



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

**TRIBUNALES PERMANENTES COMO
MEDIO DE CONTROL DE LA
CORRUPCIÓN DE LOS MAGISTRADOS:
CRIMEN PECUNIARUM
REPETUNDARUM. DESDE ROMA
HASTA EL DERECHO PENAL
PERUANO**

Rosario de la Fuente-Hontañón

México, 24 de noviembre de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Privado, Área de Derecho civil y Derecho romano

De la Fuente, R. (2017). Tribunales permanentes como medio de control de la corrupción de los magistrados: crimen pecuniarum repetundarum. Desde roma hasta el derecho penal peruano. En J. Adame y H. Heredia (Eds), *Estudios latinoamericanos de Derecho Romano*, (pp. 583-598). México: Instituto de Investigaciones jurídicas.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

Rosario de la Fuente y Hontañón (¹)

ÁLVARO D'ORS CENTENARIO DICATUM

SUMARIO: I. Introducción. II. *Leges repetundarum* en su contexto histórico: *lex Calpurnia* (a. 149 a. C) *lex Acilia* (a.123 a.C), *lex Iulia* (a. 59 a.C), *lex Cornelia* (a. 81 a.C). III. La Recepción del *crimen pecuniarum repetundarum* en el Derecho castellano. IV. La Recepción de los delitos públicos cometidos por funcionarios públicos en el Derecho penal peruano: breve síntesis legislativa y jurisprudencial. V. A modo de conclusión.

RESUMEN: El objeto del presente trabajo va dirigido a examinar desde una perspectiva histórica la regulación de delitos públicos, tales como el *crimen repetundarum*, que sancionaba al magistrado concusionario, el *crimen falsi* que comprendía la corrupción de jueces, o el *crimen peculatus*, que consistía en la sustracción o malversación del dinero público, para los que se crearon en el siglo II a.C., unos Tribunales penales públicos permanentes (*quaestiones perpetuae*), para su conocimiento y sanción correspondiente. De igual modo, se estudiará su Recepción en el Derecho castellano, principalmente en la regulación de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (1265). Y por último, realizaremos un breve análisis de la codificación penal peruana, principalmente en el Código penal vigente, junto a interesantes Sentencias de la Corte suprema penal. En la actualidad, los delitos de colusión, concusión, peculado, están regulados en el Código penal peruano de 1991, donde se puede apreciar la influencia que ha tenido en el legislador el derecho penal precedente.

PALABRAS CLAVE: Tribunales permanentes, *crimen repetundarum*, *leges repetundarum*, *ius commune*, codificación penal.

ABSTRACT: The purpose of this work is aimed to examine from a historical perspective the regulation of utilities, such as the *repetundarum crimen*, which sanctioned the extortioner judge, the counterfeit crime which included corruption of judges, *peculatus*

¹ Profesora ordinaria principal de Derecho romano y Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Cantabria (Santander-España). Profesora de la Academia de la Magistratura.



crime or crimes, which consisted the theft or misappropriation of public money, for which a permanent civil criminal courts (*quaestiones perpetuae*), which were created in the second century BC, to the knowledge and the sanction of them were created. Similarly, the reception will be discussed in the public Castilian law, mainly in the regulation of Siete Partidas of Alfonso X El Sabio (1265). Finally, we will make a brief analysis of the Peruvian legislation and some statements of interest. At present, crimes of collusion, extortion, embezzlement, are regulated in the Peruvian Criminal Code of 1991, where you can see the influence it has had on the legislature the previous criminal law.

KEYWORDS: *Quaestiones perpetuae, crimen repetundarum, leges repetundarum, ius commune*, Criminal Coding.

I. INTRODUCCIÓN

1. El interés por el tema fue suscitado por el aumento –desde hace ya unas décadas–, de la corrupción en el Perú, en los diversos órganos del Estado, en los políticos y en los funcionarios públicos. En la actualidad la percepción de corrupción entre funcionarios públicos está muy generalizada y alcanza un porcentaje del 49.4%, obteniendo Perú en el año 2014, a nivel de la Región una percepción del 78.2%, en el quinto lugar, entre Guyana con un 78.4% y Jamaica un 78.1%². Se han imputado delitos contra la Administración pública a ministros de Estado, a Congresistas de la República, a Alcaldes, a Presidentes de los Gobiernos regionales, etc. Se trata de prácticas de corrupción que afectan a funcionarios o

² Fuente de información, Barómetro de las Américas por Lapop, 2014, encuestas publicadas en el Diario *El Comercio*, del 21 de junio del 2015, p. A-12: *Informe, El costo de la corrupción*, donde se destaca que el principal costo de la corrupción no es lo robado, sino su impacto en la inversión, el acceso a servicios públicos y las malas decisiones que genera. Penetra en el tejido de la economía y lo daña de manera profunda. Entre los datos que se aportan resalta el de la corrupción de los alcaldes del país: para la Procuraduría Anticorrupción, en el 2014, el 92 % de los alcaldes –casi 1,700 de 1,841– fueron investigados por presuntos actos de corrupción vinculados a los delitos de peculado de uso, malversación de fondos, negociación incompatible y colusión.

servidores públicos de alto nivel, y también a funcionarios subordinados, en los que recaen deberes especiales para con los intereses del Estado, con la añadida preocupación por la ineficacia de los propios órganos de control y la correspondiente sanción, como el Poder judicial, la Contraloría General de la República, etc.³.

Pero si bien es cierto, y por todos conocido, que la corrupción ha existido en nuestro país a lo largo de su historia, y que al decir de Durand en un interesante estudio⁴, la corrupción se propicia por *la debilidad del Estado*, que facilita la colusión que permite aprovecharse de los bienes públicos desde un cargo público para beneficio propio, por lo que se trata de “un tema tan viejo en el Perú como los préstamos a los Virreyes y la exportaciones de guano a mediados del siglo anterior”, sin embargo, podemos decir que en el proceso de globalización en el que vivimos, la corrupción se ha extendido a nivel mundial.

En el Perú, desde la década de los ochenta, hasta el inicio del gobierno de transición con el Presidente Valentín Paniagua (noviembre 2000-julio 2001), el grado de corrupción alcanzó sus cotas más altas, al haberse generalizado la corrupción de tal manera que abarcaba al Estado, a la Economía, a la sociedad civil e incluso a la prensa, por lo que hubo que tomar algunas medidas para combatirla, entre otras, la creación de los Juzgados anticorrupción.

Me vinieron a la memoria las palabras del jurista Álvaro d’Ors cuando nos decía en sus clases magistrales, que si en una sociedad estaba muy presente el Derecho penal, esa sociedad no iba bien, algo andaba mal en ella. Por el contrario, cuando el Derecho civil está presente en la sociedad podemos afirmar lo contrario. De igual modo, el filósofo Leonardo Polo, conector de nuestro país por haber realizado estancias de investigación en nuestra Universidad, afirmaba que cuando hay corrupción no puede haber desarrollo, y tampoco es posible salir de la pobreza. Asimismo, como observa García Caveró, “una persona entra en corrupción moral cuando su línea de comportamiento no se corresponde con los parámetros morales con los que tiene que actuar. La corrupción, en cuanto hecho socialmente perturbador, se presenta cuando una persona con la capacidad de decidir frente a terceros en

³ MONTOYA VIVANCO, Iván “La responsabilidad penal del funcionario superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados”, en *20 años de vigencia del código penal peruano*, PARIONA ARANA, Raúl, (Director), Ed. Grijley, Lima, 2012, p.551-553

⁴ DURAND, Francisco, “Cleptocracia y empresariado en el Perú”, en *Nueva Sociedad*, 194, Noviembre-Diciembre, 2004, Lima, pp. 120-132.



determinado sector social, no honra el compromiso de motivar sus decisiones en función de lo más adecuado para el sector social que le ha sido confiado”⁵.

En nuestro país, el Derecho penal ha aumentado su campo de aplicación y se acude a las normas penales para resolver los conflictos sociales, por lo que se puede hablar de una funcionalización del Derecho penal, es decir, el Derecho penal utilizado con fines políticos, con olvido de que deben respetarse una serie de principios que deben estar presentes en un Estado social y democrático de Derecho⁶.

En definitiva, me interesó el tema de la corrupción porque es una cuestión que atañe a la persona, a la necesidad de su formación en valores, lo que conlleva un programa a largo plazo para que éstos se puedan ir consolidando, con el consiguiente impacto en la sociedad.

2. Así las cosas, dirigí la mirada hacia el Derecho romano, que como bien sabemos, y en palabras del romanista Jorge Adame, “sirve como medio para juzgar y valorar el derecho vigente”⁷, y que según la certera opinión de Rafael Domingo⁸, “cualquier consideración teórica acerca del nuevo orden jurídico mundial debe hacerse a la luz de las fuentes del Derecho romano”. De igual modo, Cuenca Boy apunta que “una de las mejores cosas que podemos hacer es seguir cultivando el derecho romano sin más expectativa inmediata que extender y profundizar su conocimiento”⁹.

Es por ello que en el presente trabajo nos ocuparemos de la regulación de los delitos públicos, en especial *crimen repetundarum*, que sancionaba a los Magistrados

⁵ GARCÍA CAVERO, Percy, “Políticos marketean la corrupción”, en *Revista Amigos*, 68, 2011, Piura, p.5, donde el a. resume algunas de las ideas plasmadas en la Lección inaugural pronunciada con motivo de la apertura del Año académico 2011 en la Universidad de Piura, bajo el título de: “La corrupción en el Estado, la economía y la sociedad”.

⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, “A seis años de la promulgación del Código Penal”, en *Derecho penal, Gaceta Jurídica*, Lima, Tomo 49, 1997, p. 26

⁷ ADAME, Jorge, *El Derecho de propiedad en el Derecho mexicano examinado a la luz del Derecho romano clásico*, en Estudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete (coord., José Luis Cueva Gayosso), Universidad Veracruzana, México, 2009, p. 263.

⁸ DOMINGO, RAFAEL, *Ex Roma ius*. Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005.

⁹ CUENA BOY, Francisco, *Rerum natura e imposibilidad física de la prestación en el derecho romano clásico*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2010, p. 12

concusionarios, y de la instauración de la figura de *quaestiones perpetuae*, la creación de los Tribunales penales públicos permanentes, para su conocimiento y sanción correspondiente. De igual modo, se estudiará su Recepción en el Derecho castellano, principalmente en la regulación de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (1265), y en el Derecho indiano. Por último, realizaremos un breve análisis de la codificación penal desde 1863 hasta la legislación penal vigente, el Código penal de 1991, junto a algunas sentencias de interés, de las Salas penales de la Corte Suprema de Justicia.

II. *LEGES REPETUNDARUM* EN SU CONTEXTO HISTÓRICO: *LEX CALPURNIA* (a. 149 a. C), *LEX ACILIA* (a.123 a.C), *LEX CORNELIA* (a. 81 a.C), *LEX IULIA* (a. 59 a.C).

1. Como es bien sabido, los *crimina* -a diferencia de los *delicta* configurados como hechos ilícitos que consistían en una ofensa sólo para la familia del perjudicado- eran considerados como aquellos actos ilícitos que representaban un atentado para la sociedad pudiendo ser perseguidos por cualquier ciudadano. Es a partir del siglo II a.C cuando se crean los tribunales penales permanentes (*quaestiones perpetuae*) para juzgar estos delitos públicos, convirtiéndose en órganos ordinarios de la justicia penal y desarrollando las funciones que antes correspondían al pueblo. El primer Tribunal permanente fue la *quaestio de repetundis*, para juzgar y reprimir los casos de *repetundae*¹⁰, es decir, las malversaciones realizadas por los magistrados al igual que las exacciones llevadas a cabo de manera

¹⁰ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia romana*³, reimpr., Ed. Dykinson, Madrid, 1993, p. 301: “Delito que comete el magistrado que recibe o se apodera de bienes de las personas que están bajo su jurisdicción, o de los territorios donde ejerce su Magistratura; y que a tenor de numerosas leyes prohibitivas sancionadoras quedan obligados a reintegrar a los perjudicados, amparados por diversas acciones en repetición”.



indebida por éstos¹¹. Como observa Torrent¹², “arrancando de una época arcaica en que el principio de legalidad se disuelve en la *coercitio* del magistrado y en la notoria escasez de normas penales, a finales de la República con las numerosas leyes institutivas de *quaestiones* para juzgar de delitos concretos, se va afirmando el principio de legalidad, que luego senadoconsultos, constituciones imperiales y, aunque en menor medida, también la *interpretatio prudentium*, van dando certeza al Derecho criminal romano”.

2. El origen de estos Tribunales se encuentra ya en el año 171 a.C, según el testimonio de Tito Livio¹³, en las quejas presentadas por los habitantes de Hispania ante el Legado Romano por el comportamiento concusionario de los magistrados romanos. El Senado, bajo la presidencia del *pretor peregrinus*¹⁴, ordenó la creación de una comisión de

¹¹ RASCÓN, César, *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho romano*³, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, pp. 370 y ss; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho público romano y Recepción del Derecho romano en Europa*⁵, Ed. Cívitas, Madrid, 2000, pp. 196-199; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho público romano*¹⁴, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011, pp. 232-235.

¹² TORRENT, Armando, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Ed. Cátedra Derecho, Oviedo, 1980, Volumen II, pp. 277 y ss; cfr. también NÚÑEZ MARTÍ, Amparo, “*Quaestiones perpetuae*. Un paso hacia el principio de legalidad”, en *Derecho penal: de Roma al Derecho actual* (coord. CALZADA GONZÁLEZ, Aránzazu y CAMACHO DE LOS RÍOS, Fermín), Edisofer, Madrid, 2005, pp. 421-428, donde la a. destaca que el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* consistente en la sumisión del sistema penal a la ley, no lo encontramos en el Derecho penal romano primitivo por el escaso número de delitos subsumidos en unas figuras muy amplias donde caben numerosos hechos penales, y al mismo tiempo por la amplitud de la discrecionalidad de los magistrados que fue limitada posteriormente con la *provocatio ad populum*. Puede afirmarse que el principio de legalidad en Roma se consolida de manera estable con las leyes introductorias de las *quaestiones* para juzgar delitos concretos; un principio fundamental “en cualquier sistema democrático de Derecho, así en virtud de unas leyes específicas se instauraron los *iudicia pública*, en los que mediante una ley puesta por el *populus*, por primera vez se fija un crimen determinado, y se prevé definitivamente un determinado procedimiento para su persecución y sanción”.

¹³ Tito Livio, *ab urbe cond.* 29.21.5; 23.2; cfr. el análisis realizado de las fuentes literarias y jurídicas en: BELLO RODRIGUEZ, Silvestre/ZAMORA MANZANO, José Luis, “*Crimen repetundarum: Status Quaestiones*”, en *Revista General de Derecho romano* (RGDR) 21 (2013) 1-12; asimismo, cfr. el interesante trabajo de GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, “El procedimiento civil como medio de control de la corrupción política. *Formula Octaviana* y *crimen repetundarum*”, en *Foro, Nueva época*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, núm.00/2004: 391-400; BURDESE, Alberto, *Manual de Derecho público romano* [trad. MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel-LATORRE SEGURA, Ángel], Ed. Bosch, Barcelona, 1972, pp. 318 y ss.

¹⁴ TORRENT, Armando, *Derecho público romano... o.c.*, p. 282

investigación, a cargo de cinco jueces *recuperatores* con un procedimiento semejante al del proceso privado, que una vez comprobada la veracidad de la denuncia estableció que se restituyera lo ilícitamente obtenido. Análogos procesos se siguieron en años sucesivos. Es en el año 149 a.C, cuando por una *Lex Calpurnia de pecuniis repetundis*¹⁵ se regula el *crimen repetundarum* que como ya quedó apuntado, se sancionaba al magistrado concusionario, con un procedimiento regular permanente, creando un álbum del juicio para que, en cada supuesto, el *pretor peregrinus* eligiera el jurado competente para conocer de cada crimen (*quaestio repetundarum*). Con posterioridad, se sancionará además del magistrado a cualquier otra persona que hubiera colaborado con él. Mediante la *Lex Acilia repetundarum*¹⁶ (a. 123 a.C), aprobada probablemente por iniciativa de M.Acilius Glabrio, quizá colega de Cayo Graco en el tribunado de la plebe, regula el *crimen repetundarum* –delito de concusión-cometido por los magistrados que obtenían dinero u otros bienes provinciales por coacción, y se impuso una pena del doble del valor de lo adquirido injustamente y el proceso estaba a cargo de un *pretor peregrinus* designado por el Senado, que aportará 450 ciudadanos procedentes del orden ecuestre, entre los que el acusador elegía 100 nombres y el acusado a 50 de entre éstos, que compondrían el jurado. Éste dictará la sentencia absolutoria o condenatoria, que pronunciará el pretor. Si el acusador victorioso era extranjero obtendrá la ciudadanía, junto al derecho de voto en la tribu del acusado¹⁷. La materia fue objeto de nuevas reglamentaciones por las *lex Servilia* (a. 111/107 a.C); la *lex Cornelia Iudiciaria* (a. 81 a.C) y la *lex Iulia* del a.59 a.C¹⁸; éstas últimas formaban parte de la legislación criminal debida a

¹⁵ DOMINGO, Rafael (coord.), *Textos de Derecho romano*, AA.VV., Ed. Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2002, p. 373.

¹⁶ DOMINGO, Rafael (coord.), *Textos de Derecho romano, ...o.c.*, p. 371

¹⁷ GUERRERO, Macarena “El *praemium civitatis* en la *lex Acilia repetundarum*: ¿incentivo para reprimir el abuso de poder?, en *Persona, Derecho y Poder en perspectiva histórica*, (coord. PERIÑÁN, Bernardo-GUERRERO, Macarena), Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 85-116, donde la a. realiza un interesante estudio de la recompensa dada al acusador provincial en un juicio contra el magistrado de provincias: la obtención de la ciudadanía romana ante la acusación exitosa.

¹⁸ DOMINGO, Rafael (coord.), *Textos de Derecho romano, ...o.c.*, p. 380: esta ley permitía dirigirse contra las personas que se hubieran aprovechado del dinero ilícitamente obtenido por el magistrado y además prohibía la usucapión de las cosas dadas por los provinciales a los magistrados. Asimismo, se incluyen en el tipo de este delito los supuestos de cohecho. Fue objeto de una interpretación extensiva y estuvo en vigor en el derecho justiniano, D. 48. 11; CJ 9.27.



Sila y a César, quedando reducida la sanción al valor de lo extorsionado, pero además con las penas accesorias de la remoción en el cargo de senador, de ilegitimidad para otros cargos, de incapacidad para prestar declaración como testigo, de ser juez y de representar a otro en juicio¹⁹.

3. Como ha quedado apuntado, Sila reorganiza la justicia penal, estableciéndose en la crisis de la época republicana diversos Tribunales permanentes para el juzgamiento de los delitos públicos. Entre los delitos públicos que se juzgaban mediante estos Tribunales podemos mencionar: *crimen ambitus* relacionado con la corrupción electoral; *crimen falsi* ya sancionado en la ley de las XII Tablas, y que a partir de la mencionada *Lex Cornelia* se incluye, por ejemplo, la corrupción de jueces, el soborno de un testigo, etc.; *crimen maiestatis* cuando hay abuso de poder por parte de los magistrados, con extralimitación constitucional; *crimen peculatus* cuando hay sustracción o malversación de dinero público²⁰. La pena prevista era generalmente de tipo pecuniario y se establecía al cuádruplo del valor de lo sustraído.

La pena prevista en todos los tipos de crímenes era la pena capital, que comprendía la pena de muerte, la deportación con pérdida de la ciudadanía, y la pena de trabajos forzados en las minas (*ad metalla*), con pérdida de la libertad. Como es sabido, esta esclavitud en concepto de pena, *servitus poenae*, fue abolida por Justiniano, con el fin de que se mantuviera firme el matrimonio²¹.

4. Como un medio de control de la corrupción política, se utilizó la fórmula Octaviana, que se creó después de la entrada en vigor de la *Lex Cornelia de repetundis* (a. 81 a.C)²². Las expoliaciones de los magistrados fueron reprimidas en época de Sila mediante la

¹⁹ ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho romano*⁵, [trad. de la 2da edición italiana por de PELSMAEKER e IVAÑEZ, Francisco], Ed. Reus, Madrid, 1994, p.217 y ss.

²⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho público...*, o.c., p. 234

²¹ Nov., 22, 8: *Quod autem prius es legum severitate introductum est, nos clemente cessions resolvimus. Si enim ex decreto iudiciali in metallum aliquis aut vira ut mulier dari iussus esset (quale nunc est in Proconnesoet in appellata Gypso), servitus quidem erat et ab antiquis legislatoribus sancita et ex supplicio ilata, separabatur vero matrimonium (...)*

²² GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, “El procedimiento civil como medio de control de la corrupción política...o.c., p. 397; cfr. DOMINGO, Rafael, “Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio III. Palingenesia y reconstrucción”, en *Cuadernos Compostelanos de Derecho romano*, n° 7,

coexistencia de dos vías procesales, de un lado, el *iudicium publicum*, a instancia de los ciudadanos romanos por el carácter público del proceso, con la determinación de la responsabilidad penal del acusado, y de otro, la *fórmula Octaviana* para la reclamación de los bienes, de parte de los perjudicados, mediante un *iudicium privatum*. En definitiva, el pretor *Cn. Octavius* colmó “la laguna jurídica que había creado la *lex Cornelia de repetundis*, otorgando a la población del Imperio un medio procesal privado que les permitía obtener resarcimiento de los daños sufridos por la actividad concusionaria de los magistrados romanos”²³.

Existe una cierta relación entre el edicto sobre el *metus* y el edicto de retorsión porque ambos reprimen conductas abusivas²⁴. Para d’Ors²⁵ la *actio Octaviana* es una acción penal que castiga no al que ejerció la violencia, penado con el *crimen de vis*, sino al que se resiste a reintegrar en el patrimonio de la víctima los bienes perdidos a causa de la coacción, por lo que el régimen de esta acción penal fue siempre el mismo desde la aparición de la fórmula hasta la desaparición del procedimiento formulario. Sin embargo, no defiende la conexión entre el edicto de Octavio y la legislación de *repetundis* -postura que es defendida, sin

Santiago de Compostela, 1995, pp. 66-69, donde el autor concluye, con el apoyo en la obra de Balzarini (*Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969), que el Pretor *Cn. Octavius*, del año 79 a.C fue quien incorporó al Edicto la *actio quod metus causa*, llamada por Cicerón fórmula Octaviana (Cicerón, *II In C. Verrem* 3,65, 152) y el creador del edicto de retorsión, al que considera uno de los edictos más controvertidos del *álbum*, al tratarse de la aplicación de una especie de ley del talión contra aquellos magistrados que disponían un *ius novum* o aquellos particulares que de él se beneficiaban.

²³ GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, “El procedimiento civil como medio de control de la corrupción política...o.c., p. 400.

²⁴ CALORE, Emanuela, *Actio quod metus causa. Tutela de la vittima e azione in rem scripta*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 125-154, donde la autora realiza un extenso análisis de la fórmula Octaviana y en las pp. 145-153, se centra en un agudo estudio acerca de la relación entre la fórmula Octaviana y la *quaestio de repetundis*. Así se refiere en p.147, a que: “una stretta correlazione tra formula Octaviana e legislazione *de repetundis*, evidenziata già dal Rudorff, e stata ribadita anche dall’Hartkamp, secondo in quale essa sarebbe provata dal termine “auferre” comune ad entrambe, e dalle circostanza, tramandataci da Cic. In *Verrem*, 2,3,65, 152, in base alla quale Metello non avrebbe concesso la formula Octaviana al senatore Gallo contro Apronio per non praeiudicare il processo che si stava svolgendo contra Verre, como spiega meglio, In *Verrem* 2,3,65,153”.

²⁵ d’ORS, Álvaro, “El comentario de Ulpiano a los Edictos del *metus*” en *AHDE*, Madrid, 1981, pp. 226 y ss.



embargo, por Hartkamp o Kaser-²⁶, porque: a) reduciría el ámbito de tal edicto al referirse únicamente a las exacciones de los magistrados, mientras que la acción del *metus* no tuvo tal restricción; b) porque además, en el caso de la reclamación de *repetundis*, los terceros responderían tan solo en caso de que el magistrado que había cometido el delito resultara insolvente, lo que no ocurre con el edicto de *metus* y c) porque la legislación de *repetundis*, muy anterior a la fórmula Octaviana, fue una institución independiente del *metus*, que tiene carácter privado, aunque si esté en relación con la represión pública de la *vis*.

5. A partir del Principado se da una progresiva reducción de la competencia de las *quaestiones perpetuae*, al asumir el Príncipe, junto a sus delegados o funcionarios, las funciones coercitivas. Van a tipificarse nuevas figuras delictivas que conocen y sancionan los funcionarios a través de la *cognitio extra ordinem*, caracterizada por el principio inquisitivo, que sustituye al principio acusatorio de parte, característico en el proceso ante las *quaestiones perpetuae*²⁷. A partir del s. III, las *quaestiones* quedarán absorbidas por la *cognitio extraordinem*.

Las *leges de iudices repetundarum* están recogidas en la compilación justiniana en nueve fragmentos: D. 48. 11. 1-9, se trata de unos textos muy conocidos y “presentan un gran interés no solo por razón de su contenido sino también por las interpretaciones que se han realizado y probablemente por haber servido de punto de apoyo o de partida para la construcción dogmática referente a este tipo de procesos de carácter público”.²⁸

III. LA RECEPCIÓN DEL *CRIMEN PECUNIARUM REPETUNDARUM* EN EL DERECHO CASTELLANO Y EN EL DERECHO INDIANO.

²⁶ d'ORS, Álvaro, “El comentario de Ulpiano a los Edictos...”, o.c., p. 227.

²⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho público...*, o.c., p. 234-235; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho público romano y recepción...* o.c., p. 199.

²⁸ BELLO RODRÍGUEZ, Silvestre/ZAMORA MANZANO, José Luis, “*Crimen repetundarum: Status Quaestiones*”...o.c., p.17.

1. La recepción del Derecho romano justinianeo se dio a través de las Universidades europeas, principalmente la de Bolonia. El Derecho romano se transformó en objeto de estudio de la ciencia jurídica bajomedieval, y junto con el *ius canonicum*, dieron lugar al *ius commune*, que se aplicará en la Europa occidental²⁹.

El Derecho propiamente indiano que rigió en la América española, en términos generales, desde fines del siglo XV hasta la segunda mitad del siglo XIX, tuvo como principales fuentes, el Derecho castellano público y privado-principalmente las Siete Partidas (1265) y la Novísima Recopilación (1567)- , el derecho indígena y la costumbre indígena y criolla, y finalmente, un derecho específico de Indias, donde se tratarán materias que por su naturaleza no podrán ser resueltas ni por el Derecho castellano ni por los precolombinos.

El Derecho Indiano era más flexible en el ámbito del Derecho público que en el del Derecho privado, prefiriéndose la norma local a la metropolitana, si bien, en la conformación del Derecho colonial se nutre de una compleja legislación tutelar indígena y de una influencia del romanismo, y como afirma Basadre³⁰, el Derecho Indiano era el Derecho colonial por excelencia. Los juristas indianos estaban influenciados por la cultura jurídica romana, componente esencial del *ius commune*. En síntesis, fueron los españoles quienes aportaron su derecho al que se injertará también el llamado Derecho indiano.

2. En el Derecho penal castellano -a través de las Partidas-³¹, se establecen distintos tipos de penas y se enumeran siete tipos de penas diversas, unas mayores y otras menores. Entre las primeras encontramos, la de la muerte por medio de la hoguera, la horca, el garrote, el trabajo en las minas del rey, la condena a las galeras, el destierro a una isla o la cárcel perpetua. Entre las penas menores, se establecen, el destierro perpetuo, la infamia, los azotes, la confiscación de los bienes y las multas.

²⁹ STRINGINI, Natalia, “La continuidad de la tradición jurídica indiana en el pensamiento de Carlos Tejedor. El caso del delito de cohecho” en *Revista de Historia del Derecho*, Sección Investigaciones, n° 45, INHIDE, Buenos Aires, enero-junio 2013, pp. 43-72

³⁰ BASADRE GROHMANN, Jorge, “El Derecho colonial”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima I/2, pp. 248-262 y RAMOS NÚÑEZ, Carlos- HONORES, Renzo, “Ensayos sobre Historiografía Jurídica Peruana”, en *Cuadernos de Investigación*, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) e Instituto Riva Agüero, Lima, 1/1997, p.42

³¹ BASADRE AYULO, Jorge, *Historia del Derecho universal y peruano*, Ed. Ediciones Legales, Lima, 2011, pp.604 y 605



Al igual que el Derecho romano, la legislación castellano-indiana reguló distintas categorías de delitos tales como la falta de integridad de los Jueces y Magistrados³²:

Qué pena debe haber el Juez que a sabiendas o por necesidad juzgó mal en pleito que no sea de justicia. Malamente yerra el juez que juzga contra derecho a sabiendas.

El Juez será prevaricador cuando juzgue en contra de lo establecido en la ley a cambio de una promesa o por aceptar alguna cosa (P. 3.22.24)

Asimismo, el Juez debía sufrir en su cuerpo la pena impuesta de manera injusta a otro, ya sea de muerte, de lesión o de destierro. Sin embargo, el Rey podía perdonarle la vida, desterrarle para siempre por infamia, y quedarse con todo su patrimonio (P. 3.22.25):

Si algún juez juzgare a sabiendas torticeramente a otro en pleito de justicia que tal pena merece el recibir en su cuerpo cual él mandó hacer al otro, ya sea de muerte o de lesión, o de otra manera de desterramiento.

De igual manera que otros delitos existentes en el Derecho indiano, el cohecho toma sus características generales de la legislación romana, en concreto de la *Lex Iulia repetundarum* (a.59 a.C.), a la que nos hemos referido líneas arriba.

En fin, otros delitos también fueron regulados como por ejemplo, el de los escribanos que recibían cosa de comer por el pago de sus derechos (Novísima Recopilación 5.24.2); el procurador que recibía dádivas para dilatar el pleito; el corregidor, juez, oidor, alcalde, escribano, alguacil, relator del consejo del Rey que recibía donaciones, tales como oro, plata, viandas o cosas para comer o beber (Novísima Recopilación 4.2.9)³³.

En cuanto a las penas aplicadas a estos delitos cometidos por funcionarios públicos, algunas de ellas se identificaban con las impartidas en el Derecho romano, por ello, en el Derecho penal castellano -a través de las Partidas-³⁴, se establecen distintos tipos y se enumeran hasta siete clases de penas diversas, unas mayores y otras menores. Entre las primeras encontramos, la de la muerte por medio de la hoguera, la horca, el garrote, el trabajo en las minas del rey, la condena a las galeras, el destierro a una isla o la cárcel perpetua. Entre

³² P. 3.22.24-27, en la versión de SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Las Siete Partidas*, Ed. Reus, Madrid, 2004, pp. 549-551; BELLO RODRIGUEZ, Silvestre/ZAMORA MANZANO, José Luis, “*Crimen repetundarum: Status...*”, o.c. p. 25.

³³ STRINGINI, Natalia, “La continuidad de la tradición jurídica indiana...”, o.c., p. 58-59

³⁴ BASADRE AYULO, Jorge, *Historia del Derecho universal ...o.c.*, pp.604 y 605

las penas menores, se establecen, el destierro perpetuo, la infamia, el pago del doble de lo recibido en soborno, los azotes, la confiscación de los bienes y las multas.

IV. LA RECEPCIÓN EN EL DERECHO PENAL PERUANO DE LOS DELITOS PÚBLICOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS: BREVE SÍNTESIS LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL.

1. Por razones obvias, no entraré aquí en el detalle de la elaboración del proyecto del Código penal de Manuel Lorenzo Vidaurre (1828), ni tampoco del Código penal de Santa Cruz (1837-1838), si no que me referiré en primer lugar al Código penal de 1863, de influencia española³⁵: En la Sección Quinta se regula: de los delitos peculiares a los empleados públicos. Título 1 y 2: de la usurpación de autoridad, art. 166-169. Título 3: del prevaricato: art.170-174; Título 4: del cohecho: art. 175-181 (pp. 381 a 391). El delito de cohecho se regula (art. 175), como un delito especial muy grave al que se le debe aumentar un grado la pena:

Quando medie cohecho o soborno en los delitos que los empleados públicos cometen en el ejercicio de sus funciones, se les aplicará la pena correspondiente a estos delitos aumentada en un grado; y además una multa del duplo del valor recibido o del tanto prometido o aceptado.

El cohecho o soborno cuando sea para ejercer actos de justicia, se castigará con la multa establecida en este artículo y con suspensión de dos meses a un año.

La fidelidad al Código penal español (1848) se pone de manifiesto en la adopción de la sistemática tanto en la parte general como en la especial. El propio legislador reconoce la influencia española en razón a “que estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes impercederos de las leyes y del idioma de Castilla, no era posible alejar nuestro proyecto de aquellas acertadas disposiciones”. Si bien el Código penal

³⁵ VITERBO ARIAS, José, *Exposición comentada y comparada del código penal del Perú de 1863*, Imp. Torres Aguirre, Lima, 1898, Tomo II.



español es “imitación” del Código brasileño de 1830, “copia a su vez del Código napolitano, como éste lo era del francés de 1810. Pero conviene advertir que el legislador peruano adecuó el “Código importado” a la realidad político-social del país, simplificando o suprimiendo algunas disposiciones³⁶.

2. El segundo Código penal de 1924, estuvo influenciado por el Código penal suizo e italiano, y estuvo a cargo del Dr. Víctor M. Maúrtua, si bien se conservan disposiciones del código de 1863. En la parte especial es clara la influencia helvética en casi todas sus disposiciones, regulándose en el libro segundo del Código los delitos contra las personas, contra la sociedad y contra el Estado: en los arts. 343-345 se regula la concusión; el delito de peculado en los arts. 346-348; el de prevaricato en los arts. 345-357 y el de denegación y retardo de justicia en los arts. 354-361.

3. A partir del año 1928 se inicia una reforma del Código penal cuando todavía no tenía aún tiempo para haber sido apreciado en su aplicación, y que en palabras de Luis Jiménez de Asúa, “el hecho más importante de la legislación penal contemporánea es el código peruano”³⁷. Sin embargo se dio inicio a la reforma del Código de 1924 que culminará con la promulgación del actual Código penal de 1991.

4. El actual Código penal de 1991 tiene una clara influencia alemana, fijándose en el Código penal de 1975. El penalista Rojas Vargas destaca en la introducción a su obra³⁸:

Una justicia penal con estándares internacionales; esto es, fundamentada constitucionalmente, contextualizada con las normas internacionales de defensa de los derechos humanos y consolidada con las normas rectoras del debido proceso y la tutela jurisdiccional, exige vincular la argumentación fiscal y judicial con la dogmática penal (...). Una jurisprudencia que

³⁶ HURTADO POZO, José, *La Ley “importada”. Recepción del derecho penal en el Perú*, Ed. CEDYS, Lima, 1979, pp. 43-44

³⁷ ESPINOSA, Eloi, *Orientación del Código penal peruano de 1924*, Talleres gráficos de la Penitenciaría central, Lima, 1929, p.9.

³⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, *Código penal. Dos décadas de jurisprudencia*³, Ed. Ara, Lima, 2012, p.23

enfatisa y privilegia la consolidación del pensamiento jurídico penal de la magistratura nacional, la que mediante jurisprudencia vinculante (ejecutorias y acuerdos plenarios) y /o jurisprudencia ilustrativa, hace cada vez más predecible la sensible materia penal.

Los delitos contra la Administración Pública quedan regulados en el Libro II, Parte especial-Delitos, Título XVIII, en los arts. 354 a 426: Los delitos cometidos por funcionarios públicos comprenden los arts. 376 al 401, y los delitos cometidos contra la Administración de justicia, los arts. 402 al 424. Los artículos que comprenden los delitos de abuso de autoridad, de concusión, de peculado y de cohecho han sufrido numerosas modificaciones, siendo las últimas las realizadas en el año 2011.

Como destaca el penalista Nakazaki Servigón, “en el Derecho peruano se está construyendo un sistema jurídico en el que la Jurisprudencia empieza a ser fuente de producción del Derecho; se comenzó con las Salas civiles Supremas al resolver los recursos de Casación; luego las Sentencias del Tribunal constitucional y finalmente, las sentencias de las Salas Penales de la Corte Suprema”³⁹. Desde la Jurisprudencia penal se resuelven los casos por delitos de colusión, peculado, malversación de fondos, tráfico de influencias, etc., “que exigen la verificación de una correcta aplicación de la ley por su gran incidencia, lamentablemente, en la Administración pública y el significativo número de procesos penales que general, a tal punto que en Lima hay dos subsistemas de justicia penal en función de la coexistencia del viejo código de procedimientos penales y del nuevo código procesal penal (del año 2004)”⁴⁰.

5. Por último, en cuanto a la jurisprudencia penal, podemos destacar algunas de las múltiples sentencias pronunciadas en las materias que nos ocupa:

A) COHECHO

“El cohecho se encuentra dentro de los tipos dolosos porque existe el conocimiento y la voluntad necesarios para el pacto ilícito. Así tenemos que el elemento subjetivo que

³⁹ NAKAZAKI SERVIGÓN, César, “Los delitos contra la administración pública en la Jurisprudencia”, en *Diálogos con la Jurisprudencia*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp. 5-14

⁴⁰ NAKAZAKI SERVIGÓN, César, “Los delitos contra la administración pública...”, o.c, p. 5.



motiva al funcionario es la oferta o promesa, en tanto que al corruptor le motiva la obtención de un beneficio representado por la realización de un acto o por la abstención de otro». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)⁴¹

B) CONCUSIÓN

En cuanto a la Concusión «[...] al respecto tenemos que nuestro legislador, en el caso que nos ocupa, busca proteger el regular funcionamiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública conjuntamente a la corrección y probidad de los funcionarios y servidores públicos». (Exp. 44-06, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de junio de 2011)⁴²

«[...] este delito es uno de infracción de deber, en cuya virtud el agente público, mediante abuso del cargo que tiene —de las propias funciones o facultades que se tiene— despliega violencia, amenaza o engaño para someter a una personas y, de este modo, obligarla (amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la propia Administración Pública) o inducirla (con engaños o mentiras) —son las acciones típicas propiamente dichas— a dar un bien o cualquier otro beneficio patrimonial para sí o para otro». (R. N. 1062-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de marzo de 2013)

«El delito de concusión se caracteriza por que el núcleo rector del comportamiento típico es “abusar del cargo” para obligar a inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial». (R. N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de abril de 2006)

«En el delito de concusión, previsto en el artículo 382 del Código Penal, para su configuración se requiere que el sujeto activo además de ejercer abusivamente los actos que

⁴¹ *Compendio Jurisprudencial comentada. Prevención de la corrupción y justicia penal*, Ed. Instituto de Democracia y Derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Lima, 2014, p. 60

⁴² *Compendio Jurisprudencial comentada. Prevención de la corrupción...o.c.*, p. 65

son propios de una autoridad pública, le atribuya el carácter de oficial a dicha conducta». (Exp. 4050-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de agosto de 2002)

«i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia, ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o, ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada; y, iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva al uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones [...], en dar —entregar, transferir algo a alguien— o prometer —efectuar un ofrecimiento a futuro— en forma indebida —prestación sin sustento alguno— un bien o un beneficio patrimonial para sí o para otros, es decir, que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona». (R. N. 1601-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de enero de 2009)⁴³

C) DIFERENCIA ENTRE LA MALVERSACIÓN DE FONDOS Y PECULADO

«Cabe precisar respecto a los hechos objeto de acusación, que los delitos de Malversación de Fondos y Peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el Peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado, y su característica más relevante es que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no sale de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso de Peculado». (R. N. 1336-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de enero de 2013)⁴⁴

D) COLUSIÓN

⁴³ *Compendio Jurisprudencial comentada. Prevención de la corrupción...o.c.*, p. 66

⁴⁴ *Compendio Jurisprudencial comentada. Prevención de la corrupción...o.c.*, p. 111



«Que, el delito de Colusión previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal, para su configuración, debe acreditarse “*el acuerdo clandestino entre dos o más personas para conseguir un fin ilícito, mediante la traición a la confianza o la elusión de la actividad legítima de terceros*”, en el cual el bien jurídico protegido es: el desarrollo de la Administración Pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión de la función pública [...]». (R. N. 3307-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de mayo de 2009).

«La concertación involucra al sujeto activo (funcionario o servidor público) quien abusando de su cargo o comisión encomendada acuerda con particulares a efectos de defraudar al organismo que representa, destacándose que conforme a la Ley 29758 la participación del funcionario o servidor público puede ser “directa o indirectamente”. La Ejecutoria Suprema del 12 de Diciembre del 2007 establece que “[...] —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa”». (Exp. 34432- 2010-17, sentencia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima el 22 de julio de 2013)⁴⁵.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

El itinerario que hemos realizado de las leyes reguladoras romanas, desde el s.II a.C, para sancionar los delitos públicos cometidos por los magistrados en su función pública mediante la creación de los Tribunales permanentes, junto a otros remedios procesales y penales, como lo fuera la fórmula Octaviana, con la recepción de los mismos en el Derecho castellano e indiano, nos lleva a afirmar el influjo que han tenido en la codificación penal peruana desde su primer Código en 1863, el posterior de 1924 y el actual de 1991, donde se sancionan los delitos de extorsión y corrupción cometidos por funcionarios públicos.

⁴⁵ *Compendio Jurisprudencial comentada. Prevención de la corrupción...* o.c, p. 74