El prestigio y buen nombre de la administración pública.	85
2.2.4	Los Sistemas Administrativos según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley No. 29158).	85
2.2.4.1	Cuestión Previa.	85
2.2.4.2	El Sistema de Defensa Jurídica del Estado.	86
2.2.5	Toma de postura personal sobre el bien jurídico protegido en el tipo previsto en el artículo 385° del Código Penal.	88
2.3	El principio de Mínima Intervención en el delito previsto en el artículo 385° del Código Penal: ¿Subsidiaridad o fragmentariedad?	92
2.4	Límites a la interpretación de la ley penal: El fin de protección de la norma y la prohibición de la aplicación de la analogía “ <i>in malam partem</i> ”.	96
Capítulo 3: Toma de postura: Propuesta y conclusiones.		105
3.1	Interpretación del elemento “se vale de”.	105
3.2	Interpretación del elemento “patrocinio”.	106
3.3	Alternativa de solución a una posible problemática sobre las relaciones concursales en el delito de Patrocinio Ilegal.	107
Conclusiones.		113
Bibliografía.		115

Introducción.

El escaso estudio dogmático del delito previsto en el artículo 385° del Código Penal, y en especial del elemento “patrocinio”, conlleva a una errónea interpretación por parte del agente y con ello, a una equivocada aplicación del dispositivo legal. Y ello en razón a que, al no estar precisado o delimitado qué debe entenderse por “patrocinio”, el funcionario público no se representa si su proceder se encuentra inmerso dentro de una infracción administrativa, dentro del delito previsto en el artículo 385° del Código Penal, dentro de otro tipo penal o si, en todo caso, la actuación que el funcionario público despliegue a favor de un particular no crea un riesgo típico.

La finalidad de la presente investigación es, entonces, analizar **el alcance del verbo rector de este tipo penal**, ello en mérito a que, por un lado, en la práctica podemos ver que algunas conductas de funcionarios públicos no se encuentran abarcadas en la tipicidad de delito de Patrocinio Ilegal y, por lo tanto, estos se ven inmersos injustamente en procesos penales por el presente tipo penal, o por (erróneamente) otro dispositivo previsto en nuestro Código Penal; de otro lado, existen conductas de funcionarios públicos que pese a configurar materialmente el referido hecho ilícito, no reciben la sanción penal correspondiente, generando impunidad; ambas situaciones se generan, precisamente, por el escaso estudio del elemento constitutivo ya mencionado.

Para nuestra -lamentablemente escasa- jurisprudencia, patrocinar significa realizar actos de asesoramiento (dar una opinión no vinculante, de manera general o sobre un aspecto puntual acerca de una determinada causa) o también implica desplegar actos de defensa

(el funcionario público hace suya la causa, haciendo o pretendiendo hacer prevalecer su posición frente a la de su contraparte)¹. Esta definición, a nuestro criterio, es correcta, pero insuficiente.

A nuestro entender, puede haber un acto de patrocinio ilegal si es que el funcionario o servidor público únicamente salvaguarda o gestiona intereses de un particular, es decir, su ayuda se orienta no solo al ámbito jurídico. Pero, para ello, esta forma de patrocinar debería tener ciertos filtros, ya que, de lo contrario, nos encontraríamos ante otro delito contra la Administración pública.

En primer lugar, esta gestión de intereses que realiza el funcionario público debe ser a título gratuito. En segundo lugar, el agente no debe estar inmerso en un proceso de contratación con el Estado. En tercer lugar, el agente no debe estar a cargo de una determinada causa y finalmente, este agente no debería utilizar un “contrato u operación” para realizar tales fines. Para poder dar atención a la hipótesis planteada se han desarrollado tres capítulos.

En el primer capítulo se expone el estado de la cuestión. Para ello se repasa el concepto actual de patrocinio y se realiza una interpretación sistemática del delito de patrocinio en relación con otros tipos penales que tienen vinculación con él y que permiten dilucidar su alcance y ámbito de protección. Hay que poner énfasis en que resulta irrelevante que un funcionario o servidor público realice actos de patrocinio si es que, para ello, no se ha “valido

¹ Casación 226-2012-Lima.

del cargo”, tal como lo exige el artículo 385° del Código Penal, motivo por el cual, el primer capítulo, también incluye un análisis de este elemento constitutivo del tipo.

El segundo capítulo contiene el marco teórico que da sustento a nuestra hipótesis. Aquí se desarrolla de manera amplia lo concerniente al bien jurídico protegido y, además, hemos dado una propuesta acerca de cuál debe ser el verdadero interés que tutelar, centrándonos en el análisis de los sistemas Administrativos. Para ello, se parte del concepto de dichos sistemas, desarrollado en el derecho Administrativo, pero se construye un concepto jurídico penal de dichos sistemas, para de allí extraer el objeto de protección que interesa a la presente investigación.

En el tercer capítulo, finalmente, proponemos qué debe entenderse por “valerse del cargo”, por “patrocinar” y, además, damos solución a posibles relaciones concursales con los delitos que pueden tener relación empírica con el tipo en análisis al momento de la comisión del hecho ilícito.

Qué duda cabe que el ser humano es una persona eminentemente social, y bajo esta perspectiva, los favores son un tema recurrente en la coexistencia social. No obstante, las personas (tanto privadas como funcionarios o servidores públicos) deben tener pleno conocimiento de qué tipos de favores pueden realizar. Y si estos favores implican necesariamente una sanción penal, una sanción administrativa o simplemente, son conductas neutrales.

En nuestra opinión, el trabajo que tiene un Juez de impartir justicia constituye un honor para cualquier persona, motivo por el cual esperamos que la presente investigación constituya

un aporte importante al sistema de justicia (tanto a nivel Fiscal como a nivel Judicial). El Derecho y las construcciones dogmáticas son finalmente instrumentos para tratar de alcanzar la justicia y no lo contrario, es decir, no deberíamos buscar hacer justicia (si es que cabe ese término en este escenario), tratando de utilizar el Derecho.



Capítulo 1: Problemática de la interpretación del elemento “*patrocinio de intereses particulares*” en el tipo penal previsto en el Art. 385 del Código Penal.

1.1 El delito de patrocinio ilegal es un delito de “medios determinados”

De acuerdo con los preceptos constitucionales², el Estado es soberano dentro de su territorio. Esta concepción es antigua, data aproximadamente del siglo XVI y se asocia al surgimiento del Estado moderno, concepción que fue usada por primera vez por el pensador francés Jean Bodin, quien la caracteriza como un poder absoluto y perpetuo, que reside en la república³. Y como tal, este poder tiene la potestad de determinar qué conductas son reprochables penalmente y sus consecuencias. A esta facultad se le conoce como el derecho penal subjetivo o *Ius Puniendi*, constituyendo un poder -o manifestación- punitiva implícita al *Ius Imperium* (soberanía estatal).

De esta manera, compartimos el concepto que emanó del positivismo jurídico, que afirmó existe un vínculo entre el la Sociedad y el Estado, vínculo este que permite regular las conductas de los individuos y la pena a imponer, llamado *Ius Imperium*. Del poder punitivo de éste emanan las normas legales, en las que se funda su pretensión para reprimir a las personas (Strafanspruch)⁴.

Si bien es cierto no es propósito del presente trabajo realizar concepciones o diferencias cuasi filosóficas que versen sobre el debate si el Estado posee derechos, facultades, potestades o atribuciones; sin embargo, sí es necesario mencionar que, en nuestra opinión,

² Artículo 43 de la Constitución Política del Perú.

³ Chanamé Orbe, Raúl. “*Comentarios a la Constitución*”. Jurista Editores. Lima: 2009. Pag. 266.

⁴ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pag. 9.

esta manifestación del *ius Imperium* finalmente es un poder bifurcado, debido a que *-tal y como se mencionó líneas arriba-* como consecuencia de éste, se pueden regular las conductas como resultado de la interacción social, y además se pueden imponer sanciones penales, como parte del carácter coercitivo del *ius Puniendi*.

En esa línea de pensamiento, debemos precisar que este poder punitivo estatal no es ilimitado, es decir, existe una exigencia estatal a que dicha manifestación de “imperium” se vea regulada por principios que inspiran nuestro ordenamiento (y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del civil law), postulados que se encuentran en su mayor parte en el Título Preliminar del Código Penal.

Consideramos que la Constitución debe resguardar todo lo relativo a las libertades individuales, no debiéndose permitir restricciones arbitrarias o abusivas, para nosotros, toda clase de limitación a la libertad individual debe encontrarse regulada de manera expresa e inequívoca por una ley. El hombre, por su naturaleza, goza de plena libertad, solo por ley se pueden prohibir conductas y limitar acciones, bajo el principio de legalidad, que debe observar todo Estado de Derecho⁵.

De este modo, acertadamente el profesor Bramont-Arias Torres señala que el Estado resulta de indispensable comprensión debido a que, en un Estado de Derecho, tanto gobernantes como como gobernados están sujetos a lo que establecen las leyes, deben obedecer el sistema jurídico, además, es un Estado social, a que prima la vida en sociedad, el Estado debe respetarla y mantenerla para lograr una convivencia armónica entre todos sus miembros⁶. Y qué duda cabe que el respeto de estos principios va a permitir una correcta

⁵ Chanamé Orbe. “Comentarios a la Constitución”. Jurista Editores. Lima: 2009. Pag. 166.

⁶ Bramont - Arias Torres, Luis. “Manual de Derecho Penal, Parte General”. Editorial EDDILI. Lima: 2008. Pag. 81.

convivencia y relación no solo entre ciudadanos, sino también permitirá regular el vínculo entre Estado y sociedad.

Uno de estos preceptos es el Principio de Legalidad, previsto en el artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Penal y en el literal A) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución⁷, uno de los postulados de más relevancia en nuestro ordenamiento y que responde al aforismo "*Nullum crimen, nullum poena sine lege*" es decir, solo se considera como delito y aplicar una sanción penal si el hecho está establecido previamente en la ley. Este principio constituye una seguridad para la sociedad, por ello, sostenemos que el mencionado postulado es el eje rector del Derecho Penal. De acuerdo con Labatut Glena⁸, el derecho penal tiene un carácter estrictamente legalista, su fuente formal inmediata y única es la ley, lo que implica la no existencia de otros delitos o penas que los previstos con antelación por ella. Para ello, a fin de evitar posibles abusos por parte de la administración de justicia en un sistema democrática de distribución del poder, es necesario que se excluyan del Derecho penal leyes absolutamente indeterminadas mediante la exigencia de una determinación de la conducta punible y la pena a imponer⁹.

El mandato constitucional antes aludido materializa dos aspectos de la forma de organización política asumida por nuestra sociedad. Por un lado, es expresión del sistema democrático en el ámbito específico de la determinación de las conductas punibles y las penas aplicables, pues la aprobación de la ley penal por un Congreso democráticamente elegido confirma el principio constitucional que establece que la Administración de Justicia emana del pueblo. Por otro lado, constituye también un mecanismo para evitar el abuso del

⁷ "*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. La libertad para el desarrollo de la vida humana es amplia, salvo las que estén expresamente prohibidas o limitadas por la ley*".

⁸ Labatut Glena, Gustavo. "*Derecho Penal*". Editorial Jurídica de Chile. 9° Edición. Santiago: 1992. Pag. 39.

⁹ García Caverro, Percy. "*Derecho Penal Parte General*". Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pag. 146.

poder estatal en perjuicio de los ciudadanos, en tanto que solo mediante una ley del Congreso se expresa la voluntad general y se considera también los puntos de vista de las minorías¹⁰.

Como bien lo mencionamos en los párrafos precedentes, el Estado ejerce una suerte de violencia estatal, pero al amparo del principio de legalidad, es decir, esta represión se debe realizar bajo el control de la ley, de manera que toda forma de violencia ilícita que provenga del sistema penal (torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, sanción de conductas no previstas en la norma, etc.) deberán ser consideradas sanciones prohibidas. Este principio limita el ejercicio del poder penal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles¹¹.

El principio de legalidad es de suma importancia para el Estado, ya que evita sanciones arbitrarias y dota de imparcialidad en la administración de justicia, al momento de aplicar la ley. Se evita de esta manera que la actividad punitiva del Estado pueda estar cargada de subjetividades o de intereses políticos o estratégicos, dándole al ciudadano una garantía en el sentido de que también el Estado tiene sus reglas de juego y de actuación delimitadas¹².

De lo expuesto, se colige entonces que el principio de legalidad es un precepto de vital importancia, formalmente, se sostiene que sólo la ley puede señalar qué conductas son delictivas y cuáles son las penas que se pueden imponer a tales delitos; y, asimismo, que solo puede sancionarse como autor del delito, a quien realizó un acto que previamente la ley, de modo inequívoco, había calificado como delito. En su sentido material, este principio

¹⁰ García Caveró, Percy. "*Derecho Penal Parte General*". Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pag. 140

¹¹ Villavicencio Terreros, Felipe. "*Derecho Penal Parte General*". Editorial Grijley. Lima: 2006. Pag. 90.

¹² García Caveró, Percy. "*Derecho Penal Parte General*". Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pag. 138.

es una garantía de libertad personal y política de los ciudadanos; se constituye en un límite jurídico importante para todo acto de poder Estatal¹³.

Como bien lo señala Hurtado Pozo¹⁴, el ordenamiento jurídico en general está basado en el criterio de legalidad, es decir, el sometimiento de los órganos estatales a las leyes garantiza el respeto de las libertades individuales y el normal desarrollo de la vida de la comunidad y, sin base legal sus actos son inválidos, sobre todo tratándose de la limitación de los derechos fundamentales. En este sentido, la legalidad es un factor esencial del Estado de Derecho.

El principio en análisis no se agota con la sola definición de “no hay delito no hay pena sin ley previa”, sino que, además, posee diversas consecuencias o manifestaciones, que deben observarse para asegurar que nos encontramos ante una correcta observancia del principio de legalidad. Todo hecho considerado punible por el legislador debe encontrarse precisamente delimitado en el supuesto de hecho de una norma.

Es decir, la hipótesis incidental del precepto normativo debe encontrarse claro, sin ambigüedades y de la manera más concisa posible, a fin de no caer en la incertidumbre jurídica, es decir, lo que se busca es indicar que la ley debe ser redactada de la manera más exacta posible para que los destinatarios sepan cuáles son los actos incriminados y la sanción que les corresponde¹⁵.

A este fenómeno se le denomina “*Lex certa*”, lo que implica que la ley escrita debe estar dotada de un cierto grado de precisión; siendo que la analogía (*in malam partem*) queda

¹³ Prado Saldarriaga, Víctor. “Comentarios al código penal de 1991”. Editorial Alternativas. Lima: 1993. Pag. 19.

¹⁴ Hurtado Pozo, José. “Manual de Derecho Penal Parte General”. Editorial IDEMSA. Lima: 2011. Pag. 141.

¹⁵ Hurtado Pozo, José. “Manual de Derecho Penal Parte General”. Editorial IDEMSA. Lima: 2011. Pag. 163.

proscrita. Esta exigencia da origen al “mandato de determinación”, que exige que la ley determine en forma diferenciada las distintas conductas punibles y las distintas penas, por lo que es condenable que algunas leyes utilicen cláusulas generales indeterminadas.¹⁶ No deseamos detenernos en este tema en particular, no obstante, sí resulta imperioso decir que, si bien es cierto este tipo de cláusulas limitan la función de garantía del principio de legalidad, generando incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de aplicación de la norma, hay que recordar que su uso es casi inevitable, por lo que el riesgo no reside en el simple hecho de utilizarlas, sino más bien en la manera de cómo son empleadas¹⁷.

Este mandato de determinación se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho. De esta manera, reiteramos que la determinación de exactitud que debe tener una conducta para que la misma sea sancionada penalmente, es la esencia del principio de legalidad, dado que la sola exigencia de la expedición de una ley para castigar penalmente no bastaría para evitar excesos de poder, en tanto esta exigencia podría cumplirse de manera formal y, pese a ello, mantenerse las condiciones para una arbitrariedad judicial¹⁸.

En otras palabras, desde el punto de vista de la función preventiva del Derecho penal, el mandato de determinación constituye un mecanismo que permite al ciudadano saber qué conductas debe evitar realizar y las consecuencias jurídicas que tendría su realización. Esa función de base de información para la motivación del ciudadano resulta; sin embargo, controvertida, pues la ley penal no puede motivar al ciudadano a emprender o no una

¹⁶ Bramont-Arias Torres, Luis. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Editorial EDDILI. Lima: 2008. Pag.. 29.

¹⁷ Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial IDEMSA. Lima: 2011. Pag. 166.

¹⁸ García Caverro, Percy. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pag. 146.

determinada conducta, en tanto por sí misma, muchas veces, no dice qué hacer o que no hacer en una situación específica y tampoco la pena específica que recibiría el infractor¹⁹.

La ley penal constituye, en todo caso, un elemento de juicio que, junto con otros aspectos adicionales y un proceso particular de valoración por parte del sujeto individual, forma parte de un proceso de toma de decisión. La ley penal no motiva, sino que a lo mucho ofrece criterios para una orientación eficiente en el sistema social²⁰. Con base en lo anterior, puede decirse que lo relevante del principio de legalidad no se ubica propiamente en el efecto motivador que la ley penal tendría sobre la actuación del sujeto, sino más bien en la actuación del juez. Quien decide si una conducta concreta constituye un delito y la pena concreta a imponer es finalmente el juez. Ni la ley general, ni los reglamentos administrativos determinan si una conducta concreta ha realizado el tipo penal, puesto que la normativa se encuentra formulada en un plano de mayor abstracción²¹.

Entonces, el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos, ya que protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en forma clara e inequívoca en una norma jurídica.

Sin embargo, debemos decir que tratar de que la ley penal sea exacta al milímetro resulta poco aplicable en la realidad. Tratar de comprender la razón de la norma (*ratio legis*) es un proceso interno que difícilmente puede determinarse con un mandato general. Una interpretación normativa de tal proceso tampoco acierta con la función del Derecho penal²²,

¹⁹ García Caveró, Percy. "*Derecho Penal Parte General*". Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pag. 148.

²⁰ García Caveró, Percy. "*Derecho Penal Parte General*". Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pag. 147.

²¹ García Caveró, Percy. "*Derecho Penal Parte General*". Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pag. 148.

²² García Caveró, Percy. "*Derecho Penal Parte General*". Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pag.149.

y es por este motivo que el presente trabajo tiene por finalidad interpretar qué es lo que se debe entender por “patrocinar intereses de particulares”.

En este orden de ideas, ya desarrollado brevemente el principio de legalidad, debemos mencionar que el mismo se precisa, clarifica y fortalece a través del **tipo** penal. Así, se constituye en una fórmula sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del principio de legalidad para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada respecto de la cual está enlazado el ejercicio del poder punitivo²³.

Al respecto, se dice que el tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual. El tipo es necesario al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio, todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito se deben describir de manera exhaustiva la materia de prohibición. Por ello es que se dice que el tipo viene a ser la consecuencia más valiosa del principio de legalidad, siendo el tipo un concepto límite de enorme trascendencia para fortalecer el principio de legalidad que se ha convertido en uno de los conceptos más útiles de la dogmática penal²⁴.

Dentro del tipo, es necesario recordar que existe consenso en la doctrina que operan dos grandes grupos de elementos constitutivos: los denominados descriptivos y los normativos. Los primeros, son referencias a determinados hechos, circunstancias, cosas, estados y procesos corporales o anímicos y que caso por caso, deben ser comprobadas por el juez

²³ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pag.90.

²⁴ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pag.295.

cognoscitivamente. Los segundos, sólo pueden ser determinados mediante una apreciación de valor²⁵.

Siguiendo este orden de ideas, también es menester recordar que la tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta del agente y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se le denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base al bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal. Si luego de realizado dicho proceso se determina que el hecho encaja en los caracteres abstractos del tipo, existe adecuación típica, lo contrario nos llevaría a negarla²⁶.

Consideramos que, si bien es cierto no existe claridad en entender o desentrañar el significado de “patrocinio”, un problema aparte *-necesario de resolver-* es tratar de dar significado al instrumento comisivo por el cual se realiza el delito previsto en el artículo 385° del Código Penal. Es decir, no podemos analizar el elemento patrocinio de intereses sin antes entender qué significa el medio comisivo “se vale del cargo”, previsto en el citado dispositivo legal.

Así, en una determinada causa (investigación o proceso penal), a nuestro criterio, resultaría irrelevante *-al menos en materia penal-* dilucidar si el funcionario o servidor público realizó o no actos de patrocinio, si es que antes no podemos precisar si tal funcionario o servidor se valió de su cargo para ello. Y es este elemento normativo previo que nos va a dar la entrada al tema del presente trabajo de investigación. Indudablemente, el tipo penal es el instrumento mediante el cual el principio de legalidad se materializa. Tal y como lo señala

²⁵ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pag. 402.

²⁶ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pag. 296.

el profesor García Caveró²⁷, la conducta del agente (en el presente caso, del funcionario o servidor público) para ser considerada como delictiva, debe estar contemplada en un tipo penal, es decir, en una disposición penal de la Parte Especial de nuestro código sustantivo que esclarezca sus elementos constitutivos. La falta de tipicidad de una conducta impide que se le pueda imponer las consecuencias jurídicas previstas en la ley penal al agente.

Y, como bien mencionamos líneas arriba, es fundamental la comprensión del medio comisivo a fin de entender el elemento “patrocinio”, en mérito a que la tipicidad, como categoría del delito, ha evolucionado a lo largo del tiempo, desde los tiempos en los cuales se le entendía como categoría objetiva (esto es, se excluía el componente subjetivo de la conducta del agente) y descriptiva (es decir, no existía circunstancia que ameritara un estudio de la antijuridicidad de la acción), pasando por el traslado del aspecto subjetivo de la culpabilidad a la tipicidad, y finalmente, el descubrimiento de los elementos normativos del tipo.

No es posible, con la sola percepción de las circunstancias sensoriales, poder conocer los elementos normativos del tipo penal, sino que es necesario un juicio de valor para poder entenderlos y determinarlos. Por esta razón, y dada la evolución del tipo penal, consideramos que es el correcto estudio de la tipicidad objetiva (análisis del bien jurídico protegido y del instrumento comisivo) lo que nos va a permitir dar respuesta al problema aquí planteado, y no caer en la incertidumbre jurídica.

De manera muy breve, debemos hacer alusión a que el tipo penal no es solo un instrumento, sino que, de manera más abstracta, es una teoría. Y como tal, la precitada construcción

²⁷ García Caveró, Percy. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pag.383.

tiene funciones que permiten comprender a cabalidad que se entiende por “tipo penal”. En el presente caso, queremos mencionar únicamente lo que en doctrina se ha denominado como “la función garantizadora” del tipo, que no es más que sostener que el tipo legal permite al ciudadano un conocimiento seguro en cuanto al límite entre la conducta sancionada y la atípica, cumpliendo así una función de garantía. De esta manera, el tipo interviene en la limitación al poder penal²⁸.

A la tipicidad se le ha encargado el cumplimiento de una función trascendental para la preservación de la seguridad jurídica, proporcionando al ciudadano de antemano un catálogo en el que se describen conductas amenazadas con una sanción penal, obstaculizando el ejercicio arbitrario del poder penal²⁹, es, finalmente, una función estrechamente derivada de lo que ya se desarrolló precedentemente, la manifestación “Lex Certa” del principio de legalidad.

En esta línea argumentativa, ya hemos desarrollado brevemente que se entiende por “principio de legalidad”, su manifestación “Lex Certa” y el instrumento mediante el cual se materializa este principio (tipo penal). Este desarrollo dogmático va a coadyuvar a entender que la conducta del agente debe estar bien delimitada dentro de la descripción normativa. Y decimos que la conducta debe estar precisada ya que, de no estar presente todos los elementos constitutivos de un tipo penal, la conducta devendría en atípica. Se habla de tipicidad en este sentido como característica de la acción de adecuarse a un tipo legal³⁰.

Al elaborar una determinada norma penal, el legislador opta por sancionar algunas acciones y otras quedan al margen de ella. Por esto se puede decir que como concepto de la teoría

²⁸ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pag. 298.

²⁹ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pag. 298.

³⁰ Hurtado Pozo, José. “*Manual de Derecho Penal Parte General*”. Editorial IDEMSA. Lima: 2011. Pag. 397.

del delito y como grado de valoración, el tipo legal cumple una función discriminadora³¹. La descripción de la conducta suele ser muy concisa. Los tipos legales se estructuran en relación a un proceso de abstracción a partir de las conductas de la vida real. La gran variedad de circunstancias (tiempo, medio, lugar, etc.) son sintetizadas por el legislador extrayendo algunas características comunes³². La conducta delictiva, para ser tal, debe estar contemplada en un tipo penal, es decir, en una disposición penal que establezca sus elementos constitutivos³³.

Debe quedar claro que la tipicidad no sólo permite delimitar la conducta permitida de la prohibida, sino también diferenciar las distintas formas de conducta prohibida en orden a sus consecuencias jurídicas³⁴.

De este modo, tenemos que la conducta delictiva se vale generalmente de un verbo rector, que es en términos generales, el centro en el que gira y se define la misma. A través del verbo rector se va a concretizar lo que el legislador quiere prohibir. Cuando el legislador realiza las formulaciones típicas de un ilícito penal suele utilizar, muchas veces, diferentes formas verbales, pero cuando describe la conducta delictiva va a identificar un verbo principal que es indicador de la conducta a ejecutar, este verbo rector permite determinar si nos encontramos ante delitos simples o delitos compuestos. Si en el tipo penal solo se describe un verbo rector, el delito es simple, pero si se describe dos o más verbos rectores, el delito será compuesto³⁵.

³¹ Hurtado Pozo, José. *"Manual de Derecho Penal Parte General"*. Editorial IDEMSA. Lima: 2011. Pag. 397.

³² Villavicencio Terreros, Felipe. *"Derecho Penal Parte General"*. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pág. 308.

³³ García Caveró, Percy. *"Derecho Penal Parte General"*. Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pág. 383.

³⁴ García Caveró, Percy. *"Derecho Penal Parte General"*. Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pág. 383.

³⁵ Villavicencio Terreros, Felipe. *"Derecho Penal Parte General"*. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pág. 309

En el tema que nos atañe, en el delito previsto en el artículo 385° del Código Penal, se pueden observar dos verbos: “valerse de” y “patrocinar”. Consideramos que, si bien es cierto, bajo la definición antes dada nos encontraríamos ante un delito compuesto (tiene dos verbos rectores), también es cierto que el primero de ellos es el verbo rector que antecede al segundo. Es decir, a diferencia de los delitos en los cuales se puede cumplir cualquiera de los verbos rectores³⁶ (redacción típica con el disyuntivo “o”) y a diferencia de los delitos en los cuales se deben cumplir con todos los verbos rectores³⁷, en el Patrocinio Ilegal se deben cumplir con ambos verbos (valerse y patrocinar); sin embargo, podríamos sostener que el primero es subordinado al segundo. En otras palabras, en nuestro criterio, no podemos definir si el agente patrocinó o no intereses de particulares, cuando previamente no se ha establecido si este se valió o no de su condición de funcionario o servidor público.

Resultaría comprensible que cierto sector de la doctrina, eventualmente, sostenga que en los delitos compuestos y complejos (es decir, en donde se deben cumplir con todos los verbos rectores) también se cumple el criterio del párrafo precedente: estaríamos frente a un supuesto de atipicidad si el agente no realizó uno o más de los verbos rectores señalados en un determinado dispositivo penal. Esta crítica es, en cierto modo, acertada, pero resulta evidente que, en el delito de patrocinar, el verbo “valerse de” está redactado de tal forma que permite concluir que dicho verbo se encuentra, por decirlo de alguna manera, “al servicio” del verbo “patrocinar”.

³⁶ Por ejemplo, el delito de concusión, previsto en el artículo 382° del Código Penal, señala que el funcionario o servidor público “obliga o induce”.

³⁷ Por ejemplo, el delito de robo, previsto en el artículo 188° del Código Penal, señala que el agente debe de “apoderarse del bien, sustrayéndolo del lugar”.

Y ello ocurre debido a que, dentro de la importante clasificación de los tipos delictivos, existen delitos denominados “de medios determinados”. Es decir, algunos tipos penales tienen medios delictivos idóneos de los cuales se vale el sujeto activo para ejecutar la conducta delictiva. Para estos tipos legales, la tipicidad va a depender del uso de estos medios y no de otros. Junto con estos delitos, es necesario recordar que existen otros tipos penales donde la exigencia típica de determinados medios es innecesaria, basando la utilización de cualquier tipo de medios para la comisión del hecho punible, denominados delitos de medios alternativos o delitos resultativos³⁸.

De este modo, el profesor Mir Puig³⁹ refiere que, mientras en los delitos de medios determinados la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad, en los delitos resultativos basta cualquier conducta que cause el resultado típico, sin limitación en las modalidades de acción.

En síntesis, los ya mencionados delitos de medios determinados necesitan de un instrumento comisivo por el cual se va a lesionar el bien jurídico que el tipo pretende proteger, describiendo la modalidad de acción y excluyendo cualquier forma de comisión que no sea la tipificada. Por su parte, los resultativos no especifican el modo de ejecutar la acción típica, es suficiente con la sola realización de un determinado tipo previsto en la Parte Especial de nuestro Código Penal.

³⁸ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pág. 313.

³⁹ Mir Puig, Santiago. “*Introducción a las bases del Derecho Penal*”. Editorial IB de F. Buenos Aires: 2003. Pág. 233.

1.2 Interpretación del elemento “se vale de”: El aprovechamiento del cargo de funcionario público.

1.2.1.- ¿El elemento “valerse” implica que nos encontramos ante la presencia de un delito de función?

Debemos comenzar este primer acápite precisando cuál es la naturaleza jurídica del delito de Patrocinio Ilegal. El fundamento material de la limitación de la autoría en estos delitos a determinadas personas se basa en el ejercicio de una función específica, que determina una estrecha y peculiar relación entre un sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función⁴⁰.

Es decir, el presente delito únicamente lo puede realizar un funcionario público. Esta condición se inicia o comienza desde el momento en que el ciudadano peruano es designado por autoridad competente para un cargo público; también desde que es elegido para ejercer un cargo público, o desde que es proclamado por autoridad competente luego de ser elegido para ejercer un cargo público. No es necesario que asuma realmente el cargo o que jure previamente⁴¹, y esta condición básicamente se adquiere en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 425° del Código Penal.

Como bien lo señala el profesor Salinas⁴², el funcionario público es aquella persona con poder de planificación y decisión que presta servicios o trabaja para el Estado, en tanto que servidor público es aquella persona que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de planificación y decisión sobre la institución en la cual labora.

⁴⁰ Rueda Martín, Ángeles. *“Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”*. Editorial IDEMSA. Lima: 2013. Pág. 127.

⁴¹ Salinas Siccha, Ramiro. *“Delitos contra la administración pública”*. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 11.

⁴² Salinas Siccha, Ramiro. *“Delitos contra la administración pública”*. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 12.

Pues bien, dicho esto, es necesario precisar que estos delitos son diferentes a los delitos comunes, o de “dominio del hecho”. Es decir, el criterio del dominio del hecho no es un principio universal para determinar la figura central del suceso, ni, por tanto, la autoría. Antes bien, respecto de algunos tipos penales, el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial⁴³. Para estos tipos penales, es lo que el siempre referente Roxin denomina “delitos de infracción de deber”⁴⁴.

En otras palabras, como ya es sabido, los delitos de dominio del hecho son aquellos en los cuales el autor tiene el dominio del suceso fáctico. En los delitos de infracción de deber, el autor necesita tener, tal como lo exige el tipo penal correspondiente, la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la Administración pública. Si se exige la concurrencia de una relación funcional específica del sujeto público con el bien objeto del delito, no será posible atribuir a cualquier funcionario o servidor público, la comisión del delito de que se trate⁴⁵.

Se colige entonces que es autor en estos delitos aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será siempre quien lesione

⁴³ Sánchez Vera Gómez Trelles, Javier. “*Delito de infracción de deber y participación delictiva*”. Editorial Marcial Pons. Barcelona: 2002. Pág. 29.

⁴⁴ Roxin, Claus. “*Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*”. Tomo II. Traducción de la 2da Edición. Editorial Civitas. Alcalá de Henares. Pág. 179.

⁴⁵ Salinas Siccha, Ramiro. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 20.

o incumpla el deber especial previsto en el tipo penal y, de esta forma, contribuya al resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por acción u omisión⁴⁶.

De ahí que podemos conceptualizar a los delitos de infracción del deber como aquellas conductas en las cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que alguien abusa o descuida el deber especial que surge de su rol social y, de ese modo, ocasiona una puesta en peligro o lesión típica de determinados bienes jurídicos. En concreto, son conductas en las cuales el autor por no cumplir con las exigencias impuestas por su rol social especial lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido representado por principios y deberes funcionales⁴⁷.

De modo que el fundamento de esta teoría no es la infracción del deber general que atañe a todos los ciudadanos y que surge en forma abstracta del tipo penal, como, por ejemplo, el no dañar o lesionar el patrimonio del Estado, sino deberes especiales impuestos por la ley penal. Lo que debemos tener claro es que entendemos entonces por delito de función, consideramos oportuno, de manera preliminar, la definición de que estos delitos son los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, siendo que el autor aprovecha o abusa indebidamente del cargo público que desempeña⁴⁸.

Es decir, un acto de función es todo aquel acto en primer lugar lo tiene que realizar un funcionario público, y, en segundo lugar, no puede ser un delito que podría cometerlo de cualquier manera, sino que, es el propio funcionario quien, aprovechando su cargo, tiene la posibilidad de realizarlo.

⁴⁶ Salinas Siccha, Ramiro. "Delitos contra la administración pública". Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 23.

⁴⁷ Salinas Siccha, Ramiro. "Delitos contra la administración pública". Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 24.

⁴⁸ Chanjan Documet, Rafael. "El delito de función en la prerrogativa del antejuicio político de altos funcionarios". Véase en <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/el-delito-de-funcion-en-la-prerrogativa-del-antejuicio-politico-de-altos-funcionarios/>.

Mas allá de las discusiones que puedan surgir entorno a que si otros tipos penales del libro de delitos cometidos en contra de la Administración Pública pueden ser realizados únicamente como “actos de función”, consideramos que específicamente, el delito previsto en el artículo 385° del Código Penal hace especial énfasis a que el funcionario o servidor público, debe valerse de su cargo a fin de poder consumir dicho dispositivo legal.

Siguiendo un pensamiento tradicional, podría decirse entonces que el delito previsto en el artículo 385° de nuestro texto sustantivo es un delito de función, ya que conforme hemos señalado, el funcionario público se vale del cargo para realizar el verbo rector “patrocinio”. Sin embargo, a nuestro criterio, deseamos poner en relieve cierta particularidad a tener en cuenta, como opinión personal, lo que desarrollaremos en el subcapítulo siguiente.

1.2.2.- ¿Valerse implica realizar un acto contrario a las funciones?

Hemos considerado pertinente primero desarrollar el tema concerniente a que, si el delito materia del presente trabajo de investigación puede ser realizado por el trabajador público en ejercicio de sus funciones, y la respuesta que esbozamos es que, los delitos denominados de “medios determinados” contra la Administración Pública, son delitos que por excelencia deben ser realizados por el agente en ejercicio de sus funciones, por el elemento constitutivo “se vale del cargo”.

No obstante, debemos ser precisos en señalar que en el primer subcapítulo se analizó si el delito de patrocinio ilegal, debido al elemento “se vale del cargo” es un delito de función o no. Pero ello debe ser entendido en el contexto de la definición de lo que es un delito de

función de manera técnica y no en el sentido de que si el agente, al realizar sus funciones puede cometer un delito o puede contribuir con la comisión de un delito.

No es nuestra intención generar confusión innecesaria en el lector y dar a entender erróneas interpretaciones. Una situación es que si el funcionario público, utilizando su cargo, realice o no actos comprendidos dentro de las funciones asignadas (en este caso estaríamos frente a actos “contrarios” a las obligaciones), y otra es si el funcionario público, utilizando su cargo, realiza actos “en violación de sus obligaciones”, lo que se debería conocer, a nuestro criterio, como delito de función. Para nosotros, “contrario a las obligaciones” y “en violación a las obligaciones” tienen significados distintos.

En esta línea argumentativa, podemos decir que un funcionario que realice un acto en ejercicio de sus funciones, así lesione o sirva para lesionar o poner en peligro un bien jurídico, si es que dicho agente se ha ceñido o circunscrito en su Manual de Organización y Funciones (MOF), en su Reglamento de Organización y Funciones (ROF) o en la ley orgánica respectiva que regule los actos funcionariales del empleado público en cuestión, consideramos que no debería ser pasible de sanción penal y, por lo tanto, no va a configurar el delito de patrocínio ilegal. Si, por el contrario, este agente excede de sus atribuciones previstas en la normativa antes señalada, es porque realizó un acto “contrario” a sus funciones y, por lo tanto, puede responder por los tipos penales que hubiere, en este caso, por patrocínio ilegal.

Debemos recordar que la teoría de la imputación objetiva es la que permite dilucidar si el agente creó un riesgo prohibido o aumentó uno permitido, excediendo de esta manera el rol determinado que se le fue asignado, el riesgo permitido adquiere sentido y rige en función de segmentos o sectores predeterminados de la sociedad. Las normas

delineadoras del riesgo permitido pueden estar reunidas en distintos grupos, como el Código Penal; Lex Artis, ROF y MOF; etc.

Desde esta óptica, todas las conductas realizadas por funcionarios públicos amparadas por un reglamento son actos propios de la función y, por lo tanto, no deberían responder penalmente. Lo opuesto a ello, si el agente realiza un acto fuera de las pluri mencionadas normativa, estaríamos ante un acto “contrario a las funciones” y, por lo tanto, sí podría responder penalmente.

Somos enfáticos en sostener que esta línea argumentativa no es materia del presente análisis, la teoría de la imputación objetiva ya nos dio varios lineamientos para poder determinar si una determinada persona que realice un determinado “acto de función” -o, mejor dicho, un acto realizado acorde a las funciones asignadas- podría responder o no penalmente, y la respuesta definitivamente es negativa, por lo ya expuesto en líneas precedentes.

El tema para resolver aquí es determinar si un funcionario público realiza un delito de función al “valerse del cargo”, siendo contrario a sus obligaciones. Y debemos decir en este punto que no lo es. A diferencia de los delitos de cohechos, por ejemplo, en cuyas redacciones sí se precisa que, si el funcionario público acepta o solicita un donativo, a fin de realizar un acto propio del cargo o en violación de sus obligaciones, será sancionado penalmente. Es necesario realizar una precisión entonces. Un acto “contrario” a las obligaciones constituye un abanico de posibilidades en las cuales, el trabajador público, realiza actos que no están contemplados en su Ley Orgánica, Rof, Mof, etc. Sin embargo, un acto “en violación de sus obligaciones” significa que la normativa le exige al funcionario un determinado proceder, y este incumple lo precisado por el cuerpo normativo

correspondiente. Por ello es que, técnicamente, a nuestro parecer, no estaríamos dentro de un delito de “función”.

1.2.3. ¿El funcionario de hecho puede cometer patrocinio ilegal?

En primer lugar, debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico prevé en su artículo 425° quienes son considerados funcionarios o servidores públicos. Del mismo modo, de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)⁴⁹ y de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC)⁵⁰, podemos decir que, para ser considerado funcionario o servidor público, no importa la denominación que se le dé a este, debe haber un título habilitante, no interesa el nivel jerárquico y, finalmente, es de irrelevancia si el cargo es o no remunerado.

En segundo lugar, es necesario mencionar que en el derecho penal se distinguen dos supuestos: El que sin nombramiento (nulo o no) ejerce funciones públicas y el particular que, con nombramiento nulo, ejerce funciones públicas. El primer supuesto no es admitido como funcionario de hecho por el derecho penal, dado que se trata de un usurpador de funciones. El segundo supuesto es causa de división; se discute en el derecho penal sobre si se debe considerar como funcionario público legítimo o válido a una persona que carece de título de habilitación precisamente por ser nulo, en otras palabras, si se admite o no la figura del funcionario de hecho⁵¹.

En el derecho penal se asume la concepción restringida de funcionario de hecho; se considera como título de habilitación para el ejercicio de la función pública al título o

⁴⁹ Art. 1 de la CICC.

⁵⁰ Art. 2 de la CNUC.

⁵¹ Olaizola Nogales, Inés. “*El delito de cohecho*”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia: 1999. Pág. 159.

nombramiento nulo⁵². El fundamento para la aceptación en el derecho penal de la designación irregular como título de habilitación, es diverso: **(i)** ámbito procesal, la nulidad del nombramiento requiere una resolución administrativa o judicial, mientras que no exista el título tiene validez, **(ii)** apariencia de legitimidad del título o doctrina de facto, **(iii)** la protección de la buena fe de los terceros, **(iv)** la posesión del cargo de buena fe, que no es más que la protección de la buena fe del funcionario de facto y **(v)** el interés social o fin público de los actos que realiza el funcionario de hecho⁵³.

De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional⁵⁴, para que el funcionario de facto pueda responder penalmente por delitos de infracción de deber, es necesario tener en cuenta tres características indispensables: un título habilitante que lo incorpora a la función pública, debe tener el poder suficiente para vincular al Estado con sus actos y, además, este cargo debe ser de conocimiento público, sin perjuicio, desde luego, de tener en cuenta lo que los cuerpos normativos internacionales establecen en relación a las características que tiene dicho trabajador público (en el marco de la función desempeñada).

El funcionario de hecho es aceptado en el derecho penal, tanto para efectos de su protección penal (por ejemplo, como víctima del delito de resistencia a la autoridad), como para asignarle deberes de función y responsabilidad penal por su violación⁵⁵. Para el derecho penal el título de habilitación del funcionario de hecho es el nombramiento nulo⁵⁶. El funcionario de hecho es un funcionario público legítimo porque ejerce la función pública con título de habilitación.

⁵² Rojas Vargas, Fidel. *"Delitos contra la administración pública"*. Editorial Grijley. Lima: 2002. Págs. 36-38.

⁵³ Nakazaki Servigón, César. *"Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú"*. Véase en la siguiente dirección electrónica: <http://www.snakazaki.com/storage/app/uploads/public/595/5c5/7af/5955c57af2410318822506.pdf>

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. No. 2758-2004-HC-TC, fundamento 10.

⁵⁵ Olaizola Nogales, Inés. *"El delito de cohecho"*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia: 1999. Pág. 160.

⁵⁶ Olaizola Nogales, Inés. *"El delito de cohecho"*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia: 1999. Pág. 161.

El funcionario de hecho ejerce lícitamente funciones públicas porque, reiteramos, cuenta con título de habilitación; asume los deberes de función del cargo, el Estado actúa a través de él por ser un representante orgánico y en consecuencia tiene responsabilidad legal por la violación de los deberes de función, por lo tanto, el funcionario público de hecho o “de facto”, sí responde penalmente siempre y cuando se tenga en cuenta lo desarrollado precedentemente.

1.3 Interpretación del elemento “patrocinio”.

Luego de analizado el medio comisivo por el cual se realiza el tipo penal previsto en el artículo 385° del Código Penal, entramos a lo que es materia propiamente del presente trabajo de investigación, esto es, debemos ahora analizar el significado del verbo “patrocinar”. Este es el tema central y que debemos dar respuesta a la pregunta antes formulada, precisamente porque no es un delito que ha sido analizado, estudiado o investigado de manera exhaustiva, por diversas razones, entre ellas *-a nuestro criterio -* debido a que es un delito que tiene un “quantum” de pena muy bajo. Podemos partir señalando que el verbo “patrocinar”, según la RAE⁵⁷ implica una acción de “defender, proteger, amparar, favorecer”.

⁵⁷ Véase en la siguiente dirección electrónica: <https://dle.rae.es/patrocinar?m=form>.

Aparentemente no tendría por qué haber problemas en la interpretación de un tipo penal tan “simple” *-coloquialmente hablando-* como este; sin embargo, en la práctica podemos ver que nuestro Ministerio Público, al atribuir este delito a algún funcionario, este siempre viene acompañado por otro más *-generalmente por el delito de tráfico de influencias-* cuando en realidad, únicamente los hechos atribuidos se encontrarían subsumidos dentro del Patrocinio Ilegal. En otras palabras, es en casos de concursos aparentes con otros tipos penales en donde se materializan los problemas⁵⁸. Al respecto, debemos ser respetuosos con las opiniones y los trabajos de juristas reconocidos, no obstante, debemos también precisar que, en cuanto al delito materia de análisis, únicamente ha habido un esfuerzo por esbozar sinónimos de lo que se debe entender por “patrocinio”.

En esta línea de ideas, nuestra jurisprudencia también ha esbozado algunos conceptos que nos permiten entender qué implica la acción de “patrocinar”. Si bien es cierto estamos de acuerdo con lo desarrollado, también es cierto que nos parece insuficiente, debido a que la jurisprudencia se circunscribe únicamente al hecho de que un funcionario o servidor público emplee conocimientos jurídicos a fin de mejorar el “status” jurídico de una persona *-por supuesto luego de haberse valido del cargo-*, pero como es conocido, existen diversos supuestos en los cuales dicho trabajador público, afecta el bien jurídico de imparcialidad en la toma de decisiones y salvaguarda intereses del particular, sin emplear necesariamente terminología o conceptos jurídicos.

⁵⁸ Por ejemplo, el típico supuesto en el cual a una persona se le atribuye el delito de patrocinio ilegal y el delito de tráfico de influencias o negociación incompatible, cuando los hechos únicamente se subsumen dentro del delito de patrocinio ilegal.

De esta manera, es la Casación No. 226-2012-Lima la que desarrolla los conceptos de “asesoramiento” y de “defensa”, señalando que la acción de patrocinar implica todo suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa. Esta misma diferenciación de conceptos fue recogida inicialmente por la Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente No. 6315-97-Lima, aunque no fue desarrollada *-a nuestro parecer-* de manera tan precisa como la primera de las mencionadas.

Tales definiciones que consideramos que son importantes *-aunque insuficientes-* y que es necesario estudiarlas como paso previo a lo que el presente trabajo de investigación desea demostrar.

1.3.1 ¿Patrocinar significa asesorar?

Como bien se habrá podido observar en el párrafo precedente, consideramos que, antes de analizar el significado de una palabra, es necesario acudir a su significado gramatical exacto (antes que el jurídico) para sentar alguna base en el criterio de interpretación. De esta manera, según la RAE⁵⁹, asesorar significa “dar consejo o dictamen”, y quien toma dicha asesoría, estaría haciendo un acto de “tomar consejo del letrado asesor, o consultar su dictamen”, así como el dicho de una persona “tomar consejo de otra, o ilustrarse con su parecer”.

⁵⁹ Véase en la siguiente dirección electrónica: <https://dle.rae.es/asesorar?m=form> .

Este significado no difiere mucho de lo desarrollado por la Casación No. 226-2012-Lima⁶⁰, que señala que “dentro de los actos de asesoramiento se encuentran todas aquellas conductas que impliquen un consejo *-de cualquier índole-* para mejorar la posición de una persona o una situación. Es importante resaltar que el consejo emitido implica una opinión directa y concreta sobre una acción a tomar que redunde en el interés del particular ante la administración pública.

Asimismo, el profesor Salinas Siccha⁶¹ señala que los actos de asesoramiento no son simples consejos o pareceres que puede muy bien realizar cualquier funcionario o servidor público, sino que se debe evidenciar una verificación de actos concretos ante la instancia pública, que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, sea que estos actos se realicen de manera personal o a través de cualquier otro medio. Para este autor, el asesoramiento debe ser traducido en diversidad de actos, que denoten una intervención directa y concreta a favor de intereses particulares que el funcionario o servidor efectúe⁶².

El siempre referente Fidel Rojas Vargas⁶³, en su conocido manual de delitos contra la administración pública, refiere que el acto de patrocinar no puede estar circunscrito a un “asesoramiento no vinculante” *contrario sensu*, entendemos que, si el asesoramiento reviste el carácter de vinculante, éste sí debe ser tomado en cuenta como un acto de patrocinio. Si bien es cierto el maestro no realiza un desarrollo de lo que se debe entender por “vinculante”, entendemos este concepto a efectos del tema en análisis como la capacidad que tiene dicha acción de asesorar en ser materializada necesariamente en un acto concreto. El referido autor nos dice entonces cual debería ser la característica de este

⁶⁰ Fundamento Décimo Tercero de la Casación 226-2012-Lima.

⁶¹ Salinas Siccha, Ramiro. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 390.

⁶² Salinas Siccha, Ramiro. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 391.

⁶³ Rojas Vargas, Fidel. “*Delitos contra la Administración Pública*”. Editorial Grijley. Cuarta Edición. Lima: 2007. Pág. 436.

concepto *-el de asesorar-* pero no nos dice qué se entiende por asesorar, situación que consideramos fue desarrollada posteriormente con la jurisprudencia antes citada.

1.3.2 ¿Patrocinar significa defender?

En este mismo orden de ideas, la RAE⁶⁴ define a este concepto como “amparar, librar, proteger”. A diferencia del concepto anterior, esta definición gramatical se encuentra lejos de definir qué se entiende por “defender”, limitándose la Real Academia únicamente en señalar algunos sinónimos que no nos dan mayores luces de este concepto. Al respecto, la referida Casación señala que “la defensa *-acto de patrocinio por excelencia-* implica que el sujeto activo haga suya la causa y trate de que la postura asumida prevalezca frente a otras posibles posturas, para la cual abogará por la misma de forma necesariamente directa”⁶⁵.

Del mismo modo, compartimos la opinión de que la defensa debe ser traducida en diversidad de actos que denoten una intervención directa y concreta a favor de intereses de particulares. Como se puede apreciar, el profesor Salinas⁶⁶, recogiendo los conceptos diferenciadores de “actos de asesoramiento y de defensa” *-aunque no desarrollando lo mismos-* sostiene con acertado criterio que finalmente, para ambos conceptos es necesario que los actos concernientes en los mismos sean reflejados en una intervención concreta ante la administración pública.

⁶⁴ Véase en la siguiente dirección electrónica: <https://dle.rae.es/defender?m=form>.

⁶⁵ Fundamento Décimo Tercero de la Casación 226-2012-Lima.

⁶⁶ Salinas Siccha, Ramiro. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 391.

En este punto, es necesario precisar también que el Código de Ética del Abogado⁶⁷ hace referencia a las diversas modalidades en las que el abogado puede ejercer la profesión, encontrándose dentro de éstas el de ser “litigante” y el de ser “asesor legal”, ambos conceptos desarrollados mínimamente de manera precedente por nuestra jurisprudencia y en cierto modo por la doctrina.

1.3.3 ¿Patrocinar significa gestionar intereses ajenos?

Respecto a este último punto, hemos considerado relevante incluir la Ley No. 28024 – Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública (o mal llamada “Ley de Lobby”) debido a que existen aspectos importantes que pueden llegar a confundirse con el delito materia del presente trabajo de investigación. Como bien es sabido, la gestión de intereses ante la administración sí se encuentra permitida y regulada, debiendo el gestor privado observar determinados requisitos, a fin de no incurrir *-al menos, de manera aparente-* en algún delito contra la administración pública.

Debemos entonces partir definiendo a lo que se entiende por “gestor de intereses” según la precitada norma, para la cual dicha actividad comprende a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que *promueven de manera transparente sus puntos de vista* en el proceso de decisión pública, *a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas*; la gestión de intereses se lleva a cabo mediante actos de gestión⁶⁸, entendidos como toda comunicación oral o escrita, cualquiera sea el medio que se utilice, dirigida por el gestor de

⁶⁷ Ver el glosario de términos del Código de Ética del Abogado, página 20.

⁶⁸ Artículo 3 de la Ley No. 28024.

intereses a un funcionario de la administración pública, con el propósito de influir en una decisión pública⁶⁹.

En este punto, es oportuno mencionar el ámbito de aplicación de la gestión de intereses: de acuerdo a esta normativa, dichos actos de gestión no pueden estar orientados al ámbito jurisdiccional del Poder Judicial, de los organismos constitucionalmente autónomos (por ejemplo, el Ministerio Público), y de las autoridades y tribunales ante los que se sigue procesos administrativos⁷⁰. Resulta claro entonces que un gestor de intereses no puede realizar dichas gestiones ante las instancias mencionadas; sin embargo, dicha conducta sí está permitida en otros ámbitos de la administración, en los cuales se establezca políticas o toma de decisiones de cualquier naturaleza que tengan una significación económica, social o política de carácter individual o colectivo, o que afecten intereses en los diversos sectores de la sociedad⁷¹, y es en este mismo ámbito en el cual no hay problema en admitir que cabría un la figura del “patrocinio ilegal”, previsto en el artículo 385° del Código Penal.

Creemos que es necesario realizar tal comparación a fin de poder poner en relieve lo siguiente: un funcionario público puede realizar el delito de patrocinio ilegal ante cualquier estamento de la Administración Pública, no debe circunscribirse únicamente en el ámbito jurisdiccional⁷², pero el gestor de intereses solamente puede realizar dicho proceder en los estamentos ya mencionados. En otras palabras, existe un ámbito de acción en común en el cual tanto el “patrocinador” ilegal como el gestor de intereses pueden desplegar su conducta, en los demás estamentos que no comprenden función jurisdiccional.

⁶⁹ Artículo 2 de la Ley No. 28024.

⁷⁰ Artículo 1 de la Ley No. 28024.

⁷¹ Artículo 4 de la Ley No. 28024.

⁷² Rojas Vargas, Fidel. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Grijley. Lima: 2002. Pag 435.

Dicho esto, no es nuestra intención dar a entender que un funcionario público que patrocine intereses dentro de los ya mencionados estamentos estaría dentro de la categoría de “gestor de intereses” y, por consiguiente, debería estar exento de responsabilidad penal. Es la misma norma que taxativamente señala que los funcionarios públicos se encuentran prohibidos de realizar actos de gestión por intereses distintos a los institucionales o estatales⁷³. Es necesario precisar que esta comparación es únicamente conceptual, es decir, lo que deseamos no es revisar si, al equiparar ambas conductas *-tanto la del “patrocinador” ilegal como la del gestor de intereses-* las mismas son susceptibles o no de sanción penal.

Sin embargo, como el lector podrá advertir, en este subcapítulo deseamos analizar el concepto de “patrocinar” y si este concepto coincide con otros términos que colinden con éste. Y adelantando nuestra opinión, debemos decir que el patrocinio de intereses del artículo 385° del Código Penal, no coincide con la gestión de intereses de la Ley No. 28024. Es decir, si, por un lado, tenemos a un funcionario público que se encuentra patrocinando intereses de un particular ante diversos estamentos que no seas los jurisdiccionales y, de otro lado, tenemos a un gestor privado salvaguardando intereses de un particular en estos mismos estamentos (es decir, cualquiera de los precedentemente mencionados, que no formen parte del estamento jurisdiccional), dichas conductas *-las de ambos “gestores”-* no son las mismas.

⁷³ Artículo 3 de la Ley No. 28024.

Mencionamos que no son equiparables dichas conductas, por una simple afirmación que pueda parecer obvia, pero que *-lamentablemente-* es nuestra realidad no es aplicada de forma correcta: Un funcionario público podría ejercer la defensa de un tercero, y no estaría implicado necesariamente en el delito de patrocinio ilegal que configura nuestro Código Penal. Y ello es así, debido a que de ser este el supuesto, nos encontraríamos únicamente a una sanción administrativa. Por ejemplo, el inciso 1) del artículo 39° la Ley No.30483 – Ley de la carrera fiscal, estipula como una de sus prohibiciones la de “*defender o asesorar, pública o privadamente, salvo en causa propia, a su cónyuge o conviviente, a sus padres e hijos*”.

Entonces, un funcionario público (por ejemplo, un fiscal) puede ejercer actos de defensa o de asesoramiento en favor de un particular y no estaría inmerso en el delito de patrocinio ilegal. Dicho “patrocinio”, podríamos equipararlo con la gestión de intereses en los estamentos en los cuales ambos coincidan. Esto es, si un funcionario público defiende o asesora a un particular en estamentos que no forman parte de la función jurisdiccional, dicha conducta sería prácticamente la misma *-tal vez con ciertos pocos matices-* que la de un gestor privado de intereses de particulares, pero dicha conducta nunca sería igual a la de la regulada por nuestro ya mencionado artículo 385° del Código Penal.

El motivo fundamental por el cual afirmamos ello, es el mismo por el cual lo desarrollamos en el primer subcapítulo: el instrumento comisivo “se vale del cargo” debe encontrarse presente. A efectos de determinar si un funcionario público amerita una sanción penal *-es decir, el máximo castigo dentro de un Estado de Derecho-* por patrocinar particulares ajenos, debe primero de quedar acreditado que dicho sujeto se valió de tal calidad como condición *sine qua non* para realizar actos de defensa. Si no se establece de manera clara de que manera el funcionario público utilizó su cargo como instrumento, sería irrelevante

pasar a identificar si tal funcionario o servidor ejerció o no actos de patrocinio, al menos irrelevante a efectos penales.

Nosotros somos de la opinión que, si bien es cierto los delitos contra la administración pública deben de ser aplicados con especial rigurosidad dado los serios problemas que tenemos en el aparato estatal, también consideramos que este delito, para ser considerado como tal, debe acreditarse con especial énfasis dicho medio comisivo: es finalmente este medio comisivo el cual hace que el Patrocinio Ilegal se encuentre dentro del grupo de los delitos denominados de “Concusión”, es decir, de aprovechamiento propio del cargo. De aplicar una sanción sin estar presente este instrumento comisivo (instrumento que precisamente dota a la conducta de naturaleza administrativa como delito) se estaría desnaturalizando lo que norma pretende proteger y estaríamos aplicando el Derecho Penal a una falta administrativa, vulnerando de esta manera el principio de última ratio o de mínima intervención.

El delito de Patrocinio Ilegal tiene una base administrativa. Se trata de un típico abuso de cargo por mal uso de este con base a incompatibilidades administrativas. Dicha figura es conocida también como advocación administrativa ilícita⁷⁴. Nos encontramos, entonces, ante un delito con un fuerte componente administrativo, que por cuestiones de política criminal se le ha dado la forma tal que esté estipulado como delito. Por ello, reiteramos, si los operadores de justicia van a criminalizar una conducta eminentemente administrativa, dicha conducta tiene que lesionar irremediabilmente el bien jurídico protegido que pretende

⁷⁴ Rojas Vargas, Fidel. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Grijley. Lima: 2002. Págs.434

regular, incluso dicha lesión debe ser aún más evidente (utilizando el principio de legalidad y realizando una adecuada interpretación teleológica) que en otros delitos cuya naturaleza *per se* es criminal.

1.3.4 Los actos de patrocinio ante la Administración Pública.

El artículo 385° del Código Penal peruano describe dentro de su redacción al elemento constitutivo “ante la administración pública”, es decir, el tipo penal es claro al señalar que la conducta del agente debe estar orientada a patrocinar intereses del interesado ante la Administración Pública. En este sentido, debemos de dar respuesta entonces qué se debe entender por “administración pública” a fin de eliminar toda incertidumbre jurídica en la que los funcionarios y servidores públicos pueden estar sometidos al no saber diferenciar entre inconductas éticas y el delito de patrocinio ilegal.

Nuestra Corte Suprema se ha pronunciado al respecto, precisando que efectivamente, los actos de patrocinio deben estar orientados ante la administración pública, es decir, el funcionario patrocinante debe tener acceso a un funcionario que está conociendo un caso que involucra intereses de un determinado particular. Los actos de patrocinio, señala nuestra Corte Suprema, deben dirigirse a otro funcionario o servidor público que eventualmente tiene dentro de sus funciones resolver algún caso o conflicto del particular que se pretende patrocinar, buscando influir en este de alguna manera⁷⁵.

El fallo citado no explica qué significa “dirigirse” en este contexto, pero deja entrever que se trata de actos directos y personales de intercesión del patrocinante ante otro funcionario.

⁷⁵ Exp. 2-2019-6 del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, caso “Sandro Paredes”.

A nuestro criterio, este concepto debe entenderse de manera más amplia, es decir, no se trata de que únicamente el agente debe reunirse físicamente con el funcionario público que esté conociendo una causa específica *-este supuesto se encuentra presente (aunque no siempre) en el elemento “valerse del cargo”, el cual en la mayoría de veces, el sujeto activo presiona al funcionario o servidor público que tiene a su cargo una determinada causa-*, sino que si bien los actos de defensa o asesoramiento del agente deben ir necesariamente a otro funcionario público, éstos se pueden realizar mediante un acto de presencia entre el agente y el funcionario, o mediante terceros, o por otros medios que emplee el agente (escritos, documentos, etc.) en donde se evidencien actos de patrocinio, pero siempre que estos ingresen efectivamente al ámbito de la administración pública.

Es una definición muy bien elaborada de parte de nuestra Corte Suprema⁷⁶. Sin embargo, nuestra misma suprema instancia, en otro pronunciamiento, señaló erróneamente que el hecho de que un funcionario o servidor público redacte cartas notariales en favor de un tercero ante medios de prensa también es considerado como delito de Patrocinio Ilegal. En efecto, en el Expediente No. 22-2019-5, la Corte Suprema⁷⁷ precisó que *“resulta osado sostener que el asesoramiento y la redacción de escritos a favor de intereses particulares, por no estar dirigidos a una entidad estatal, se encuentran justificados o permitidos, dado que el patrocinio no está limitado al ámbito jurisdiccional. Este puede abarcar distintas esferas y niveles de la administración pública, así como puede versar sobre diversas materias, pues no está circunscrito a lo económico”*:

⁷⁶ Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, encargado de resolver conflictos penales en los cuales se ven inmersos jueces y fiscales en primera instancia.

⁷⁷ Sala Penal Especial, colegiado especial creado para resolver los asuntos que llegan en apelación del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, encargado de resolver conflictos penales en los cuales se encuentran incurso jueces y fiscales.

Entonces, tenemos que este pronunciamiento pretende incluir a la redacción de cartas notariales de carácter rectificador como Patrocinio Ilegal. Es evidente que nosotros no compartimos este pronunciamiento. Más allá de que en la redacción de documentos no se aprecia la valía del cargo del agente (requisito ya desarrollado en el presente trabajo de investigación), tampoco se evidencia que medios de prensa (radiales, televisivos, etc.) formen parte de la Administración Pública. Por ello, es que debemos entonces desarrollar de manera breve qué se entiende por dicho concepto. Nuestra suprema instancia, en el primer pronunciamiento de este acápite, señaló que los actos de defensa deben ir al funcionario que eventualmente resolverá una determinada causa. En el segundo de los pronunciamientos, es la misma corte Suprema quien nos dice que los medios de prensa, forman parte de la Administración Pública, o, en su defecto, que los actos de Patrocinio no deben estar dirigidos ante la Administración, y pueden estar dirigidos a cualquier persona o entidad.

Es por ello que debemos entonces tratar de elaborar una respuesta a fin de entender que es “ante la administración pública”. Definitivamente, no creemos que nuestra Corte Suprema haya querido decir que no interesa que los actos de patrocinio estén o no dirigidos ante la Administración, ya que el tipo penal es claro y, de señalar lo contrario, estaríamos frente a la vulneración del principio de legalidad y posiblemente ante la comisión del delito de prevaricato por parte de los supremos magistrados de la Sala Penal Especial. Del tenor de lo resuelto, consideramos entonces que hubo una confusión en cuanto a que el delito en análisis “no se circunscribe únicamente al ámbito jurisdiccional”.

En efecto, se suele usar la definición que el siempre referente Rojas Vargas⁷⁸ quien señala en este extremo que dicho patrocinio puede abarcar todas las esferas y niveles en sentido amplio de la administración pública, no siendo usado restrictivamente al ámbito jurisdiccional. En este sentido, a fin de dotar de mayor contenido lo que el citado jurista señala, resulta necesario entonces determinar qué se entiende por “ámbito jurisdiccional” y por “administración pública en sentido amplio”.

Al respecto, consideramos que, a fin de dar respuesta a ambos conceptos y en mérito a que lo que se está discutiendo es la libertad y privación de otros derechos de una persona, es necesario recurrir a la fuente principal del derecho en materia penal, esto es, a la ley. Y es precisamente la Ley No. 27444 – Ley del Procedimientos Administrativos General la que establece, en el artículo I de su Título Preliminar, qué entidades forman parte de la Administración Pública.

Así, dicho dispositivo legal enumera taxativamente las entidades que son consideradas de naturaleza pública, a saber:

- ✓ El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados.
- ✓ El Poder legislativo.
- ✓ El Poder Judicial.
- ✓ Los Gobiernos Regionales.
- ✓ Los Gobiernos Locales.
- ✓ Los organismos a los que la Constitución y las leyes confieren autonomía.

⁷⁸ Rojas Vargas, Fidel. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Grijley. Lima: 2002. Págs..435 y 436.

- ✓ Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado.
- ✓ Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Como puede apreciarse, el artículo I del Título Preliminar de la Ley No. 27444 contempla un listado “*numerus clausus*” en donde se establecen textualmente qué organismos forman parte de la Administración Pública. Al ya tener claro que significa ello, debemos entonces precisar que se entiende por “función jurisdiccional”, y el concepto de ello no solo lo podemos deducir de elemental cultura jurídica, sino que, nuevamente, es la legislación la que nos da respuesta a ello.

De este modo, es la Ley No. 28024 – Ley de Gestión de Intereses que, además de señalar que por Administración Pública debe entenderse lo precedentemente mencionado, el ámbito jurisdiccional comprende las funciones del Poder Judicial, los organismos constitucionalmente autónomos (entre ellos, el Ministerio Público) y autoridades y tribunales ante los que se sigan procesos administrativos.

De igual manera, García Maynes⁷⁹ define la función jurisdiccional de la siguiente manera “(...) aplicación de *normas jurídicas en casos concretos, aplicación que obliga a particulares y puede hacer efectiva aun contra su voluntad*”. Mediante de cuatro poderes los cuales son:

⁷⁹ García Maynes, Eduardo. “*Introducción al estudio del Derecho*”. Abogados Asociados editores. Madrid: 2019. Pág. 229.

Poder de conocimiento, Poder de decisión, Poder de Coerción, Poder de documentación y Poder de ejecución.

Finalmente, Monroy⁸⁰ nos enseña que la jurisdicción, al igual que la administración, tiene un ámbito propio, podemos precisar que dentro de él se encuentran preferentemente el control de las conductas antisociales, la solución de los conflictos de intereses intersubjetivos con relevancia jurídica y el control difuso de la constitucionalidad legislativa. En esta línea, continúa el referido jurista señalando que la jurisdicción es un poder-deber del Estado, en su ejercicio de expresa de manera contundente la potestad del Estado sobre los ciudadanos: la función jurisdiccional reafirma al Estado como la organización política más importante de una sociedad⁸¹.

De lo expuesto, podemos advertir entonces que la Ley No. 27444 señala cuáles son las entidades que forman parte de la **Administración Pública**, y además, tanto la legislación como la doctrina desarrollan que debe entenderse por entidades que tengan “**función jurisdiccional**”, siendo éstas principalmente el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Tribunal Constitucional, todas éstas instituciones que se encuentra dentro del Artículo I del Título Preliminar de la Ley No. 27444 , por lo que colegimos que la “Administración Pública” es efectivamente un concepto más amplio que el simple “ámbito jurisdiccional”, pero que en definitiva, estos actos de patrocinio -reitero- deben estar dirigidos mediante cualquier medio, a la administración pública, sea en el sentido amplio, o sea en el ámbito jurisdiccional.

⁸⁰ Monroy Gálvez, Juan. “*Introducción al Derecho Procesal*”. Editorial Communitas. Lima: 2008. Pág. 421.

⁸¹ Monroy Gálvez, Juan. “*Introducción al Derecho Procesal*”. Editorial Communitas. Lima: 2008. Pag. 425.

1.3.5 Los intereses de particulares en el artículo 385° del Código Penal peruano, al amparo de nuestra jurisprudencia.

Nuevamente, resulta indispensable mencionar la Casación No.226-2012-Lima, cuando nos dice que se debe entender por patrocinar “intereses de particulares” en el delito previsto en el artículo 385° del nuestro Código penal. Señala el referido Tribunal Supremo que el patrocinio tiene una inmediata conexión con un interés particular, ante la administración pública, siendo que por “interés particular” debe entenderse a todo aquello que pueda ser pretendido por una persona que no pertenezca al ámbito de la administración. Agrega la referida jurisprudencia que la condición de “particular” no depende de si la persona es un funcionario público o es una persona ajena a la Administración.

La condición de “particular” depende únicamente si este interés a salvaguardar se encuentra en función directa de la relación que se tiene con el sector de la administración pública en el que se le va a favorecer. Para entender mejor lo expuesto, la referida Casación pone un ejemplo interesante.

Señala que el agente puede pretender obtener información sobre un proceso de adjudicaciones (por ejemplo, la compra de papel para un Ministerio) y darle dicha información a un funcionario público (un ejecutor coactivo de alguna provincia) que tiene una empresa proveedora.

Aparentemente, dice la Corte Suprema, no podríamos decir que es un interés “particular”, ya que se trata de un funcionario público; sin embargo, dicha interpretación no es correcta, dado que el favorecido es un particular, pues no tiene ningún tipo de injerencia ni relación en el sector en donde se le sería favorecido.

1.4 Interpretación sistemática del delito de Patrocinio Ilegal en relación al alcance de los delitos de Colusión, Tráficos de Influencias, Negociación Incompatible, Cohecho y Pasivo.

El desarrollo de este primer capítulo tiene por finalidad plasmar lo investigado hasta el momento acerca del delito de Patrocinio Ilegal, a fin de poder arribar a una definición momentánea del precitado dispositivo legal. Como bien lo hemos mencionado a lo largo del presente trabajo de investigación, lamentablemente este delito no ha sido desarrollado de manera exhaustiva ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, en mérito a que es un delito de un *quantum* de pena menor y, tal vez, debido a que finalmente este delito tiene un fuerte contenido administrativo.

La problemática que surge a raíz de la falta de estudio de este delito es cuando se atribuyen al justiciable otros dispositivos que no corresponden al tipo penal en cuestión (por diversos motivos, sea por ignorancia de los operadores de justicia, sea por una lamentable costumbre arraigada en el sistema judicial de tratar de tipificar las conductas en los delitos más graves, entre otros). A fin de comprender qué es lo que el delito de Patrocinio Ilegal significa hasta este momento, debemos no solo mencionar las escasas definiciones que tratan de esbozar qué es lo que se entiende “patrocinio de intereses de particulares”, sino también creemos que es de vital importancia entender la ubicación sistemática del presente

tipo penal en los delitos cometidos contra la Administración Pública, a fin de comprender que es lo que este delito pretende proteger.

En otras palabras, dado el escaso desarrollo del delito en análisis, para saber realmente qué es lo que significa el mismo, debemos de unificar las pocas definiciones que se han realizado en torno de este delito y, a la vez, interpretarlo en cuanto a los demás delitos contra la administración pública. Pero, evidentemente, no vamos a realizar una interpretación sistemática de todos los delitos comprendidos en el mencionado Libro, sino que, si la intención es saber qué es lo que el Patrocinio Ilegal pretende proteger, esta interpretación sistemática debe ser realizada respecto de los bienes jurídicos, tanto del tipo penal en análisis, como de los demás comprendidos en contra de la administración pública.

Así, debemos entonces que entender cuál es el bien jurídico que *-según lo desarrollado en la actualidad-* el delito de patrocinio ilegal pretende proteger y compararlo con todos los tipos penales en contra de la administración pública que se encontrarían de cierto modo orientados a proteger los mismos bienes jurídicos que el delito de patrocinio ilegal.

Debemos siempre tener en cuenta que el legislador ha dividido los delitos cometidos por funcionarios públicos *-en contra de la administración pública-* en cuatro grandes grupos o secciones: abuso de autoridad, concusión, peculado y corrupción de funcionarios. Dentro de estos grandes grupos se encuentran los delitos específicos, siendo que el delito previsto en el artículo 385° del Código Penal se encuentra dentro del rubro de delitos de Concusión. Si bien es cierto todos los tipos penales previstos en esta división pretenden proteger el

mismo bien jurídico genérico (el correcto desarrollo de la Administración Pública), también es cierto que no en todos los tipos penales se pretende proteger el mismo bien jurídico específico.

Lo que queremos decir es que, en algunos casos, los bienes jurídicos específicos de los delitos comprendidos en una determinada sección no siempre coinciden, y que, por el contrario, aquellos sí coinciden con los bienes jurídicos específicos de otros delitos comprendidos en otras secciones de la división ya comentada. Tal es el caso que, el delito de Patrocinio Ilegal tiene como bien jurídico específico la imparcialidad de la administración pública⁸² -si bien es cierto el profesor Salinas⁸³ también señala que otros bienes jurídicos específicos son el decoro y prestigio de la Administración Pública, consideramos que los mismos se encuentran comprendidos en todos los delitos contra la administración-, no todos los delitos comprendidos dentro del rubro de “Concusión” tienen el mismo bien jurídico específico.

Es por esta razón que hemos considerado ubicar de manera sistemática el delito de patrocinio ilegal, tomando en cuenta su bien jurídico específico -la imparcialidad en la administración pública- con todos aquellos tipos penales que pretenden proteger en cierto modo el mismo bien jurídico específico. Por ello, estos delitos son la Colusión (comprendido dentro de la sección de Concusión), Tráfico de Influencias, Negociación Incompatible y Cohecho Pasivo Propio (estos últimos comprendidos en la sección de Corrupción de funcionarios). En este orden de ideas, debemos mencionar que de la investigación previa

⁸² Salinas Siccha, Ramiro. “Delitos contra la administración pública”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 395.

⁸³ Salinas Siccha, Ramiro. “Delitos contra la administración pública”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 395.

que hemos realizado a fin de seleccionar dichos delitos, se ha evidenciado que algunos delitos pueden ser considerados más “graves” que otros, en razón a los bienes jurídicos específicos que se pretende proteger, viéndose plasmada dicha gravedad en los *quantums* de pena a imponer.

Por este motivo, hemos considerado oportuno primer analizar el delito que se encuentra dentro del mismo rubro o sección que el dispositivo materia del presente trabajo (colusión) y luego analizar los demás delitos ya mencionados, de acuerdo al nivel de afectación del bien jurídico específico protegido.

1.4.1 En cuanto al alcance del delito de Colusión.

Este delito se encuentra previsto en el artículo 384° del Código Penal, el cual establece que *“el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o de cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado (...)”*. Es necesario mencionar que no interesa en este punto si nos encontramos ante la modalidad simple o agravada del presente delito. Y ello en relación a que el bien jurídico específico protegido en el presente delito es la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos⁸⁴.

⁸⁴ Salinas Siccha, Ramiro. *“Delitos contra la administración pública”*. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 361

Una nota característica del presente delito es el acuerdo colusorio entre los sujetos público y privado, por ello se suele decir que el presente delito implica bilateralidad, siendo este acuerdo o pacto de naturaleza subrepticia y dolosa⁸⁵. Si bien es cierto el bien jurídico “específico” es la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales, qué duda cabe que, al concertarse el funcionario o servidor con el tercero (*extraneus*) en un marco de contratación pública, se ve afectada la imparcialidad en la toma de decisiones de la administración, dado que los demás postores sujetos a un determinado proceso de licitación ven menoscabada sus posibilidades de participar en igualdad de condiciones con el particular favorecido.

En este sentido, compartimos la opinión de que es necesario que las contrataciones de servicios, bienes y obras se realicen mediante un procedimiento oportuno, con a mejor oferta económica y técnica, y respetando los principios, tales como la transparencia en las operaciones, la **imparcialidad** y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores⁸⁶. Entonces, de lo descrito precedentemente, podemos colegir que en el delito de Colusión - *ubicado dentro de la sección de concusión*- se afecta en cierta medida la imparcialidad en la toma de decisiones, en cuanto al trato igualitario de los postores privados que aspiran ser proveedores del Estado peruano.

Finalmente, es necesario precisar que el tipo penal señala que el funcionario público debe incidir en un proceso de contratación pública por razón de su cargo, a fin de defraudar (económicamente o no) a la Administración Pública. No obstante, existe una zona gris en

⁸⁵ Guimaray Mori, Erick. “Teoría del Delito y Delitos de Corrupción de funcionarios”, IDEHPUCP. Lima: 2015. Pág. 96.

⁸⁶ Exp. No. 020-2003-AI/TC.

donde el un funcionario pretende presionar a otro trabajador público encargado de dicho proceso de selección, a fin de que este último favorezca o se coluda con el extraneus, sin que dicho trabajador público acceda. Si accede, estaríamos frente a un supuesto de instigación al delito de colusión, si es que no, estaríamos ante el delito de Patrocinio ilegal y de ninguna manera, ante el delito de colusión.

1.4.2 En cuanto al alcance del delito de Cohecho Pasivo Propio.

Es necesario mencionar que, a nuestro criterio, este es el delito más grave no solo dentro de la sección denominada “Corrupción de Funcionarios”, sino también el más grave de todos los delitos cometidos por funcionarios públicos. Y ello se extiende no solo por los *quantums* de pena que el legislador ha determinado para dichos dispositivos penales, sino también porque es el delito que más modalidades posee, evidenciándose una clara intención del legislador de salvaguardar las consecuencias de las distintas conductas que afectarían de cierto modo los mismos bienes jurídicos, tanto el genérico como el específico.

A diferencia del delito de Colusión, en el cual es indiferente la modalidad que se emplee, en este delito debemos partir señalando el motivo por el cual hemos decidido excluir a los otros tipos de Cohecho. En primer lugar, debemos descartar el análisis de los Cohechos Activos (tanto el genérico como el específico), debido a que, en estos, la intención es clara de regular la conducta del tercero (funcionario o particular) que intenta sobornar a un funcionario o servidor público; en el delito materia del presente trabajo de investigación, la conducta a analizar es la de un sujeto público, motivo por el cual resulta intrascendente analizar tipos penales que pretenden regular la conducta de un sujeto privado (o que siendo público, actúa como privado).

En segundo término, debemos descartar el Cohecho Pasivo Específico por la siguiente razón. Este delito pretende regular la conducta de un funcionario público, específicamente la de un magistrado, árbitro, Fiscal, Miembro de un Tribunal Administrativo u otro análogo. Si bien es cierto cualquiera de estos funcionarios públicos (de mayor jerarquía que el resto) puede realizar el delito de patrocínio ilegal, debemos excluir del análisis a este tipo en razón de que este funcionario público realiza la conducta específicamente en el ámbito de la toma de decisiones de una determinada causa que tiene bajo su conocimiento.

Finalmente, debemos descartar del análisis al Cohecho Pasivo Impropio, dado que dicho dispositivo legal pretende regular la conducta del funcionario o servidor público, siempre que éste último realice un acto acorde a sus funciones, sin faltar a sus obligaciones. Por estos motivos, es que consideramos que el delito pasible de análisis a efectos de lo que se desea es el Cohecho Pasivo Propio: el hecho de que un funcionario público reciba un monto dinerario a fin de realizar conductas en violación de sus obligaciones.

Pues bien, el delito previsto en el artículo 393° del Código Penal establece que *“el funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas (...)*”. Al respecto, debemos precisar que el bien jurídico específico protegido en este tipo penal son tres determinados⁸⁷: **(i)** Tutelar los deberes que nacen del cargo con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública, **(ii)** tutelar los

⁸⁷ Salinas Siccha, Ramiro. *“Delitos contra la administración pública”*. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 570.

actos de oficio, de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares y **(iii)** finalmente, tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos.

Y los demás elementos constitutivos principales de este delito es realizar u omitir un acto en violación de sus funciones, a cambio de una promesa, donativo o ventaja. En otras palabras, este delito pretende regular la acción de un funcionario o servidor público que, afectando la imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones de la administración pública, realice u omita un acto en violación de sus funciones. Por ello es que se suele decir que el medio corruptor siempre está relacionado con las competencias funcionariales propias del cargo⁸⁸.

Al respecto, aquí tenemos un punto conflictivo: Podría alegarse que el funcionario o servidor público que realiza actos de patrocinio ilegal también estaría realizando (no omitiendo, no es posible entender el patrocinio mediante actos omisivos) un acto en violación de sus obligaciones, siendo que este acto de patrocinio puede ser a título gratuito o a título oneroso. A nuestro criterio, no es posible entender ello de esta manera. El tipo penal en cuestión no regula el hecho de que el funcionario o servidor público realice “cualquier acto que no se encuentre comprendido en sus funciones”. Reiteramos lo desarrollado precedentemente, una cosa es realizar un acto “contrario a las funciones” y otra, realizar una conducta “en violación de las obligaciones”.

⁸⁸ Guimaray Mori, Erick. “Teoría del Delito y Delitos de Corrupción de funcionarios”, IDEHPUCP. Lima: 2015. Pág. 81.

Lo que nos dice este tipo penal, es que el funcionario -o *servidor*- público debe haber “realizado u omitido un acto en violación de sus obligaciones”. Ello significa que debemos observar cuales son las funciones u obligaciones que tiene el funcionario público y luego, determinar si el mismo ha contravenido a las mismas o no. Y tales obligaciones, muchas veces se encuentra tanto en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), así como en el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la institución respectiva.

En el caso específico del ámbito jurisdiccional (por ejemplo, en caso de los Fiscales), como ya se mencionó, la Ley de la Carrera Fiscal establece como prohibición a los representantes del Ministerio Público la defensa de particulares⁸⁹. Si bien es cierto el tema se volvería más complejo aparentemente en este caso, ya que en el presente sí hay una normativa expresa que prohíbe realizar actos de patrocinio, también es cierto que, en aras de establecer una diferencia clara entre los tipos penales en cuestión, el elemento “en violación de sus obligaciones” debe entenderse, primero, a la lista taxativa que la normativa correspondiente desarrolle en cuanto a las “obligaciones” del sujeto público. En relación a las prohibiciones de la normativa que corresponda, qué duda cabe que, si un funcionario realiza dicha prohibición a cambio de un beneficio, ventaja o donativo, también estaría inmerso en el delito de cohecho pasivo propio y, en consecuencia, el sujeto público estaría violando una obligación suya.

No obstante, en este ámbito jurisdiccional, donde los funcionarios o servidores públicos por lo general son abogados de profesión, una de las prohibiciones precisamente es la de ejercer la defensa a terceros. Entonces, si el funcionario o servidor público realiza dicho proceder

⁸⁹ A excepción de sus padres, hijos, cónyuges y convivientes.

(defensa de terceros a cambio de un donativo, promesa o ventaja) no estaría realizando un acto de cohecho pasivo propio, sino, seguramente, un acto de patrocinio ilegal.

1.4.3 En cuanto al alcance del delito de Tráfico de Influencias

En cuanto a este punto, si bien es cierto este no es el delito más “grave”, también es cierto que, a nuestro criterio, es el más complicado, dada su naturaleza clandestina. Es verdad que todos los delitos cometidos contra la Administración Pública no se realizan abiertamente, no obstante, en el delito de tráfico de influencias no es necesario siquiera el contacto entre el interesado o traficante con el funcionario público, hecho que, por el contrario, sí es necesario en el Cohecho (sea cual sea su modalidad). Por algo es que se dice que el delito de tráfico de influencias es un “acto preparatorio del cohecho”.

Este delito, previsto en el artículo 400° del Código Penal, señala que *“el que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo (...)”*. Este delito regula dos supuestos claros, el tráfico de influencias reales y el simulado *-más conocido éste último como la “venta de humo”-*, siendo que, según la doctrina y gran parte de la jurisprudencia, es irrelevante determinar si el traficante fue a interceder efectivamente o no al funcionario o servidor público que tiene a su cargo un asunto judicial o administrativo de un interesado.

En cuanto al bien jurídico específico protegido, se pretende proteger el prestigio y buen nombre de la administración de justicia⁹⁰. Al respecto, es necesario mencionar un punto de suma importancia. Cierta sector de la doctrina *-minoritaria ciertamente-* han pretendido establecer que el bien jurídico en el tráfico de influencias reales es la imparcialidad en el desenvolvimiento de la administración pública. Ello es erróneo *-en principio-*, dado que de aceptar ello, se estaría aceptando que el traficante necesariamente tiene que ir a subyugar la voluntad del funcionario público a cargo de un determinado asunto judicial o administrativo. Además, si al traficante simulado se le sancionaría entonces por el solo hecho de invocar, la pregunta que debe ser respondida sería que sucedería con el traficante de influencias reales que invoca tales contactos o amistades, pero en realidad nunca va a conversar con el funcionario público que tiene a su cargo cierto asunto de interés del privado. Pueden esbozarse algunas alternativas; sin embargo, la intención de este trabajo de investigación no es profundizar acerca del delito de Tráfico de Influencias.

No obstante, es necesario mencionar que, según el Acuerdo Plenario No. 3-2015, se establece que el bien jurídico protegido en el Tráfico de Influencias reales sí es la imparcialidad en el desenvolvimiento y toma de decisiones dentro de la administración pública. Es un Acuerdo muy largo de analizar, debemos precisar que, para nosotros, estaríamos ante un delito *-a la luz de dicha jurisprudencia-* pluriofensivo: no es posible admitir que solo vulnera la imparcialidad. En todo caso, vulneraría el prestigio de la Administración en primer lugar, para luego vulnerar la imparcialidad. Nosotros sabemos que esta posición es minoritaria y que tal vez el Acuerdo Plenario quiso dar alguna interpretación no plasmada en él; sin embargo, de todas maneras, el bien jurídico "imparcialidad" se asoma en este delito,

⁹⁰ Salinas Siccha, Ramiro. "Delitos contra la administración pública". Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 726.

y es necesario tomar en cuenta ello, a fin de poder ubicar a nuestro delito en análisis: el Patrocinio Ilegal.

Entonces, tenemos que, en el delito de tráfico de influencias, se vulnera el prestigio -y, de cierta manera, la imparcialidad- de la administración pública, cuando el traficante -que puede ser un funcionario público en la modalidad agravada de este tipo penal- a cambio de un donativo, ofrece salvaguardar los intereses de un particular.

1.4.4 En cuanto al alcance del delito de Negociación Incompatible.

Finalmente, el tipo previsto en el artículo 399° del Código Penal, señala que “*el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de un tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo (...)*”. Es verdad que este tipo penal no establece una entrega de alguna dádiva, beneficio, ventaja o promesa; sin embargo, como bien lo hemos mencionado de forma reiterada, debemos tener en cuenta primero, como parámetro o norte de interpretación, la ubicación en la que se encuentran estos delitos.

En el presente caso, el delito de negociación incompatible -o de interés indebido- se encuentra dentro del gran grupo de delitos denominados de “Corrupción de Funcionarios”. Y en este tipo de delitos, el medio corruptor es el eje principal: No se puede admitir un delito de corrupción sin medio corruptor. Debemos entender, entonces, que el elemento “en provecho propio o de un tercero” es el mecanismo corruptor por el cual el funcionario o

servidor público se interesa de manera indebida en cierta operación. Este elemento, el de “interesarse” debe ser entendido en el sentido de que el trabajador público vuelca sobre un contrato u operación económica una pretensión privada, es decir, que no se condice con los intereses públicos de la Administración⁹¹.

En cuanto al bien jurídico específico protegido, el profesor Salinas⁹² refiere que es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos, y que estos deberes se fundan en los principios de transparencia e imparcialidad de los sujetos públicos en la toma de decisiones propias de su cargo.

En otras palabras, el delito de interés indebido es aquel delito en el que, lesionando la imparcialidad en la toma de decisiones, el funcionario o servidor público se interesa en provecho propio o de tercero mediante cualquier acto u operación en que interviene por razón de su cargo.

Todos estos aparentes problemas concursales pueden ser resueltos -entre otras formas- teniendo claro el bien jurídico que la norma pretende proteger. Ello lo veremos más adelante; sin embargo, es menester mencionar al profesor Lascuráin⁹³, quien refiere que el elemento de bien jurídico va a contribuir a la determinación de las fronteras de una norma penal

⁹¹ Guimaray Mori, Erick. “*Teoría del Delito y Delitos de Corrupción de funcionarios*”, IDEHPUCP. Lima: 2015. Pág. 103.

⁹² Salinas Siccha, Ramiro. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pág. 687.

⁹³ Lascuráin Sánchez, Juan. “*Bien Jurídico y objeto protegible*”. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2863873>. Pág. 129.

instrumentando la reflexión acerca de su relación con otras normas con las que en principio parece competir para calificar un determinado supuesto de hecho.

1.5 Concepto actual del delito de Patrocinio Ilegal.

Finalmente, debemos definir a este delito como toda acción de defensa o asesoramiento, la cual realiza el funcionario o servidor público, luego de haberse valido de su cargo, en favor de un particular, dirigido a otro funcionario que resolverá una determinada causa, teniendo como consecuencia de los referidos actos la mejora del *status* del patrocinado en la causa, afectando la imparcialidad en el desenvolvimiento de la administración pública.

De esta manera, y conforme se desprende de los párrafos precedentes, el funcionario público no debería utilizar su cargo a fin de interferir en un proceso de contratación pública (siguiendo los detalles mencionados en este punto, en párrafos precedentes), el patrocinio puede ser a título oneroso o gratuito (siempre que, cuando sea remunerado, se realicen actos de defensa o asesoramiento y no únicamente pretender direccionar la voluntad de un determinado funcionario), así como tampoco el patrocinador ilegal debería utilizar contratos o actos simulados para realizar dicha conducta de defensa.

Capítulo 2: Identificación del bien jurídico protegido en el delito de Patrocinio Ilegal.

2.1 Posturas sobre el bien jurídico en los Delitos contra la Administración Pública.

Como bien es sabido, el bien jurídico forma parte de la tipicidad objetiva de los dispositivos penales previstos en nuestro Código sustantivo. Más allá de las diversas concepciones que se tenga sobre dicho elemento, debemos mencionar que, en nuestra opinión, el mismo se caracteriza por darnos el punto de partida en la interpretación de cualquier delito, esto es, los operadores jurídicos no pueden -o *al menos no deberían*- interpretar un determinado delito, si es que antes no se precisa lo que dicho dispositivo legal pretende proteger.

En este segundo capítulo, vamos a analizar lo concerniente al bien jurídico protegido, específicamente, las concepciones que se tiene sobre él en los delitos especiales funcionariales. No obstante, qué duda cabe que previo a dicho análisis, es imperioso dar un breve recorrido por lo que es el bien jurídico de modo general en la actualidad, siendo que el lector podrá, al finalizar este capítulo, tener una visión más exacta de lo que pretendemos poner en relieve y finalmente, sustentar su posición acerca de lo que es materia de estudio en la presente tesis.

Pues bien, el delito en cuestión tiene una particularidad que debemos mencionar con anticipación: muchas veces, dados diversos factores, los funcionarios o servidores públicos pueden realizar conductas aparentemente “neutrales” o de realización “cotidiana”, siendo que, a nuestro criterio, muchas de esas conductas

podrían encontrarse dentro del tipo penal previsto en el artículo 385° del Código Penal. Y la mejor forma de analizar cada caso particular, en concreto, es tener un concepto firme acerca de la esencia del delito en cuestión. Lo que la norma pretende proteger, resguardar, salvaguardar, etc., es fundamental en escenarios en los cuales tal vez la comisión del delito no resulte obvia.

2.1.1 Orígenes del concepto de bien jurídico.

Es necesario precisar que el bien jurídico es un concepto que siempre conlleva a discusión jurídica, no existe aún consenso en lo que dicho elemento normativo significa en realidad⁹⁴, a pesar de que de manera frecuente se suele mencionar por los operadores jurídicos. Como bien lo dice el profesor García Caveró, “se trata de un concepto jurídico penal que todos usan, pero que no todos lo entienden del mismo modo”⁹⁵.

Si bien es cierto en las siguientes líneas desarrollaremos un breve *-pero completo-* análisis de este elemento y la evolución que ha tenido, podemos adelantar que el bien jurídico pareciera ser lo protegido por una norma, es decir, el objeto inmediato de protección de esta, y ello en virtud de que el bien jurídico tiene la capacidad de transmitir realmente lo que un determinado dispositivo legal pretende proteger⁹⁶.

⁹⁴ Con la finalidad de realizar el presente trabajo de investigación, hemos revisado diversos libros, manuales y artículos de diversos juristas referentes del Derecho Penal, y no existe un “consenso” en el significado conceptual de lo que debemos entender por Bien Jurídico.

⁹⁵ García Caveró, Percy. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pág. 119.

⁹⁶ Lascuráin Sánchez, Juan. “*Bien Jurídico y objeto protegible*”. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2863873>. Pág. 126.

De manera rápida, podemos decir que este concepto tiene sus primeros antecedentes con **Birnbaum**, quien señala que el delito no lesiona derechos subjetivos, sino bienes, al enseñarnos que “que perdamos algo o se nos prive de una cosa que es el objeto de nuestro derecho, que se nos sustraiga o merme un bien que nos compete jurídicamente, eso, sin duda, no disminuye ni suprime nuestro derecho”, posición que ya evidenciaba que, para dicho autor, lo que busca el Derecho Penal es salvaguardar determinados “bienes”⁹⁷. Villavicencio, entiende que este autor propuso entender que los bienes jurídicos eran objetos materiales que el Estado protege, que corresponden tanto a particulares como a la colectividad⁹⁸. No obstante, cabe advertir que Birnbaum no mencionó el término “bien jurídico”, sino que solo se refirió a “bienes”.

Esta propuesta resultó, en su tiempo, novedosa y constituye el antecedente de lo que hoy entendemos como bien jurídico, debido a su innovación respecto a la postura manifestada hasta ese momento por **Feuerbach** quien señalaba que lo que se lesionaba en un delito era un derecho subjetivo, precisando que, puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los *súbditos*, como también los derechos correspondientes al Estado⁹⁹, equiparando en cierta medida que un “bien jurídico” no es más que un derecho fundamental (pensamiento que nació de la Ilustración)¹⁰⁰.

⁹⁷ Birnbaum, Johann Michael. “*Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto del delito*”. Editorial B de F. Valparaíso: 2010. Pag. 81

⁹⁸ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pág. 98.

⁹⁹ Feuerbach. Paul. “*Tratado de Derecho Penal*”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires: 2007. Pág. 56.

¹⁰⁰ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pág. 97

Pocas décadas después, **Binding**¹⁰¹ señala, sí, que el bien jurídico fue creado por el Derecho al elegir los objetos que, en opinión del legislador, merecían protección penal, siendo todo lo que, a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta. Para dicho autor, el bien jurídico quedaba establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico y no existía la posibilidad de establecer sus bases más allá del Derecho y del Estado¹⁰². **Von Liszt**¹⁰³ nos decía que era la realidad social y no el legislador la que determinaba que objetos merecían protección penal, pero no deseamos desarrollar este concepto aún, dado que su real ubicación para efectos académicos es en otro subcapítulo.

En la modernidad, si bien es cierto aún no existe consenso acerca de la definición de lo que debemos entender por “bien jurídico”, podemos decir que dicho concepto puede ser visto desde, siguiendo la tradicional doctrina, en dos perspectivas: constitucional y contractualista. La primera, pretende hallar en la Constitución Política el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles. Como idea general, cabe decir que el planteamiento constitucionalista entiende que el Derecho Penal solamente puede proteger valores constitucionalmente reconocidos, de manera tal que al legislador le resulta prohibido rebasar los límites establecidos por el constituyente¹⁰⁴. En cierto modo, nuestro ordenamiento jurídico penal peruano recoge esta idea, dado que nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado al

¹⁰¹ García Caveró, Percy. Citando a Karl Binding en Ob Cit. Pág. 120.

¹⁰² Kaufmann, Armin. “*Teoría de las normas: Fundamentos de la dogmática penal moderna*”. Editorial Dapalma. Buenos Aires: 1977. Pág. 14.

¹⁰³ García Caveró, Percy. Citando a Franz Von Liszt en Ob Cit. Pag. 120.

¹⁰⁴ García Caveró, Percy. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pág. 125.

respecto, señalando que el Derecho Penal tutela los valores proclamados en la Constitución¹⁰⁵.

Ahora bien, lo que el Derecho Penal pretende proteger no necesariamente se debe circunscribir a valores individuales plasmados en nuestra Constitución, sino también a preceptos supra individuales que busquen proteger a una colectividad. Es por ello por lo que la segunda de estas corrientes antes mencionada, se centra básicamente en la idea del contrato social como fundamento de legitimar la sociedad, recurriendo dicha teoría a bienes jurídicos colectivos para fundamentar la incriminación de ciertas formas de conducta¹⁰⁶. Esta corriente, también denominada como “concepción sociológica del bien jurídico”, la cual dota a este concepto de un fuerte contenido social, centrando su atención al perjuicio que la conducta del autor acarrea sobre la sociedad, prescindiendo de toda consideración individual¹⁰⁷.

Desde luego, siempre surgen teorías intermedias. Así, por ejemplo, Alcácer Guirao¹⁰⁸ nos dice que los bienes jurídicos son condiciones de participación libre en una sociedad democrática de base liberal, comprendidas como esferas personales o interpersonales de libertad, y protegidas por las normas de conducta. Consideramos que no debemos confundir los bienes jurídicos individuales-colectivos, con las concepciones de que el bien jurídico únicamente resguarda un interés individual o, que este el bien jurídico busca salvaguardar intereses (sean

¹⁰⁵ STC 0014-2006-PI/TC del 19 de enero del 2007, fundamento jurídico 11.

¹⁰⁶ García Caveró, Percy. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pág. 127

¹⁰⁷ Villavicencio Terreros, Felipe. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Grijley. Lima: 2006. Pág. 101

¹⁰⁸ Alcaer Guirao, Rafael. “*¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*”. Editorial Grijley, Lima, 2004. Pág. 176.

individuales o colectivos) con la finalidad de preservar la conservación de un orden social¹⁰⁹.

Como bien se puede apreciar, estas concepciones han sido las que tradicionalmente han tratado de dar una respuesta a lo que debemos entender como bien jurídico protegido. Sin perjuicio de que seguramente el lector tiene conocimiento de otras teorías, consideramos que las expuestas precedentemente son las corrientes esenciales que debemos conocer antes de seguir con el estudio del presente trabajo.

En la actualidad, si bien es cierto siguen vigentes las corrientes mencionadas, podemos resumir lo señalado, tomando como referencia lo que el profesor Fernández Carrasquilla¹¹⁰ enseña: un Derecho Penal democrático, sólo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica. Si bien es cierto nos enseña que es lo que el ordenamiento debe proteger y no hace un desarrollo exhaustivo propiamente del concepto de bien jurídico, para los fines pertinentes podemos entender que es un precepto indispensable sine qua non para la convivencia social.

2.1.2 Forma tradicional de entender el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública.

¹⁰⁹ Silva Sánchez, Jesús. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Editorial Bosch. Barcelona: 1992. Pág. 268.

¹¹⁰ Fernández Carrasquilla, Juan. "Concepto y Límites del derecho penal" Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá: 1992, Pág 32.

Antes de pasar a desarrollar este punto, de manera breve debemos mencionar que, en relación al titular del bien jurídico (sea cualquiera de las posiciones que se puedan adoptar, conforme lo veremos más adelante) se ha mencionado, por un lado, que es el Estado y, por otro, los ciudadanos del mismo. Consideramos que es el Estado el titular (al menos, de manera inmediata), ya que en este tipo de delitos no solo se vulneran intereses individuales¹¹¹.

Pues bien, dicho esto, autorizada doctrina y nuestra jurisprudencia, ha asumido como postura que, en los delitos cometidos contra la Administración Pública, se protegen básicamente dos bienes jurídicos: uno genérico, siendo la propia Administración lo que se busca resguardar y, además, uno específico en cada delito en cuestión. Como bien es sabido, los bienes jurídicos (colectivos) se pueden clasificar en tres¹¹²: institucionales -aquellos orientados a la preservación de determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema-, colectivos -aquellos destinados a la satisfacción de necesidades de orden social o económico y los de control -aquellos referidos a la propia organización del aparato estatal-; siendo que la Administración Pública se encontraría en el primero de los nombrados.

Consideramos que pretender determinar que el bien jurídico genérico es la Administración Pública y que además existe otro “específico”, es una concepción incompleta, dado que tiene una visión parcializada del ordenamiento jurídico. Es decir, a la luz de dicha perspectiva, se realiza un análisis prescindiendo de un correcto examen de la teoría general de lo que debemos entender por Administración Pública.

¹¹¹ Montoya Vivanco, Yvan. “Manual sobre delitos contra la administración pública”. IDEHPUCP. Lima: 2015. Pág. 38.

¹¹² Chanjan Documet. Rafael. “El correcto funcionamiento de la administración pública”. Bogotá: 2017. Pág. 136.

No es nuestra intención, desde luego, profundizar sobre temas que no son materia del presente trabajo de investigación; sin embargo, sí podemos adelantar en este punto que para dotar de real significado al delito previsto en el artículo 385° del Código Penal, es necesario analizar sistemáticamente el ordenamiento jurídico. No obstante, previo a ello, sí es menester que también se ponga en relieve las concepciones antes mencionadas, dado que las mismas son las bases que nuestro Derecho Penal ha considerado tomar por válidas para construir los bienes jurídicos en este tipo de delitos.

2.1.2.1 El bien jurídico genérico.

En cuanto a este punto, existe prácticamente consenso en la doctrina al asumir que el bien jurídico genérico (o “categorial” o “mediato”) en los delitos cometidos contra la Administración Pública es el correcto y normal funcionamiento de ésta. Por tal razón, sin perjuicio de lo desarrollado en los párrafos precedentes, es necesario hacer un breve *-pero necesario-* desarrollo acerca del concepto de “Administración Pública”.

De este modo, el profesor García de Enterría¹¹³, quien es autoridad en materia administrativa, nos dice que el vínculo estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la Administración como un conjunto de órganos, sino a través de considerarla o esquematizarla como persona jurídica, siendo que esta personificación es el único factor que permanece siempre, a diferencia de los órganos y las funciones, y por él

113 García de Enterría, Eduardo. “Curso de Derecho Administrativo”. Editorial Aranzadi. Pamplona: 2015. Pág. 31.

se hace posible el Derecho Administrativo. En otras palabras, para el citado autor, la Administración es, sobre todo, una persona jurídica y no un simple conjunto de órganos o una función abstracta¹¹⁴.

En otras palabras, la Administración no se reduce a un complejo orgánico relativamente ocasional, sino que, siendo una persona jurídica, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, etc., es una concepción democrática de la Administración dado que se ve orientada a su función de servicio al ciudadano¹¹⁵. Esto es, aparece como institución creada por el Estado para servir de mecanismo de conexión entre la sociedad y aquel, a fin de cumplir sus fines sociales o prestacionales¹¹⁶.

Otra definición nos da el profesor Gordillo¹¹⁷, quien señala que la Administración es la función realizada por el conjunto de órganos regidos por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerles del órgano inferior. El autor precitado llega a dicha conclusión, debido a que nos explica que, de manera tradicional, se han separado tres grandes poderes: legislativo, judicial y ejecutivo¹¹⁸, los cuales tienen funciones específicas, en principio, aunque con el tiempo se ha evidenciado que los tres “poderes” realizan, de cierto modo, estas tres funciones.

114 García de Enterría, Eduardo. “Curso de Derecho Administrativo”. Editorial Aranzadi. Pamplona: 2015. Pág. 65

115 Fernández Cabrera, Martha. “La Corrupción en la Función Pública. El Delito de Negociaciones Prohibidas”. Editorial Tirant lo blanch. Valencia: 2018. Pag. 56.

116 Chanjan Documet, Rafael. “El correcto funcionamiento de la Administración Pública: fundamentos de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”, en Revista Derecho Penal y Criminología. Bogotá: 2017. Pag 126.

117 Gordillo, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires: 2013. Pag. 90.

118 Aunque para dicho autor, ya no se debería hablar de separación de poderes, el poder es uno solo. Si no, debería hablarse únicamente de división de funciones.

Entonces, a fin de llegar a una definición de que se entiende por Administración, se superó la visión de que la función administrativa únicamente la realiza el Poder Ejecutivo y, además, la que considera que dicha función es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción¹¹⁹. De igual modo, se superó la visión *-aunque a criterio de dicho autor, más acertada que las dos anteriores-* en donde se establecía que la Administración era la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios o la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas¹²⁰. Es decir, estas definiciones de tipo “material positivo” se acercan a la idea de lo que entendemos por Administración, pero dichos conceptos también pueden ser abarcados por las otras dos funciones o “poderes” estatales.

Abruña Puyol señala que la Administración Pública debe ser necesariamente un tipo de organización determinada de poder público, que actúa con potestad administrativa¹²¹. Nuestro referente Rojas Vargas sostiene que, en lo concerniente a la definición de Administración Pública, no es necesario para el Derecho Penal construir un significado propio de esta. Es decir, al haberse realizado en el derecho público administrativo una construcción extensa de este concepto que abarca a todo ejercicio de función pública, es irrelevante esbozar una noción jurídico-penal de administración pública. Por lo tanto, el derecho penal recoge el significado que el

¹¹⁹ Gordillo, Agustín. *“Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”*. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires: 2013. Pags. 88,89.

¹²⁰ Gordillo, Agustín. *“Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”*. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires: 2013. Pags. 89

¹²¹ Abruña Puyol, Antonio. *“Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano”*. Editorial Palestra. Lima: 2010. Pag. 67.

derecho administrativo ha realizado para este concepto, sin detenerse a evaluar si la función pública es desarrollada por una entidad legislativa, judicial, o de gobierno¹²².

Pues bien, luego de realizar este sucinto análisis, debemos poner en relieve que nuestros referentes doctrinarios *-en este tipo de delitos-* se han pronunciado de manera semejante acerca del bien jurídico genérico. Por ejemplo, el siempre referente Salinas Siccha¹²³ nos dice que los trabajadores públicos (sean funcionarios o servidores) se encargan de poner en funcionamiento al Estado, realizando estos trabajadores una serie de actividades dentro del aparato estatal a fin de conseguir el bienestar común; es decir, señala el referido autor que la Administración, al ser un ente abstracto, el servicio o actividad pública que es algo más concreto, es realizado o materializado por personas que cumplen labores o trabajan en el interior de una institución pública, a cambio de una remuneración.

De este modo, el citado autor entiende que toda actividad que realiza un funcionario o servidor público debe ser considerada como actividad pública, motivo por el cual el actuar de los referidos trabajadores públicos merece especial protección del derecho penal. En caso se cometa uno de los delitos comprendidos en el libro contra la Administración, se estaría lesionando o poniendo en peligro la misma, motivo por el cual, en consecuencia, el Derecho Penal debe aplicar su *ius Puniendi* en contra de los funcionarios (o servidores) que la vulneren, en palabras del citado jurista, la

¹²² Rojas Vargas, Fidel. *"Delitos contra la administración pública"*. Editorial Grijley. Lima: 2002. Pag. 18

¹²³ Salinas Siccha, Ramiro. *"Delitos contra la administración pública"*. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pags. 3, 4, 5, 6.

Administración “constituye un bien o interés jurídico preponderante que corresponde al Estado mismo cautelar y proteger por medio de normas penales.

Así, la conducta del funcionario o servidor público contrario a los intereses de la Administración, la estaría trastocando de modo irremediable, sea por lesión de la misma o por ponerla en peligro. En este mismo orden de ideas, el maestro Rojas Vargas¹²⁴ señala que podemos ver a la administración pública de dos formas, por un lado, desde afuera, siendo una organización conformada por niveles y competencias que se distinguen de la ciudadanía o sectores privados, a los que sirve, pero sobre los cuales ejerce poder. Por otro lado, se puede observar la Administración desde adentro, siendo un conjunto estratificado y piramidal de subsistemas organizativos, teniendo en la norma fundamental y en la demás normativa el fundamento jurídico de su existencia. En otras palabras, esta organización es esencial para el funcionamiento social al permitir un vínculo entre el aparato estatal y el hombre, no podemos sostener que un Estado de Derecho pueda funcionar de manera correcta sin una Administración activa, eficiente y decorosa.

De esta manera, el concepto del bien jurídico Administración Pública supone la unión de diversos intereses vitales que el ordenamiento jurídico penal pretende proteger. Las conductas tipificadas en nuestro Código penal son aquellas que lesionan o ponen en peligro determinados valores que el Estado considera imprescindible para la coexistencia. Por lo mismo, ha dispuesto sean protegidos complementaria y/o subsidiariamente por el derecho penal a través de la creación de numerosas figuras

¹²⁴ Rojas Vargas, Fidel. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Grijley. Lima: 2002. Pág.6

legales que salvaguardan normativamente el bien jurídico “administración pública”¹²⁵. Al integrar el bien jurídico “administración pública” diversos intereses en un todo único, es perfectamente admisible hablar en este caso del objeto genérico de la tutela penal, dando a entender de este modo la naturaleza denotativa amplia de la administración pública como bien a proteger jurídico penalmente. Esto es, el normal o correcto funcionamiento de la administración pública¹²⁶.

Finalmente, el profesor Abanto Vásquez¹²⁷ sostiene que la diferencia entre el bien jurídico genérico y específico es correcta, dado que en los tipos contra la administración pública se busca proteger un solo bien jurídico (genérico) de importancia vital en cualquier Estado de Derecho, siendo este el correcto buen funcionamiento de la administración pública. No obstante, este autor *-a diferencia de los antes referidos-* realiza la precisión que el bien jurídico específico (tema que abordaremos en las siguientes líneas) no es sino un resultado del primero.

En otras palabras, bajo esta concepción de bien jurídico, se suele señalar que un punto en común que tienen los delitos cometidos por empleados estatales es el ejercicio de funciones públicas entendidas básicamente como las actividades que la Administración realiza a través de sus trabajadores públicos, en aras de salvaguardar los intereses de la sociedad¹²⁸. Consideramos que es un concepto bastante amplio, incluso más que la simple teoría de los deberes del cargo; sin

¹²⁵ Rojas Vargas, Fidel. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Grijley. Lima: 2002. Pág.15

¹²⁶ Rojas Vargas, Fidel. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Grijley. Lima: 2002. Pág.19

¹²⁷ Abanto Vásquez, Manuel. “*El Delito de Tráfico de Influencias*”. Editorial Instituto Pacífico. Lima: 2019. Pág. 67

¹²⁸ Fernández Cabrera, Martha. “*La Corrupción en la Función Pública. El Delito de Negociaciones Prohibidas*”. Editorial Tirant lo blanch. Valencia: 2018. Pág. 58.

embargo, las razones por las cuales descartamos esta tesis -que predomina en la actualidad- la desarrollaremos más adelante.

2.1.2.2 El bien jurídico específico.

Por cuestiones de orden, deseamos empezar este apartado con lo que el profesor Abanto¹²⁹ señala en la obra precedentemente citada. Dentro del bien jurídico -*genérico*- se encuentran diversos objetos que pueden ser directamente tutelados por los diversos delitos previstos en la sección “delitos cometidos por funcionarios públicos”, siendo identificables estos objetos de acuerdo a la redacción de cómo el legislador quiere describir los ataques a los referidos objetos del bien jurídico.

En este orden de ideas, se sugiere que el bien jurídico específico (o “inmediato”) es el interés que la ley busca proteger. Como bien ya se mencionó, para el precitado autor la distinción entre el bien jurídico genérico, categorial o simplemente bien jurídico y el bien jurídico específico (u objeto del bien jurídico) constituye un punto de partida, siendo que, además, que la observancia del principio de lesividad debe verificarse en el bien jurídico específico y no en el genérico¹³⁰.

De manera breve, Salinas¹³¹ nos dice en una línea semejante a la anteriormente desarrollada que, en los delitos contra la Administración pública, dos son los bienes jurídicos que se pretende proteger con la sanción penal: el primero lo constituye el

¹²⁹ Abanto Vásquez, Manuel. “*El Delito de Tráfico de Influencias*”. Editorial Instituto Pacífico. Lima: 2019. Pags. 67 y 68

¹³⁰ Abanto Vásquez, Manuel. “*El Delito de Tráfico de Influencias*”. Editorial Instituto Pacífico. Lima: 2019. Pág. 100.

¹³¹ Salinas Siccha, Ramiro. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Págs.. 6, 7.

normal y correcto desempeño de la Administración. El segundo bien jurídico que se protege es particular en cada delito, es decir, cada tipo penal, que regula los delitos en particular, pretende proteger un bien jurídico específico.

Nuevamente, el profesor Fidel Rojas¹³², hace un estudio un poco más extenso, señalando que la Administración pública, como bien jurídico genérico, implica diversos intereses vitales necesarios de tutelar -como bien se mencionó líneas arriba-, siendo que la Administración contiene determinados presupuestos: **i)** Una serie de previsiones que pretenden regular las funciones públicas, **ii)** principios que buscan vincular a la administración con la actividad de los trabajadores públicos, **iii)** El ejercicio de funciones y servicios públicos de conformidad a las atribuciones y competencias establecidas en las leyes y reglamentos, agregando seguidamente que la lesión o puesta en peligro de la Administración, supone la vulneración de los dos últimos elementos.

De esta manera, el profesor señala que la administración pública como bien jurídico integrador de múltiples intereses valiosos puede ser lesionada o sólo puesta en peligro, siendo que estamos ante el primer escenario cuando se vulnera la regularidad del funcionamiento de la Administración, y estamos en el segundo cuando se ha colocado a este interés superior en una *cuasi* lesión¹³³. Es decir, en la comisión de uno de los delitos especiales (funcionariales), se afecta (para la doctrina dominante) tanto la Administración como un valor específico.¹³⁴

¹³² Rojas Vargas, Fidel. "Delitos contra la administración pública". Editorial Grijley. Lima: 2002. Pág.15.

¹³³ Rojas Vargas, Fidel. "Delitos contra la administración pública". Editorial Grijley. Lima: 2002. Pág.18.

¹³⁴ Rojas Vargas, Fidel. "Delitos contra la administración pública". Editorial Grijley. Lima: 2002. Pág.19.

2.1.3 Otras formas de entender el bien jurídico, en los delitos contra la Administración Pública.

2.1.3.1 La confianza de la sociedad en su correcto funcionamiento.

No obstante lo señalado precedentemente, la doctrina ha elaborado otras formas de ver o entender el bien jurídico, en los delitos de infracción de deber (delitos cometidos por funcionarios o trabajadores públicos, ante la Administración Pública). Así, la profesora Fernández señala que el bien jurídico puede verse desde un punto de vista externo a la Administración, siendo la confianza que esta última proyecta sobre la sociedad. Se fundamenta esta concepto como bien jurídico, dado a que la institución de la Administración Pública, la confianza de esta es fundamental para su buen funcionamiento, puesto que su ausencia, resta legitimidad a las decisiones públicas que en su seno se adoptan¹³⁵.

En otras palabras, esta confianza no es una aspecto de la sociedad en si, sino que dicho bien jurídico (la confianza) aluse a una sensación colectiva que no necesariamente concuerda con la realidad¹³⁶.

Si bien es cierto existen determinada posición en la doctrina que realiza otra clasificación del bien jurídico denominada “la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública”¹³⁷, consideramos que ello se encuentra incluido en la

¹³⁵ Fernández Cabrera, Martha. “*La Corrupción en la Función Pública. El Delito de Negociaciones Prohibidas*”. Editorial Tirant lo blanch. Valencia: 2018. Pag. 40.

¹³⁶ Fernández Cabrera, Martha. “*La Corrupción en la Función Pública. El Delito de Negociaciones Prohibidas*”. Editorial Tirant lo blanch. Valencia: 2018. Pag, 41

¹³⁷ En este sentido, Chanjan Documet, Rafael realiza la mencionada clasificación. En “*El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*”. Revista de Derecho Penal No. 104. Bogotá: 2017. Pag. 139.

concepción ya desarrollada, es decir, la confianza de la sociedad a la Administración, dado que si esta última proyecta una correcta imagen o prestigio intachable, que duda cabe que los ciudadanos tendrán confianza en ella. No es de recibo considerar que una Administración que no proyecta prestigio, inspire confianza a la ciudadanía.

2.1.3.2 El bien jurídico intermedio espiritualizado.

Asimismo, la dogmática penal ha recogido un concepto elaborado por juristas, cuya construcción data de varios años atrás. Schunemann¹³⁸ refiere que es la realidad social la que finalmente ha construido determinados bienes jurídicos cuya lesión presenta un desvalor propio. En palabras de la profesora Fernández, para la imposición legítima de un castigo penal no basta con la simple infracción de un determinado dispositivo legal, sino que, además, debe producir un efecto que pueda calificarse como perjudicial para la convivencia social externa¹³⁹.

2.1.3.3 Los deberes del cargo de la función pública.

Podríamos decir que este bien jurídico se elabora desde una óptica interna de la Administración. Esta vertiente pretende esbozar el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública, como la fidelidad al Estado o el deber del funcionario en

¹³⁸ Fernández Cabrera, Martha. "La Corrupción en la Función Pública. El Delito de Negociaciones Prohibidas". Editorial Tirant lo blanch. Valencia: 2018. Pag 71

¹³⁹ Fernández Cabrera, Marta. "A vueltas con la función político criminal del bien jurídicos". Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/53391>. Pag. 178.

su cargo público. De acuerdo con esta concepción, los delitos de infracción de deber constituyen básicamente una deslealtad o “traición” en contra del Estado y su estructura. Lo que plantea esta teoría es reducir el fundamento de punición de estos delitos a un incumplimiento de los deberes administrativos que se le imponen en el ejercicio del cargo¹⁴⁰.

En este orden de ideas, podemos decir también que esta corriente permitió afirmar a cierto sector de la doctrina que el punto de convergencia entre todos los delitos cometidos por funcionarios públicos era únicamente el mero quebrantamiento de ciertos deberes del cargo¹⁴¹, motivo por el cual se solía decir que el bien jurídico a proteger era finalmente el correcto o fiel desempeño de las funciones del cargo¹⁴².

No compartimos del todo esta postura, por dos temas puntuales. En primer término, consideramos que los deberes del cargo no deben ser conceptualizados como bien jurídico, debido a que la infracción de un deber del cargo no justifica la intervención del derecho penal, dado que, en nuestra opinión, es un concepto no solo amplio y gaseoso, sino que, además, si se toma esta concepción, también tendríamos que incluir a las infracciones administrativas. Es decir, todo trabajador público se encuentra en un vínculo especial con la Administración, siendo que la conducta de aquel se ve limitada -o, mejor dicho, regulada- por esta última.

¹⁴⁰ Chanjan Documet, Rafael. “*El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación en los delitos vinculados a la corrupción pública*”. Recuperado de la siguiente dirección electrónica: [Vista de El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública \(uexternado.edu.co\)](#). Pág. 139.

¹⁴¹ Rodríguez Puerta, María José. “*El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios públicos*”. Editorial Aranzadi. Madrid: 1999. Pág. 25.

¹⁴² Fernández Cabrera, Martha. “*La Corrupción en la Función Pública. El Delito de Negociaciones Prohibidas*”. Editorial Tirant lo blanch. Valencia: 2018. Pág. 47.

Pero ello no ocurre solo en los delitos, sino también en las faltas administrativas o inconductas funcionales. Aun si el lector del presente trabajo de investigación sostendría que esta relación especial entre el funcionario y la Administración solo se ve afectada con la comisión de algún delito, de todas maneras, en nada nos ayudaría en miras a encontrar el bien jurídico de cada delito previsto en nuestro ordenamiento jurídico, relativo a los cometidos por funcionarios públicos.

2.1.4 Toma de postura.

El lector se dará cuenta, en los párrafos siguientes, que nuestra posición difiere de lo que la doctrina tradicional ha tratado de esbozar en relación al bien jurídico en los delitos cometidos por funcionarios públicos, ante la Administración Pública. No es nuestra intención realizar una construcción dogmática en este acápite acerca de lo que consideramos como realmente el bien jurídico -en este caso, en el delito de Patrocinio Ilegal objeto de estudio-, pero hasta este punto, si es que seguimos este estudio clásico de separación entre bienes jurídicos genéricos (o categoriales) con bienes jurídicos específicos, consideramos que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública el concepto que más se acerca a lo que entendemos por bien jurídico.

Y son los bienes jurídicos específicos (u objeto del bien jurídico) los que nos pretenden dar una respuesta acerca de lo que realmente se estaría protegiendo en cada uno de los delitos previstos contra la Administración Pública. Desde luego que

el lector es libre de optar por la posición que mejor se acomode a su pensamiento; sin embargo, en este punto, consideramos que lo elaborado por la doctrina dominante cuenta con un nivel superior de análisis, a comparación con las otras formas de entender el bien jurídicos en esta clase de delitos.

2.2 El bien jurídico en el delito de patrocínio ilegal.

Como ya lo hemos señalado, la doctrina dominante suele diferenciar entre bien jurídico genérico (o categorial) con el bien jurídico específico (u objeto del bien jurídico). El delito de Patrocínio Ilegal, entonces, buscaría proteger, en primer término, el correcto y buen funcionamiento de la Administración Pública. Ahora bien, en relación a cuál sería el bien jurídico específico, para nosotros se puede decir que son tres los que (bajo esta óptica de “específicos”) pueden ser admisibles, a saber: la imparcialidad en la Administración Pública, la imparcialidad en la toma de decisiones y finalmente, el prestigio y buen nombre de la Administración, siendo que, luego de poner en relieve el alcance de estos tres, precisaremos cual sería, en nuestra opinión, el verdadero bien jurídico protegido en el presente delito materia de estudio.

2.2.1 La imparcialidad en la administración pública.

Este acápite puede parecer idéntico al inmediato posterior; sin embargo, creemos que existe una sutil pero no menor diferencia. Todos los justiciables esperamos tener las mismas oportunidades cuando acudimos a la Administración Pública en búsqueda de tutela efectiva. No obstante, lamentablemente en algunos casos, una

de las partes inmersas en un determinado proceso (de cualquier naturaleza, sea civil, comercial, penal, etc.) cuenta con alguna ventaja, y esta ventaja se debe a que un funcionario público se ha puesto “de lado de” aquella.

No nos estamos refiriendo necesariamente al trabajador público que pretende apoyar la causa de un justiciable sea quien tenga en su poder dicho asunto. Para nosotros, este bien jurídico específico es más amplio. Y decimos que el ámbito de aplicación es más extenso, dado a que nuestros referentes en los delitos de infracción de deber han sido cuidadosos al señalar que, en el delito de Patrocinio Ilegal, el bien jurídico específico es simplemente la “imparcialidad en la Administración Pública”. Así, Salinas¹⁴³ refiere que el bien jurídico específico lo comprende “el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la Administración Pública”. De la misma manera, Rojas¹⁴⁴ sostiene que es la imparcialidad el bien jurídico específico que se pretende proteger, siendo que se busca que los poderes e investiduras que la Administración otorga a sus agentes no sean empleados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar de forma indebida.

2.2.2 La imparcialidad en la toma de decisiones en la administración pública.

Como bien dijimos, este bien jurídico podría ser sujeto a confusión con el anterior. No obstante, debemos poner en relieve que el presente se centra en resguardar que el sujeto que tiene bajo su cargo una determinada función, la utilice para favorecer a una de las partes (o a un tercero en general). A fin de que se observe esta diferencia, para fines didácticos mencionamos al delito de Cohecho (cualquiera de

¹⁴³ Salinas Siccha, Ramiro. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pag.395

¹⁴⁴ Rojas Vargas, Fidel. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Grijley. Lima: 2002. Pag. 434

sus formas). En este delito, bajo la perspectiva de división tradicional de bienes jurídicos, lo que se pretende evitar es que un trabajador público, que tiene cierta capacidad de decidir o influir, lo haga en desmedro de una de las partes.

De este modo, Salinas¹⁴⁵ en esa oportunidad nos dice que el bien jurídico -*específico*- en el delito de Cohecho Pasivo -*Propio e Impropio*- es, entre otros, la imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones. Asimismo, en cuanto al delito de Cohecho Pasivo Específico, el bien jurídico que se pretende proteger, igualmente, es el desenvolvimiento de las funciones, en cuanto las decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias¹⁴⁶. Finalmente, el citado autor señala en el delito de Cohecho Activo Genérico el mismo bien jurídico -*específico*- que los antes mencionados, sosteniendo además que la finalidad es que, los trabajadores públicos al momento de desarrollar sus funciones, las realicen con total imparcialidad¹⁴⁷. El profesor Rojas¹⁴⁸ tiene el mismo criterio para todos los delitos comprendidos dentro del rubro de corrupción de funcionarios.

En otras palabras, podemos colegir que existe diferencia entre estos dos últimos bienes jurídicos, dado que en el primero (la sola imparcialidad) se busca resguardar el uso del cargo público, evitando que éste sea usado al servicio de una de las partes inmersas en una determinada causa. El segundo, la “imparcialidad en la toma de decisiones” implica que el funcionario o servidor público deben mantenerse al margen de cualquier intromisión que pueda ocurrir en la resolución de un asunto sometido a su competencia.

¹⁴⁵ Salinas Siccha, Ramiro. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pag. 605.

¹⁴⁶ Salinas Siccha, Ramiro. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pag.621.

¹⁴⁷ Salinas Siccha, Ramiro. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Iustitia. Lima: 2019. Pag. 647.

¹⁴⁸ Rojas Vargas, Fidel. “*Delitos contra la administración pública*”. Editorial Grijley. Lima: 2002. Pags. 647.

2.2.3 El prestigio y buen nombre de la administración pública.

Finalmente, esta postura considera que el comportamiento irregular del trabajador público constituiría, entonces, un atentado contra el prestigio que toda la administración debería tener hacia sus administrados¹⁴⁹. Es decir, considerar al prestigio, dignidad o buena imagen de la administración pública sería el eje principal de lo que estos delitos de infracción de deber pretenden proteger, siendo que los delitos funcionariales deben ser perseguidos y sancionados en tanto que trastocan la reputación de la administración pública¹⁵⁰.

2.2.4 Los Sistemas Administrativos según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley No. 29158).

2.2.4.1 Cuestión Previa.

Es en este subcapítulo en donde nos apoyamos a fin de dar respuesta a qué es lo que se debe entender por bien jurídico en el delito de Patrocinio Ilegal. En primer lugar, debemos definir qué es un Sistema, en el sector público. De acuerdo con el artículo 43° de la Ley No. 29158, significa un conjunto de principios, normas,

¹⁴⁹ Chanjan Documet, Rafael. "El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación en los delitos vinculados a la corrupción pública". Recuperado de la siguiente dirección electrónica: [Vista de El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública \(uexternado.edu.co\)](http://uexternado.edu.co). Pag. 139

¹⁵⁰ Chanjan Documet, Rafael. "El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación en los delitos vinculados a la corrupción pública". Recuperado de la siguiente dirección electrónica: [Vista de El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública \(uexternado.edu.co\)](http://uexternado.edu.co). Pag 139

procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los poderes del Estado, pudiendo ser dividido en dos: Sistema Funcional y Sistema Administrativo, teniendo este último por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso.

A través de los sistemas administrativos *-que están presentes en la estructura orgánica de todas las entidades del sector público-* se busca mejorar el funcionamiento de la burocracia estatal, para lograr con eficiencia y eficacia que las metas planteadas por cada entidad se cumplan con total cabalidad¹⁵¹.

En este orden de ideas, Guzmán señala que la finalidad de los sistemas administrativos es regular la utilización de los recursos en las entidades de la Administración Pública, promoviendo la eficacia en su uso, afectando directamente su gestión administrativa. Por ello, los sistemas administrativos están determinados taxativamente por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, no pudiendo crearse otros sin que la citada norma sea modificada¹⁵².

2.2.4.2 El Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

Este Sistema se encuentra previsto en el inciso 9) del artículo 46° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Debemos precisar, en primer término, que el Estado requiere del servicio de profesionales para asesorarse en determinadas causas que puedan

¹⁵¹ Martínez Trelles, Anthony. *“Manual de los Sistemas Administrativos del Sector Público”*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima: 2015. Pag.15.

¹⁵² Guzmán Napuri, Christian. *“Manual del procedimiento administrativo general”*. Editorial Instituto Pacífico. Lima: 2013. Pag. 112.

ocurrir, dependiendo de las relaciones que este tenga en cuanto a un determinado sujeto¹⁵³. Son los procuradores públicos los que, por excelencia, representan al Estado para tales fines, debiéndose tener en cuenta que el Estado ejerce su defensa jurídica en el ámbito local, nacional e internacional.

Conforme a la normativa en análisis, este sistema es el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos, estructurados e integrados funcionalmente mediante los cuales los procuradores públicos (y demás funcionarios o servidores públicos) ejercen la defensa jurídica del Estado¹⁵⁴. Así, la doctrina define a este Sistema como la estructura orgánica y ordenada encargada de orientar, supervisar y establecer la política general de la defensa de los intereses del Estado¹⁵⁵. Por “interés estatal” podemos entender al conjunto de objetivos vitales que se persiguen en el seno de una sociedad y que buscan alcanzar el mayor desarrollo, teniendo como característica principal que los objetivos o finalidades deben ser públicos y de interés general para todos los ciudadanos¹⁵⁶.

Finalmente, podemos decir que este Sistema tiene por finalidad la de fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional y supranacional, en sede judicial, militar, arbitral, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza.

¹⁵³ Martínez Trelles, Anthony. *Manual de los Sistemas Administrativos del Sector Público*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima: 2015. Pág.223.

¹⁵⁴ Art. 4 del Decreto Legislativo No. 1326, cuerpo normativo que regula específicamente el Sistema de Defensa Jurídica del Estado. Le da la nomenclatura “jurídica” a dicho Sistema.

¹⁵⁵ Roel Alva, Luis. *Los procuradores públicos en nuestro Estado de Derecho*. En: Revista jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado No. 03. Lima: 2014.

¹⁵⁶ Martínez Trelles, Anthony. *Manual de los Sistemas Administrativos del Sector Público*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima: 2015. Pág. 228.

2.2.5. Toma de postura personal sobre el bien jurídico protegido en el tipo previsto en el artículo 385° del Código Penal.

Por todo lo expuesto, debemos precisar lo siguiente. A nuestro criterio, no puede decirse que el bien jurídico está dividido en dos, genérico y específico, ya que se suele decir -reiteramos- que el genérico es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública y ello no es exacto, fundamentalmente por tres motivos: el primero, como bien lo hemos señalado precedentemente, dicho concepto “administración pública” es muy amplio y gaseoso. El segundo, porque esta función no tiene una clara definición como sí la tiene la función legislativa y judicial, tanto es así que se solía usar el criterio en “negativo” para definir la Administración, esto es, todo aquello que no era legislar o juzgar, constituía administrar. En tercer lugar, esta función comprende un cúmulo de actividades (de policía, prestacional, etc.) y, si se dice que el bien jurídico -genérico- es el correcto funcionamiento de la Administración, se estaría diciendo en cierta forma que toda esa organización grande, abstracta, gaseosa y no definida se estaría afectando.

En este orden de ideas, no podemos decir tampoco que existe un bien jurídico específico. Ya que, si descartamos el bien jurídico genérico, no podría hablarse de uno “específico”. No obstante, aun sin descartar este bien jurídico categorial, es complicado determinar el bien jurídico específico en cada uno de los delitos, dado que la mayoría de los delitos (contra la Administración) puede afectar el mismo bien jurídico “específico”. Entonces, la pregunta que nos debemos hacer es si los operadores jurídicos realmente están identificando el bien jurídico –“específico”- en

cada caso en concreto o, por el contrario, solo están “memorizando” lo que los juristas tradicionales han desarrollado.

Como bien lo señala Roxin¹⁵⁷, una de las objeciones más frecuentes que se suelen hacer contra el concepto de bien jurídico (en este caso, “específico”) es su indefinición y su imposibilidad para enumerar detalladamente todas las realidades que pueden ser catalogadas como tal. Dicha categorización de bien jurídico “específico” puede abarcar todas las posibilidades de infracción penal, no siendo entonces fácilmente identificable cual sería ese bien jurídico “específico” en cada delito determinado.

Para nosotros, el bien jurídico a proteger es el Sistema de Defensa Jurídica del Estado. Y ello en razón de que, si el Estado nombra a profesionales para que lo representen en determinados conflictos, procurando salvaguardar los intereses estatales, en el delito de Patrocinio Ilegal ocurre exactamente lo contrario.

En otras palabras, podemos desdoblarse la estructura del Sistema de Defensa Jurídica en los siguientes términos: Designación de profesionales (es decir, un determinado sujeto pasa de ser una persona con algún trabajo o función privada a tener una

¹⁵⁷ Roxin, Claus. Citado por Fernández Cabrera, Marta en “A vueltas con la función político criminal del bien jurídicos”. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/53391>. Pag. 180.

función pública) y, por otro lado, luego de dicha designación, la labor de esta es que dichos trabajadores (ahora públicos) salvaguarden los intereses del Estado.

En el delito de Patrocinio Ilegal, también podemos ver esta bifurcación: en primer lugar, al ser un delito de concusión, la esencia del mismo se caracteriza en el abuso desmedido del cargo, posición que el propio Estado le asignó a este (ex) particular. En segundo término, estos trabajadores (ahora) públicos, defienden intereses particulares, en desmedro de los intereses del Estado. Esta defensa ilegal que hace el funcionario puede ser defendiendo a un particular contra el propio Estado (por ejemplo, en la vía Penal) en donde se evidencia con mayor énfasis que defender al privado necesariamente va en desmedro de los intereses del Estado.

Pero también el agente puede defender al privado en contra de otro privado (por ejemplo, en la vía civil), en donde el funcionario o trabajador público necesariamente usa su cargo (generalmente, presionando a otro) evidenciándose así que esta conducta también va en contra de los intereses del Estado.

Consideramos del mismo modo que no es necesario que quien realice el artículo 385° del Código Penal sea un procurador o abogado de profesión, basta que una persona, nombrada por el Estado, ejerza acciones de patrocinio contrario a los intereses del Estado. Y decimos que no necesariamente el agente debe ser abogado, ya que si tenemos en cuenta esta bifurcación del Sistema analizado (nombramiento de una persona como funcionario y defensa por parte de ésta a los

intereses del Estado), basta entonces que el agente sea nombrado por el Estado y que realice actos de defensa contrarios a los intereses de este último.

Un funcionario o servidor público puede realizar actos de patrocinio jurídico, en donde evidentemente se advertiría que dicho agente es abogado de profesión. Pero también, no necesariamente los actos que implican una transmisión de conocimientos jurídicos constituyen el acto de patrocinio de intereses previsto en el artículo 385° del Código Penal, sino también los actos que, sin tener contenido jurídico, buscan salvaguardar intereses privados, simulando a una “gestión de intereses”.

Si el Sistema analizado tiene el nombre de “Defensa Jurídica”, ello implica entonces que los trabajadores nombrados por el Estado para dicha labor deben realizar actos propios de la abogacía. Entonces, a fin de entender qué son actos de abogacía, debemos remitirnos al Código de Ética del Abogado, en donde se señala que la gestión de intereses *-en otras acciones desde luego-* es un acto propio del abogado.

Por supuesto que, siendo el Sistema de Defensa Jurídica un aparato formal, ciertamente los profesionales que deberían realizar las labores propias de un letrado son precisamente los abogados. No obstante, no podemos obviar que, si bien es cierto una persona no letrada no puede realizar actos de defensa de contenido jurídico dado el desconocimiento de ella en la materia, también es cierto que esta persona sin formación jurídica puede fungir de gestor de intereses.

Conforme lo hemos señalado anteriormente, los bienes jurídicos colectivos tienen como sustento la conocida teoría del “Contrato Social”. No es nuestra intención realizar un recorrido acerca de la evolución de esta construcción teórica¹⁵⁸, pero podemos resumir básicamente en que la esencia de un Estado que pretende vivir civilizada y democráticamente (o, al menos, intentar hacerlo) tiene como sustento el acuerdo entre los habitantes de un territorio determinado, el cual les permite paz y protección, en defensa común de los contratantes o habitantes¹⁵⁹.

En este orden de ideas, qué duda cabe que los Sistemas Administrativos, creados por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, son una clara muestra de este contrato social. Como recordaremos, la referida Ley Orgánica fue creada mediante Ley No. 29158, esto es, fue promulgada por el Congreso de la República, Poder del Estado que personifica por excelencia la representación de la nación de un Estado. Por este motivo, a nuestro criterio, no hay inconveniente alguno en aceptar que, si la teoría de los bienes jurídicos colectivos tienen como base la concepción del Contrato Social, este Sistema de Defensa Jurídica del Estado emana a raíz de tal concepto.

2.3 El principio de Mínima Intervención en el delito previsto en el artículo 385° del Código Penal: ¿Subsidiaridad o fragmentariedad?

Resulta necesario recordar que nuestro ordenamiento jurídico penal establece ciertos límites a la potestad punitiva del Estado. La potestad Estatal de castigar las conductas lesivas no puede ejercerse de forma irrestricta, de manera tal que no es posible que el

¹⁵⁸ Desde Hobbes, Locke y Rousseau.

¹⁵⁹ Chanamé Orbe, Raul. “*Comentarios a la Constitución*”. Jurista Editores. Lima: 2009. Pag. 269.

Estado optimice al máximo el objetivo perseguido con la pena, al extremo de caer incluso en una situación de “terror al Derecho Penal”, por ello, es que es necesaria la observancia de un conjunto de principios o garantías que limiten el ejercicio de la facultad punitiva. De este modo, el artículo IV del Título Preliminar de nuestro código Penal señala que la pena precisa, necesariamente, de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

Es preciso mencionar ello, dado que, en nuestros subcapítulos anteriores, hemos abordado lo concerniente al bien jurídico y cual sería, a nuestro criterio, el que el delito en análisis pretendería proteger. No nos vamos a detener a desarrollar este principio de manera profunda y exegética dado que no es el propósito del presente trabajo; sin embargo, sí debemos decir que el principio implica que el Derecho penal solo debe intervenir en situaciones en donde se afecten bienes jurídicos, apreciándose dos subprincipios: Fragmentariedad y Subsidiariedad.

El primero, dice Bramont-Arias¹⁶⁰, implica que el Derecho penal no protege todos los bienes jurídicos de la sociedad, sino sólo los más importantes, dado que si nuestro ordenamiento penal interviniese en todas las situaciones en donde emergen determinados conflictos, se correría el riesgo de paralizar la actividad social y económica del país. El segundo, señala el referido autor, consiste en que el Derecho Penal es el último medio de control formal al cuál debe recurrir la sociedad, este debe intervenir únicamente cuando otros medios de control hayan fracasado¹⁶¹.

¹⁶⁰ Bramont - Arias Torres, Luis. “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”. Editorial EDDILI. Lima: 2008. Pag.89

¹⁶¹ Bramont - Arias Torres, Luis. “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”. Editorial EDDILI. Lima: 2008. Pág. 91

Creemos que, en el presente caso, el subprincipio que se observa con mayor claridad es el de subsidiariedad (o última ratio). Y decimos ello en mérito a que sí existen otras formas de control social para hechos semejantes. Siguiendo a Rojas¹⁶², el Estado cuenta con un aparato o entidad que ejerce funciones de control, con una serie de normativa orientada a resguardar la Administración. Agrega el citado autor que el derecho penal, como medio de control conminatorio y represivo es un mecanismo fragmentario de actuación, esto es, significa un último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable para la administración.

En este orden de ideas, como bien señalamos en el presente trabajo, la Ley de la Carrera Fiscal establece como prohibición el hecho de que un Fiscal ejerza la defensa de particulares. De igual manera, es necesario traer a colación lo señalado por inciso 1 del artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual estipula la prohibición de los magistrados de ejercer la defensa, pública o privada, salvo los casos señalados por el referido cuerpo legal¹⁶³.

Es decir, en cualquiera de ambos casos, si estos trabajadores públicos fungen como abogados defensores de causas privadas, la oficina de Control Interno le inicia proceso

¹⁶² Rojas Vargas, Fidel. *“Delitos contra la administración pública”*. Editorial Grijley. Lima: 2002. Pág.8

¹⁶³ Decreto Legislativo No. 767 – Ley Orgánica del Poder Judicial.

disciplinario, quedando en decisión de la Junta Nacional de Justicia (ex CNM) la sanción a imponer¹⁶⁴.

No obstante, este hecho no es un Patrocinio Ilegal. Al menos, no necesariamente. Como hemos visto, este delito tiene otra característica: la valía del cargo. Nuevamente, reiteramos que, lo que dota finalmente de ilicitud al acto de patrocinio (sea cual sea la forma de este), es el uso excesivo de la calidad de funcionario o servidor público. Entonces, el legislador ha optado por sancionar administrativamente el solo acto de defender a un particular por parte del trabajador público, pero dicha sanción administrativa no contempla el uso abusivo del cargo.

En otras palabras, se ha considerado que, el hecho que un trabajador público sea abogado (encubierto) de un particular, es una conducta que puede ser regulada y eventualmente, castigada, de manera suficiente con el derecho Administrativo. No obstante, por alguna razón no se ha incluido el supuesto del delito de Patrocinio Ilegal. Sería ligero afirmar que existe un error y que la norma administrativa regula lo mismo que el artículo 385° del Código Penal. Por el contrario, consideramos acertado que se haga una diferencia entre poner conocimientos jurídicos al servicio de un particular y que ello tenga una sanción administrativa, y otra, muy diferente, es la conducta delictual del agente (quien utiliza su cargo para ello), no siendo suficiente, por consiguiente, la regulación administrativa para este segundo hecho.

¹⁶⁴ En el caso de defender a un privado, según el inciso 4 del artículo 47 de la Ley de la Carrera Fiscal, es considerado como falta muy grave. Según el artículo 50 de ese mismo cuerpo normativo, las faltas muy graves pueden ser sancionadas con seis (06) meses de suspensión o destitución.

A nuestro criterio, la valía del cargo es lo que dota de ilicitud o de relevancia penal al acto de patrocinio, ello debido a que se vulnera la imparcialidad del Sistema de Defensa Jurídica, que debe ser preservada y salvaguardada por los funcionarios públicos.

2.4 Límites a la interpretación de la ley penal: El fin de protección de la norma y la prohibición de la aplicación de la analogía "*in malam partem*".

Debemos ser claros en precisar lo siguiente: para nosotros, la correcta interpretación del delito de patrocinio ilegal nos va a permitir resolver diversos problemas, se evitarán impunidades, así como también se evitará condenas injustas en contra de trabajadores públicos, los cuales se pueden ver afectados por la imposición de una pena correspondiente a otro delito.

Lamentablemente, en nuestro sistema judicial (y fiscal) aún existen vestigios de sistemas inquisitivos que no deberían perdurar y que, aún no se han visto superados. Muchas veces la práctica nos hace ver que un trabajador público ha podido realizar una acción ciertamente reprochable, pero no subsumidas en los delitos más comunes contra la Administración Pública. Y ello hace que, los operadores jurídicos, realicen interpretaciones que no se ajustan a nuestro ordenamiento a fin de "hacer justicia" y que dicho funcionario o servidor público "reciba una condena".

Y es aquí en donde nuestro tipo penal, previsto en el artículo 385° del texto sustantivo, debe adquirir mayor protagonismo: no se trata de sancionar a un trabajador público porque su conducta “parece un determinado delito”. No es nuestra intención, tampoco, decir que el delito de Patrocinio Ilegal es un tipo subsidiario o un “cajón de sastre”, en donde si no se cumplen con todos los elementos objetivos de un determinado tipo penal, entonces automáticamente estamos frente al delito de Patrocinio Ilegal. Ello es falso. Un hecho atípico resulta ser ello, una conducta que no merece reproche penal, nuestra intención es dotar de autonomía al presente tipo penal.

Sin embargo, es el caso que, en la casuística, nos enfrentamos *-generalmente-* con hechos que si bien es cierto no se subsumirían dentro de lo previsto en un determinado dispositivo legal, también es cierto que dichas conductas sí se encontrarían inmersas dentro del Patrocinio Ilegal. Y ello en virtud de que no es poco frecuente que un trabajador público, por realizar favores a particulares¹⁶⁵ (sin necesidad de que necesariamente medie un elemento corruptor), realice conductas no solo reprochables desde el punto de vista ético, sino que, además, casi siempre, estos favores se asemejan a una gestión de intereses. No decimos tampoco que el agente no realice actos de defensa jurídica en favor de un tercero particular, pero no podemos afirmar que estos actos son los únicos o que son los que ocurren generalmente. Es más, para nosotros, el funcionario o servidor público generalmente realiza “ayudas” o “favores” sin realizar una exposición dogmática del asunto hacia otro trabajador público. Sería osado decir también que estos favores siempre son remunerados.

¹⁶⁵ Las intenciones que se encuentran dentro de la psiquis de un sujeto, su fase interna, no es relevante para el Derecho Penal.

A lo mucho, podemos decir que dichos favores obedecen a cierta expectativa del agente tener un favor devengado a futuro por parte del patrocinado o interesado. Ello no puede ser calificado como un delito de corrupción, mientras dicho deseo del funcionario no sea exteriorizado, condicionado, recepcionado y aceptado por otro sujeto a fin de formar una relación de compraventa de la justicia.

Entonces, luego de lo expuesto, surge la siguiente pregunta. ¿Todos los actos realizados por un trabajador público, orientados a salvaguardar intereses privados, son conductas que podemos entenderlas como patrocinio ilegal? Antes de dar la respuesta, debemos tener en claro lo que siempre deberíamos tener como punto de partida para cualquier análisis u operación intelectual destinada a interpretar o desentrañar un determinado significado o alcance de la norma, y esto es saber qué es lo que la norma penal pretende regular.

Es común encontrar en doctrina autorizada que para la configuración de la imputación objetiva *-del resultado-* es necesario identificar que el resultado generado se halle presente en el tipo penal, debiendo estar comprendido dentro del fin de protección de la norma penal donde se va a prever las conductas reprochables penalmente¹⁶⁶. De igual modo, se suele decir que el resultado producido pertenece a la clase de aquellos resultados que la norma que prohíbe el riesgo busca impedir, siendo que este principio coadyuvará a determinar qué resultado causalmente vinculado a la conducta prohibida puede imputársele objetivamente al agente.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Villavicencio Terreros, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Editorial Grijley. Lima: 2006. Pág. 333.

¹⁶⁷ García Caverro, Percy. "Derecho Penal Parte General". Editorial Jurista Editores. Lima: 2012. Pag. 452

Pues bien, en nuestras palabras, podemos decir que este principio generalmente se ha usado para determinar si el resultado de una conducta finalmente es atribuible o no a la persona que supuestamente realizó el delito. Ello es correcto; sin embargo, resulta insuficiente. Y ello en razón de que precisamente “el fin de protección de la norma” es el punto de partida para saber la “*ratio legis*” de un determinado dispositivo, sin necesidad de que el resultado se haya o no realizado.

Es decir, qué duda cabe que, en la realidad, existen conductas que aparentemente abarcarían todos los elementos constitutivos de un delito. Pero es la afectación al bien jurídico, es la esencia de la norma que pretende regular o proteger un determinado interés valioso, lo que nos dirá finalmente si dicha conducta *-aparentemente lesiva para el Derecho Penal-* realmente merece sanción penal. Es por este motivo que el profesor Hurtado Pozo¹⁶⁸ elaboró con amplio criterio el concepto de “reducción teleológica”, siendo a nuestro criterio una suerte de vertiente de fin de protección de la norma.

Al bien jurídico le son reconocidas ciertas funciones dogmáticas, como las de servir de criterio de sistematización e interpretación de los tipos penales¹⁶⁹. Como bien lo señala el profesor Lascuraín¹⁷⁰, el bien jurídico precisa el motivo principal de la coacción, al expresar el objeto afectado por las conductas que suponen una amenaza y cuya protección es el fin del dispositivo legal, creado precisamente para evitarlas. Siguiendo

¹⁶⁸ Hurtado Pozo, José. “Manual de Derecho Penal”. Editorial EDDILI. Lima: 1987. Pag. 91.

¹⁶⁹ Fernández Cabrera, Marta. “A vueltas con la función político criminal del bien jurídicos”. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/53391>. Pag. 174.

¹⁷⁰ Lascuraín Sánchez, Juan. “Bien Jurídico y objeto protegible”. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2863873>. Pag. 127.

al citado profesor, acudir a dicho concepto como pauta de interpretación ayuda a desentrañar el significado de las palabras de una determinada norma penal y, además, para saber el alcance de aquella a fin de conocer las conductas incluidas en dicha redacción típica y cuales no lo están; el bien jurídico de un dispositivo sirve para “dibujar los contornos de la misma allí donde sus palabras lo ha dejado borroso”¹⁷¹.

Por un lado, debemos determinar si el resultado ya acontecido es atribuible o no al supuesto autor, evaluando la causalidad de su conducta. Por otro lado, se busca determinar que conducta se encuentra comprendida en un determinado tipo penal, a pesar de que aparentemente puedan concurrir todos sus los elementos constitutivos. En ambos casos, se busca evaluar si el dispositivo legal logra englobar una determinada acción.

Entonces, y a fin de dar respuesta a la pregunta que hicimos en párrafos precedentes¹⁷², debemos ponernos en dos escenarios, dependiendo del bien jurídico por el cual el lector se decante. El primero de ellos, es nuestra propuesta, siendo el bien jurídico protegido el Sistema de Defensa Jurídica del Estado. Como bien vimos, si precisamente este sistema designa a profesionales, para que los mismos salvaguarden los intereses del Estado, en el delito de Patrocinio Ilegal precisamente determinados sujetos son nombrados por el Estado, y los mismos, utilizando esta función asignada, salvaguarda los intereses de particulares (entonces, contrarios a los intereses del Estado), podemos

¹⁷¹ Lascurain Sánchez, Juan. “*Bien Jurídico y objeto protegible*”. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2863873>. Pag. 128

¹⁷² Es decir, si todos los acos orientados a salvaguardar intereses de particulares constituyen un “patrocinio”.

decir que no toda defensa de intereses se encuentra comprendida en el ámbito de la norma penal.

Queremos decir que un trabajador público puede gestionar intereses de un particular, y no necesariamente va a afectar este bien jurídico: se debe analizar, por ejemplo, si dicha conducta obedece a la utilización de la función asignada. En un segundo escenario, el lector puede seguir tomando en cuenta lo desarrollado por la tradicional doctrina en cuanto al bien jurídico específico, en este caso, la imparcialidad en la Administración Pública. Nuevamente, vemos un problema en esta definición, dado que, si un trabajador público pone al servicio de un particular sus conocimientos jurídicos, qué duda cabe que estaría afectado la imparcialidad en la Administración, pero no correspondería a lo que la norma penal pretende regular.

Luego de analizar ello, y como bien lo hemos señalado en el subcapítulo inmediato anterior, el ordenamiento jurídico coloca ciertos límites al *Ius Puniendi* del Estado, dado que sería imposible que el Derecho Penal pueda castigar todas las conductas realizadas por los ciudadanos de un determinado Estado.

De esta manera, uno de los principios que limitan el *Ius Puniendi* estatal - *denominados también “Principios reguladores del Control Penal”*- es el Principio de Legalidad, previsto en el Artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Penal¹⁷³. No es objeto del presente trabajo de investigación desarrollar con exhaustividad este principio; sin

¹⁷³ Con mayor exactitud, nuestro artículo IV del Código Civil señala la prohibición de la analogía, pudiendo aplicarse ello a nuestro sistema penal, además, en virtud de lo dispuesto por el art. IX del mismo texto legal.

embargo, es de conocimiento general que, dentro de este precepto, surge la prohibición de aplicar la analogía como técnica de interpretación -o, *mejor dicho, de "integración"*- de la norma. En otras palabras, no se pueden crear delitos por analogía (analogía *in malam partem*), siendo preciso señalar también que la interpretación analógica sí está permitido, siendo que, en este último caso, no se crea un delito, sino se extiende el supuesto cuando la ley lo permite¹⁷⁴ o cuando se crea una fórmula de libertad, favorable al procesado (analogía *in bonam partem*).

Mencionamos ello en razón de que, en párrafos precedentes, hemos señalado que debido a diversos motivos (desconocimiento de la norma, rezagos de un sistema inquisitivo, miedo a la presión mediática, etc.) nuestros operadores jurídicos confunden el patrocinio ilegal con otros previstos en el código penal.

Sin embargo, también existen situaciones en donde los mismos operadores jurídicos pretenden atribuir la calidad de delito a una conducta no reprochable penalmente, aunque tal vez cuestionada desde el punto de vista ético. Reiteramos y somos enfáticos en sostener que un hecho atípico es ello, no es que por estar ante la ausencia de uno o más elementos constitutivos, automáticamente estamos ante el delito de Patrocinio Ilegal. Como lo hemos desarrollado en el punto en donde hicimos referencia al reduccionismo teleológico, existen conductas que no son reprochables penalmente y mal haría el juzgador en querer sancionarlas.

¹⁷⁴ Bramont - Arias Torres, Luis. "*Manual de Derecho Penal, Parte General*". Editorial EDDILI. Lima: 2008. Pag.87

Como el lector puede observar, a lo largo del presente trabajo de investigación, hemos dicho que el elemento “patrocinar” de artículo 385° del Código Penal, puede significar “asesorar”, “defender”, o también simplemente salvaguardar intereses particulares, siempre y cuando estos estén dirigidos a la Administración Pública. Pues bien, como hemos mencionado, existen situaciones en donde el agente puede realizar cualquiera de estos comportamientos, y no merecer sanción penal.

Es común *-lamentablemente-* que algunos trabajadores públicos ejerzan el patrocinio de un sujeto privado, ante la Administración. Por ejemplo, aquel Juez que realiza un estudio de algún proceso de un particular, elabora informes, escritos, recursos impugnatorios, etc. y, además, existe la posibilidad que reciba honorarios por su “servicio profesional”. Es más, puede que el precitado Juez tenga prácticamente un Estudio de abogados en su casa u oficina particular en donde reciba a la clientela, y no necesariamente esta conducta se subsume dentro de lo que entendemos por Patrocinio ilegal. Por tratar de querer “hacer justicia”, el juzgador no puede sancionar a este trabajador público, aplicando el artículo 385° de nuestro código penal.

Hemos señalado que no es posible aplicar la analogía in malam partem, y en relación con este concepto, podemos citar al siempre referente en estos temas Rubio¹⁷⁵, quien nos enseña que dicho concepto es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia. Vea el lector como el citado profesor, con la experiencia que lo caracteriza, señala que el hecho

¹⁷⁵ Rubio Correa, Marcial. “El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”. Fondo Editorial PUCP. Lima: 2009. Página 264.

al cual se va a aplicar la consecuencia tiene una esencia similar al supuesto de hecho regulado. De la misma forma, Torres¹⁷⁶ indica que cuando entre dos hechos semejantes, uno regulado por la ley y el otro no regulado, existe identidad de razón, al hecho no regulado se le aplica por analogía la norma del regulado.

Entonces, no podemos negar que si un trabajador público, realiza todas las labores de un abogado defensor de un privado (inclusive, reiteramos, tiene una oficina privada en donde atiende a terceros), estaría realizando un hecho muy similar a lo que la norma en análisis plantea: el agente realiza actos de patrocinio, salvaguardando intereses privados, ante la Administración Pública. En este ejemplo, vemos que falta un elemento, el cual hemos venido desarrollando a lo largo de este trabajo, el uso desmedido, excesivo y abusivo del cargo.

El juzgador no puede señalar, en este ejemplo, que como el trabajador público está realizando una conducta que tiene casi todos los elementos constitutivos que el tipo exige, y además es evidente que se está afectando la “imparcialidad” en la Administración, entonces a dicha conducta le corresponde la sanción penal del Patrocinio Ilegal. Ello sería erróneo e iría en contra de todo nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁷⁶ Torres Vásquez, Aníbal. *Introducción al Derecho*. Teoría General del Derecho. Editorial Instituto Pacífico. Lima: 2019. Pag. 733.

Capítulo 3: Toma de postura: Propuestas y conclusiones.

3.1 Interpretación del elemento “se vale de”.

Como bien lo hemos mencionado, el delito de Patrocinio Ilegal se encuentra previsto dentro de los delitos denominados de “Concusión”, los cuales tienen como característica o nota esencial el aprovechamiento desmedido del cargo para satisfacer intereses ajenos a los del Estado. Dicho concepto coincide, además, con lo que hemos referido también en los párrafos precedentes: el delito de análisis es uno de medios determinados, esto es, el agente necesita de un instrumento comisivo para poder realizar la conducta típica (o, para ser más exactos, el verbo rector) que prevé, en este caso, el artículo 385° de nuestro Código Penal.

Colegimos entonces que, lo que dota de ilegalidad o de relevancia penal al hecho de que un funcionario o servidor público realice actos de patrocinio (sea de defensa, asesoramiento o simple gestión de intereses), es precisamente la valía del cargo. Somos enfáticos en sostener que no existe delito de patrocinio ilegal (y, por lo tanto, sería irrelevante determinar si se realizaron o no actos de patrocinio) si es que el agente no utilizó de forma indebida el cargo público, para realizar tales fines. Es de tal relevancia este concepto, que podemos decir también que, teniendo en cuenta que el Derecho Penal debe intervenir solo en casos imprescindibles, ahí donde otras ramas del ordenamiento no funcionan, la intervención de este es necesaria, por el siguiente motivo.

Como bien hemos precisado, el bien jurídico protegido por el este dispositivo legal propuesto por nosotros, es el Sistema de Defensa Jurídica del Estado. Esta valía del cargo, para patrocinar intereses ajenos a la Administración Pública, afecta severamente la imparcialidad que dicho sistema debe observar. No debe confundirse, desde luego, con la categorización (no del todo incorrecta, pero sí insuficiente) de bien jurídico genérico y específico, siendo que en varios delitos contra la Administración se suele decir que el bien jurídico específico que se afecta es la Imparcialidad de la misma, sino que este Sistema debería preservarse, cumpliendo un criterio de imparcialidad o neutralidad, pero es finalmente este concepto el interés superior a proteger.

3.2 Interpretación del elemento “patrocinio”.

El artículo 385° de nuestro Código Penal no es muy claro en relación a este concepto, no nos da luces para poder interpretar este tipo, a diferencia de otros preceptos normativos del mismo cuerpo legal. Sin embargo, como ya lo referimos, es la doctrina y la jurisprudencia las fuentes que han tratado de esbozar definiciones acerca de qué debemos entender por el elemento “Patrocinio”: ello se puede referir a actos de defensa o a actos de asesoramiento.

A nuestro criterio, es correcta esta definición, solo que es insuficiente. Como bien hemos dicho, el solo hecho de salvaguardar intereses de particulares (siempre valiéndose del cargo) por parte de un trabajador público, configuraría el elemento “patrocinio” del dispositivo legal precitado. Nuestra propuesta implica que, una forma de gestión de intereses (ejercida

de manera indebida, por supuesto) desde luego que también se subsume dentro de este elemento, solo que con ciertos filtros ya explicados en el primer capítulo del presente trabajo de investigación. Reiteramos una vez más que tampoco es nuestra intención sostener que, por el solo hecho de estar ante la ausencia de un elemento constitutivo de cualquier delito contra la Administración Pública, se convierte necesariamente, automáticamente, en Patrocinio Ilegal.

La ausencia de un elemento constitutivo de un determinado dispositivo es simplemente ello: la atipicidad de una conducta. El delito de Patrocinio Ilegal es, a nuestro criterio, un delito autónomo. Tal vez sí pueda configurarse dicho injusto ante la no concurrencia de elementos constitutivos de otros dispositivos legales de nuestro Código Penal, pero dicha conclusión debería ser obtenida luego de un análisis dogmático de la conducta considerada atípica (cuando se pretenda analizar otro delito) y no de manera automática.

3.3 Alternativa de solución a una posible problemática sobre las relaciones concursales en el delito de Patrocinio Ilegal.

Como bien se ha podido apreciar, el presente trabajo de investigación no versa acerca del tema concursal entre diversos dispositivos penales contemplados en nuestro Código Sustantivo. No obstante, como ya lo hemos referido, en la práctica es que se dan situaciones en donde el Ministerio Público (por diversos motivos) le atribuye a un determinado sujeto (en este caso, un empleado público) el delito de Patrocinio Ilegal con, casi siempre, otro delito previsto en el Libro contra la Administración Pública. Consideramos que finalmente, el

presente trabajo debería servir para solucionar un problema específico, que en este caso es dotar de contenido a qué es lo que debemos entender por “patrocinio”. Pero además de ello, existe un problema aún más general, el cual podemos resolver entendiendo el verdadero alcance del elemento “patrocinio”: determinar si toda ayuda o salvaguarda de intereses de particulares, por parte de un trabajador público, merece ser sancionado penalmente y, de ser el caso, cuál sería la sanción a aplicar.

Nos explicamos un poco más al respecto. Si bien es cierto en la casuística nos podemos encontrar con diversos supuestos que hagan que determinados delitos contra la Administración tengan un desarrollo dogmático (y posteriormente jurisprudencial), no es menos cierto que en la actualidad, en la mayoría de los casos, no existe mucho problema en entender qué es lo que debería considerarse como, por ejemplo, el delito de tráfico de influencias. El gran problema surge cuando el trabajador público realiza una conducta “parecida a un determinado delito” (por ejemplo, a un tráfico de influencias), y el operador jurídico trata de forzar una condena por una conducta que realmente no reviste las características que el determinado dispositivo legal exigiría.

Y ello puede hacer que se creen teorías y jurisprudencias que amplíen el tenor literal de la norma jurídica, a fin de poder “abarcar”, con dicho tipo penal, la mayoría de los casos acontecidos en la realidad. Por otro lado, qué duda cabe que ha habido situaciones en donde el trabajador público ha realizado una conducta delictual y el juzgador, aplicando e interpretando de forma correcta el delito atribuido por el ente persecutor, logra absolver a dicho agente, creando una situación (y sensación) de cierta impunidad. Ambas situaciones

se pueden evitar comprendiendo el delito de Patrocinio Ilegal, específicamente, qué entendemos por “Patrocinar”.

En estas cortas líneas que merece este apartado, no vamos a desarrollar extensas teorías acerca del siempre interesante tema del “concurso” y, sobre todo, del concurso aparente, situación que, lamentablemente, se podrían dar en este tipo de casos: se atribuyen dos delitos a un trabajador público, siendo uno de ellos el de Patrocinio Ilegal. Y el otro, cualquiera de los comprendidos dentro de la Administración Pública, generalmente el tráfico de influencias. Cuando en realidad, todo ese hecho podría resumirse en un solo gran suceso fáctico de Patrocinio Ilegal, pero no un “concurso” de leyes.

Como bien lo dijimos, el delito previsto en el artículo 385° del Código Penal tiene semejanza, sobre todo, con los delitos de Colusión, Tráfico de Influencias, Cohecho Pasivo Propio y Negociación Incompatible. Es por ello que, dado el desarrollo expuesto a lo largo de la presente tesis, podemos decir lo siguiente. El verbo “patrocinar” significa realizar actos de defensa o actos de asesoramiento, siendo que, en cualquiera de ambos casos, puede ser una conducta remunerada en favor del trabajador público, dado que en los delitos de “conculsión” (ubicación en donde se encuentra el Patrocinio Ilegal), no es indispensable una dádiva o ventaja. Y si lo hubiera, consideramos que no se convertiría en un delito de corrupción, debido a que este último tiene características propias.

Sin embargo, también llegamos a la conclusión que este patrocinio puede ser “gestionando” intereses de particulares, ante la Administración Pública. Las típicas comunicaciones

telefónicas o reuniones del trabajador público con otro funcionario del Estado, a fin de que el segundo pueda realizar un favor en relación a un caso de un tercero (quien está siendo patrocinado por el primero, en nuestro ejemplo), no necesariamente esta ayuda que realiza el agente tiene contenido jurídico, simplemente por una cuestión de amistad (usada excesivamente) o de presión, el agente puede tratar de direccionar la voluntad del funcionario que tiene a su cargo una determinada causa, y ello no implica que estaríamos frente a otro delito, sino que, es una modalidad de patrocinar intereses de particulares.

Pero para que este tipo de patrocinio, es decir, la “gestión de intereses ilícita” sea considerada como patrocinio ilegal, deben cumplirse con determinados filtros. En primer lugar, esa salvaguarda de intereses (que no tienen contenido jurídico) deben ser siempre a título gratuito, dado que, si el agente recibe alguna ventaja o promesa para “conversar” con el funcionario público que tiene a su cargo la causa del interesado, estaríamos frente al delito de tráfico de influencias.

Esta suerte de “gestión de intereses” por parte del agente, tampoco puede encontrarse dentro del marco de una contratación pública, pero con determinadas características. Si el agente forma parte de algún órgano de decisión del Estado dentro de un proceso de contratación y se colude con un *extraneus* a fin de que a este último se le adjudique una determinada obra, evidentemente no estaríamos frente al delito de Patrocinio Ilegal, sino frente al delito de Colusión, por más que se diga que el agente está utilizando su cargo para salvaguardar o gestionar intereses privados.

Ahora bien, puede ocurrir el caso que un funcionario público quiera gestionar intereses ante otro funcionario público que sí tiene a su cargo el poder de contratar dentro de un proceso de selección. Entonces bien, si este último accede a dicha solicitud y se colude con el *extraneus*, estaríamos entonces ante un supuesto de instigación al delito de Colusión. No obstante, si este funcionario público no logra acceder a lo solicitado por el agente, no podría hablarse de una Colusión y, por lo tanto, tampoco de una instigación a la Colusión. Sin embargo, en este escenario, consideramos que el agente sí estaría inmerso dentro del delito de Patrocinio Ilegal, dependiendo siempre de las características del caso en concreto.

En relación con el delito de Cohecho Pasivo Propio, debemos reiterar que este funcionario público que realiza el acto de patrocinio no debe tener vinculación directa con la causa a salvaguardar. Ya que, de hacerlo, podríamos estar ante dos escenarios: Si dicho agente contraviene sus funciones establecidas, a título gratuito, estaríamos únicamente ante la falta de imparcialidad que se le exige a todo trabajador público. Ahora bien, si dicho agente contraviene sus obligaciones a título oneroso, evidentemente estaríamos ante un Cohecho Pasivo Propio.

Finalmente, el agente no debe salvaguardar o gestionar intereses mediante un contrato u operación en razón de su cargo, dado que, de hacerlo, no estaríamos frente al delito de Patrocinio Ilegal, sino ante el delito de Negociación Incompatible (también llamado Interés Indebido).

Concluimos este apartado siendo enfático en lo siguiente. No debemos confundir entre supuestos hechos de concurso (en estos casos, generalmente, “aparente”) con el simple hecho de confundir tipos penales por la falta de estudio de uno de ellos, en este caso, del Patrocinio Ilegal. Así, el profesor Bramont-Arias¹⁷⁷ señala que el concurso aparente surge cuando el sujeto activo realiza una acción que podría, aparentemente, ser calificada en más de un tipo penal, existiendo para ello una serie de principios a fin de resolver el problema de apariencia concursal. Como bien señalamos en las primeras líneas de este apartado, no vamos a analizar cada uno de los principios dado que no es el objeto del presente trabajo de investigación; sin embargo, sí podemos decir que, conforme la doctrina mayoritaria, ninguno de los principios que se suelen utilizar para dar solución a este problema concursal, calzaría específicamente en el supuesto que se presenten dos o más delitos, entre ellos, obviamente, el Patrocinio Ilegal.

Ello obedece a que no debemos confundir conceptos. Esto es, por el simple hecho de no haber desarrollado de manera suficiente el delito en análisis (para ser más exactos, el significado de “patrocinio”) no vamos a concluir, entonces, que de presentarse supuestamente dos delitos (por ejemplo, Patrocinio Ilegal y Colusión) vamos a decir, por ejemplo, que es un concurso aparente y se debe resolver por el principio de especialidad. Ello no funciona así. Estos principios tienen características propias que deben analizarse en determinadas situaciones, pero de ninguna manera podrían operar si es que el verdadero problema es que no estamos entendiendo el alcance del artículo 385 del código penal.

¹⁷⁷ Bramont-Arias Torres, Luis. “Manual de Derecho Penal, Parte General”. Editorial EDDILI. Lima: 2008. Pág. 393.

Conclusiones

Primero, debemos decir que el *ius Puniendi* del Estado solo debe aparecer en situaciones muy concretas, y no hacer un uso excesivo o abuso de este y esto se puede lograr, en primer lugar, entendiendo e interpretando el alcance del elemento “patrocinio”.

En segundo lugar, podemos decir que el principio de legalidad es fundamental para tales fines, siendo que no basta con leer el tenor literal de la norma, sino que, además, podamos entender en dogmática que es lo que significa cada elemento de un tipo penal específico, en este caso, “valerse del cargo” implica un análisis acerca de lo que se entiende por un delito de “medios determinados”.

En tercer lugar, podemos advertir que, hasta el momento, solo existían dos formas de entender el alcance del elemento “patrocinio”. Como se ha mencionado tantas veces, la Casación 226-2012-Lima es la única que ha desarrollado que se entiende por este elemento constitutivo, esbozando dos conceptos para ello: actos de asesoramiento, o actos de defensa. Tal clasificación resulta acertada a nuestro criterio, pero (como también el lector puede darse cuenta), es insuficiente.

En cuarto lugar, el delito de Patrocinio Ilegal puede realizarse también gestionando intereses de particulares, sin necesidad de que dicha ayuda tenga un contenido de carácter jurídico, pero deben existir determinados filtros para que pueda concluirse ello. Y ello se

puede advertir del bien jurídico que proponemos, es decir, del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

En quinto y último lugar, el artículo 385° del Código Penal podría confundirse con otros tipos legales de nuestro código sustantivo, no obstante, luego de analizar los que más se pudiesen parecen, llegamos a la conclusión de que efectivamente el delito de Patrocinio Ilegal es un delito autónomo, con características propias que deben ser entendidas. En caso estemos ante la ausencia de un elemento constitutivo de un determinado delito, ello no convierte a la conducta automáticamente en Patrocinio Ilegal.



Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *“Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Editorial Palestra. Lima: 2003.
- ABRUÑA PUYOL, Antonio. *“Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano”*. Editorial Palestra. Lima: 2010.
- ALCAER GUIRAO, Rafael. *“Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito”*. Editorial Griujley. Lima: 2004.
- BIRNBAUM, Johann Michael. *“Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto del delito”*. Editorial B de F. Valparaíso: 2010
- BINDER, Alberto. *“Introducción al Derecho Pena”*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires: 2004.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *“Manual de Derecho Penal. Parte General”*. Editorial EDDILI. Lima: 2008.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl. *“Comentarios a la Constitución”*. Jurista Editores. Lima: 2009.
- CHANJAN DOCUMET, Rafael. *“El delito de función en la prerrogativa del antejucio política d altos funcionarios”*. Véase en <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/el-delito-de-funcion-en-la-prerrogativa-del-antejuicio-politico-de-altos-funcionarios/>.
- CHANJAN DOCUMET, Rafael. *“El correcto funcionamiento de la Administración Pública: fundamentos de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Bogotá: 2017
- FERNANDEZ CABRERA, Marta. *“La Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas”*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia: 2018.

- FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. “A vueltas de la función político criminal del bien jurídico”. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/53391>
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. “*Concepto y límites del derecho penal. La nueva visión político criminal.*” Editorial Temis. Bogotá: 1992.
- FEURBACH, Paul. “Tratado de Derecho Penal”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires: 2007
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Curso de Derecho Administrativo”. Editorial Arazandi. Pamplona: 2015.
- GARCÍA CAVERO, Percy. “*Derecho Penal. Parte General*”. Jurista Editores. Lima: 2012.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo: “Introducción al estudio del Derecho”. Abogados Asociados Editores. Madrid: 2019.
- GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas” Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires: 2013.
- GUIMARAY MORI, Erick. “Teoría del Delito y Delitos de Corrupción de funcionarios”. Fondo Editorial IDEHPUCP. Lima: 2015
- HURTADO POZO, José. “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”. Editorial IDEMNSA. Lima: 2011.
- KAUMANN, Armin. “Teoría de las normas: Fundamentos de la dogmática penal moderna” Editorial Dapalma. Buenos Aires: 1977.
- LABAUT GLENA, Gustavo. “Derecho Penal”. Editorial Jurídica Chile. Santiago: 1992.
- LASCURAIN SANCHEZ, Juan. “El bien jurídico y objeto protegible”. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2863873>

- MARTÍNEZ TRELLES, Anthony. “Manual de los Sistemas Administrativos del Sector Público” Editorial Gaceta Jurídica. Lima: 2015.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. “Introducción al Derecho Procesal”. Editorial Communitas. Lima: 2008.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan. “Manual sobre delitos contra la administración pública”. Instituto de Democracia y Derechos Humanos – IDEHPUCP. Lima: 2015.
- MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal, Parte General”. Editorial Reppertor. Barcelona: 2016.
- NAKAZAKI SERVIGÓN, César. “Problemas de Aplicación de la Figura del Funcionario de Hecho en la Doctrina Judicial del Subsistema de Justicia Anticorrupción del Perú”. Véase en la siguiente dirección electrónica <http://www.snakazaki.com/storage/app/uploads/public/595/5c5/7af/5955c57af2410318822506.pdf>
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. “El delito de cohecho”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia: 1999
- PRADO SALARRIAGA, Víctor. “Comentarios al Código Penal de 1991” Editorial Alternativas. Lima: 1993
- REYNA ALFARO, Luis. “El concepto penal de funcionario público. Desarrollos doctrinales y jurisprudenciales”. Editorial IDEMNSA. Lima: 2013
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios públicos”. Editorial Aranzdi. Madrid: 1999.
- ROEL ALVA, Luis. “Los procuradores públicos en nuestro Estado de Derecho”. En: Revista jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado No. 03. Lima: 2014.
- ROJAS VARGAS, Fidel. “*Delitos contra la Administración Pública*”. Editorial Grijley. Lima: 2007.
- ROJAS VARGAS, Fidel. “*Código Penal. Parte Especial*”. RZ Editores. Lima: 2016.

- ROXIN, Claus. *“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”*. Traducción de la 2da Edición alemana. Editorial Civitas. Madrid: 1997.
- RUBIO CORREA, Marcial. *“Título Preliminar”*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1989.
- RUEDA MARTIN, Ángeles. *“Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”*. Editorial IDEMNSA. Lima: 2013.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *“Delitos contra la administración pública”*. Lima: Iustitia: Grijley, 2011.
- SÁNCHEZ VERA GÓMES TRELLES, Javier. *“Delito de infracción de deber y participación delictiva”*. Editorial Marcial Pons. Barcelona: 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *“Aproximación al Derecho Penal contemporáneo”*. Editorial Bosch. Barcelona: 1992.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *“Derecho Penal. Parte General”*. Editorial GRIJLEY. Lima: 2006.