



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Las fronteras grises del delito de concusión: diferencias
con delitos comunes y especiales**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Marilyn Jesus Hidalgo Santin

Asesor(es):
Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán

Piura, junio de 2024

Aprobación

La tesis titulada “Las fronteras grises del delito de concusión: diferencias con delitos comunes y especiales”, presentada por la bachiller Marilyn Jesus Hidalgo Santin en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de tesis Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán.



Director de tesis





Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Marilyn Jesus Hidalgo Santin, egresado(a) del Programa Académico de Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI 45599810

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:
"Las fronteras grises del delito de concusión: diferencias con delitos comunes y especiales"
El mismo que presento bajo la modalidad de tesis para optar el Título Profesional de Abogado
2. Que el trabajo se realiza en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
 - Haga clic o pulse aquí para escribir texto., identificado con DNI N° Haga clic o pulse aquí para escribir texto.
 - Haga clic o pulse aquí para escribir texto., identificado con DNI N° Haga clic o pulse aquí para escribir texto.
3. La asesoría del trabajo está a cargo de:
 - Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán, identificado con DNI N° 44287102
 - Haga clic o pulse aquí para escribir texto., identificado con DNI N° Haga clic o pulse aquí para escribir texto.
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros, o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio físico o electrónico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 22 de mayo de 2024

Marilyn Hidalgo

.....
Firma del optante

Dedicatoria

Al Niño Jesús por cuidar mis pasos, a mis padres por su esfuerzo y por su educación en valores, a mi abuela Balbina por enseñarme el verdadero amor al prójimo, a mi tío Aurelio por inspirarme a estudiar Derecho, a mi hermano por mostrarme la vida desde una perspectiva diferente, a mis amigos por su grandiosa compañía y al Poder Judicial por permitirme mediante su institución luchar por una sociedad más justa.



Agradecimientos

A la Universidad de Piura, por contribuir con mi formación académica, personal y por priorizar los valores cristianos y la educación.

Al doctor Ronald Henry Vélchez Chinchayán por su tiempo, vocación de educador y apoyo en la elaboración del presente trabajo.



Resumen

El delito de concusión es un delito especial y de infracción de deber. Tutela un bien jurídico de naturaleza pluriofensiva, protege la propiedad y libertad de los individuos y salvaguarda el correcto funcionamiento de la administración pública. El tipo penal exige un sujeto activo cualificado, solo puede ser cometido por el trabajador público, que abusa de su cargo, haciendo un mal uso de su investidura pública, con la finalidad de crear en el *extraneus* un estado de constricción o de inducción que lo lleve a que realice un acto de disposición de un bien patrimonial o la promesa de hacerlo.

El verbo rector del ilícito de concusión “obligar” implica compeler, constreñir, amenazar o ejercer violencia moral, sobre el ciudadano. Es decir el trabajador público ejerce una presión psicológica absoluta e impone al ciudadano su voluntad, dejándolo sin opciones. Mientras, la inducción es un influjo psicológico, en un sentido más amplio, que incluye la sola exigencia del agente público y también comportamientos (actos u omisiones) no violentos pero que vicien la voluntad del ciudadano perjudicado, tales como la mentira, la persuasión, insinuación, el engaño, y el silencio. Ambos verbos llevan al *extraneus* a entregar o prometer algún beneficio patrimonial al agente público.

El delito de concusión comparte elementos típicos con otros delitos. Para diferenciarlo de los delitos comunes, coacción y extorsión, se debe analizar el rol que desempeñó el sujeto activo al momento de la comisión de los hechos y el medio comisivo que empleo. Si el autor actuó quebrantando el rol general se configura el delito común, por otro lado, se imputará el delito de concusión si el agente público utilizó la investidura pública y la posición superior para obtener ilícitamente una ventaja económica. Respecto al medio comisivo, si el agente activo empleó el temor a la administración pública (*metus publicae*), se perpetrará el delito de concusión. Mientras, si utilizó la fuerza privada (lo que incluye la fuerza física) y atentó contra algún bien jurídico de naturaleza personal tal como la vida, el cuerpo o la salud se configuraría el delito común.

Asimismo, el medio comisivo del delito de concusión, abuso de cargo, esta referido a que el sujeto público hace un mal uso de la investidura pública del que esta revestido, abarcando muchas más situaciones de hecho, ya que puede ser una función propia o un deber genérico. Esto, lo diferencia del delito de cohecho pasivo condicionado ya que la acción delictiva del sujeto activo está vinculada directamente a las funciones inherentes al cargo que ostenta y supedita la misma al ofrecimiento, promesa o entrega de alguna ventaja de cualquier índole. El delito de cohecho pasivo propio es un delito más específico.

Tabla de contenido

Introducción.....	8
Capítulo 1 Aspectos generales.....	10
1.1 Orígenes del ilícito.....	10
1.2 Bien jurídico tutelado.....	12
1.3 Sujeto activo	15
1.3.1 Intervención delictiva	18
1.4 Sujeto pasivo.....	20
Capítulo 2 Tipicidad objetiva.....	23
2.1 ¿Abusando del cargo es condición objetiva de punibilidad o es el medio comisivo?.....	23
2.1.1 ¿Cargo y atribuciones son lo mismo?.....	26
2.2 Conducta de prevalimiento.....	30
2.3 Verbos rectores	32
2.3.1 Verbo obligar.....	32
2.3.2 Verbo inducir.....	36
2.4 Circunstancias de finalidad.....	39
2.4.1 Dar.....	39
2.4.2 Prometer	40
2.5 Círculo de beneficiarios.....	41
2.6 Objeto del delito.....	43
2.6.1 Bien	43
2.6.2 Beneficio patrimonial.....	43
2.7 Lo indebido.....	44
2.8 Elemento subjetivo	46
2.9 Consumación y tentativa.....	47
Capítulo 3 Definición de fronteras con otros tipos penales.....	50
3.1 Con el delito de cobro indebido.....	50
3.2 Con el delito de coacción.....	52
3.3 Con el delito de extorsión	53
3.4 Con el delito de cohecho pasivo propio condicionado	57
Conclusiones	64
Referencias.....	66
Documentos legales	68

Introducción

La palabra concusión deriva del latín *concussio* y este a su vez del término *concutere* que “representa la idea de sacudir un árbol para hacer caer los frutos”. Esta noción llevaría a considerar, como delito de concusión, a todos aquellos donde se utiliza violencia para arrebatarle dinero a la víctima, pero esta es una concepción amplia por lo que es más aceptado delimitarla al “temor infundido mediante el poder público” (Carrara, 1993, págs. 115-116).

Por su parte, Manuel Abanto citando a Ferreira Delgado, aseveró que *concussio* proviene del término latín *concussionis* que significa “conmoción o sacudimiento” (2001, pág. 233). De lo expuesto, podemos afirmar que desde sus inicios se identificó a este delito con forzar, exigir, compeler al sujeto. Es decir, la naturaleza de este delito está en “exigir compulsivamente la entrega de un bien” (Rimondi, 1999, pág. 59)¹.

Por otro lado, el término exacción es “acción y efecto de exigir”. El autor Juan Portocarrero la define como el hecho de obtener beneficio provocando miedo con el poder público (1996, pág. 136). Y, en una descripción más amplia, es una extorsión desplegada por quien está investido del poder público, y usa este para generar temor en la víctima con el fin de que este realice lo que se le exige (Frisancho Aparicio & Peña Cabrera, 1999, pág. 277). De acuerdo con el medio comisivo que emplea el agente público estamos ante “una extorsión o una estafa institucionalizada” (García Navarro, 2022, pág. 393).

Como puede apreciarse nítidamente desde estos primeros párrafos, existen elementos constitutivos del ilícito penal de concusión que son compartidos por otros tipos penales. Esto genera dificultades en su aplicación en la práctica que llevan a concursos aparentes de leyes y en ocasiones, tipificaciones erradas.

Así tenemos que, el delito de concusión suele ser caracterizado por la exigencia arbitraria utilizando el temor de la víctima al poder público con el fin de obtener algún beneficio. Pero esa característica inherente al delito de concusión es un miedo que también podría ser asimilado al delito de extorsión e incluso al delito de estafa, en tanto la amenaza podría ser real o no, empleando el miedo como elemento destinado a quebrar la voluntad de la víctima.

Además, tenemos un tipo de cohecho en el código penal peruano que criminaliza al funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional a la entrega de dádiva. Es por esto que, de acuerdo con el autor Fidel Rojas, este ilícito penal tiene componentes de abuso,

¹ Es interesante la precisión que consigna el autor en su obra. Refiere que *concutere* significa la acción de sacudir el árbol, “no se trepa el árbol para tomarlos, ni se lo tala para apoderarse de ellos (*vis absoluta*), sino que se lo fuerza a entregarlos, sacudiéndolo” (Rimondi, 1999, pág. 59).

extorsión, estafa y corrupción congregados e imputados a un trabajador público (2021, pág. 446).

El presente trabajo tiene por objetivo dibujar con claridad las fronteras entre el delito de concusión y todos los demás delitos en donde los elementos comunes entre ellos pueden confundir a los operadores de justicia respecto a qué delito tipificar. Peor aún, tentar a operadores jurídicos inescrupulosos a aplicar un delito más grave o menos grave explotando esas zonas grises que estamos dispuestos a colorear nítidamente en la siguientes páginas. Si la dogmática penal sirve para algo, eso es para lograr un correcto entendimiento del mar de disposiciones jurídicas que se muestran confusas a quienes no logran entender su lógica.



Capítulo 1

Aspectos generales

1.1 Orígenes del ilícito

De acuerdo al autor Rimondi, el origen del ilícito penal de concusión se remonta al Derecho Romano, y citando a Ferrini, describe de manera sucesiva sus antecedentes. Señala como el primer precedente a la Ley Calpurnia del año 149 antes de Cristo, a la que le siguió la Junia y la Servilia. Puntualiza que hasta ese momento el perjudicado sólo podía accionar civilmente para exigir al autor la devolución del monto entregado mediante la acción *crimen repetundarum*. Pero, desde la Ley Arcilia, la acción pasó a ser penal y se imponía al sujeto activo la sanción de pagar el doble de lo recibido. En esa misma línea siguió la Ley Cornelia y Julia, cuya sanción fue aplicada a varios delitos de corrupción de funcionarios sin distinción entre ellos, sobre todo con lo que ahora conocemos por cohecho (Rimondi, 1999, pág. 15). Incluso, el autor Vizueta Fernández describe la evolución histórica del delito de cohecho citando las mismas leyes (2003, págs. 6-7).

De igual manera para Frisancho Aparicio, sus antecedentes se encuentran en el Derecho Romano, específicamente en el republicano cuya *Lex Julia*, comprendida en las Doce Tablas, contenía la ley titulada *depecuniis repetundis* o *crimen repetundarum*. Esta regulaba el delito cometido por el funcionario cuyo castigo era devolver el doble del monto recibido mediante la extorsión, sin diferenciar al delito de concusión del cohecho, ni con el ilícito de negociación incompatible². En el Digesto, apareció la diferenciación entre el delito de concusión y cohecho, donde para ambos la sanción se acrecentó y pasó a castigarse con pena de muerte (Frisancho Aparicio & Peña Cabrera, 1999, pág. 277).

A consideración de Manzini, la concusión no se identifica con el *crimen repetundarum*. El mencionado delito apareció en la legislación imperial, dado que posterior al siglo II después de Cristo fue tratado como un delito autónomo, cuya denominación fue *concurso, de quater* y asumió la forma de “extorsión de dádivas o de prestaciones mediante abuso de oficio” (Manzini, 1961, págs. 207-208).

Para Teodoro Mommsen, el delito *repetundarum* consistía en que el agente obtenía un beneficio indebido con motivo del cargo, que podría ejercer oficial o semioficialmente. Pero, a partir del siglo II después de Cristo, y sin suprimir las leyes *repetundarum*, la extorsión fue considerada un delito independiente y con esta se formó el delito de concusión consistente en

² El autor Carlos Fontán consigna que en esta época no se distinguía el delito de concusión, cohecho y negociación incompatible (2008, pág. 966).

“constreñir a alguien dar o prestar algo, abusando al efecto del poder oficial que el opresor tenía en sus manos” (Mommsen, 1905, págs. 183-186).

A nuestro entender, la postura del profesor Frisancho Aparicio esta referida a que en el Digesto se logró diferenciar los elementos constitutivos que se asemejan más a lo que ahora conocemos como delito de concusión, del delito de cohecho. Mientras que la posición de los autores Manzini y Mommsen dan cuenta de la evolución histórica con incidencia en la diferencia entre el delito de concusión y el delito de extorsión. De este modo, cada autor hace un aporte para diferenciar el delito de concusión de otras figuras delictivas, que aun en la actualidad comparten elementos típicos.

Es hasta la edad moderna con la codificación que se tipifica el delito de concusión como un delito independiente (Rimondi, 1999, págs. 18-19). De acuerdo con Garraud, es el código francés de 1972 el primero que lo diferencia del cohecho (Frisancho Aparicio & Peña Cabrera, 1999, pág. 277).

Notamos que, desde sus inicios, el delito de concusión fue tratado indistintamente como cohecho (denominado como delito de corrupción) e incluso tenía elementos constitutivos del ilícito penal de extorsión.

En nuestra legislación fue introducido por el actual Código Penal, Decreto Legislativo número 635 publicado el 8 de abril de 1991. Tuvo como referente al Código Penal italiano de 1889, (Salinas Siccha, 2019, pág. 319), y este a su vez tuvo como fuentes históricas: el Código Penal Toscano de 1853 (artículos 181 y 182), el Código Penal del Reino de Cerdeña de 1839 (artículos 290 y 291), y el Código Penal sardo-italiano de 1859 (artículos 215 y 216) (Rojas Vargas, 2021, págs. 444-445)³.

Asimismo, el Código Penal nacional ha seguido también la sistemática italiana y la utilizada técnica suiza de los Proyectos de 1916 y 1918 que distingue entre concusión básica y exacción ilegal, donde la diferencia entre ambas es que la primera tiene carácter general y la segunda, específica (Reátegui Sánchez, 2017, pág. 329). Nuestro legislador ha regulado el delito de concusión en el artículo 382⁴ y la exacción ilegal, cuya nomenclatura es, cobro

³ El Código Penal italiano de 1889 inicialmente regulo el delito en dos tipos penales separados, cuya diferencia radicaba en el medio comisivo (obligar e inducir). Posteriormente, el Código Penal italiano de 1930 estipuló en un solo artículo ambas modalidades. En la reforma de 1990 se añadió como autor al servidor público, para finalmente, asumir la concusión por constreñimiento de acuerdo a la modificatoria introducida por Ley 69 del 27 de mayo de 2015 (Rojas Vargas, 2021, págs. 444-471).

⁴ El delito de concusión normado de manera primigenia en el Código Penal de 1991 establecía el tipo penal y la pena principal, privativa de libertad. Posteriormente, sufrió una modificatoria solo respecto a la pena, se añadió una pena accesoria, días multa, introducida por el artículo único de la Ley n.º 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013. Finalmente, en la tercera modificatoria, se añadió otra pena accesoria, una pena limitativa de derecho, inhabilitación de acuerdo con los incisos 1, 2, y 8 del artículo 36 del Código Penal, introducida por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1243 publicado el 22 de octubre de 2016. Por lo que el mencionado

indebido en el artículo 383 del Código Penal, cuya diferencia se explicará en los acápites posteriores.

1.2 Bien jurídico tutelado

El sistema jurídico nacional a través del Derecho Penal procura la protección de los bienes jurídicos. Estos son entendidos como el conjunto de bienes y valores vitales necesarios para que los ciudadanos coexistan en sociedad de manera armónica, pacífica y libre (Benavides Schiller, 2016, págs. 38-39).

En el ilícito penal de concusión, el bien jurídico que el legislador procura garantizar, de acuerdo con Fidel Rojas, es de naturaleza pluriofensiva en tanto que busca:

Preservar el regular y correcto funcionamiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública, propia de una actuación funcional al margen de abusos de poder de connotación patrimonial; pero también protege la libertad de autodeterminación económica del sujeto afectado (Rojas Vargas, 2021, pág. 446).

En esta misma línea de pensamiento tenemos al autor Alonso Peña, debido a que se afecta a la administración pública y la libertad y patrimonio del sujeto pasivo de la infracción. Agrega que desde una óptica más amplia permite que el bien tutelado puede ser bifurcado en dos planos respecto a lo que busca garantizar: a) que la actuación de los funcionarios y servidores públicos sirva a la comunidad; y, b) que los agentes públicos solo tengan injerencia en la esfera jurídica de los ciudadanos de acuerdo a la legalidad aplicable (Peña Cabrera Freyre, 2010, págs. 278-279).

Frisancho Aparicio especifica que el bien jurídico genérico es el correcto desarrollo de la administración pública, y específicamente, se busca que el agente público ejerce sus funciones de acuerdo con el orden legal y cuidando que los ciudadanos no pierdan la confianza en la administración pública. Agrega que también se protege el patrimonio de los particulares (Frisancho Aparicio & Peña Cabrera, 1999, pág. 278).

delito no ha sufrido modificación alguna en los elementos constitutivos del tipo penal. Actualmente está insertado en el Libro Segundo (Parte Especial, Delitos), Título XVIII (Delitos contra la administración pública), Capítulo II (delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección II, artículo 382 de nuestro código y estipula:

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

En el anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Penal se propuso que el delito de concusión esté ubicado en el artículo 435, y aunque los elementos del tipo penal no variaban, se contempló incrementar el extremo punitivo mínimo, a tres años, suprimir los días multa y agregar a la pena accesoria de inhabilitación la posibilidad de suspensión de los derechos políticos que se señalen en la sentencia (Torres Caro, 2011, pág. 254).

Para Carlos Molina, el delito de concusión es pluriofensivo debido a que el objeto jurídico es el interés de la administración pública en la medida que los servidores públicos deben cumplir sus funciones en la manera que las disposiciones legales ordenan. También salvaguardan el interés de los terceros, específicamente “la libertad que deben poseer para disponer libremente y desde luego, conscientemente, de su patrimonio” (Molina Arrubla, 1995, pág. 188).

Para Abanto Vásquez, lo que se afecta con el delito de concusión referente al sujeto pasivo es la libertad individual y respecto a la administración pública, la legalidad del ejercicio funcional (2001, pág. 238).

James Reátegui conceptualiza el bien jurídico protegido en los mismos términos de los autores antes citados. Pero precisa que, si el delito de concusión se consumara, se estaría vulnerando de manera genérica el artículo 39 de la Constitución Política del Estado que determina que todos los trabajadores públicos están al servicio de la Nación (Reategui Sánchez, 2017, pág. 326). Esto significa que al carácter pluriofensivo del delito de concusión que tutela el correcto funcionamiento de la administración pública y la libertad individual del sujeto pasivo, se le suma la legalidad del ejercicio de la función pública.

Por otro lado, para el jurista Ramiro Salinas, el bien jurídico protegido, citando ejecutorias supremas, busca proteger la reputación de la administración pública expresado en que los funcionarios y servidores públicos cumplan sus obligaciones con idoneidad moral y celo profesional (2019, pág. 327). El mismo razonamiento expone el autor Eliu Arismendiz, (2018, pág. 383).

Para el autor Portocarrero Hidalgo, se protege la actuación de la administración pública, precisando que, se evita abusos de parte de los funcionarios públicos a exigir a los ciudadanos cosas no debidas (1996, pág. 139).

Es poco aceptado el patrimonio estatal como bien jurídico tutelado ya que este no sufre desmedro (Vílchez Chinchayán, 2021, pág. 240). En esa línea de pensamiento comulga la ejecutoria suprema signada al recurso de nulidad 4553-2008 proferida por la Sala Penal Transitoria el 11 de marzo de 2010 que establece en el sexto considerando: “de ninguna manera se puede afirmar que con la consumación de dicho ilícito penal [concusión], el patrimonio general del Estado sufra desmedro alguno”.

La jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la República considera que el delito de concusión salvaguarda el bien jurídico del regular y correcto desenvolvimiento de la administración pública para proteger el prestigio y la buena reputación de esta, donde los trabajadores públicos deben cumplir sus funciones con idoneidad moral, celo profesional y al

margen de abusos de poder de connotación patrimonial. Tal como consta en las ejecutorias supremas recaídas en los siguientes recursos: nulidad 1380-2006/Tacna del 14 de diciembre de 2006, nulidad 4553-2008/Lima, apelación 25-2017/Lima del 19 de noviembre de 2020 y nulidad 91-2020/Pasco del 29 de octubre de 2021.

Notamos que la jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia de la República respecto del bien jurídico protegido por el delito de concusión solo considera a la administración pública en su funcionamiento, imagen y la manera en la que deben proceder los agentes públicos. Pero, no hacen mención específica de la protección de los derechos de los individuos perjudicados.

Asimismo, advertimos que la mayoría de la doctrina identifica el bien jurídico como el correcto funcionamiento de la administración pública. Pero, el profesor Ronald Vílchez considera que el Estado busca fortalecer los deberes asumidos frente a la sociedad de garantizar las condiciones básicas para el desarrollo de la persona y el funcionamiento de la sociedad (2021, pág. 71).

La postura anteriormente citada es acertada pues guarda coherencia con lo consagrado en el artículo 44 de la Carta Magna que establece entre los deberes del Estado, el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia. Es decir, el Estado busca afianzar los compromisos que mantiene ante sus ciudadanos para el desarrollo integral de estos, y, a su vez, mantener una convivencia social pacífica.

En esa línea de pensamiento los autores colombianos Gómez Méndez y Gómez Pavajeau además de contemplar que el mencionado ilícito es pluriofensivo, especifican que se lesiona la administración pública, desde la perspectiva funcional, pues alteran los fines estatales y el interés general (2008, pág. 299). Este punto de vista recoge la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 196-2010/Loreto del 24 de noviembre de 2010 expedida por la Sala Penal Permanente. Esta establece que el bien jurídico protegido por el ilícito de concusión: “es el desenvolvimiento regular de la actividad del Estado dentro de las reglas de la dignidad, probidad y eficiencia o el ordenado e imparcial desenvolvimiento de los servicios adscritos al Estado a favor de la sociedad y de los individuos”.

A nuestra consideración, el bien jurídico tutelado que el legislador busca salvaguardar es de naturaleza pluriofensiva. Esto se debe a que el Estado ratifica sus obligaciones ante la sociedad, en dos vertientes:

a) Proteger la propiedad y libertad de los individuos, derechos humanos recogidos en el numeral 16 y literal a del numeral 24 del artículo 2 de nuestra Carta Magna, dado que el agraviado sufre constreñimiento o inducción para la disposición inmediata o futura de un bien. b) Salvaguardar

el correcto funcionamiento de la administración pública, entendida desde su función prestacional en la medida que el Estado brinda servicios a los individuos, y preservar que los agentes públicos ejecuten sus funciones y se desenvuelvan en aras al interés general de la sociedad y de los ciudadanos en cumplimiento al artículo 39 de la Constitución Política del Estado.

1.3 Sujeto activo

El delito de concusión se encuentra ubicado en el libro segundo, título XVIII (delitos contra la administración pública), capítulo II (delitos cometidos por funcionarios públicos), sección II, artículo 382 del Código Penal que establece de manera clara la calidad o cualidad que debe reunir el sujeto activo (Salinas Siccha, 2019, pág. 327). El mencionado ilícito penal solo puede ser cometido por un funcionario o servidor público de acuerdo con el artículo 425 del mencionado código o con el concepto penal establecido por la doctrina suprema⁵.

El sujeto activo del delito de concusión para Manuel Abanto solo puede ser aquel funcionario público con cierto “poder de gobierno”, es decir que tenga entre sus facultades el poder de recibir bienes de los ciudadanos (2001, pág. 239). A nuestra consideración el autor hace referencia a que entre el agente público y el ciudadano debe haber una relación, donde el primero tenga entre sus atribuciones resolver o ejecutar actos administrativos que tengan incidencia en la esfera jurídica del *extraneus*.

El mismo autor precisa que se debe considerar sujeto activo del mencionado delito, a aquellos que la prestación de servicios públicos equivale a la prestación funciones públicas, por lo que excluye a los concesionarios de servicios básicos (Abanto Vásquez, 2001, pág. 240). Posición que no compartimos, debido a que consideramos que el autor conceptualiza al sujeto activo con rasgos que no están textualmente contenidos en el tipo penal de concusión, por el contrario, es una descripción correspondiente al agente activo del delito de peculado.

Eliu Arismendiz clasifica el delito de concusión de acuerdo con el sujeto activo y a la conducta delictual. Respecto a la primera calificación, especifica que este ilícito es un delito de dominio, específicamente un delito especial propio, debido a que se exige que el agente activo tenga una condición cualificada, trabajador público, lo que delimita el alcance de autores y también fundamenta su punibilidad. Respecto a la conducta delictual, es un delito de infracción de deber, debido a que entre el trabajador público y la administración pública existe una relación

⁵ La reciente ejecutoria suprema recaída en el recurso de casación 2981-2021/Cajamarca del 3 de febrero de 2023 proferida por la Sala Penal Permanente, define en el décimo considerando la condición de funcionario o servidor público.

que impone al primero deberes especiales que debe cumplir (Arismendiz Amaya, 2018, pág. 377).

Para James Reátegui se trata de un delito especial propio⁶, un delito de infracción de deber ya que solo puede ser autor del delito un funcionario o servidor público (2017, pág. 330); quienes ostentan esas especiales calidades.

En un sentido similar podemos afirmar que el delito de concusión “es un delito típicamente funcional, donde la cualidad del autor sola la puede tener aquel que se encuentra revestido de las potestades funcionales que confiere la Ley y la Constitución, sea como funcionario o servidor público”. Por lo que es un delito especial propio, que puede ser cometido incluso por el funcionario o servidor público que está de vacaciones o suspendido, debido a que este no ha perdido el cargo (Peña Cabrera Freyre, 2010, págs. 279-280).

Aunque para James Reátegui, si el agente público se encuentra de vacaciones no se configura el ilícito de concusión, debido a que no está en pleno ejercicio de sus funciones por lo que no puede abusar del respectivo cargo (2016, pág. 1546).

Para Fidel Rojas el sujeto activo puede ser el funcionario, empleado o servidor público en ejercicio, incluso si ha cesado en sus funciones, pero continúa ejerciendo de *facto* su rol. Precisa que puede haber perdido el título formal, pero mantiene el ejercicio (Rojas Vargas, 2021, pág. 448). Por otro lado, Ramiro Salinas considera que el funcionario o servidor público debe tener un vínculo laboral vigente con alguna entidad pública (Salinas Siccha, 2019, pág. 327).

De acuerdo con la jurisprudencia tenemos que en el noveno considerando de la ejecutoria suprema recaída en la apelación 25-2017/Lima se analizó los elementos normativos del tipo penal de concusión, y en lo concerniente al sujeto activo expuso que el ilícito exige una cualidad especial por lo que el autor debe ostentar el cargo de funcionario o servidor público. Se trata de un delito de infracción del deber especial positivo y en esa misma línea versan las ejecutorias supremas recaídas en los recursos de: nulidad 1601-2006/Huara del 28 de enero de 2009, nulidad 3861-2011/Lima del 15 de agosto de 2012, nulidad 956-2011/Ucayali del 21 de marzo de 2012, nulidad 1062-2012/Ayacucho del 14 de marzo de 2013 y nulidad 91-2020/Pasco.

⁶ Entendido el delito propio como aquel que puede ser cometido sólo por el sujeto que cumple con la cualidad especial exigida por el tipo penal. A diferencia del delito impropio que lo puede perpetrar cualquier sujeto, pero si este tiene una condición cualificada (como trabajador público) se constituye una circunstancia agravante del tipo penal (Peña Cabrera Freyre, 2015, pág. 406). Para Percy García la diferencia entre estos radica que, en el delito especial propio, la condición exigida para el autor fundamenta la pena. En caso de los impropios, agrava la misma (García Cavero, 2019, pág. 397).

La doctrina es unánime en que el delito de concusión es de infracción de deber especial y el autor perfecciona el delito vulnerando el deber de velar por el correcto funcionamiento de la administración pública (Salinas Siccha, 2019, pág. 327).

A nuestra consideración es un delito de infracción de deber en sentido estricto⁷, y el deber que infringe el trabajador público es el de desenvolverse y ejecutar sus funciones en aras del interés general de la sociedad y de los ciudadanos en cumplimiento al artículo 39 de la Constitución Política del Estado. Es decir, la administración pública le encomienda al trabajador público regirse por y hacia los fines sociales (García Navarro, pág. 391).

Del mismo modo, la jurisprudencia es armoniosa al establecer que es un delito de infracción del deber que solo podría ser cometido por funcionario o servidor público. Pero, consideramos que es en este elemento constitutivo del delito donde se encuentra el análisis jurídico primordial.

Los operadores del sistema de justicia al realizar el juicio de subsunción deben considerar el rol que desempeñó el sujeto al momento de cometer el hecho ilícito.

Es preciso señalar que el individuo dentro de una sociedad tiene dos roles:

Por un lado, se encuentra el rol general del ciudadano que impone el deber negativo de no dañar a los demás y, por el otro, los roles especiales que dan lugar a deberes positivos especiales en virtud de una institución social específica” (García Cavero, 2019, pág. 424).

Por lo que, de acuerdo a la teoría de la imputación objetiva, aceptado por la mayoría de la comunidad jurídica, es el rol que el sujeto activo ostenta al momento de cometer el delito el que determinaría la calificación jurídica a imputar.

De acuerdo con lo precedente, autores como Fidel Rojas exponen que el sujeto activo no podrá ser un particular usurpador de funciones o un particular que aparenta o simula cargo público para delinquir, y en ese caso, se configuraría un delito común (2021, pág. 448).

Para el autor colombiano Molina Arrubla, la calidad de agente público debe ser:

a. Real y verdadera. Si el particular no cuenta con esta cualidad estaría usurpando funciones y se estaría configurando otros ilícitos penales.

b. Actual. Debe existir al momento de cometer la conducta ilícita por lo que si habiendo sido elegido no se ha posicionado en su cargo, o no ha comenzado el periodo

⁷ “Un delito de infracción de deber no puede ser cometido por una persona no vinculada institucionalmente, por más que domine el hecho, debido a que el mandato de la norma se dirige a una persona que posee un estatus especial, sometido a una institución y, en consecuencia, se le exige el cuidado solidario del bien jurídico que deba ser protegido por dicha institución” (García & Vílchez, 2020, pág. 35).

o si este ya venció no se estaría configurando el delito de concusión sino otros delitos especiales tales como usurpación de funciones, abuso de autoridad o simulación de investidura o cargo, que en nuestra legislación su semejante se denomina ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce y; comunes, constreñimiento ilegal, que nuestro símil sería coacción, estafa o extorsión (Molina Arrubla, 1995, págs. 191-192).

James Reátegui cuestiona que se trate de cualquier funcionario público, por lo que, citando a Abanto Vásquez, precisa que el requisito objetivo de “*abusando del cargo*”, exige que no pueda ser cualquier funcionario sino aquel que abusa de las propias funciones con cierto poder de gobierno (Reategui Sánchez, 2017, pág. 331).

A nuestra consideración queda bastante claro que el delito de concusión exige un sujeto activo cualificado. Es un delito especial y de infracción de deber, que solo puede ser cometido por el trabajador público.

Asimismo, compartimos la opinión de Alonso Peña respecto a que el agente público puede cometer el mencionado ilícito incluso de vacaciones, licencia y suspendido, debido a que aún posee el cargo público. Además, debe necesariamente tener un vínculo laboral vigente con alguna entidad pública, de cualquier naturaleza, o bajo cualquier régimen y cuya contribución llega a constituir función pública.

Pero, analizando la postura de Abanto Vásquez, nos cuestionamos si ¿el sujeto activo puede ser cualquier funcionario o servidor público sin distinción o este debe tener entre sus funciones, alguna con injerencia directa en la esfera del ciudadano? ¿Debe ser un funcionario que abuse de su investidura pública o de las funciones inherentes al puesto que ocupa? Para responder, debemos analizar el elemento “abusando del cargo”, que se realizara en un acápite posterior.

Ahora, respecto a la intervención delictiva del trabajador público podemos describir lo siguiente:

1.3.1 Intervención delictiva

A. Autoría. Si bien para Fidel Rojas cabe autoría directa y mediata, ya que es posible utilizar a terceros instrumentos, pero el particular no podría ser autor mediato (2021, págs. 448,465). Para Peña Cabrera el delito de concusión no admite autoría mediata, porque sólo aquel que ostenta el poder público puede infringir el bien jurídicamente protegido por la norma (2010, pág. 280). En esa misma línea comulga Arismendiz debido a que los deberes funcionales tienen carácter personalísimo (2018, pág. 387).

Ahora, ¿se admite coautoría? De acuerdo con Peña Cabrera y Arismendiz si es posible la coautoría, mientras dos funcionarios o servidores públicos, que, de forma conjunta, incidan

en doblegar la voluntad del particular (Arismendiz Amaya, 2018, pág. 387). Pero, si estos actúan en tiempos distintos, cada uno responde como autor (Peña Cabrera Freyre, 2010, pág. 280).

Para Fidel Rojas es poco probable debido a que no es un delito de infracción de deber por competencia funcional, sino que la autoría es amplia ya que el sujeto se vale del cargo para doblegar la voluntad de ciudadano (2021, pág. 448). Posición que compartimos, y que encuentra respaldo en la ejecutoria recaída en el recurso de nulidad 1906-2009/Huancavelica del 31 de mayo de 2010 expedida por la Sala Penal Permanente. Esta establece en su tercer considerando que se acreditó que los acusados actuaron concertadamente y abusaron de los cargos que ostentaban. Para luego, proceder a confirmar la sentencia que condenó a los procesados como autores del delito de concusión.

A nuestra consideración, el autor directo siempre será un trabajador público y cabe autoría mediata. El agente público puede utilizar a un tercero instrumentalizado, que puede ser otro servidor público o un *extraneus*. En ambos casos, el intermediario no tendrá responsabilidad penal. Esta hipótesis se puede ejemplificar, con un policía que envía un mensaje cifrado, con un familiar, allegado o menor de edad que no conoce de temas de derecho, a un ciudadano que domicilia bajo su jurisdicción señalándole que va a recoger el préstamo porque este mes el policía no podrá acercarse a su negocio.

B. Participación.

B.1 Complicidad. Respecto a si el delito de concusión admite cómplices primarios y secundarios, para el profesor Ramiro Salinas, de manera genérica, considera que si admite complicidad cuando el particular interviene en la comisión del delito (2019, pág. 328).

Para el autor Alonso Peña cabe la posibilidad si es que el particular participa en la realización típica de acuerdo al principio de la unidad en el título de imputación. Pero, si el tercero es el que doblega la voluntad del agraviado dependiendo del medio comisivo que utilice cometería estafa o extorsión (2010, pág. 280).

Para Fidel Rojas, otro funcionario o servidor público incluso un particular pueden asumir el rol de intermediario del funcionario, transmitiendo los mensajes coactivos o amenazantes que van dirigidos a obtener el bien o beneficio patrimonial (2021, pág. 465). Para Abanto Vásquez, el tercero solo puede ser partícipe (Abanto Vásquez, 2001, pág. 240).

A consideración nuestra, cómplice puede ser otro agente público o un tercero. En el caso que el *extraneus* participe en la realización típica del delito y dependiendo del aporte, solo podrá ser cómplice primario o secundario. Asimismo, también puede ser otro trabajador público. Nuestra posición se sustenta en la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 304-

2010/Lima del 14 de abril de 2011 emitida por la Sala Penal Permanente que confirma la condena de dos trabajadores públicos, edecan y gerente de seguridad ciudadana de la Municipalidad de Lima, a título de autor y partícipe, respectivamente.

B.2 Instigador. Tanto el funcionario, servidor público o el particular pueden intervenir como instigadores en la comisión del delito de concusión (Rojas Vargas, 2021, pág. 465). Opinión que comparte el profesor Ramiro Salinas (2019, pág. 326).

A nuestro entender, y debido a que el tipo penal de concusión exige la cualidad especial, trabajador público, el autor siempre será el agente público, y cuando este fue determinado a cometer el hecho por parte de un tercero, se presenta la figura del instigador, que puede ser otro sujeto público o un particular.

1.4 Sujeto pasivo

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre los cuales está el recurso de nulidad signado con número 91-2020, considera solo como sujeto pasivo al Estado. La ejecutoria suprema recaída en el recurso de apelación 25-2017 estima como agraviado a las entidades del Estado: “El sujeto y el agraviado lo constituyen las entendidas u organismos del Estado”, sin pronunciarse por el ciudadano que sufre la coacción directa y el detrimento económico (inmediato o potencial).

En esta línea promulga el profesor Ramiro Salinas, quien contempla que el sujeto pasivo es el Estado debido a que este es el único titular del bien jurídico tutelado (2019, pág. 328). Eso mismo considera Frisancho, pero, especifica que el ciudadano es una víctima de la acción del agente público corrupto, pero no es un sujeto pasivo del hecho punible (Frisancho Aparicio & Peña Cabrera, 1999, pág. 279).

Asimismo, el autor Eliu Arismendiz precisa que teniendo en cuenta el bien jurídico del ilícito de concusión⁸, si existe un perjudicado con el accionar del agente público pero que a este no le corresponde la protección penal debido a que el titular del bien jurídico protegido del ilícito es el Estado, que excluye a los particulares afectados (2018, pág. 378).

Portocarrero al referirse al sujeto pasivo del injusto solo hace mención al particular, que también puede ser un incapaz. Pero, propone la posibilidad que sea un funcionario público (Portocarrero Hidalgo, 1996, pág. 139). Asimismo, Carrara considera al particular como sujeto pasivo del delito de concusión (1993, pág. 119).

Sin embargo, para Vincenzo Manzini, el Estado siempre será el sujeto pasivo del delito, aunque también tendrá esta calidad aquel a quien pertenece el dinero o la utilidad indebida, que

⁸ De acuerdo con el autor Eliu Arismendi, el bien jurídico protegido por el delito de concusión, es la correcta función de la administración pública.

puede ser un particular, otro empleado público, una persona jurídica de derecho privado, e incluso una entidad pública. El mencionado autor, precisa dos puntos que vale la pena replicar. El primero, es indiferente que el perjudicado por el abuso del agente público, sea imputado o condenado por algún ilícito, y pueda obtener beneficio de la conducta delictual del sujeto público. El segundo punto, el agraviado puede ser el superior jerárquico del sujeto activo, y puede cometer concusión mediante la inducción, solo mediando el abuso de la investidura pública, prescindiendo de la “imposición autoritaria”. Respecto a esta última precisión, el autor detalla que no es necesario que el agente público tenga funciones directivas o cargo superior. (Manzini, 1961, págs. 209-212).

Asimismo, James Reátegui, diferencia entre el sujeto pasivo del delito, el Estado peruano en su forma concreta la administración pública, y el sujeto pasivo de la acción, que será una persona concreta o una víctima material (Reategui Sánchez, 2017, pág. 331). En esa misma línea, Fidel Rojas expone que el sujeto pasivo es la administración pública (el Estado). Lo diferencia del agraviado, como aquella persona que sufre la inducción u obligación y el perjuicio patrimonial (Rojas Vargas, 2021, pág. 449), mientras que haya actuado con una voluntad viciada (Peña Cabrera Freyre, 2010, pág. 281).

Además, Fidel Rojas hace otra precisión, respecto a que nuestro tipo penal hace referencia a “obliga o induce a una persona”. Esto permite considerar como víctimas tanto a personas naturales como jurídicas, de derecho público o privado, a un particular o un colectivo de persona, incluso puede ser un funcionario y servidor público (Rojas Vargas, 2021, pág. 449), u otra entidad pública (Manzini, 1961, pág. 211). Asimismo, cabe precisar que el tipo penal no exige que la persona a quien se dirige el agente público sea la misma que sufre el perjuicio (Manzini, 1961, pág. 215).

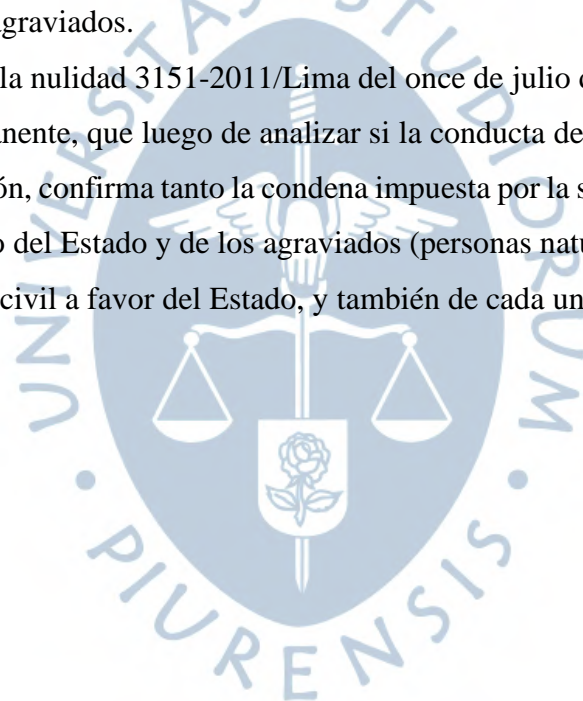
Esto lleva a la interrogante, ¿el agraviado directo puede ser sujeto de pretensión indemnizatoria? A consideración de Fidel Rojas si es posible de indemnización. Los autores colombianos Gómez Méndez y Gómez Pavajeau han precisado que el particular es el perjudicado por tanto podría integrarse dentro del proceso penal como parte civil (2008, pág. 299). A diferencia del autor Eliu Arismendiz que señala que el ciudadano perjudicado al no ser el titular del bien protegido por el ilícito penal de concusión puede accionar en la vía correspondiente contra el trabajador público (2018, pág. 378).

Pero, si desmenuzamos esta pregunta, podemos darnos cuenta de que esa pretensión indemnizatoria se debe a que la acción del agente público vulnera bienes jurídicos protegidos, la libertad personal y el derecho a la propiedad de la víctima. Asimismo, se debe considerar el

temor o miedo del ciudadano de un perjuicio futuro por el uso abusivo de la potestad pública. lo que expondremos a detalle más adelante.

Entonces, el sujeto pasivo de la acción ¿puede constituirse en actor civil? Nuestra respuesta, considerando que el ilícito penal de concusión es un delito pluriofensivo, que el trabajador público en la relación externa ante el tercero ciudadano o administrado representa a la entidad pública (Manzini, 1961, pág. 217) y el principio de economía procesal, si puede constituirse en actor civil dentro del proceso penal. Esta postura encuentra sustento en la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 304-2010/Lima del 14 de abril de 2011 proferida por la Sala Penal Permanente que declara no haber nulidad en la sentencia que condenó a los procesados como autor y partícipe del delito de concusión en agravio de la Municipalidad de Lima Metropolitana y el perjudicado y fija monto por concepto de reparación civil a favor de ambos agraviados.

Así también, en la nulidad 3151-2011/Lima del once de julio de dos mil doce expedida por la Sala Penal Permanente, que luego de analizar si la conducta de la imputada se adecuaba al tipo penal de concusión, confirma tanto la condena impuesta por la sala superior, por el delito de concusión en agravio del Estado y de los agraviados (personas naturales), y, los montos por concepto de reparación civil a favor del Estado, y también de cada uno de los agraviados.



Capítulo 2

Tipicidad objetiva

2.1 ¿Abusando del cargo es condición objetiva de punibilidad o es el medio comisivo?

Ante todo, debemos conceptualizar y diferenciar la condición objetiva de punibilidad y el medio comisivo. De acuerdo al señor juez supremo César San Martín por el avance de la dogmática alemana se va logrando un consenso doctrinario respecto a la naturaleza jurídica de las “condiciones objetivas de punibilidad”. Las conceptualiza como la circunstancia externa a la acción del hecho, la antijuridicidad y culpabilidad, que es exigida de manera expresa por el legislador por razones de política criminal para justificar la imposición de la sanción penal. Es decir, la acción es típica, pero se necesita una condición ajena al tipo del injusto para hacer efectiva la pena (San Martín Castro, 1985, págs. 355-368).

Por su parte, el jurista Percy García señala que las condiciones objetivas de punibilidad en realidad no son más que parte de la imputación objetiva o subjetiva del delito. En tal sentido nos explica: “Los aspectos referidos al injusto que se enmascaran como condiciones objetivas de punibilidad no deben ser interpretados como aspectos de la punibilidad, sino que deberán exigírseles los requisitos de imputación objetiva y subjetiva propios del injusto culpable” (García Caveró, 2012, pág. 812).

Por otro lado, el medio comisivo no se encuentra desarrollado como una categoría dogmática. Es un concepto empleado para hacer referencia a aquellos elementos del tipo penal que determinan medios o formas de los que debe valerse el autor para que el hecho sea objetivamente imputable, como lo es la violencia o la amenaza en el delito de secuestro (Salinas Siccha R., 2018, pág. 641).

Si tratamos de encuadrar a los medios comisivos dentro de alguna de las clasificaciones dogmáticas estudiadas por la doctrina más autorizada, podemos enmarcarlos dentro de las condiciones objetivas de punibilidad, y esta a su vez, dentro de la categoría de tipicidad. En la medida que completan la descripción típica del delito (García Caveró, 2012, pág. 812) pero no se identifican con el o los verbos rectores.

Si entendemos que los medios comisivos pueden ser clásicamente abarcados por el concepto de condiciones objetivas de punibilidad, pero que esto en realidad no es más que un componente más de la descripción típica que configura el riesgo jurídicamente desaprobado, se entiende por qué los medios comisivos no han sido desarrollados como clasificación independiente o en todo caso, que dentro de los elementos normativos y descriptivos (Villa Stein, 2014, págs. 287-288) no ha tenido mayor atención a pesar de ser un término que se emplea (y mucho) en los manuales de la parte especial de Derecho Penal.

A la luz de lo expuesto, proponemos una definición. Los medios comisivos son aquellos instrumentos o formas con las cuales se debe realizar el verbo rector para que la conducta sea objetivamente típica. De allí que, por ejemplo, el delito de coacción no se configura si no se emplea ni violencia o amenaza para obligar a otro a hacer algo no mandado por la ley. Del mismo modo, se podría entender que el abuso del cargo, como un tipo de condición objetiva de punibilidad, o de acuerdo con lo expuesto, es el medio comisivo necesario para la configuración del delito de enriquecimiento ilícito.

Para Fidel Rojas, en el ilícito penal de concusión “abusando del cargo” es un componente material de tipicidad del comportamiento, específicamente una condición *sine qua non* para configurar el delito. Lo define como hacer uso de la titularidad o investidura oficial, aprovechándose indebidamente de las ventajas que el cargo público le otorga o temor social que de él se deriva o tiene en la sociedad, con el fin de crear en la víctima un estado de constricción o de inducción que lleve a que se desprenda de un bien patrimonial en beneficio ilegítimo del funcionario o servidor público. Por lo que de acuerdo al artículo 39 de la Constitución Política del Estado, que estatuye que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, los agentes públicos tienen la obligación de usar su cargo para cumplir con sus funciones y optimizar los intereses del Estado y de los ciudadanos (Rojas Vargas, 2021, págs. 449-451).

Para James Reátegui el abusar del cargo supone la posesión legítima de las calidades funcionales del cargo, y significa que dentro del marco normativo el agente se extralimite realizando comportamientos ilícitos. Asimismo, precisa que se configura el delito de concusión cuando el agente activo realiza la conducta ilícita “abusando del cargo” (2017, págs. 332-33).

Para Peña Cabrera se presenta el medio comisivo “abuso del cargo”, cuando el *intraneus* ha hecho uso de su investidura funcional para constreñir la voluntad del particular, por lo que debe existir una relación legal entre los dos. Precisa que el abuso debe ser del cargo y no de la función, en el marco de una función vigente y real, y en un sentido más amplio que el delito de abuso de autoridad (2010, págs. 281-282).

Para Ramiro Salinas el abusar de cargo, se produce cuando el sujeto público hace un mal uso del cargo que la administración pública le confió y esto con la finalidad de obtener algún beneficio ilegal. Concuerda con el profesor Fidel Rojas respecto a que el abuso del cargo se refiere a la calidad no a las funciones específicas del sujeto público. El abuso se puede dar cuando tiene un vínculo laboral con la administración pública incluso cuando el agente público se encuentre de licencia o de vacaciones (Salinas Siccha, 2019, págs. 323-324).

Para Manuel Abanto, la expresión “abuso del cargo” está referida a la “conducta infractora de las normas que regulan las facultades y límites de la función específica del funcionario” porque es consecuente con el bien jurídico protegido por este ilícito⁹. Si el abuso es fuera de las propias funciones del agente público se vulnera bienes jurídicos protegidos por otros tipos penales como usurpación de funciones (Abanto Vásquez, 2001, págs. 241-242).

Portocarrero Hidalgo al analizar el tipo penal de concusión, especificándola como explícita, precisa que se requiere la legitimidad en el uso del cargo o empleo. Conceptualiza al abuso de cargo como un exceso en sus atribuciones debido a que entre estas, no está el coaccionar al ciudadano a entregar un bien, por lo que el agente público puede cometer el ilícito: de vacaciones, de permiso, fuera y dentro de su competencia (Portocarrero Hidalgo, 1996, págs. 138-139). En palabras de Manzini, el agente público puede cometer el delito “por actos que propiamente no entran en su competencia funcional o territorial, pero que no obstante pueden ser facilitadas por su cualidad”, su investidura pública (1961, pág. 213).

La jurisprudencia es unánime al considerar que si no se acredita que el sujeto activo “abusando del cargo” obligó o indujo al ciudadano, a fin de obtener promesa o beneficio patrimonial no se configura el tipo penal de concusión. Asimismo, “abusar del cargo” es el núcleo rector del comportamiento típico, por el cual el funcionario o servidor público efectúa un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada o ejerce el cargo de forma contraria a la encomendada. Así consta en las ejecutorias supremas de los siguientes recursos de: nulidad 4050-2001/Cono Norte del 8 de agosto de 2002, nulidad 2218-2005/Arequipa del 10 de abril de 2006, nulidad 1601-2006/Huaura, nulidad 1906-2009/Huancavelica, nulidad 217-2011/Amazonas del 29 de febrero de 2012¹⁰, nulidad 3861-2011/Lima y nulidad 1062-2012/Ayacucho del 14 de marzo de 2013.

Asimismo, la ejecutoria suprema del recurso de nulidad 91-2020/Pasco, establece en el décimo considerando punto 10.2, acertadamente, que el abuso del cargo, identificándolo con prevalimiento del cargo funcional o mal uso de la investidura funcional, es el medio comisivo. Lo conceptualiza como la circunstancia donde el agente público se aprovecha de las ventajas de una concreta y especial situación de superioridad, prerrogativa o potestad con respecto a la víctima.

Cabe mención aparte, la ejecutoria recaída en la casación 1743-2019/Junín del 8 de marzo del 2022 resuelta por la Sala Penal Permanente, debido que se explica que la conducta exigida de abusar del cargo puede ser de forma explícita o encubierta.

⁹ Para el autor Manuel Abanto Vásquez, el bien jurídico vulnerado es la “legalidad del ejercicio funcional”.

¹⁰ Esta ejecutoria suprema conceptualiza el abuso del cargo, citando al autor Fidel Vargas Rojas.

Para nosotros, no cabe duda, que el “abuso del cargo” es un medio comisivo, es decir es la forma mediante el cual el trabajador público realiza alguno de los verbos rectores (inducir u obligar) y se requiere para que la conducta sea típicamente objetiva. Asimismo, determinamos la noción, desde un punto de vista amplio, de este medio comisivo como aquella situación donde el *intraneus* hace un mal uso de su investidura pública oficial, se extralimita del marco normativo constitucional, vulnerando el artículo 39 de la Constitución Política referente que el agente público debe cumplir sus funciones optimizando los intereses del Estado y de los ciudadanos, y utiliza su cargo con la finalidad crear en el *extraneus* una estado de constricción o de inducción que lleve a que realice un acto de disposición de un bien patrimonial o la promesa de hacerlo. Consideramos que el ilícito puede ser cometido incluso cuando el agente público está de vacaciones, de permiso, fuera y dentro de su competencia en la medida que la titularidad del cargo público no se pierde por las mencionadas circunstancias.

En el delito de concusión el abuso del funcionario o servidor público puede asumir dos formas (uso de coacción o el convencimiento engañoso) y está orientado a obtener bienes o beneficio patrimonial o el ofrecimiento de hacerlo. Se trata de un ámbito de delincuencia funcional (Rojas Vargas, 2021, pág. 453).

Finalmente, de lo expuesto en este acápite surge la pregunta si en el tipo penal de concusión el elemento objetivo de abuso de cargo está limitado a las funciones y competencias inherentes del cargo que ostenta el sujeto activo o si se refiere a la posición y poder otorgado por la investidura pública. La respuesta, que a continuación absolveremos, es indispensable a fin de que nuestros operadores de justicia determinen en el caso concreto si las proposiciones fácticas imputadas se subsumen en el supuesto del hecho del tipo penal de concusión.

2.1.1 ¿Cargo y atribuciones son lo mismo?

Para el país vecino de Colombia, no es necesario el análisis y diferenciación entre cargo y funciones para la configuración del delito de concusión. Debido a que el artículo 140 del Código Penal colombiano, Decreto número 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, es expreso al tipificar el abuso de cargo o de funciones (Molina Arrubla, 1995, pág. 183). Tipificación que está vigente en su actual código penal, Ley 599 de 2000, artículo 404.

Asimismo, Manzini al analizar el artículo 317 del Código Penal italiano hace alusión a que el abuso del oficio público está referido tanto al aspecto subjetivo: cualidad de trabajador público; como al objetivo: ejercicio de las funciones propias del cargo (Manzini, 1961, pág. 213). Pero en nuestro caso, en el ilícito penal se estatuye “cargo”, por lo que es necesario aclarar lo que engloba tal término.

En ese orden de ideas, empezaremos conceptualizando la palabra atribución para posteriormente determinar el término cargo. Así tenemos, que Fidel Rojas al describir los elementos objetivos del delito de abuso de autoridad regulado en el artículo 376 del Código Penal, define atribución como: “las facultades (aspecto subjetivo) y competencias (aspecto objetivo) poseídas legalmente por el funcionario público para desarrollar actos de función, a nombre y en representación del Estado”. Estas atribuciones son deberes, actividades o funciones inherentes y derivadas del cargo público asumido que están establecidas expresamente en las leyes y reglamentos específicos, por lo que la atribución tiene naturaleza legal (Rojas Vargas, 2021, págs. 277-278).

Juan Portocarrero utiliza como sinónimo de atribuciones, a las facultades u obligaciones, que constituyen “la razón de ser del cargo, de la autoridad” (1996, pág. 108). Manuel Abanto al analizar el delito de abuso de funciones genérico conceptualiza el término “atribuciones” como las funciones que le competen al agente público, las facultades atribuidas (Abanto Vásquez, 2001, págs. 182-183).

Edward García describiendo los elementos estructurales del tipo objetivo del delito de abuso funcional, expone que este exige que el agente público “se encuentre en su labor funcional, esto quiere decir que cometa u ordene actos arbitrarios en el ejercicio propio de sus funciones” (2009, pág. 551). El mismo autor, en otra obra, precisa que este ilícito requiere que el agente público este en su labor funcional, pues el abuso se da en la relación funcional agente-acto funcional (2022, pág. 43)

James Reátegui al analizar los elementos normativos de la tipicidad objetiva del delito de nombramiento o aceptación ilegal regulado en el artículo 381 del Código Penal, conceptualiza el término cargo público, como aquel que ejercen los funcionarios o servidores públicos al interior de la administración pública. (2016, pág. 1511), una noción que a nuestro parecer es insuficiente.

Por lo que recurriremos a la precisión elaborada por Janeyri Boyer, que nos parece apropiada y completa. Cargo es el “estatus o posición que el individuo ocupa dentro de una organización. También se le conoce como puesto o plaza”. Asimismo, lo podemos bifurcar en dos planos, el orgánico y el funcional. Por el primero, “el cargo constituye la unidad mínima de competencias en el seno de la organización”. Mientras que, desde el punto de vista funcional, son todas aquellas atribuciones y funciones del propio puesto asignadas por la normativa (Boyer Carrera, 2019, págs. 22-23).

De acuerdo a lo reseñado y dando respuesta al título del presente acápite, los términos cargo y atribuciones no son lo mismo. Las atribuciones son aquellas funciones y deberes

específicos establecidos en el marco legal del cargo público poseído. El cargo es un concepto más amplio, que a nuestro parecer incluye a las funciones inherentes al cargo asumido, pero también a esa posición en la sociedad y calidades que ostenta el sujeto por tener vínculo laboral con la administración pública, debido a la investidura.

Fidel Rojas considera que en el delito de concusión se ha tipificado abuso del “cargo” y no ha hecho referencia a los términos “atribuciones, funciones, poderes, potestades o actos de competencia”, lo que no es coincidencia. Sino que es la finalidad buscada por el legislador, debido a que el abuso no se da exclusiva o principalmente en el ejercicio de las propias atribuciones. Puede ocurrir que el abuso de cargo se produzca en el ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público, pero no es necesario para la configuración del delito. En el delito de concusión, “el abuso del cargo es el mínimo penalmente relevante y suficiente que requiere el tipo penal”, con prescindencia de cuáles son sus atribuciones reales, solo se requiere que el sujeto activo abuse del poder, calidad o posición pública que deriva de la posición del ejercicio de la función pública (Rojas Vargas, 2021, págs. 451-452).

Esta misma postura la tiene Frisancho, pues explica que el agente público abusa de su cargo tanto al utilizar su investidura para como cuando actúa fuera del marco legal propio de sus funciones con el fin de obtener alguna utilidad indebida (Frisancho Aparicio & Peña Cabrera, 1999, pág. 279). “No interesa que tenga relación con actos específicos de su cargo” (Portocarrero Hidalgo, 1996, pág. 138).

Alonso Peña precisa que hay un sector de la doctrina nacional que comulga que el abuso debe ser de las propias funciones del sujeto activo ya que en ese caso el funcionario atentaría contra el bien jurídico tutelado, correcto funcionamiento de la administración pública. Pero, si el elemento típico del delito de concusión es un acto de constricción sobre el particular, y considerando que este no tiene el deber de conocer cuáles son los ámbitos de competencia funcional del funcionario perpetrador, esto abonaría a que el particular sienta el temor de que el sujeto activo pueda realizar el hecho que amenaza realizar. Por lo que, al restringir el abuso a un marco estrictamente competencial muchos comportamientos quedarían fuera del ámbito de protección de la norma del delito de concusión. Finalmente, luego de exponer su razonamiento se inclina a considerar que el abuso de cargo está referido a la investidura funcional (Peña Cabrera Freyre, 2010, págs. 282-283).

James Reátegui expone que el abuso se refiere alternativamente a las calidades o a las funciones. Es decir, se comete el delito cuando el servidor o funcionario público obra dentro de los límites de su competencia funcional como cuando se sirve de manera genérica de sus calidades, pero siempre debe cometerse mediante el abuso de la calidad de funcionario

público. Finalmente, advierte que la inexistencia de abusar de cargo por parte del funcionario o servidor por más que haya irregularidades administrativas no configuran el delito de concusión (Reategui Sánchez, 2017, págs. 333-335).

Ahora, si bien el tipo penal es expreso en incluir tanto al servidor como al funcionario público, también se observa que tipifica el “abusar del cargo” que está referido al funcionario público omitiendo el empleo respecto al servidor público. Pero, de acuerdo con una interpretación integral de todo el tipo penal también se le debe considerar (Rojas Vargas, 2021, pág. 448), precisión con la que estamos de acuerdo.

En esa línea de pensamiento versa la ejecutoria suprema recaída en el recurso de casación 418-2019/Del Santa, expedida por la Sala Penal Permanente, del 2 de diciembre de 2020. En el octavo considerando, acápite 8.4, analiza los elementos del tipo penal nombramiento o aceptación ilegal del cargo público, artículo 381 del Código Penal, y estatuye que el uso del término cargo público está relacionado con el de servicio público y que en la actualidad han remplazado este término por empleo o puesto público.

Esta es la diferencia fundamental entre el delito de concusión y los delitos de abuso de autoridad, tales como el regulado en el artículo 376 del Código Penal, donde el abuso es en el ejercicio propio de las atribuciones.

Respecto a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema tenemos que en el recurso de nulidad 1601-2006/Huaura se determina que el delito requiere que el sujeto activo sea un funcionario público, pero esta calidad no sea formal sino funcional, es decir, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia. En la nulidad 895-2010/Lima del dieciocho de mayo de dos mil once expedida por la Sala Penal Transitoria, se explica que el acto abusivo debe adscribirse a las funciones inherentes al cargo público que detenta el agente público debido a que el concepto de abuso presupone el previo uso de las facultades con las cuales se pretende abusar. En la nulidad 217-2011/Amazonas del veintinueve de febrero de dos mil once emitida por Sala Penal Permanente, citando al autor Fidel Rojas refieren que abuso del cargo es el mal uso de la calidad funcional donde el agente público aprovecha ilícitamente las facilidades o ventajas que le confiere el cargo. En la nulidad 1062-2012/Ayacucho se establece que el abuso del cargo se da de las propias funciones o facultades que tiene.

Cabe mención aparte, la ejecutoria del recurso de nulidad 91-2020 que estableció tres presupuestos para el medio comisivo de abuso del cargo:

a) El abuso debe ser del cargo y no de la función pública. Este se materializará dentro del ejercicio de la función pública y del ámbito de su competencia institucional general o específica. Adoptando la postura del autor Abanto Vásquez que refiere que el abuso del cargo

es de las propias funciones. Cita la ejecutoria suprema del recurso de nulidad 4050-2001/Cono Norte donde se determinó que el delito de concusión requiere que el sujeto activo además de ejercer los actos que son propios de una autoridad pública le atribuya el carácter de oficial a dicha conducta (referencia incorrecta)¹¹. Finaliza puntualizando que, cuando la intervención del trabajador público (inicial, subsecuente y final) es desviada o está al margen del ejercicio de la función pública constitucional y legal se comporta como un agente común, es decir es un ciudadano que incurre en delitos comunes.

b) Vinculación legal entre el trabajador público y el particular. En el ejercicio de la función pública cumple con un servicio público para el ciudadano.

c) El agente público constriñe o induce al sujeto pasivo con el fin que le entregue o prometa bien para sí o para un tercero.

Estas interpretaciones contrarias pueden llevar a los operadores de justicia a confusión han quedado superadas por la reciente ejecutoria suprema recaída en la casación 1743-2019/Junín, con meridiana claridad. Esta precisa que en el elemento abuso del cargo se debe aplicar un criterio más amplio al establecido en el artículo 376 del código sustantivo, que exige expresamente abusar de las atribuciones, postura que compartimos.

2.2 Conducta de prevalimiento

Para Alonso Peña, el prevalimiento se conceptualiza como *metus publicae potestis*, o el miedo, el temor a la autoridad, mediante el cual el agente público se aprovecha ilícitamente de las cualidades inherentes al cargo y del temor que genera la investidura de la función pública, para lograr doblegar la resistencia volitiva del particular. Precisa, que “el abuso de poder funcional debe llegar a la psique del particular, con suficiente entidad intimidante, en el sentido de que se pueda generar el temor para así proceder la víctima a prometer la entrega de un beneficio patrimonial” (Peña Cabrera Freyre, 2010, págs. 274-282).

Frisancho citando a Carrara, adjudica el elemento *metus publicas postestatis* a Farinaccio debido a que este autor delimito la concusión al ámbito de la función pública y a quien ostentaba el poder (Frisancho Aparicio & Peña Cabrera, 1999, pág. 277).

¹¹ La ejecutoria suprema del recurso de nulidad 4050-2001/Lima expedida por la Sala Penal Permanente el 8 de agosto de 2002, establece que:

No se encuentra debidamente acreditado pues en autos no existe prueba objetiva que demuestre que los antes citados abusando de sus cargos hayan obligado a inducido a los participantes en las licitaciones públicas, a fin de obtener promesa o beneficio patrimonial por parte de ellos. Del mismo modo, en cuanto al delito de usurpación de autoridad atribuido al encausado recurrente Martos Gonzales, para su configuración se requiere que el sujeto activo además de ejercer los actos que son propios de una autoridad pública le atribuya el carácter de oficial a dicha conducta, lo cual no ha sido demostrado en el presente proceso.

Notamos, que la ejecutoria 91-2020 hace referencia a exigencias establecidas para el delito de concusión, pero en la nulidad 4050-2001 tal presupuesto es exigido para el delito de usurpación de autoridad.

Carrara al describir este delito pone énfasis que el beneficio se obtiene por el temor infundido mediante el poder público. El elemento constitutivo es que “se haya empleado como medio la amenaza de un acto de autoridad pública” (Carrara, 1993, pág. 117). En esa misma línea de pensamiento, el jurista James Reátegui conceptualiza el prevalimiento como el fundamento material del injusto (2017, pág. 333).

Carlos Molina precisa que debe existir un nexo causal entre el constreñimiento y la creación del vínculo obligacional y expone que:

En atención del constreñimiento del cual ha sido objeto, se cree en el sujeto pasivo un vínculo obligacional con el agente delictual, por razón del cual llegue a la conclusión (a nivel intelectual), de que efectivamente debe (o tiene) que dar o prometer lo que el servidor público le exige (Molina Arrubla, 1995, pág. 190).

Para el autor argentino Jorge Luis Rimondi el funcionario público utiliza como medio comisivo, el aprovechamiento del *metus publicae potestis* del ciudadano. Lo define como “temor genérico a la autoridad pública que este detenta” por el cual la víctima tiene, en su interior, la certeza de que, si no cumple los requerimientos del funcionario, este empleará su autoridad pública abusivamente en su contra (Rimondi, 1999, pág. 69).

El juez Ramiro Salinas conceptualiza el prevalimiento, al analizar los elementos típicos del delito de abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios, artículo 376-A del Código Penal. Lo define como la situación donde el agente público:

Conocedor de su calidad de funcionario o servidor público y del poder que da el cargo o empleo, hace uso indebido de las posibilidades de acción que brindan sus atribuciones o que se desprendan de su calidad especial, esto es, del estatus que ocupa (Salinas Siccha, 2019, pág. 271).

El abogado Edward García no define como tal el prevalimiento. Pero, expone una idea, que a nuestro parecer, conceptualiza al mencionado término. Lo determina como:

Relación de desventaja entre el funcionario y el particular, donde el primero se aprovecha de su posición superior respaldada por la oficialidad de su cargo y al segundo solo le queda someterse a sus exigencias por ser respetuoso de la autoridad del poder público (García Navarro, 2022, pág. 391).

Por lo que, a nuestra consideración, el sujeto activo al utilizar como medio comisivo, el abuso del cargo. Este entendido como el estatus en la sociedad y calidades que ostenta debido a la investidura pública genera temor en el particular de un posible perjuicio derivado de un acto abusivo de la administración pública. Lo que le da al agente público superioridad ante el ciudadano, a esto le llamamos “prevalimiento”.

2.3 Verbos rectores

El tipo penal peruano del delito de concusión especifica dos verbos rectores que configuran las modalidades de ejecución del mencionado ilícito: “obligar” e “inducir”. Estos son utilizados por códigos latinoamericanos que siguen el modelo italiano (Rojas Vargas, 2021, pág. 450). En palabras de Portocarrero, por estos dos verbos rectores surge la concusión violenta y la concusión fraudulenta (1996, págs. 139-140).

De acuerdo con el sexto considerando de la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 1601-2006/Huaura, el abuso de cargo debe viciar y doblegar la voluntad del sujeto (entendiéndose como sujeto pasivo directo o agraviado) a través de un constreñimiento o una inducción. Lo que conlleva el uso de la violencia a fin de conseguir un beneficio patrimonial ilícito. Asimismo, la ejecutoria recaída en el recurso de nulidad 1433-2007/Madre De Dios emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria, del 3 de marzo de 2008 en el considerando séptimo reseña como sinónimos de las modalidades de ejecución, la amenaza y presión. La ejecutoria suprema 3151-2011/Lima consigna: “El comportamiento del agente se da cuando este hace un mal uso del cargo público ejerciendo violencia o convencimiento sobre la víctima”.

De acuerdo a los autores colombianos Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, opinión que compartimos y aplicamos al caso peruano, el ilícito de concusión es un tipo compuesto alternativo. Tiene dos verbos rectores, por lo que para que se configure este delito basta que se ejecute un solo verbo rector. Pero, si se realizan ambos no se da origen a un concurso material de tipos penales (Gómez Méndez, 2008, pág. 300)

Finalmente, Fidel Rojas citando a Pagliaro, precisa que ambas modalidades delictivas del ilícito de concusión deben reunir condiciones de idoneidad y suficiencia. Es decir deben ser serias y eficaces, que realmente dobleguen la voluntad de la víctima. El encargado de evaluar la aptitud de los medios utilizados es el juez del caso en concreto (Rojas Vargas, 2021, pág. 467). En esa línea de pensamiento comulga James Reátegui (2017, pág. 335).

2.3.1 *Verbo obligar*

El término obligar definido por la Real Academia Española significa mover e impulsar a hacer o cumplir algo, compeler, ligar. Lo conceptualizan con constreñir o ejercer presión sobre una persona con un motivo concreto (Gómez Méndez, 2008, pág. 300). Asimismo, lo identifican con utilizar cualquier medio de “coerción efectiva, directa o indirecta” (Manzini, 1961, pág. 221), o compeler por la fuerza (Frisancho Aparicio & Peña Cabrera, 1999, pág. 279).

Para Fidel Rojas obligar es: “forzar, constreñir, coaccionar la voluntad de una persona de modo tal de dirigir su voluntad hacia actos de comportamiento que libremente no habría

adoptado. Es ejercitar violencia de baja intensidad, amenaza o presión sobre una persona”, “presionarla psicológicamente de modo tal de modificar el proceso formador de su voluntad, que sin dicha presión ella no habría realizado el comportamiento pretendido por el funcionario abusivo” (Rojas Vargas, 2021, págs. 454-455).

James Reátegui, citando jurisprudencia suprema refiere que obligar es compeler la voluntad del ciudadano (2017, pág. 337). Para Alonso Peña obligar “implica el ejercicio de una actitud coactiva de parte del sujeto activo sobre el particular” lo delimita a una amenaza, referida a una conducta propia del cargo funcional que doblega la voluntad de la víctima (Peña Cabrera Freyre, 2010, pág. 283).

En esa misma línea de pensamiento expone Eliu Arismendiz, que el trabajador público “muestra un accionar amenazante frente al tercero, advirtiéndole un perjuicio producto de un acto administrativo en el cual participa en razón del cargo funcional”. El autor también considera dentro de este verbo rector a los actos intimidatorios (Arismendiz Amaya, 2018, pág. 379).

Abanto Vásquez asimila el término “obligar” a constreñir, compeler por la fuerza. Pero precisa que no es la violencia o amenaza exigida por el tipo penal de extorsión, ya que no se requiere que se materialice alguna agresión física sobre el cuerpo, sus bienes o sobre sus familiares (2001, págs. 242-243).

Para Ramiro Salinas, esta modalidad se materializa cuando “el agente en ejercicio de sus funciones con conocimiento y voluntad impone, obliga, fuerza, coacciona, somete o constriñe la voluntad de su víctima”. Hace hincapié en que es sinónimo de compeler por la amenaza mas no por la violencia física y si en caso se emplea, será tipificado por delito de extorsión. Debido a que en el ilícito de concusión la intimidación ejercida sobre el ciudadano es sufrir algún daño derivado de la administración pública, mas no un perjuicio común. Asimismo, considera que la amenaza puede o no ser directa, y que no necesariamente el ciudadano debe estar en situación de vulnerabilidad (Salinas Siccha, 2019, pág. 321).

La doctrina admite en el delito de concusión que la violencia, solo puede ser moral (Portocarrero Hidalgo, 1996, pág. 140). Esta puede ser ejercida contra el perjudicado o sus familiares por lo que no cabe violencia física debido a que este ya no actúa, sino que es obligado a actuar. Asimismo, la violencia moral se puede presentar de diversas maneras: verbal, escrita, directa, indirecta, explícita, implícita, clara, simbólica, condicionada o incondicionada (Reategui Sánchez, 2017, pág. 338).

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que los autores concuerdan que obligar implica compeler, constreñir, amenazar y ejercer violencia. Pero, hay desacuerdo respecto a si

la violencia es solo moral o puede llegar a ser física. Como podemos observar de los autores citados, solo Fidel Rojas es el que considera que este verbo rector también abarca agresión física en grado menor o de baja intensidad que el exigido en el delito de extorsión, pero ¿Cuál es el barómetro para medir la intensidad de la violencia física? Y ¿cómo podemos diferenciar la violencia física de baja intensidad utilizada en el delito de concusión de la ejercida en el delito de extorsión?

Estas interrogantes requieren ser absueltas, por lo que recurriremos a la jurisprudencia de la Corte Suprema. La ejecutoria suprema plasmada en el recurso de nulidad 2218-2005/Arequipa consigna:

[E]n el caso de autos los imputados [...], titulares de la administración del “Hostal Pacifico Copacabana”, admiten haber entregado sumas de dinero a los encausados en distintos momentos para la tramitación de la Licencia de Funcionamiento de Local, pero lo hicieron voluntariamente, sin coacción alguna, por lo que no se configura del delito de concusión al no existir como medio la imposición del pago con el abuso del cargo de funcionario.

La sentencia suprema recaída en el recurso de nulidad 163-2007 del 7 de abril de 2008 proferida por la Sala Penal Permanente consigna en el cuarto considerando:

[S]e desprende que el encausado [...] solicitó dinero a una mujer para no cerrar el local donde ejercían la prostitución (lo que se deduce, en especial, de la expresión “te voy a cuidar tu departamento, voy a cuidar que no te tumben, pero me tienes que pagar mil quinientos soles para que no cierren tu local”).

En un sentido similar, la sentencia del recurso de nulidad 895-2010/Lima expedida por la Sala Penal Transitoria respecto a obligar refiere que: “se configura con el ejercicio de la amenaza o presión sobre el sujeto pasivo de la acción, afectando la voluntad de este último a través de la coacción psicológica –vía compulsiva- ejercida”. Seguidamente, la ejecutoria recaída en el recurso de nulidad 3151-2011/Lima utiliza como sinónimo de obligar, el ejercicio de violencia. A continuación, la ejecutoria del recurso de nulidad 3188-2011/Áncash proferida por la Sala Penal Permanente el 30 de enero de 2013 expone que: “Asimismo, es menester indicar que el referido tipo penal [concusión], contiene dos modalidades; el de concusión mediante constricción (violencia o amenaza) [...]”.

Posteriormente, la Sala Penal Permanente mediante la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 3248-2011/Lima conceptualiza obligar como el ejercitar violencia de baja intensidad, amenaza o presión sobre una persona, quien es forzada en su voluntad a acceder a la ilegítima pretensión. Asimismo, en la ejecutoria de la nulidad 1062-2012/Ayacucho se

establece: “este delito [concusión]”, el agente público, mediante abuso del cargo, despliega violencia, amenaza [...] para someter a una persona y, de este modo, obligarla [...]”.

Finalmente, la Sala Penal Transitoria en la sentencia del recurso de nulidad 91-2020, citando y tomando postura por los argumentos del autor Fidel Rojas refiere que el verbo obligar del ilícito de concusión adquiere una connotación distinta al tipificado en el delito de extorsión, en la cual la violencia, amenaza o presión sobre una persona que se ejercita es de baja intensidad.

De lo expuesto, consideramos que ni en la doctrina ni en la jurisprudencia hay unanimidad respecto a si el verbo rector obligar del delito de concusión abarca la violencia física, lo que lleva a que se confunda con los elementos típicos del delito de extorsión. Por lo que procederemos a identificar y definir las dos modalidades del verbo obligar, lo que contribuirá a aclarar el tema expuesto.

2.3.1.1 Manifestaciones de obligar. Tenemos dos manifestaciones:

A. Coacción física. Fidel Rojas la define como “una imposición o forzamiento sobre la persona” precisando que la violencia física no es del nivel del delito de extorsión, es decir es en grados menores que “tienen que ver con forzamientos o imposiciones inaceptables en un Estado de derecho y, por lo mismo, para el Derecho Penal” (2021, págs. 455-456).

Pero, los operadores de justicia ¿Cómo podrían catalogar los niveles de violencia física? Y si se llegase a establecer dicha estimación, ¿qué grado de violencia correspondería al delito de concusión y cual, al delito de extorsión?, ¿se necesitaría una reforma legislativa para modificar los elementos constitutivos de los mencionados delitos? O ¿sería el juez el que evaluaría en el caso concreto?

B. Constreñimiento. Fidel Rojas la define como “presión psicológica o moral (amenaza, intimidación)” y este citando a Pagliaro, diferencia la presión psicológica entre la absoluta y relativa. En la primera la víctima no realiza propiamente la acción, no tiene opciones, y la segunda, el ciudadano tiene las opciones de elegir entre ceder o rechazar ante la presión. Asimismo, agrega que mayoritariamente, el agente público aprovecha la vulnerabilidad de la posición del ciudadano de estar en situación de dificultad o de irregularidad frente a la administración pública (Rojas Vargas, 2021, págs. 455-456).

De acuerdo con lo expuesto, somos de la opinión que el verbo rector del ilícito penal de concusión “obligar” implica compeler, constreñir, amenazar o ejercer violencia moral, sobre el ciudadano. Es decir el trabajador público, aprovechando que esta revestido de poder otorgado por el Estado y de la situación de superioridad ante el ciudadano, ejerce una presión psicológica

absoluta y le impone su voluntad, dejándolo sin opciones, con la finalidad de obtener algún beneficio patrimonial, por lo que descartamos la violencia física.

2.3.2 Verbo inducir

Este verbo rector se materializa cuando el agente en ejercicio de su cargo público “estimula, instiga o provoca” al ciudadano para que este le prometa o le da algún bien o beneficio patrimonial (Salinas Siccha, 2019, pág. 322). Esta modalidad se presenta cuando el sujeto activo hace uso de “la persuasión, el convencimiento, la apariencia, (...), para formar o determinar la voluntad de la víctima”, utilizando y abusando de su cargo público. No es un “influjo psicológico”, pues la inducción es realizada por el agente público con nombre propio a fin de obtener una ventaja patrimonial indebida. (Rojas Vargas, 2021, pág. 458).

Para Elio Arismendiz, el verbo inducir si consiste en un influjo psíquico determinante, que vicia la voluntad del ciudadano, sin tener la capacidad de negarse. Este influjo es ejercido por el agente público con la finalidad que la víctima entregue o prometa alguna ventaja patrimonial (2018, págs. 380-381).

El agente público puede valerse del engaño, la mentira o ardid (Peña Cabrera Freyre, 2010, pág. 286), haciendo uso de estratagemas, falsedades, engaños o silencios que tengan la suficiente fuerza (Rojas Vargas, 2021, págs. 458-459), u otro medio dirigido a influenciar la voluntad del ciudadano perjudicado. Pero de acuerdo a Portocarrero no se requiere de estos medios debido a que la simple inducción del trabajador público “por sí sola tiene fuerza para el engaño” (1996, pág. 141).

Cabe mención aparte, el razonamiento desarrollado por el autor Luis Rimondi. Si bien en el ordenamiento argentino no se encuentra tipificado el delito de concusión, el autor analiza que delito se tipificaría en el supuesto que el trabajador público exija un beneficio económico indebido en provecho propio sin proferir amenaza solo utilizando el temor genérico a la autoridad pública. Mientras expone sus razones, refiere que el trabajador público puede con la simple exigencia obtener el provecho económico indebido ya que “hace valer su calidad funcional” y explota intencionalmente el miedo que despierta en la víctima de sufrir perjuicios derivados de la administración pública (Rimondi, 1999, págs. 69-73).

Si bien el Código Penal argentino no contempla entre los elementos objetivos de los artículos 266 al 268, el verbo inducir, el código sustantivo peruano en su artículo 382, si lo consigna. Por lo que, en nuestra opinión, la sola exigencia del agente público aprovechando el miedo genérico a la autoridad pública, es una forma de inducir al perjudicado, específicamente persuadirlo.

De modo similar, Portocarrero afirma que la modalidad de inducción del delito de concusión no requiere de engaño, astucia y artificio “sino de una simple inducción donde la influencia del funcionario por sí sola tiene fuerza para el engaño”. Si el agente público utiliza alguno de estos medios, no impide que se configure el delito, sino que le dota de mayor consistencia. Esto lo deben tener en cuenta los operadores de justicia a fin de solicitar y aplicar la pena (Portocarrero Hidalgo, 1996, pág. 141).

Esta postura encuentra respaldo en la ejecutoria suprema del recurso de nulidad 3151-2011/Lima, donde se consigna que la procesada abusando de su cargo indujo a varios trabajadores a entregarle sumas de dinero. En el cuarto considerando se estableció:

4.1.4 [...] la agraviada doña Liliana López López, fue contratada como auxiliar de comunicaciones, laborando como subordinada de la procesada desde el mes de diciembre de dos mil cinco hasta agosto de dos mil seis, precisándose que fue contactada directamente por la citada acusada, por motivos de amistad, a efecto que labore en tal institución. En tales circunstancias, la acusada, valiéndose de su superioridad jerárquica, así como el hecho de haberla contactado y logrado que trabaje en dicha institución, le solicitó indebidamente dinero a la mencionada trabajadora. 4.1.5. Dicha conducta también se dio con el agraviado Miguel Martín Gherzi Gherzi, quien se desempeñaba en el cargo de responsable de focalización y encargado de la Unidad Técnico Operativo de “Projovent” quien [...] sostuvo que en el mes de febrero de dos mil seis, la procesada le solicitó mil nuevos soles [...]; agregando que había cierta presión al tratarse del hermano del Ministro de Trabajo de ese entonces, del cual dependía el programa “Projovent”; asimismo señaló que la indicada procesada le señaló que los demás estaban colaborando y que el deponente también “debería colaborar”, tornándose una situación incómoda, por la manera insistente en que la procesada exigía esa entrega. 4.1.6. [...] Situación similar ocurrió con el agraviado don Raúl Antonio Granda Arroyo, quien conforme a su declaración [...] refiere que se desempeñaba en el cargo de asistente administrativo del Área de Comunicaciones, siendo su jefa la procesada [...], quien su condición de superior jerárquico le solicitó la colaboración de setenta dólares americanos. 4.1.7 De lo expuesto se colige que la procesada [...], abusando de su cargo y de la condición de asesora del hermano del titular del Ministerio de Trabajo, del cual dependía el programa “Projovent”, donde trabajaban los agraviados, les requería sumas de dinero encontrándose comprometidos por la situación expectante en la que se encontraban. Adecuándose la conducta en el tipo penal por el que ha sido pasible de condena.

Notamos que, en la ejecutoria citada, el colegiado supremo utiliza como sinónimos del verbo rector inducir, requerir, exigir y solicitar, lo que ampara nuestro argumento.

La ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 895-2010/Lima señala en su quinto considerando:

La segunda variante comisiva –inducir- no se encuentra referida a cualquier propuesta u ofrecimiento que realice el agente, sino que requiere que en la misma debe operar un engaño o falsedad relevante que provoque en el particular la disposición de otorgar o prometer un beneficio de estricto contenido patrimonial.

La resolución suprema del recurso de nulidad 217-2011/Amazonas, citando al autor Fidel Rojas, estableció que: “la inducción requerida por el tipo penal consiste en vender la voluntad de la persona mediante la persuasión, el convencimiento, la apariencia, haciendo uso de estratagemas, falsedades, engañosos o silencios que tengan la suficiente fuerza determinadora para que la víctima de o prometa dar el bien o beneficio patrimonial”.

Para Abanto Vásquez, este verbo rector se refiere a persuadir al sujeto pasivo, pero solo puede darse por engaño o mentira, y descarta cualquier otro medio tales como la sugestión, la exhortación, el consejo, entre otras. Asimismo, se puede presentar esta modalidad por omisión, el silencio ante la pregunta del ciudadano que lleva a incurrir en error (Abanto Vásquez, 2001, pág. 244). A diferencia de Manzini, que considera cualquier medio que determine al sujeto pasivo a dar o prometer indebidamente, lo que incluye también la sugestión tácita (1961, pág. 222).

James Reátegui citando a Francisco Ferreira precisa que inducción y constreñimiento son verbos rectores distintos. Asimismo, pone énfasis en que inducir es diferente a convencer y explica que, si el agente público convenció al ciudadano y este entregó sin miedo un beneficio económico, para que realice su función u otro acto de la administración pública no se configura el delito de concusión, pero si se presenta el delito de cohecho (Reategui Sánchez, 2017, pág. 342).

Esta modalidad puede darse por acción o por omisión tal es el caso cuando el agente guarda silencio ante las inquietudes del ciudadano (Salinas Siccha, 2019, pág. 322). El silencio pueda ser considerando como determinante de una situación generadora de una obligación (Peña Cabrera Freyre, 2010, pág. 287). Pero, debe existir una suficiente relación de causalidad entre la inducción y la materializan de la entrega o promesa (Rojas Vargas, 2021, pág. 459). Posición que comparte James Reátegui (2017, pág. 342).

En conclusión para nosotros, la inducción es un influjo psicológico, en un sentido más amplio, que incluye la sola exigencia del agente público aprovechando el miedo genérico a la

autoridad pública. También puede valerse de comportamientos (actos u omisiones) no violentos pero que vicien la voluntad del ciudadano perjudicado, tales como la mentira, la persuasión, insinuación, el engaño, y el silencio. Y que lo lleven a entregar o prometer algún beneficio patrimonial al agente público.

2.4 Circunstancias de finalidad

En el ilícito de concusión observamos una peculiaridad. La existencia de los verbos rectores es algo obvio. A esto en el caso de la concusión se le suma el medio comisivo que resulta distintivo de este delito y que se ha mencionado suficiente en este trabajo. No obstante observamos, que los verbos rectores están dirigidos a lograr una respuesta específica de la víctima, lo que en doctrina muchos han denominado verbos complementarios tal como el autor Arizmendi, que lo considera parte del verbo rector, por eso refiere que es un verbo de naturaleza activa y de comisión instantánea (2018, pág. 381).

Pero, lo que tendríamos que preguntarnos ahora es ¿qué significa ser un verbo complementario? De la lectura de diversos autores que emplean esta terminología, podríamos concluir que es un verbo que se ubica después de un verbo rector. No obstante, entendemos que esta clasificación no solo resulta ambigua pues solo observamos que es un verbo cerca a otro. Sino, que además, no encuentra explicación desde la sintáctica y semántica de nuestro idioma.

Una explicación más adecuada surge de considerar el “a dar” y “a prometer”, como elementos denominados circunstancias de finalidad del verbo rector. Estos se manifiestan como consecuencia del abuso del cargo ejercido por el agente público mediante la coacción o inducción, al ciudadano administrado con el fin de que este dé o prometa un bien o beneficio patrimonial (Arismendiz Amaya, 2018, pág. 381). Ambas circunstancias de finalidad deben recaer sobre cosa concreta, descartando que sea imprecisa, nebulosa o turbia (Reategui Sánchez, 2017, pág. 347).

2.4.1 Dar

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, uno de los significados del verbo dar es entregar. Contextualizándolo en el delito de concusión es “proporcionar o transferir indebidamente un bien o beneficio patrimonial” al sujeto público como consecuencia de los actos de constricción o de inducción ejercidos sobre el particular. Esto implica la entrega inmediata y material (Reategui Sánchez, 2017, pág. 345).

Para Manuel Abanto, el término dar significa entregar o transferir algo, de manera inmediata. Precisa que el bien debe ser una cosa cierta, tangible y concreta (2001, pág. 245). El autor Fidel Rojas pone énfasis en que el delito de concusión exige que el beneficio debe ser económico patrimonial y que la entrega puede ser material y/o jurídica. Lo define como:

Desprenderse de algo con valor en el mercado, de poner a disposición [...] un bien [...] como también permitir que el funcionario o servidor tome para sí o tercero la cosa que, en razón a algún título, poseía en consignación, empeño o custodia, en perjuicio de la víctima (Rojas Vargas, 2021, pág. 460).

Respecto al presente tema, existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. El recurso de nulidad 1601-2006/Huaura establece en su sexto considerando:

Que en relación al delito de concusión [...] iii) este abuso de cargo incida sobre la voluntad del sujeto [...], de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones, según el tipo penal sub iudice, en dar – entregar, transferir algo a alguien.

De acuerdo a lo anterior expuesto, concluimos que la circunstancia de finalidad “dar” es entregar, transferir o poner a disposición de manera inmediata un bien o beneficio patrimonial. Esta puede ser material y/o jurídica. Hace bien Fidel Rojas en puntualizar las diferentes situaciones en que puede acaecer la entrega jurídica. Incluso, Portocarrero incluye dentro de este elemento “la retención de la cosa indebida” (1996, pág. 141). Posiciones con las que concordamos.

2.4.2 Prometer

El Diccionario de la Real Academia Española define el término prometer como obligarse a hacer, decir o dar algo. En el caso del ilícito de concusión, obligarse a entregar o transferir un bien o beneficio patrimonial, en un futuro inmediato (Salinas Siccha, 2019, pág. 325). Pero, esta entrega no es remota. También, lo definen como “ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo próximo” (Arismendiz Amaya, 2018, pág. 381). Además, para efectos jurídicos de la realización típica del delito de concusión no es relevante si el ciudadano perjudicado acepto o no esta futura entrega o si se materialice la misma (Reategui Sánchez, 2017, pág. 346).

De acuerdo con Manuel Abanto, por este circunstancial de finalidad el ciudadano se obliga a futuro a hacer o dar algún bien, susceptible de valorarse económicamente. Asimismo, precisa que la promesa debe ser seria de un bien cierto, tangible y concreto por lo que “solo existe una expectativa de una entrega futura”. Si la promesa es imposible de cumplir y el agente público lo sabía, no se configura el delito de concusión (Abanto Vásquez, 2001, pág. 245).

Manzini precisa que debido a que este es un negocio ilícito, la promesa podrá realizarse de “cualquier forma que represente una obligación, aunque sea solo moral”. Es decir, puede sobrevenir de cualquier modo mientras denote que el ciudadano perjudicado está sujeto a la realización de la misma (1961, pág. 216).

Entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, que aborda el elemento “prometer” está el recurso de nulidad 1601-2006/Huaura que establece en su sexto considerando: “Que en relación al delito de concusión [...] iii) este abuso de cargo incida sobre la voluntad del sujeto [...], de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones, según el tipo penal sub judice, [...] prometer –efectuar un ofrecimiento a futuro–”.

Respecto a esta circunstancia de finalidad, el delito de concusión puede ser de manera actividad y de peligro abstracto (Arismendiz Amaya, 2018, pág. 381).

2.5 Círculo de beneficiarios

El delito de concusión estipula que el bien o el beneficio patrimonial que el ciudadano perjudicado entrega o que promete entregar al sujeto público puede ser para sí, para otro o para ambos (Manzini, 1961, pág. 217). Por lo que, en el círculo de beneficiarios se contempla que sea el mismo agente público o un tercero. Este tercero puede ser otro sujeto público, una persona natural o una persona jurídica (Salinas Siccha, 2019, pág. 326). Puede ser de derecho privado, una sociedad o asociación cualquiera, una persona indeterminada (Manzini, 1961, pág. 218), o cualquier persona que tenga algún lazo cercano con el *intraeneus* (Reategui Sánchez, 2017, pág. 349). Se debe tener en cuenta que si el otro tiene conocimiento del origen ilícito del bien se podría tipificar el delito de receptación o lavado de activos (Rojas Vargas, 2021, pág. 462).

A consideración del autor Arismendiz, puede darse dos escenarios respecto al “otro”. Este puede contribuir en el iter delictual del agente público, o puede no intervenir en los actos abusivos, pero si existiendo una vinculación directa con este. Por lo que respecto a este extremo, el delito de concusión es un delito de encuentro, es decir las conductas se necesitan complementariamente y confluyen al momento de la lesión del bien jurídico. Esto encuentro sustento en la ejecutoria suprema recaída en el recurso de casación 841-2015 proferida por la Sala Penal Permanente que establece en el fundamento jurídico vigésimo octavo:

La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*.

Al estar expresamente consignado en el tipo penal “el otro”, el legislador nos informa que este es cómplice primario en la medida que tenga conocimiento de los actos ilegales desplegados por el sujeto activo (Arismendiz Amaya, 2018, págs. 382 - 387). Si el delito ya se consumó y el tercero solo se presenta al recibir el bien o beneficio patrimonial podría incurrir en el delito de lavado de activos (Peña Cabrera Freyre, 2010, pág. 285).

Si el beneficio puede ser para otro, ¿ese otro incluye a la administración pública? De acuerdo a Manuel Abanto el texto legal no la excluye pero tampoco la consigna. Pero, si en caso no se considera como potencial beneficiaria a la administración pública, cuando se exija o induzca a entregar o a prometer algún beneficio se configuraría el delito de abuso de autoridad, que para la gravedad de los hechos, y de acuerdo al margen abstracto de la pena, no es proporcional. Por lo que, es discutible si se puede considerar a la administración pública como el beneficiario del objeto del delito de concusión. Propone que el legislador llene este vacío legal (Abanto Vásquez, 2001, págs. 245-246).

El jurista Salinas Siccha considera que no es posible considerar a la administración pública dentro del círculo de beneficios del delito de concusión (Salinas Siccha, Delitos contra la Administración Pública, 2019, pág. 326).

Respecto a este punto, Manzini expone un razonamiento con el cual estamos de acuerdo. Se basa que el trabajador público en la relación externa ante el tercero ciudadano o administrado representa a la entidad pública, por eso el Estado no puede ser el otro beneficiario. Y en el caso que lo entregado indebidamente se destina inmediatamente a la administración pública podría configurar el delito de abuso de autoridad u otro delito, dependiendo del caso concreto (Manzini, 1961, pág. 217).

Asimismo, se debe considerar que lo que busca el legislador con la tipificación del delito de concusión es penalizar los actos abusivos del sujeto público dirigido a conseguir un provecho personal lucrativo en perjuicio de los ciudadanos. Por lo que, si se incluye a la administración pública en el círculo de beneficiados “importaría desnaturalizar la ratio de la norma en cuestión” (Peña Cabrera Freyre, 2010, pág. 285).

Para el autor argentino Rimondi, en el delito de concusión el provecho es particular, y en el caso que el beneficiario del obrar del sujeto activo es el tesoro público se tipifica el delito de exacción ilegal donde la “conducta es determinada por un celo fiscalista excesivo” (Rimondi, 1999, pág. 71).

Nosotros, compartimos la postura de los autores Manzini y Peña Cabrera. El trabajador público ante el ciudadano administrado representa al Estado y debido a que el tipo penal de concusión busca sancionar al trabajador público que infunde temor utilizando su investidura pública para obtener beneficios personales económicos, la administración pública no se debe considerar como una posible beneficiaria.

2.6 Objeto del delito

Respecto al objeto de la concusión¹², debemos precisar que este delito reprime la conducta del agente público que indebidamente y abusando de su cargo vicia la voluntad del ciudadano con el exclusivo fin de obtener un bien o beneficio patrimonial. El legislador peruano ha utilizado términos amplios o extensivos (Rojas Vargas, 2021, pág. 462).

2.6.1 *Bien*

De acuerdo con James Reátegui bien es “todo lo que constituye el patrimonio”. Estos pueden ser bienes muebles o inmuebles (2017, pág. 347). Para Manuel Abanto, el bien debe tener connotación patrimonial, por lo que queda excluida la solicitud sexual, solicitud de trabajo para un pariente, entre otros. Asimismo, Fidel Rojas precisa que el bien debe ser convertible en dinero y susceptible de apropiación. También, comprende los derechos sobre las cosas, tales como: acciones, títulos valores entre otros (Rojas Vargas, 2021, pág. 462).

De acuerdo al Diccionario Prehispánico de Español Jurídico, el bien es: “cosa que puede ser susceptible de apropiación. Se incluyen todas las cosas o elementos patrimoniales, corporales e incorpóreas, susceptibles de adquisición y transmisión”. Como bien han conceptualizado los autores y el mencionado diccionario, desde una interpretación literal del tipo penal de concusión, el bien es todo cosa mueble e inmueble, corporal o incorpórea, sujeta a transmitirse y apropiarse, es decir que pueda significar en el agente público un incremento en su patrimonio.

Asimismo, la concusión está ubicada en el código sustantivo, en la sección II dentro del capítulo de los delitos cometidos por funcionarios públicos, donde también están incluidos los delitos de: cobro indebido, colusión simple y agravada y patrocinio ilegal. Notamos que en esta sección, el legislador ha consignado textualmente patrimonial en los delitos de concusión y segundo párrafo del delito de colusión. Por lo que desde una interpretación sistemática, concluimos que el legislador al tipificar los tipos penales e incluir el elemento normativo “patrimonial” como parte de su estructura, lo ha realizado de manera expresa. Por lo que se excluye de la connotación de bien, todos aquellos beneficios que no impliquen un incremento en el patrimonio del trabajador público.

2.6.2 *Beneficio patrimonial*

Es toda utilidad que no implica un desembolso económico. Puede darse por cualquier medio que genera ganancias, tales como: regalos, créditos, empleos, licencias o promociones

¹² De acuerdo al numeral 9 del Acuerdo Plenario n.º 5-2010/CJ-116: “los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica”.

(Reategui Sánchez, 2017, pág. 347). O dicho en otras palabras, es “todo lo que satisface la codicia económica” (Portocarrero Hidalgo, 1996, pág. 142).

A consideración de Fidel Rojas es una expresión amplia que abarca a toda ganancia, provecho o utilidad medible en términos de dinero tales como: participación en empresas, descuentos en los precios, obsequios de paquetes turísticos, entre otros (2021, pág. 462). Tiene un interés jurídicamente valorable para el trabajador público en provecho de su patrimonio (Manzini, 1961, pág. 218).

Manzini determina que se configura el ilícito de concusión cuando el trabajador público obtiene una “prestación previo pago”. Es decir, cuando el agente público abusando de su cargo obliga o induce a un tercero para que este le de servicios sin pagarle la debida remuneración. Estos servicios pueden ser manuales, técnicos o profesionales. Por lo que, el sujeto activo del delito obtiene un provecho económico. Ejemplo de lo mencionado se da cuando “el administrador de un manicomio, el director de una cárcel, etc., obtiene prestaciones personales de los internados o detenidos” (Manzini, 1961, pág. 220). Una precisión que compartimos, debido a que estos servicios representan un beneficio económico que aumenta el patrimonio del trabajador público.

El beneficio patrimonial es todo tipo de ventaja u utilidad, traducible en dinero pero que no comprende la entrega efectiva de este o un desembolso económico. Puede ser, incluso, la prestación de un servicio sin el debido pago de la remuneración, siempre que represente un incremento en la masa patrimonio del agente público.

2.7 Lo indebido

La ejecutoria suprema que resuelve el recurso de nulidad 1601-2006/Huaura define “lo indebido” como la prestación sin sustento alguno. Asimismo, la resolución suprema del recurso de nulidad 217-2011/Amazonas, citando al autor Fidel Rojas, estableció que:

El término indebido hace referencia a que la exigencia haya sido hecho sin causa justificada o ilegalmente. El funcionario o servidor público actúa arbitrariamente al obligar o inducir, sin amparo alguno de las leyes o reglamentos a dar o prometer un beneficio.

En esa línea Carrara, expone que el beneficio patrimonial en el ilícito de concusión debe ser indebido. Es decir, el agente público no debe tener el derecho de exigir la entrega del bien o beneficio patrimonial o la promesa de estos (Carrara, 1993, pág. 118). Asimismo, cabe precisar que la entrega y promesa debe ser “no debida al funcionario, ni por ley ni por costumbre” (Portocarrero Hidalgo, 1996, pág. 142), “reprobada por el ordenamiento jurídico”

(Peña Cabrera Freyre, 2010, pág. 288), ni tampoco debida a la administración pública (Manzini, 1961, pág. 220).

Asimismo, Fidel Rojas expresa que el trabajador público al constreñir o inducir la voluntad del ciudadano administrado para obtener alguna ventaja lucrativa, actúa arbitrariamente ya que “no le asiste para ello amparo alguno de las leyes o reglamentos”. El mismo autor precisa que el término “indebidamente” se encuentra a continuación de los medios corruptores dar y prometer. Esto se debe a que está en inmediato y estrecho vínculo con los mencionados, ya que se haya asociado con la injusta exigencia de connotación patrimonial del agente público. Finalmente, el mencionado jurista hace hincapié que si la prestación exigida al ciudadano es debida a la administración pública y el bien mueble ingresa al fondo del tesoro público, no se configura el delito de concusión. Pero, si el agente público exige una deuda personal valiéndose de su cargo público, su actuación es igualmente indebida pero se configura otro tipo de delito, el de abuso de autoridad (Rojas Vargas, 2021, pág. 461).

Tal postura es incorrecta para Alonso Peña, debido a que el agente público no tiene entre sus funciones, la cobranza de deudas personales. Por lo que, exigir el pago de una acreencia al ciudadano sí es una pretensión indebida por lo que se configuraría el delito de concusión (Peña Cabrera Freyre, 2010, pág. 288).

Notamos que el autor Rojas Vargas acertadamente argumenta que la exigencia de una disposición de un bien o beneficio patrimonial o la promesa de hacerlo no debe tener sustento en disposición legal. Pero, respecto a este elemento puede ocurrir dos escenarios:

1. El trabajador público obliga al ciudadano a pagar una prestación que es debida a la administración pública. Pero, la exige abusando de su cargo.
2. El ciudadano administrado tiene pendiente de cumplir una obligación contractual de índole personal frente al sujeto público y este usa su cargo público para exigirla.

En el primer escenario, la exigencia del bien mueble es debida. Pero esta, se exige abusando de su cargo, lo que hace que la acción adquiera relevancia penal. Entonces, ¿se configura el delito de concusión? Para responder a esta interrogante debemos precisar que al no ser la administración pública parte del círculo de beneficiarios del mencionado ilícito y que la exigencia tiene sustento legal, no se presenta el delito de concusión. Se podría configurar el delito de abuso de autoridad, artículo 376 del Código Penal, en la medida que el trabajador público abuse de las funciones inherentes y propias del cargo que ostenta.

En la segunda situación, la exigencia del cumplimiento de la obligación tiene apariencia de ser debida. Al respecto, Carrara expresa que se presenta un “ejercicio arbitrario de derechos propios calificado por ese abuso” (1993, pág. 118). Por lo que, para el mencionado autor no se

configuraría el delito de concusión, pero si otros ilícitos penales. Quienes comparten esta postura podrían considerar que se presente abuso de autoridad o el delito de ejercicio arbitrario del derecho por propia mano, artículo 417 del Código Penal, agravado por la condición del sujeto activo.

Otro autor que comparte este planteamiento es el jurista James Reátegui. Afirma que si el aumento en el patrimonio del agente público le era legalmente debido, aunque haya empleado el abuso de su investidura pública, no se configura el delito de concusión (2017, pág. 323).

Nosotros, compartimos la postura de Alonso Peña, respecto que el trabajador público no tiene como función o facultad, requerir prestaciones personales. Asimismo, si utiliza su investidura pública para lograr que el ciudadano, que tiene pendiente el cumplimiento de una prestación, cumpla con dar el bien, está obteniendo un beneficio económico. Por lo tanto, se presenta la entrega de cosa indebida lo que configuraría el delito de concusión. esta postura encuentra fundamento en lo establecido en el artículo 39 del Constitución Política de nuestro país, debido a que los trabajadores públicos están al servicio de la Nación, excluyendo todo beneficio personal.

2.8 Elemento subjetivo

En el delito de concusión no cabe la comisión culposa, por ende, solo puede ser cometido con dolo, debido a los elementos estructurales propios del tipo penal. Por lo que, estamos frente a un dolo doble: al abusar del cargo y al requerir el beneficio patrimonial, “dolo por abuso (dolo abusivo) y dolo por la pretensión patrimonial (dolo patrimonial)” (García Navarro, 2022, pág. 480).

Respecto al dolo, el autor Fidel Rojas expone que en el delito de concusión no cabe dolo eventual, solo dolo directo debido a los medios comisivos utilizados por el agente público. Su propósito es puramente económico. Además, el trabajador público debe saber que abusa del cargo público que ostenta (2021, pág. 463).

Alonso Peña estipula que solo se requiere el dolo para la configuración del ilícito de concusión, descartando “la exigencia de un ánimo de naturaleza trascendental [...] de obtener un provecho” (2010, pág. 290).

Ramiro Salinas disiente de la apostura anterior. El autor sustenta, que el dolo es directo y que es necesario para la configuración del ilícito de concusión el ánimo de lucro. Lo ejemplifica en el hecho que si el agente público obro con la intención de hacer una broma, el mencionado delito no se configura (Salinas Siccha, 2019, págs. 328-329). En esa misma línea de pensamiento comulga Janes Reátegui. Este precisa que la expresión “beneficio patrimonial”

estipulado expresamente en el tipo penal, hace concluir que sus fines son netamente lucrativos (Reategui Sánchez, 2017, págs. 350-351).

Cabe mención aparte, lo sostenido por el jurista García Navarro, referente a que la expresión del tipo penal: “para sí o para otro” denota la finalidad personal patrimonial del sujeto público. Por lo que “a la voluntad de requerir hay que adicionarle el fin del beneficio patrimonial ajeno” (2022, pág. 482).

Esta línea de pensamiento está plasmada en el recurso de nulidad 1433-2007/Madre De Dios que deja sentado en el quinto considerando: “[...] dicho delito [concusión] es eminentemente doloso donde el agente busca un ánimo de lucro ya sea para él o para una tercera persona”.

Compartimos la opinión con los autores citados respecto a que el delito de concusión es doloso. Pero, para su configuración se requiere que el trabajador público obre con ánimo de lucro, elemento expreso en el mencionado tipo penal. Sin distinguir “si el lucro [es] grande o pequeño” (Carrara, 1993, pág. 118).

2.9 Consumación y tentativa

De acuerdo a este trabajo la concusión tiene dos modalidades de ejecución y dos circunstanciales de finalidad. Se presentan cuatro hipótesis delictivas:

1. Obligar a dar
2. Obligar a prometer
3. Inducir a dar
4. Inducir a prometer

Por otro lado, James Reategui considera que es un ilícito penal de “técnicas legislativas de protección mixta, en la medida que tiene dos verbos rectores de ejecución progresiva, y en función a ello también dependerá los grados de ejecución”. Asimismo, determina la consumación del delito considerando el momento de la afectación del bien jurídico, correcto funcionamiento de la administración pública. Ante el escenario donde el agente público obliga o induce a dar, el delito se consuma cuando el sujeto pasivo pone a disposición de manera inmediata el bien o beneficio patrimonial, por lo que se presenta un delito de resultado lesivo donde cabe tentativa. Por otro lado, cuando el trabajador público obliga o induce a prometer, considerando que no se requiere la afectación al bien jurídico, se configura como delito de peligro donde no cabe tentativa (Reategui Sánchez, 2017, pág. 351).

Para el profesor Ramiro Salinas, la tentativa es posible en los cuatro escenarios. Explica que, en todos estas situaciones existe un lapso de tiempo entre los actos destinados a someter la

voluntad del perjudicado y el momento de la entrega u ofrecimiento efectivo (Salinas Siccha, 2019, pág. 330).

Tanto en la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 1469-2011/Lima del 16 de octubre de 2012 expedida por la Sala Penal Permanente, como en la sentencia suprema del recurso de nulidad signado con número 3188-2011/Áncash del 30 de enero de 2013 preferida por la misma sala suprema, citando a Fidel Rojas, consignan:

El referido tipo penal, es un delito de consumación mixta de resultado y actividad (que no descarta la modalidad omisiva en el supuesto de la inducción) y que contiene dos modalidades básicas: el de concusión mediante construcción (violencia o amenaza) y el de concusión mediante inducción o convencimiento, por ello los núcleos rectores posibilita técnicamente la presentación de las dos siguientes modalidades o supuestos típicos [A]mbas modalidades tiene un sistema de consumación doble.

1. Obligar a dar o prometer. En el supuesto de obligar a dar, el delito se consuma con la dación del bien o beneficio patrimonial, por lo que lo clasifica como delito de resultado. Mientras, en obligar a prometer, el delito se consuma cuando se realiza el ofrecimiento, por lo que acontece un delito de mera actividad.
2. Inducir a dar o prometer. En la modalidad de inducir a dar, el delito se consuma cuando se pone a disposición el bien o beneficio patrimonial, por lo que se configura como un delito de resultado. Mientras, en inducir a prometer, el delito se consuma cuando se realiza el ofrecimiento, por lo que lo clasifica delito de mera actividad.

A la luz de lo expuesto, observamos que en la doctrina no hay consenso respecto a la consumación del delito de concusión y a la consecuente clasificación, y la jurisprudencia no ha contribuido a aclarar el asunto.

Para el autor Peña Cabrera, el delito de concusión se consuma cuando se doblega la voluntad de la víctima o se ejerce la presión psicológica. No es necesario la aceptación de la víctima o la entrega del bien. En los supuestos delictivos de obligar e inducir, se configura como delito de mera actividad donde no cabe la tentativa. El mencionado autor fundamenta su postura en que el delito de concusión salvaguarda el correcto actuar de los trabajadores públicos y en la valoración teleológica de los elementos normativos del tipo penal .

Así las cosas, corresponde que nosotros tomemos postura al respecto. Consideramos que el delito se consuma cuando el sujeto activo realiza el verbo rector obligar o inducir, debido a que el trabajador público aprovechando del cargo que ostenta, se vale de este y de la situación de superioridad para infundir temor en el sujeto pasivo, constriñendo o viciando su voluntad. En las cuatro hipótesis delictivas se configura el delito de concusión como uno de mera

actividad. La sola acción consume el delito, por ser de comisión instantánea donde no acabe tentativa.

Esta opinión respecto a la forma de ejecución del delito de concusión la comparte el autor Eliu Arizmendi (2018, págs. 382-383), aunque discrepamos en relación a que no puede considerarse formas omisivas. A nuestro entender en el delito de concusión si se puede presentar la omisión impropia, comisión por omisión.

Finalmente, tenemos la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 4470-2005 Loreto proferida por la Segunda Sala Penal Transitoria el 18 de setiembre de 2006 que establece que el delito de concusión se consume independientemente “del resultado del trámite”. Es decir, del final que tenga aquello por la cual el sujeto pasivo entregó el bien o ventaja patrimonial o realizó la promesa.



Capítulo 3

Definición de fronteras con otros tipos penales

El delito de concusión es un tipo penal que se sirve de los elementos objetivos de los delitos comunes patrimoniales, extorsión o estafa, con un añadido calificado del actuar delictivo: imposición de la investidura pública o el abuso del cargo (García Navarro, 2022, págs. 392-393). Además como reiteramos, el delito materia de investigación tiene el mismo origen que el delito de cohecho. Por eso, es necesario que analicemos los mencionados ilícitos y se destaque sus diferencias, con el fin que nuestros operadores de justicia realicen una correcta subsunción de los hechos en el supuesto del tipo penal imputado.

3.1 Con el delio de cobro indebido

El delito de cobro indebido está regulado en el artículo 383 de nuestro código sustantivo y tipifica:

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

Algunos autores consideran a este tipo penal como concusión implícita, “hace creer al sujeto pasivo que le toca pagar lo que en verdad no debe” (Portocarrero Hidalgo, 1996, pág. 137). Consiste en que el agente público exige una suma indebida o superior a la debida y el particular lo paga por el miedo al poder público. Por lo que este es sujeto pasivo del delito, agraviado debido a que el error lo excusa (Carrara, 1993, pág. 119).

La ejecutoria suprema del recurso de nulidad 3448-04 del 26 de mayo del 2005 proferida por la Segunda Sala Penal Transitoria estableció en su octavo considerando:

Que en cuanto al delito [...] previsto en el artículo trecientos ochenta y tres del Código Penal, cuyo *nomen juris* también es “pago indebido” y “exacción ilegal” [...]es decir que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio, [...]; en consecuencia, en la concusión quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo exige a la víctima prestar la cosa como consecuencia del terror infundido y no por otra causa.

De la comparación de los tipos penales que recogen a los delitos de concusión y exacción ilegal, salta a la vista que comparten la exigencia de un sujeto activo cualificado y el medio comisivo, abuso de cargo. En el delito de exacción ilegal el término cargo público lo entendemos en su concepción amplia, como la investidura pública y las prerrogativas que ostenta por razón de esta. Postura que comparte los autores Fidel Rojas (Delitos contra la

Administración Pública, 2021, pág. 480), Ramiro Salinas (Delitos contra la Administración Pública, 2019, pág. 336) y Juan Portocarrero (1996, pág. 144).

Ahora pasamos a exponer sus diferencias. Entre las más evidentes se encuentra la sanción penal. El delito de cobro indebido tiene en ambos extremos una pena privativa de libertad menor. También, los diferencia los verbos rectores y medios corruptores. Los cuales analizaremos a continuación.

Respecto a las modalidades de ejecución del ilícito penal de exacción indebida: exigir, hacer pagar o entregar. Lo que podría llevar a confusión entre el mencionado delito y la concusión, son los verbos rectores obligar y exigir.

Ramiro Salinas conceptualiza exigir utilizando los verbos de requerir, demandar, pedir y peticionar (Delitos contra la Administración Pública, 2019, pág. 333). Para Juan Portocarrero no basta con pedir, es necesario reclamar (1996, pág. 145). Como bien explica Fidel Rojas exigir es: “la demanda enérgica que supone un nivel de intimidación y de coacción de cierta intensidad” (Delitos contra la Administración Pública, 2021, pág. 477).

Consideramos que exigir es un mandato autoritario que no llega a la violencia moral. Aquí radica la primera diferencia entre estos dos tipos penales. La demanda del verbo exigir es de menor intensidad que la constricción o amenaza contenidas en el verbo obligar del ilícito penal de concusión. Postura que comparte el autor Fidel Rojas al concluir que: [...] Obviamente que entre exigir [...]y obligar [...] hay diferencias de grado que explican el menor contenido del ilícito, y por lo mismo, de penalidad [del delito de exacción] (Delitos contra la Administración Pública, 2021, pág. 485).

Otra diferencia consiste en que dentro del círculo de beneficiarios del delito de concusión se encuentra el agente público y otro, que de acuerdo a nuestra posición, no incluye a la administración pública. A diferencia del delito de exacción ilegal que al presentarse el supuesto típico relacionado con la contribución¹³, el dinero obtenido ingresa a las arcas del estado.

Otro rasgo que los distingue es que en el delito de concusión necesariamente el trabajador público actúa movido por el ánimo de lucro, elemento expreso en el tipo penal. Mientras que en el cobro indebido esta condición no aparece en tu texto, y en la hipótesis delictiva relacionado con la contribución la “conducta es determinada por un celo fiscalista excesivo” (Rimondi, 1999, pág. 71).

¹³ Contribución, entendido en sentido amplio, que incluye todos los tipos de tributos: impuesto, tasas (arbitrios o derechos), y la misma contribución (Salinas Siccha, Delitos contra la Administración Pública, 2019, pág. 337).

Además en el supuesto típico relacionado con la contribución en cantidades que exceden de la tarifa legal en el delito de exacción ilegal, se presenta que una cantidad del dinero entregado por la víctima es debida y otra cantidad no. A diferencia del delito de concusión, donde el objeto del delito, el bien o beneficio patrimonial, en su totalidad, no tiene sustento en disposición legal.

Estamos al tanto que hay una hipótesis delictiva del delito de exacción ilegal referente al emolumento donde se presenta que el sujeto activo busca un beneficio económico personal utilizando la apariencia de legalidad del cobro, esto encuentra sustento en el quinto fundamento de derecho de la ejecutoria suprema recaída en la casación 977-2016/Cusco que establece: “en el caso del delito de exacción ilegal, dentro del marco factico enjuiciado, se requiere una actividad engañosa de la autoridad para obtener un emolumento por un monto no debido”. No obstante, la concusión se presenta como un injusto penal en que el trabajador público se vale de su cargo para doblegar o viciar la voluntad de la víctima, el llamado *metus publicae* en su más cruda expresión, “amenaza con un actor de poder que reconoce injusto” (Carrara, 1993, pág. 119).

3.2 Con el delito de coacción

El delito de coacción está tipificado en el artículo 151 del Código Penal. Este dispone: “El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”.

En el recurso de nulidad 272-2016 del 11 de noviembre de 2016, en el fundamento jurídico 4.4 ii) se señaló respecto del delito de coacción: “la característica típica más resaltante de este delito se configura en imponer a la persona una voluntad externa para lograr conseguir finalidades no previstas ni deseadas por esta”.

El jurista Salinas Siccha señala que mediante la violencia o amenaza se doblega la voluntad de la persona para que esta haga algo que la ley no manda o que no prohíbe. Considera que la violencia es ejercer fuerza física contra el cuerpo e incluso contra los bienes de la víctima, mientras que la amenaza es el anuncio de causar un perjuicio sobre el agente pasivo o un tercero vinculado a este. El bien jurídico tutelado por el delito de coacción es la libertad personal. (Salinas Siccha, Derecho Penal. Parte Especial, 2018, págs. 617-618).

De lo expuesto observamos que el delito de coacción comparte elementos típicos con el delito de concusión. En ambos se somete la voluntad del sujeto pasivo, se vulnera el derecho a la libertad personal e incluso se configura con el mismo verbo rector “obligar”. Siendo esto así,

tenemos que preguntarnos que función desempeñaría el delito de concusión en un ordenamiento jurídico donde la conducta criminalizada ya encontraría castigo en el delito de coacción.

La respuesta a esta pregunta radica en el elemento típico, primordial y sustantivo del delito de concusión. El sujeto activo, que es un agente revestido de poder otorgado por el Estado debido a su cargo público, se vale de este y se aprovecha de la situación de superioridad y del temor del sujeto pasivo hacia la autoridad pública, *metus publicae potestis*, con la finalidad de obtener un beneficio exclusivamente económico. Por eso, el delito de coacción se penaliza con una pena máxima de dos años, frente al delito de concusión cuyo extremo mínimo es de dos años pudiendo llegar hasta ocho años de pena privativa de la libertad. Esto evidencia la voluntad del legislador de sancionar con muchísima mayor severidad a quien doblega la voluntad de otro abusando de su cargo público.

3.3 Con el delito de extorsión

El tipo penal de extorsión tipificado en el artículo 200 del Código sustantivo establece que:

El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Como observamos, el verbo rector del citado ilícito es obligar, lo mismo que en el delito de concusión, que conlleva a que los operadores de justicia y juristas incurran en errores al analizar los referidos tipos penales, tipificar los hechos imputados y establecer jurisprudencia.

Ante lo expuesto, primero, señalaremos las diferencias evidentes entre ambos ilícitos. El delito de extorsión es un delito común, es decir, puede ser autor de este cualquier ciudadano, incluso un agente público, pero ante esta situación, se configura la agravante por condición del sujeto activo establecido en el artículo 46-A del código sustantivo que se considera solo para determinación de la pena. El tipo penal de concusión exige un sujeto cualificado, específicamente un trabajador público y esta exigencia es el fundamento del delito y de los bienes jurídicos protegidos por este. Respecto al objeto, en el delito de concusión es un bien o beneficio patrimonial, en el delito común de extorsión es una ventaja económica o de otra índole. Y finalmente, la pena que se prevé en la extorsión, tanto en su extremo mínimo como máximo, es considerablemente superior que la prevista para la concusión.

Ahora, pasaremos a abordar las diferencias que en la comunidad jurídica están ocasionando confusión. Para Fidel Rojas una de las diferencias entre el delito de concusión y de extorsión radica en la violencia ejercida, debido a que los medios utilizados por el agente

activo en el delito común anulan o hacen eclipsar la voluntad de la víctima, mientras que en el delito de concusión es la amenaza o anuncio de un perjuicio que proviene de la administración pública (Rojas Vargas, 2021, pág. 455).

Carrara refiere que si bien en el ilícito penal contra la propiedad y el delito de concusión, se infunde temor con el fin de obtener algún bien patrimonial ajeno, la diferencia radica en que si se amenaza con el uso de fuerza privada se configura el delito de extorsión o de hurto violento, que a nuestro entender es de robo agravado, mientras que si se utiliza como medio comisivo la fuerza pública se constituye el delito de concusión, un delito social. (Carrara, 1993, pág. 116). Una de las situaciones que se puede presentar es que el agente público, para obtener el beneficio económico del ciudadano, utilice un arma de fuego, tipificándose el ilícito de extorsión (Reategui Sánchez, 2017, pág. 335).

Aquí es imperioso citar la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 196-2010/Loreto proferida por la Sala Penal Permanente el 24 de noviembre de 2010, mediante el cual se analiza la sentencia que condenó al procesado por el delito contra el patrimonio, chantaje y delito contra la administración pública, concusión, y precisa:

[L]o cierto es que el acusado Alarcón Ipince en su calidad de Sub Oficial Técnico de la Policía Nacional del Perú adscrito a la DIVINCRI- IQUITOS buscó al agraviado para solicitarle dinero a cambio de no hacer de conocimiento a la autoridad respectiva la denuncia de violación y de no asentarla en el registro respectivo, y no en calidad de persona natural para comunicarle que iba a denunciarlo pero que a cambio de dinero ya no lo haría; que esta conducta se subsumiría en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, se define que se configura el delito de concusión, más no el delito contra el patrimonio, que si bien no es el ilícito de extorsión a nuestro parecer podemos hacer extensiva esta interpretación, debido a que el procesado no actuó como persona en su rol social sino como un agente público pues utilizó la posición superior que ostenta por la investidura pública para obtener ilícitamente una ventaja económica.

A nuestra consideración esta especificación es correcta ya que los operadores de justicia para determinar la calificación jurídica a imputar deben considerar que rol desempeñaba el sujeto activo al perpetrar los hechos criminosos. Si el autor actuó quebrantando el rol general se configura el delito común, pero, si este actuó vulnerando un deber especial funcional se configurará un delito de infracción de deber. Nuestra postura, encuentra respaldo en lo expuesto por Carrara, respecto a que la concusión requiere que en un solo acto el agente público

transgreda tanto a la administración pública como el derecho natural de la persona (1993, pág. 131).

Asimismo, y de manera sucesiva, se debe analizar, que medio comisivo utiliza el sujeto activo. Si este emplea el temor a la administración pública, se perpetrará el delito de concusión. Por otro lado, si emplea el uso de fuerza privada y atenta contra algún bien jurídico de naturaleza personal tal como la vida, el cuerpo o la salud se configuraría el delito de extorsión. En modo de resumen, y en palabras de Carrara, para la configuración del tipo penal de concusión se requiere “*que el metus publicae potestatis* [miedo al poder público], haya sido la causa directa por la cual el particular se resignó a permitir que lo despojara de sus derechos el oficial público” (1993, pág. 130).

Luego de clarificar que rol jurídico se violenta en cada tipo de delito y los diferentes medios comisivos empleados de ambos ilícitos, es preciso abordar si en el verbo rector obligar del delito de concusión se puede incluir el uso de la violencia física. Esto se debe a que el jurista Fidel Rojas argumenta que, en el mencionado verbo, se puede ejercer violencia física de baja intensidad. Esta postura ha sido plasmada en algunas ejecutorias expedidas por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República.

A fin de contribuir a clarificar el precedente punto, el jurista Abanto Vásquez expuso que en nuestro país, algunos identifican el contenido de la violencia de concusión con “violencia o amenaza” de la extorsión. Explica que es erróneo debido a que la amenaza de la concusión contiene un perjuicio derivado de un acto propio de la administración pública no de un perjuicio común, por lo que no comprende una exteriorización física sobre el cuerpo del agraviado, sus bienes o su entorno familiar (2001, págs. 242-243).

En esa línea de pensamiento, el autor Alonso Peña argumenta que, si la coacción está dirigida a lesionar algún bien jurídico de naturaleza personal tal como la vida, el cuerpo o la salud se configuraría el delito de extorsión, lo que también se presenta al usar violencia física, descartando de esta manera que el verbo obligar del ilícito de concusión incluya algún acto de agresión física (2010, pág. 283).

En la reciente ejecutoria suprema signada con recurso de nulidad 91-2020/Pasco, la Sala Penal Transitoria en el considerando noveno, se define el medio comisivo “violencia” del ilícito de extorsión como el ejercicio de fuerza física intensa con el fin de doblegar la defensa y resistencia de la víctima. Mientras que, en la concusión, el constreñimiento ejercido sobre el perjudicado puede ser mediante violencia, amenaza o presión de baja intensidad. Posteriormente, en el considerando decimonoveno, al analizar el caso en concreto, la Sala concluyó que los sentenciados, agentes policiales, no actuaron dentro del margen del ejercicio

de la función pública constitucional y legal, por lo que cometieron un delito común. Asimismo, la amenaza ejercida contra los agraviados no fue de baja intensidad, por lo que confirmaron la condena por el delito de extorsión.

En el considerando decimotercero de la ejecutoria citada precedentemente se establecieron los hechos:

El veintinueve de febrero de dos mil ocho Ángel Antonio Huamán Caisedo denunció a Cesar Minaya Espíritu por los delitos de hurto y apropiación de motosierras ante la comisaría de Yanahuanca, y por tal razón, los sentenciados Rubén Antonio Alvarado Freter y Saul Porras Bautista en su condición de efectivos policiales, con sus uniformes y armas de reglamento, se dirigieron desde Yanahuanca hasta Mishquipuquio (distrito de Paucar) en compañía del citado denunciante y a bordo de un vehículo Station Wagon conducido por Yon Jilmer Bonilla Malpartida. Es así que a las 11.30 horas, sin la intervención del representante del Ministerio Público y del comisario del referido distrito, intervinieron a Máximo Escobar Tuncar, esto es, a un sujeto distinto que se encontraba trozando árboles de eucalipto, y luego, a Celestino Cárdenas Fano, otro sujeto por el cual fueron comisionados. Finalmente intervinieron a Cesario Minaya Espíritu, quien tenía la motosierra del denunciante, le colocaron grilletes y formularon el acta de constatación correspondiente. A su vez, les manifestaron a Escobar Tuncar y Cárdenas Fano (quienes son los actuales agraviados) que, si no querían ir a la cárcel, debían entregarles mil, y quinientos soles respectivamente. Lo que ambos hicieron, e incluso Cárdenas Fano le pidió préstamo dinero a Héctor Ferrer Trujillo en Paucar. Una vez que Alvarado Fretel y Porras Bautista recibieron el dinero, continuaron su trayecto para trasladar a Minaya Espíritu”. Asimismo, en el decimoquinto considerando se transcriben las declaraciones de ambos agraviados y se consigna que los mencionados procesados les expresaron que debido a que estaban talando árboles sin autorización, los llevarían a la cárcel, y les dijeron: “si no quieren que los lleve, ¿cuánto hay?; “dame todo, sino te llevo”, “¿contigo, cómo es? ¿Cuánto hay, compadre?”; y los agraviados al entregarles el dinero los dejaron libre.

Respecto a lo citado, es necesario precisar que al establecer que el verbo rector “obligar” del delito de concusión si contiene a la violencia física de baja intensidad, el colegiado supremo no conceptualiza la misma, tampoco la ejemplifica, ni establece, de manera clara, la diferencia con el ilícito de extorsión.

En el análisis de la mencionada ejecutoria, consideramos que los procesados al momento de cometer los hechos en su actuación de oficiales de la Policía Nacional del Perú infringieron

su rol funcional, y abusando de su investidura pública, específicamente de su atribución de detener a un ciudadano, doblegaron la voluntad de los agraviados mediante amenazas de ser detenidos. Las víctimas por el miedo a la autoridad pública y los perjuicios que la detención acarrearía en ellos, es decir el temor por el acto público, con la voluntad viciada entregaron el bien mueble, dinero, a los agentes policiales.

La diferencia primordial y sustantiva entre el delito de concusión y extorsión, a nuestro parecer, es que en el primero, el sujeto activo abusando de la investidura pública que detenta, mediante violencia, amenaza o inducción vicia la voluntad del agraviado y se aprovecha del *metus publicae potestis*, con la finalidad de obtener un beneficio exclusivamente económico. Mientras, en el delito de extorsión el sujeto activo infunde temor a la víctima mediante la fuerza privada (que incluye la fuerza física) y atentando bienes jurídicos de naturaleza personal tales como: vida, salud, integridad y libertad.

Cabe mención aparte, lo determinado en el tercer párrafo del decimonoveno considerando de la mencionada ejecutoria en lo referente: “pues en este caso ninguno de los sentenciados actuó en el marco de su competencia como policías, sino al margen del ejercicio de la función pública constitucional y legal. Así que el delito que cometieron fue uno común”. Disentimos de lo establecido, debido a que la esencia del delito de concusión es justamente el abuso del cargo del agente público, medio comisivo que implica que este actúa al margen del ejercicio de la función pública constitucional y legal a la que está obligado, mostrando su cargo para infundir el temor en el sujeto pasivo a fin de doblegar su voluntad y obtener el beneficio ilícito.

El colegio supremo hubiera tenido razón, si los agentes policiales en lugar de amenazar a los agraviados con detenerlos y llevarlos a la comisaría, acto propio de la investidura pública que ostentaban y les otorgaba una posición superior; los hubieran amenazado con una acción al alcance de cualquier ciudadano que carece de un cargo público, por ejemplo, amenaza de muerte contra un familiar de estos.

3.4 Con el delito de cohecho pasivo propio condicionado

Como mencionamos en el apartado 1.1 del presente trabajo la concusión y el cohecho tienen un mismo origen. Asimismo, ambos son delitos graves en cuanto la actuación de los agentes públicos para sacar provecho de su investidura pública y obtener ventajas personales indebidas, aunque, ahora su diferencia se encuentra remarcada (García Navarro, 2022, pág. 393).

Nuestro código penal regula el ilícito penal de cohecho pasivo propio en el artículo 393. Este se compone de tres párrafos, que describen cada modalidad comisiva del cohecho,

modificación introducida por el artículo 1 de la Ley n.º 28355, publicada el 06 octubre 2004¹⁴. En el primer párrafo tenemos los verbos rectores de aceptar y recibir; en el que sigue, el solicitar, y finalmente, en el tercer párrafo, está la modalidad de condicionar. Este versa como a continuación sigue:

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

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

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

Respecto a la segunda parte del artículo 393 del código sustantivo, el verbo rector solicitar, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española es “pedir, pretender, requerir”. Esta acción es desplegada exclusivamente por el agente público por lo que este es el que origina la ilicitud (Rojas Vargas, 2021, págs. 108-109). Asimismo, debemos mencionar que el jurista Edward García, explica que la acción solicitar como elemento del delito de cohecho pasivo propio, no debe ser ejercida por medios que fuercen o invadan la esfera de deliberación del *extraneus* (García Navarro, 2022, pág. 1336). Es decir, el particular ciudadano debe tener intacta la opción a negarse ante la solicitud del trabajador público (Rojas Vargas, 2021, pág. 109).

¹⁴ Si bien actualmente el artículo 393 del Código Penal ha sido modificado por el Artículo 1 de la Ley n.º 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013, las tres modalidades se han mantenido, solo se agregó para cada una de estas la pena de días multa.

En ese orden de ideas y considerando lo precedente, con los dos primeros párrafos del artículo 393 del Código Penal no habría fronteras grises con el delito de concusión porque tipifican verbos rectores distintos, en la forma pasiva, recibir y aceptar, y en la activa, solicitar (García Navarro, 2022, pág. 1317).

Asimismo, en el delito de concusión “el nacimiento de la idea y ejecución del hecho punible es por parte del agente público para el beneficio propio o de tercero” (Reategui Sánchez, 2017, pág. 326). Es un delito unilateral y se caracteriza porque el sujeto público obtiene del ciudadano lo indebido, por lo que es el agraviado del ilícito es una víctima. A diferencia del cohecho, que es un delito bilateral cuya característica principal radica en que el agente público acepta un beneficio ilícito del particular (Manzini, 1961, pág. 231), donde el actuar de este también configura un delito autónomo (Portocarrero Hidalgo, 1996, pág. 136). En caso no estuviera tipificado en la ley, se le podría imputar el mismo delito a título de cómplice (Manzini, 1961, pág. 230).

En esa misma línea de pensamiento se encuentra la ejecutoria suprema del recurso de nulidad 895-2010/ Lima expedida por la Sala Penal Transitoria el dieciocho de mayo de dos mil once. En esta se estableció en el octavo considerando la diferencia entre el delito de concusión y el cohecho:

Al respecto, debe precisarse que una de las distinciones existentes entre los delitos de corrupción de funcionarios y el delito de concusión reside en el hecho de que los primeros constituyen actos de “bilateralidad”, es decir, que entre el sujeto público (*intraneus*) y el sujeto particular (*extraneus*) exista un acuerdo sometido a la libre voluntad de ambos sujetos respecto a la prestación -donación, ventaja o beneficio económico- y a la contraprestación -actuación violatoria a los deberes funcionales-, mientras que el delito de concusión constituye un acto de “unilateralidad” en el que el agente público, ejerciendo de forma abusiva el cargo público que ostenta, obliga o induce al sujeto particular a que le entregue o prometa un beneficio –concretamente, de contenido patrimonial-, es decir, que no se concibe un acuerdo supeditado a voluntariedad entre ambos sujetos -público y particular- para la entrega de la ventaja económica.

Se podría decir que en el cohecho hay un acuerdo de voluntades en donde el cohechante quiere dar o por lo menos coopera, mientras que en la concusión la entrega o promesa del bien se hace con la voluntad constreñida, que en nuestra opinión el término viciada es más preciso, por el temor al poder público (Fontán Balestra, 2008, pág. 967).

Carrara citando a Textor expuso: “*Concussio differt a repetundarum crimine, quia in boc sponte dat, in illo ob metum*. La concusión se distingue del delito de corrupción, porque en este se da espontáneamente, y en aquel a causa del miedo” (Carrara, 1993, págs. 119-120), debido a que el agente público, “amenaza con un acto de poder” (Portocarrero Hidalgo, 1996). Finalmente, lo que busca castigar el legislador en el delito de concusión es “la ávida procacidad del funcionario”, mientras en el delito de cohecho es la “ilícita relación consensual” entre el agente público y el *extraneus* (Manzini, 1961, pág. 231).

Pero, el tercer párrafo del mencionado artículo lleva a confusión y pueda dar lugar a que los operadores del sistema judicial incurran en errores. Incluso hay autores que consideran errado el verbo rector “condicionar” del tercer párrafo del delito de cohecho, debido a que puede ser contenido por el verbo rector del delito de concusión “inducir” (Leon, Benavente, & Calderón, 2015, pág. 171).

Cabe citar, en este apartado, la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 2667-2010/Arequipa del 11 de marzo de 2011 proferida por la Sala Penal Transitoria. Explica en su quinto considerando las tres modalidades comisivas del delito de cohecho pasivo propio, y respecto al tercer párrafo consigna:

La modalidad recogida en el tercer párrafo, la que se encuentra constituida por el verbo legal “condicionar”, supuesto este último en el que el sujeto activo, también a través de una actuación unilateral como en la modalidad anterior, supedita la ejecución del acto legítimo e inherente al cargo que desempeña el agente público a una contraprestación a favor de este último, requiriéndose una vinculación causal entre la entrega material o promesa de donativo o ventaja y el desarrollo de las funciones públicas propias del funcionario o servidor público que a raíz de dicho medio corruptor se impulsa a su ejecución.

Asimismo, la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad 627-2013/Apurímac expedida por la Sala Penal Transitoria el 8 de enero de 2014, en el sexto considerando consigna: [C]onfrontando el relato factico, que sirve de sostén a la imputación delictiva, con los alcances normativos de la modalidad delictiva de cohecho pasivo propio, contenida en el último párrafo del artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, se tiene que la persona de Hermelinda Lazo Orihuela acudió voluntariamente al domicilio del ahora sentenciado Lazo Víctor Hugo Fuentes Osorio, para pedirle ayuda para el concurso a la plaza de Matemáticas, para luego involucrarse esta en una serie de conversaciones y coordinaciones con los procesados, para fijar una suma de dinero, a fin de verse favorecida ilegalmente en dicho concurso público.

En consecuencia, desde un inicio los procesados fueron quienes le solicitaron una suma de dinero para que pueda acceder a la plaza convocada; produciéndose, luego, una serie de comunicaciones entre la presunta agraviada y los acusados, encaminadas a negociar el precio convenido, el cual fue finalmente entregado a los encausados, quienes fueron intervenidos de forma flagrante. De tal forma que no se verifica la existencia de medio constrictor alguno, orientado a influir determinadamente en la esfera decisoria de aquella, en tanto sí se aprecia que esta actuó en un margen de plena libertad volitiva, desechándose así el juicio de subsunción típica por la modalidad típica de Cohecho Pasivo Propio, reglada en el tercer párrafo, del artículo trescientos noventa y tres, del Código Penal.

(...)los hechos así descritos deben ser reconducidos típicamente los contornos normativos del segundo párrafo del citado articulado, que regula la modalidad típica de “solicitar”, con arreglo a un juicio correcto de subsunción típica, como derivado del principio de legalidad. Como se ha sostenido, el solo hecho que se “condicione” la actuación funcional irregular, a cambio de una dádiva, promesa o ventaja, no hace que esta conducta sea necesariamente constitutiva de la modalidad prevista en el último párrafo del tipo penal, pues debe agregarse un plus de desvalor que ha de apreciarse a partir de indicios demostrativos, que indiquen un acto típico de coacción, que recaer sobre la persona del particular. Situación que no se ha probado en la presente causa, esto es, que alguno de los procesados haya compelido a la presunta agraviada, a la entrega del dinero solicitado.

De acuerdo con la ejecutoria suprema anteriormente citada, el verbo rector “condicionar” del delito de cohecho pasivo propio, se presenta cuando el agente público coacciona o utiliza otro medio constrictor que influya en la libertad volitiva del *extraneus*. Además, la ejecutoria suprema del Recurso de Nulidad 2667-2010/Arequipa solo consigna que esta modalidad de cohecho consiste en supeditar su labor al medio corruptor. Estas precisiones a nuestro modo de ver no permiten dilucidar la diferencia entre los ilícitos de concusión y cohecho pasivo propio condicionado, incluso aún a que se genera más confusión entre estos. Por eso y con el fin de clarificar la problemática anteriormente expresada, primero abordaremos las diferencias más evidentes entre ambos.

El delito de concusión sanciona la conducta dirigida exclusivamente a obtener beneficios económicos, a diferencia del delito de cohecho donde los objetos corruptores pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Otra diferencia radica en que en este último ilícito, siempre se espera “algo” ligado a las propias atribuciones inherente al cargo del agente

público, mientras que en la concusión no se espera nada de parte del *intraneus* (Reategui Sánchez, 2017, págs. 347-348). En el caso del cohecho pasivo, se espera que el agente público realice actos contrarios a sus deberes funcionales propios, que se puede presentar en dos modalidades: a) hacer algo en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico y; b) omitir un acto propio de su función (Rojas Vargas, 2021, págs. 31-32). Finalmente, el tercer párrafo, en comparación a los otros dos, del artículo 393 del Código Penal tipifica en ambos extremo penas más severas, no menor de ocho ni mayor de diez de pena privativa de libertad; mientras que, en la concusión, la pena se determina entre dos y ocho años.

A nuestro parecer, en el delito de cohecho pasivo condicionado, de acuerdo a una interpretación sistemática, la acción delictiva del sujeto activo está vinculada directamente a las funciones inherentes al cargo que ostenta y supedita la misma al ofrecimiento, promesa o entrega de alguna ventaja de cualquier índole. Por otro lado, en el delito de concusión, el agente público abusa de la investidura pública del que esta revestido. Esto significa que puede ser una función propia o un deber genérico, es decir ajeno a su ámbito de competencia. Obliga o induce al ciudadano a la entrega o promesa de un beneficio netamente patrimonial. En ese sentido, el delito de cohecho pasivo condicionado es un delito más específico mientras que la concusión abarca muchas más situaciones de hecho.

Ahora, expuesto las disimilitudes entre la modalidad de condicionar de cohecho pasivo propio y el ilícito penal de concusión, pasaremos a delimitar las diferencias de sus verbos rectores. El término condicionar se encuentra definido en el Diccionario de la Real Academia Española como: “Hacer depender algo de una condición. Influir de manera importante en el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo”. De acuerdo a Fidel Rojas la modalidad de cohecho pasivo propio condicionado haya su justificación en actuaciones de agentes públicos, principalmente en el ámbito judicial, que no podían ser subsumidas en la modalidad de solicitar del cohecho pasivo propio y tampoco en el ilícito de concusión y define el verbo rector condicionar: Así tenemos que:

[E]n tanto forma de coacción, es hacer depender caprichosa y patrimonialmente de la voluntad del funcionario o servidor público el desarrollo del acto funcional o de servicio al cual está obligado por razón de su cargo o empleo el sujeto público”, “no es ya la simple solicitud o exigencia de medio corruptor”. Además, “las condiciones que fija o establece el agente para cumplir con sus funciones constriñen la voluntad del afectado colocándole en una situación disminuida y de coacción [...]. No se trata de una violencia física, pero si un constreñimiento explícito de la voluntad del afectado (Rojas Vargas, 2021, pág. 111).

Para James Reátegui el verbo rector del tercer párrafo “condicionar”, es una forma de inducir pero la diferencia está en que en el cohecho pasivo, el medio corruptor tiene como finalidad que el agente público realice u omita un acto en violación a sus deberes funcionales, es decir se espera una acción o comportamiento del trabajador público. Mientras que en el delito de concusión, se sanciona que el agente público abuse de su cargo mediante la inducción u obligación para obtener del sujeto pasivo algún beneficio patrimonial ilícito (Reátegui Sánchez, 2016, pág. 1550). Es decir, el ciudadano agraviado coaccionado o intimidado accede a dar o promete un bien para que el agente público no le genera daños o perjuicios derivados de un acto de la administración pública.

A nuestro parecer, y con el debido respeto a los juristas mencionados, estamos de acuerdo con las ejecutorias supremas citadas, respecto a que el verbo condicionar está relacionado con constreñir o coaccionar, descartando cercanía con el verbo “inducir”. Pero, para encontrar la diferencia entre “obligar” del ilícito de concusión y “condicionar” del cohecho pasivo debemos recurrir a lo consignado por Pagliaro. El catalogó la presión psicológica entre la absoluta y relativa. En la primera, la víctima no realiza propiamente la acción, no tiene opciones, y la segunda, el ciudadano tiene las opciones de elegir entre ceder o rechazar ante la presión. (Rojas Vargas, 2021, págs. 455-456). Por lo que en el verbo rector obligar, la amenaza o violencia moral ejercida sobre el ciudadano, es una presión psicológica absoluta dejándolo sin opciones debido al *metus publicae potestatis*. Mientras, que en el condicionar que lo conceptualizamos como hacer que una acción dependa de la realización de otra, la presión psicológica es relativa, por lo que el ciudadano tiene la opción de aceptar el requerimiento ilícito del trabajador público o de rechazarlo.

Conclusiones

Primera. El ilícito penal de concusión es pluriofensivo. Protege la propiedad y libertad de los individuos y salvaguarda el correcto funcionamiento de la administración pública. Por ende, el sujeto pasivo del mencionado delito es el Estado y el ciudadano víctima que puede constituirse en actor civil dentro del proceso penal.

Segunda. La concusión es un delito que se caracteriza porque el sujeto activo es un trabajador público que, abusando del cargo, actúa al margen de la constitucionalidad y legalidad de la función pública. El agente público transgrede su rol especial, que son deberes positivos adquiridos por el cargo público que ostenta.

Tercera. Abusar del cargo, es el medio comisivo del delito de concusión, por el cual el sujeto público se aprovecha de la investidura pública, para generar temor en el particular de un posible perjuicio derivado de un acto de la administración pública. Esto genera una situación de superioridad respecto a la víctima.

Cuarta. En el delito de concusión, el término cargo tiene una acepción amplia. Incluye a las funciones inherentes al mismo, pero también a esa posición en la sociedad y calidades que ostenta el sujeto por tener vínculo laboral con la administración pública, debido a la investidura.

Quinta. El delito de concusión se diferencia de los delitos comunes, en cuanto el sujeto activo vulnera su rol especial, y utiliza la posición superior que ostenta debido a la investidura pública para obtener ilícitamente una ventaja económica. Otra diferencia, es el medio comisivo empleado, temor a la administración pública (*metus publicae*). Por otro lado, en los delitos comunes, se utiliza la fuerza privada y se atenta contra algún bien jurídico de naturaleza personal tal como la vida, el cuerpo o la salud.

Sexta. En el delito de concusión cuando el agente público abusa de su investidura pública del que esta revestido, abarca muchas más situaciones de hecho, ya que puede ser una función propia o un deber genérico. Esto, lo diferencia del delito de cohecho pasivo condicionado ya que la acción delictiva del sujeto activo está vinculada directamente a las funciones inherentes al cargo que ostenta y supedita la misma al ofrecimiento, promesa o entrega de alguna ventaja de cualquier índole.

Séptima. El delito de cohecho pasivo propio condicionado y el tipo penal de concusión tienen otra diferencia referente a sus verbos rectores. El término condicionar, conceptualizado como hacer que una acción dependa de la realización de otra, implica una presión psicológica relativa; por lo que, el ciudadano tiene la opción de aceptar el requerimiento ilícito del trabajador público o de rechazarlo. Mientras que, en el verbo obligar, la amenaza o violencia

moral ejercida sobre el ciudadano, es una presión psicológica absoluta dejándolo sin opciones debido al *metus publicae potestatis*.



Referencias

- Abanto Vásquez, M. A. (2001). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores.
- Arbulú Martínez, V. J. (2021). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- Arismendiz Amaya, E. (2018). *Manual de delitos contra la administracio pública Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico.
- Benavides Schiller, A. (2016). *El delito de fraude del funcionario público*. España: Bosch Editor.
- Boyer Carrera, J. (2019). *El Derecho de la Función Pública y el servicio civil. Nociones fundamentales*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Carrara, F. (1993). *Programa de Derecho Criminal parte especial* (Cuarta ed., Vol. V). Santa Fe de Bogotá .
- Fontán Balestra, C. (2008). *Derecho Penal Parte Especial* (Decimoséptima ed.). Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Frisancho Aparicio, M., & Peña Cabrera, A. (1999). *Tratado de Derecho penal Delitos contra la Administración Pública*. Lima: FECAT.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal Parte General* (Tercera ed.). Lima: Ideas Solución.
- García Navarro, E. (2009). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Juristas Editores.
- García Navarro, E. (2022). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos* (Vol. II). Lima: Iustitia SAC.
- García, P., & Vilchez, R. (2020). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas Solucion Editorial.
- Gómez Méndez, A. G. (2008). *Delitos contra la Administración Pública* (Tercera ed.). Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Leon, V., Benavente, H., & Calderón, L. (2015). *El funcionario público Las sanciones penales en los delitos por corrupción*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Manzini, V. (1961). *Tratado de Derecho Penal: Segunda parte de los delitos en especial. Delitos contra la Administración Pública* (Vol. III). Buenos Aires: EDIAR Soc. Anon. EDITORES.
- Molina Arrubla, C. M. (1995). *Delitos contra la Administración Pública* . Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Mommsen, T. (1905). *El Derecho Penal Romano* (Vol. II). Madrid: La España Moderna.

- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2010). *Derecho Penal Parte Especial* (Primera ed., Vol. V). Lima: IDEMSA.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2015). *Derecho Penal Parte General* (Quinta ed., Vol. I). Lima: Idemsa.
- Peña Cabrera, A. (2015). *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. VII). Lima: Moreno S.A.
- Portocarrero Hidalgo, J. (1996). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero.
- Reátegui Sánchez, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal Parte Especial* (Vol. III). Lima: Ediciones Legales.
- Reategui Sánchez, J. (2017). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal* (Segunda ed.). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Rimondi, J. L. (1999). *La problemática actual de la concusión ¿Puede ser la calidad de funcionario público un atenuante en la estorsión?* Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Rojas Vargas, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública* (Quinta ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojas Vargas, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública* (Quinta ed., Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Salinas Siccha, R. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Iustitia.
- Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública* (Quinta ed.). Lima: Grijley E.I.R.L.
- San Martín Castro, C. (1985). *Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú*. Obtenido de Revista de la Facultad de Derecho. Derecho PUCP: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198501.012>
- Torres Caro, C. A. (2011). *El Nuevo Código Penal Exposición de Motivos. Anteproyecto del Código Penal y estudios sobre Derecho Penal*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Vílchez Chinchayán, R. (2021). *Delitos contra la administración pública* (Primera ed.). Lima: Editores del Centro.
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal. Parte general* (Cuarta edición ed.). Lima: Ara editores.
- Vizueta Fernandez, J. (2003). *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada: COMARES.

Documentos legales

Normas

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Penal peruano. Decreto Legislativo n.º 635 de 1991.

Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario n.º 05-2010/CIJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil diez.

Ley n.º 28355, publicada el 06 octubre 2004.

Ley n.º 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013.

Decreto Legislativo n.º 1237, publicado el 26 septiembre 2015.

Decreto Legislativo n.º 1243 publicado el 22 de octubre de 2016.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 4050-2001-Cono Norte (agosto 8 de 2002).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 2218-2005-Arequipa (Valdez Roca; abril 10 de 2006).

Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad 1380-2006-Tacna (Barrientos Peña; diciembre 14 de 2006).

Corte Suprema de Justicia de la República. Primera Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad 1601-2006-Huara (Barrios Alvarado; enero 28 de 2009).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad 4553-2008-Lima (Biaggi Gómez; marzo 11 de 2010).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 1906-2009-Huancavelica (Calderón Castillo; mayo 31 de 2010).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 196-2010-Loreto (Príncipe Trujillo; noviembre 24 de 2010).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad 2667-2010-Arequipa (Villa Bonilla; marzo 11 de 2011).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 304-2010-Lima (Pariona Pastrana; abril 14 de 2011).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 217-2011-Amazonas (Salas Arenas; febrero 29 de 2012).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 956-2011-Ucayali (Salas Arenas; marzo 21 de 2012).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 3861-2011-Lima (Rodríguez Tineo; agosto 15 de 2012).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 1469-2011-Lima (Neyra Flores; octubre 16 de 2012).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 3188-2011-Áncash (Tello Gilardi; enero 30 de 2013).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad 1062-2012-Ayacucho (San Martín Castro; marzo 14 de 2013).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad 627-2013-Apurímac (Rodríguez Tineo; enero 8 de 2014).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 272-2016-Lima Sur (Rodríguez Tineo; noviembre 11 de 2016).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Casación 418-2019-Del Santa (Figueroa Navarro, diciembre 2 de 2020).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Apelación 25-2017-Lima (Castañeda Otsu; noviembre 19 de 2020).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad 91-2020-Pasco (Castañeda Otsu; octubre 29 de 2021).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Casación 1743-2019-Junín (Carbajal Chávez; marzo 8 del 2022).

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Casación 2981-2021-Cajamarca (Luján Túpez; febrero 3 de 2023).

Normas extranjeras

Código Penal argentino. Ley 11.179.

Código Penal colombiano. Ley 599.

Código Penal italiano. *Testo del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398 aggiornato al D.Lgs. 19 marzo 2024, n. 31.*