

EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES DE PARTICULARES ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DAVID ROSALES ARTICA^(*)

I. APUNTES PRELIMINARES

En el Perú, el delito de patrocinio ilegal aparece recién en el Código Penal⁽¹⁾ de 1991, es decir, no fue tipificado en el CP de 1863 ni tampoco en el de 1924⁽²⁾. Regulado en el art. 385 del CP, en este ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas, **“el que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la Administración Pública”**.

El delito se encuentra ubicado dentro del Título XVIII denominado: Delitos contra la Administración Pública, concretamente al interior del Capítulo II intitulado: Delitos cometidos por funcionarios públicos y, específicamente, en la Sección II que tiene como *nomen iuris* el de Concusión. Aquí comparte lugar con los delitos de concusión, cobro indebido y colusión simple y agravada.

Precisamente, su emplazamiento en el CP ha conducido a la “creencia” de que se trata de una “modalidad” del delito de concusión⁽³⁾. Sin embargo, ya Abanto Vásquez explicó que la concusión⁽⁴⁾ es “extorsión cumplida por quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo, debiendo la víctima prestar la cosa que se le exige como exclusiva consecuencia del terror infundido y no por otra causa”, en tal sentido, indicó, el delito de patrocinio ilegal “no tiene

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster y doctorando por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de San Martín de Porres. Fundador del Estudio Jurídico Rosales Artica Abogados.

(1) En adelante: CP.

(2) ROJAS VARGAS, Fidel. (2021) *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, p. 609

(3) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. (2016) *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Lex & Iuris. p. 88

(4) Término que la RAE define como la “exacción arbitraria hecha por un funcionario público en provecho propio”.

nada que ver con una concusión o fraude, pues si bien es unilateral, le falta el elemento del lucro propio o perjuicio para otros⁽⁵⁾.

Descartada la comprensión del delito de patrocinio ilegal como “modalidad” del delito de concusión⁽⁶⁾, resta decir que le es aplicable la “extensión de punibilidad” prevista en el art. 386 del CP; según este, las disposiciones del delito de patrocinio ilegal –al igual que la colusión– son aplicables a los “peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias⁽⁷⁾”.

En cuanto a las normas penales extranjeras a las que habría recurrido el legislador peruano para incorporar el delito de patrocinio ilegal en el CP, se indica que lo son el CP brasileño de 1940 (art. 321), el CP italiano de 1930 (art. 324) y el CP colombiano de 1980 (art. 157)⁽⁸⁾. También se afirma que posee “ligeras semejanzas” con el art. 441 del CP español de 1995⁽⁹⁾.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La protección de la Administración Pública mediante el Derecho Penal se encuentra justificada por tratarse de un “elemento básico de la configuración actual de la sociedad⁽¹⁰⁾”. Esta aseveración tiene sustento en el art. 44 de la Constitución Política peruana que, al referirse a los “Deberes del Estado”, menciona como “primordial” el “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

(5) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2003) *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores. p. 282.

(6) Ya ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 281, ha criticado al legislador nacional por haber juntado conductas muy distintas bajo el epígrafe confuso de “concusión”.

(7) Texto conforme a la modificación efectuada por el art. 1 de la Ley N° 26643, publicada con fecha 26/6/1996.

ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., pp. 327 y 330, se muestra particularmente crítico con la vinculación del art. 386 CP con el patrocinio ilegal.

(8) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 320; ROJAS VARGAS, Op. cit., pp. 609 y 623.

(9) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 321; ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 609.

En el art. 441 del CP español se dice: La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años.

(10) SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. “Los delitos consistentes en la infracción de un deber, particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios”. En: Suárez González, Carlos y Silva Sánchez, Jesús María. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2001.

Ahora bien, tanto en doctrina como desde la jurisprudencia, goza de amplio consenso sostener que en los delitos contra la Administración Pública se tutela su “correcto funcionamiento”, entendido como el “cumplimiento de unos mínimos⁽¹¹⁾, por parte de [esta] a la hora de servir a los intereses generales⁽¹²⁾. Así, pues, se le protege en cuanto “bien funcional” y no como un ente abstracto distanciado de su función social.

También es opinión unánime la que indica que son diversos los intereses vinculados al correcto funcionamiento de la administración, los que finalmente se tutelan en cada uno de los delitos que atentan contra ella, siendo necesario identificarlos e individualizarlos.

Así las cosas, en el escenario de la doctrina local que ha estudiado el delito de patrocinio ilegal, Abanto Vásquez señala que “lo único que la conducta del sujeto activo podría realmente afectar sería la ‘libertad’ o ‘tranquilidad’ del ejercicio funcional de otros funcionarios⁽¹³⁾, esto es, el “desempeño de funciones normal, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios⁽¹⁴⁾.”

Por su parte, Rojas Vargas indica que se trata de “preservar tanto el **principio de igualdad ante la Administración Pública** como igualmente preservar, en consecuencia, el **prestigio** –en tanto valor normativo ideal– **que debería mantener siempre la Administración Pública**, que se ve atacada, desde dentro, con los actos de patrocinio de sus propios agentes⁽¹⁵⁾.”

Salinas Siccha manifiesta que “la represión penal se fija en el torcimiento de la actuación pública que debe estar orientada a velar por el interés de la administración y no ser desplazada por el interés a favor de particulares”, esto es, “superpone los intereses privados sobre los estatales⁽¹⁶⁾, en consecuencia, se tutela “**el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la Administración Pública**”⁽¹⁷⁾.

Esta posición se encuentra también en lo sostenido por Reátegui Sánchez, quien declara que se custodia “**el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la Administración Pública**”⁽¹⁸⁾, lo que en su opinión consiste en “evitar que el funcionario actúe en aras de satisfacer intereses particulares ajenos a los

(11) SUÁREZ GONZÁLEZ, Op. cit., p. 162, entiende estos “mínimos” desde la perspectiva político-criminal como “interés básico para la pervivencia del sistema político-social”.

(12) SUÁREZ GONZÁLEZ, Op. cit., p. 162.

(13) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 285.

(14) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 322.

(15) ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 613.

(16) SALINAS SICCHA, Ramiro. (2019) *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: Iustitia.p. 392.

(17) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 395.

(18) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 88.

de la función o servicio público que ejerce y representa”⁽¹⁹⁾. En su opinión, se trata de que “los poderes e investiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo, así como también procurando el normal desempeño de funciones, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios”⁽²⁰⁾.

Desde otro enfoque, Martínez Huamán afirma que se protege “la expectativa que la sociedad tiene sobre el adecuado uso de la investidura o cargo por parte de funcionario o servidor público, específicamente no utilizarlo a favor de interés particular ante la Administración Pública”⁽²¹⁾, es decir, “el funcionario tiene que velar por los intereses públicos, mas no por un interés particular”⁽²²⁾.

En este abanico de opiniones, considero que si el desvalor del acto en el delito de patrocinio ilegal yace en el hecho de que el funcionario o servidor público se vale de su calidad para patrocinar intereses de particulares; en consecuencia, lo que se tutela es “el debido uso de la calidad (condición) de agente público”.

Lo mencionado se encuentra también conectado con la comprensión del delito de patrocinio ilegal, tal como anota Rojas Vargas, como un “delito de prevalimiento”, pues expresa un aprovechamiento de la calidad pública como vía o instrumento para gestionar, promocionar o defender intereses particulares ante la Administración Pública⁽²³⁾.

En línea de lo acabado de exponer, considero necesario plantear la reforma del CP con respecto a los delitos de “abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios”⁽²⁴⁾ (art. 376-A CP), “patrocinio ilegal” (art. 385 CP) y “negociación incompatible”⁽²⁵⁾ (art. 399 CP). Estos tienen como eje común “el aprovechamiento indebido del cargo público”; sin embargo, al

(19) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 87.

(20) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., pp. 88-89.

(21) MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. “Delito de patrocinio ilegal: análisis del art. 385 del CP”. En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl (director). (2020) *La corrupción. Criminología, Derecho Penal. Parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del Centro, p. 390.

(22) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 393.

(23) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622.

(24) Este delito fue incorporado al CP por el art. 1 de la Ley N° 27722, “Ley que incorpora el art. 394-A al Código Penal”, publicada con fecha 14/05/2002, ubicándose en el art. 394-A de la Sección IV denominada Corrupción de Funcionarios del Capítulo II.

Ulteriormente, este delito fue reubicado y reformado como art. 376-A en la Sección I, Abuso de Autoridad, del Capítulo II por disposición del art. 2 de la Ley N° 28355, “Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley Penal contra el Lavado de Activo”, publicada con fecha 6/10/2004.

(25) Acerca de este delito, véase ROSALES ARTICA, (2021) *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro.

día de hoy se encuentran en diferentes secciones, dando a entender que se trata de "modalidades" de abuso de autoridad (Sección I), concusión (Sección II) y corrupción de funcionarios (Sección IV), respectivamente.

Este incorrecto tratamiento legislativo dificulta identificar la concreta faceta del correcto funcionamiento de la administración que se pretende tutelar con ellos tanto como sus alcances típicos. Es por ello que deben ser agrupados en una misma sección del Capítulo II del CP, que contiene los delitos contra la administración cometidos por funcionarios públicos.

III. DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

En la doctrina nacional se sostiene que el patrocinio ilegal es un delito de "peligro"⁽²⁶⁾. Asimismo, en el contexto de la conocida clasificación entre delitos de peligro concreto y abstracto, se afirma que el art. 385 del CP es un delito de peligro "abstracto"⁽²⁷⁾.

Esta conclusión es apoyada en el hecho de que, para su consumación, es indiferente si el patrocinio genera o no ventajas al Estado⁽²⁸⁾; no interesa la licitud o legitimidad del interés patrocinado⁽²⁹⁾; es irrelevante el móvil o la finalidad que impulsan a actuar al funcionario o servidor público⁽³⁰⁾; y tampoco es indispensable que el patrocinio sea exitoso o no⁽³¹⁾, suponga beneficio patrimonial o no⁽³²⁾.

IV. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Atendiendo a la descripción del hecho punible previsto en el art. 385 del CP, podemos sostener que:

1. Sujeto activo

El delito de patrocinio ilegal es uno de sujeto activo especial, pues solo puede ser su autor un funcionario o servidor público –de los definidos en el art. 425 del CP–.

(26) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 397.

(27) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., pp. 98 y 101.

(28) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 324; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 391.

(29) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 322; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 392; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 398; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 99.

(30) Cfr. SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 392; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 407; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 99.

(31) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 619.

(32) Cfr. SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 391; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 102.

Dado que no existe un tipo penal común paralelo a este ilícito, diremos también que se trata de un delito especial propio. De esta manera, como pone de manifiesto Abanto Vásquez, se trata de un ilícito de "investidura"⁽³³⁾.

El delito puede ser realizado por cualquier funcionario o servidor público. No se requiere una competencia del agente en relación con algún ámbito específico de la administración⁽³⁴⁾. Así se reconoce en el R.N. N° 666-2016/Áncash⁽³⁵⁾, en donde se señala que este ilícito: "solo requiere que el agente sea un funcionario o servidor público, sin ninguna función específica en relación a interés particular alguno, y que patrocine esos intereses ante la Administración" (f.D. décimo segundo).

2. Sujeto pasivo

El patrocinio ilegal es un delito contra la Administración Pública cometido por funcionarios o servidores públicos; en consecuencia, sujeto pasivo será el Estado, concretamente la institución o dependencia estatal a la que pertenece el sujeto activo⁽³⁶⁾.

3. Conducta típica

El delito de patrocinio ilegal es un delito de acción dolosa⁽³⁷⁾. Ahora bien, son dos las condiciones que le otorgan sentido al tipo penal: en primer lugar, la presencia de un funcionario o servidor público que se vale de su calidad y, en segundo lugar, que en virtud de ello patrocine intereses de particulares ante la administración.

Precisamente, en la Casación N° 226-2012/Lima (ponente: Pariona Pas-trana) se precisa que ambas condiciones deben interpretarse de forma conjunta

(33) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 328.

(34) Cfr. también MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 391. A esta situación, ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 614, denomina: "vinculación funcional flexible o amplia".

(35) De fecha 29/05/2017.

(36) Así también ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 614.

(37) En ese sentido opinan, ROJAS VARGAS, Op. cit., pp. 615 y 622, quien se refiere a "la imposibilidad de modalidades omisivas"; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393, "por la redacción de la fórmula legislativa, la conducta solo se realiza por comisión. Es imposible que se realice por una conducta omisiva"; y REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 98, "solo puede ser admitido la forma comisiva (delito de acción), rechazándose la modalidad omisiva propia o simple, desde que el verbo rector ('patrocinar') del artículo 385° del Código Penal hace alusión, en primera instancia, a conductas desplegadas de carácter positivas-causales".

Ahora bien, coincidimos con ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 326; quien señala que: "la omisión impropia es posible teóricamente, pero difícil en la práctica por tratarse de las propias funciones". Al respecto, ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 620 precisa que es imposible referirnos a este delito a un patrocinio por omisión impropia.

(f.D. décimo primero) y que a partir de ello se definirá la conducta típica (f.D. décimo primero)

3.1. Actuar valiéndose de la calidad de funcionario o servidor público

El delito de patrocinio ilegal debe ser visto como un “delito de prevalimiento”⁽³⁸⁾, pues expresa un aprovechamiento de la **calidad de funcionario o servidor público** para ponerlo a disposición de intereses de particulares, sean personas naturales o jurídicas⁽³⁹⁾.

En la doctrina nacional esta posición es asumida por Martínez Huamán, quien indica que: “El agente realiza un abuso de su **calidad de funcionario público**, mas no de sus funciones”⁽⁴⁰⁾ y también lo es por Abanto Vásquez cuando precisa que: “Se trata del ‘abuso de la **condición de funcionario**’”⁽⁴¹⁾, o Salinas Siccha al señalar que: “Lo que se sanciona penalmente es el aprovechamiento de la **calidad** poseída por el funcionario o servidor público. Valerse del cago es hacer prevalecer la calidad e investidura poseída”⁽⁴²⁾.

Sin embargo, en el caso de estos dos últimos autores encuentro un error cuando amplían el alcance del tipo penal para incluir el “**abuso del cargo**”, “de la “**investidura**” para defender intereses particulares”⁽⁴³⁾ o “la **instrumentalización de las funciones** públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales”⁽⁴⁴⁾ o manifestar que “el agente actúa **abusando del cargo público** que ostenta”⁽⁴⁵⁾.

Esta crítica que cabe dirigirla también contra Rojas Vargas cuando señala que: “Se trata de un típico **abuso de cargo** por mal uso del mismo con base en incompatibilidades administrativas”⁽⁴⁶⁾; y también contra Reátegui Sánchez cuando declara que: “Valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de funcionario o servidor público. El sujeto activo **abusa del cargo público** que ostenta, utiliza su condición especial, sus calidades en el orden social, tendenciosa o abusivamente, para privilegiar a particulares”⁽⁴⁷⁾. En el caso de este último autor, conecta la idea de “**abuso**” con la de “**instrumentación**”.

(38) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622.

(39) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 615.

(40) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 396.

(41) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 322.

(42) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 394.

(43) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 322.

(44) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393.

(45) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393.

(46) ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 609.

(47) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 94.

talización: “Supone la **instrumentalización de las funciones públicas** para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales”, esto es, “vendría a tipificar la calidad de *gestor de intereses particulares*”⁽⁴⁸⁾.

A mi modo de ver, estas afirmaciones no son de recibo, pues la primera condición del delito de patrocinio ilegal apunta exclusivamente a la idea de que el agente estatal **se vale de su calidad** para patrocinar intereses de particulares ante la administración y no del cargo que desempeña, ni tampoco de sus funciones. La estricta observancia del principio de legalidad y la inaplicabilidad de la analogía avalan esta conclusión (art. 139, inciso 9, de la Constitución Política y artículo III del Título Preliminar del CP).

En ese contexto, además, entiendo que son destinatarios del art. 385 del CP **todos** los funcionarios o servidores públicos y no solo aquellos que puedan ostentar algún tipo de superioridad o influencia o capacidad de ejercer coacción o presión sobre otros agentes estatales.

El desvalor del acto en el delito de patrocinio ilegal yace, concretamente, en que el funcionario o servidor público se vale de su condición de tal para patrocinar intereses de particulares. Esto deja fuera del alcance del tipo penal las “**influencias**” que pudiera ejercer el agente en el ámbito de la administración estatal, caso para el que es de aplicación el art. 400 del CP que tipifica el delito de tráfico de influencias.

En el sendero opuesto se tiene lo sostenido por la Corte Suprema en la Casación N° 226-2012/Lima: “El acceso de una persona a la función o al servicio público le da una serie de prerrogativas que lo colocan –con relación a un particular– en una posición privilegiada al interior de la Administración Pública. Es gracias a esa función que él puede ejercer directamente el poder conferido a su persona dentro de los límites de su función. Asimismo, en razón del cargo, él puede tener algún tipo de influencia, directa o indirecta, sobre otro funcionario público” (f.D. décimo segundo).

En efecto, desde la doctrina y la jurisprudencia podría contestarse a este planteamiento indicando que estamos colocando el énfasis en la función pública en abstracto y no en la función pública en relación con la importancia para la misma con el interés patrocinado (Casación N° 226-2012/Lima; f.D. décimo segundo); sin embargo, debemos defender la idea de que la “idoneidad” del cargo para que realmente un funcionario pueda “influir” sobre otro no forma parte del alcance del tipo penal –principio de legalidad de los delitos–, pues

(48) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 87.

este reclama únicamente que se tenga la cualidad de agente público y que, valiéndose de ella, lleve a cabo los actos de patrocinio.

Prueba de ello es que el delito de patrocinio ilegal puede ser cometido incluso por un funcionario público que se encuentre suspendido o no se encuentre ejerciendo su cargo⁽⁴⁹⁾. En estos casos puede que su capacidad de “influencia” sobre otros funcionarios haya decaído; sin embargo, ello no es óbice para que sabiéndose tal decida patrocinar intereses de particulares ante la administración, razón más que suficiente para afirmar la realización del art. 385 del CP.

Paradigmático en este sentido se muestra lo prescrito en el inciso 2 del art. 359 del Código Procesal Penal, pues aquí se indica que la licencia o goce de vacaciones de los jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia. Así, si un magistrado con licencia puede tener tal intervención oficial, también podría ocurrir que, encontrándose en tal condición, cometa el delito de patrocinio ilegal. Reiteramos aquí que no es la influencia o la capacidad de ejercer influencia en la administración la que define el alcance del tipo penal, sino el concreto hecho de valerse de la condición de agente estatal para patrocinar intereses de particulares. Si bien puede que la entrega de tarjetas, recomendaciones y presentaciones personales sean actos típicos del delito en comento, pues con ello hay un funcionario que busca influir en otro agente público⁽⁵⁰⁾; empero, estos actos no recortan el alcance del tipo penal. Como ya fue mencionado *supra*, el art. 385 del CP se configura con independencia del éxito o no del patrocinio.

3.2. Patrocinar intereses de particulares ante la Administración Pública

3.2.1. Patrocinar

La acción de “patrocinar” ha sido definida de diferentes modos por la doctrina nacional. Así, Abanto Vásquez indica que por tal se entienden las acciones de “representar, litigar, gestionar”⁽⁵¹⁾. Asimismo, Salinas Siccha destaca que son típicos los actos de “defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, intereses debidos o no debidos de particulares ante la Administración Pública”⁽⁵²⁾. Por su parte, Martínez Huamán manifiesta que se trata de “actos de defender, aconsejar, asesorar, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, intereses debidos o indebidos

(49) En la doctrina nacional, ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 614, y REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 92, solo consideran al funcionario o servidor público en ejercicio de su cargo.

(50) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 324.

(51) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., pp. 323-324.

(52) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 390.

de particulares ante la Administración, propios de una gestión firme por hacer prevalecer el interés ajeno”⁽⁵³⁾.

También en el ámbito de la jurisprudencia local existen definiciones acerca de “patrocinar”. Tenemos el caso del R.N. N° 666-2016/Áncash⁽⁵⁴⁾, en donde se señala que: “El funcionario patrocina, es decir, promueve, favorece, auspicia o recomienda intereses particulares, ajenos a la Administración” (f. 12)

Está también la Casación N° 226-2012/Lima, en donde se indica que: “La acción de patrocinar se refiere a todo suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa” (f. D. décimo tercero). Se precisa, además, que el acto de patrocinio por excelencia es la “defensa”, la cual “implica que el sujeto activo haga suya la causa y trate de que la postura asumida prevalezca frente a otras posibles posturas, para lo cual abogará por la misma de forma necesariamente directa” (f. D. décimo tercero)

Ahora bien, desde mi punto de vista, el acto de patrocinar debe ser entendido como “defender, proteger, amparar, favorecer” (RAE) intereses de particulares ante la administración. En tal sentido, y como señala Abanto Vásquez, “tiene que quedar fuera del tipo la conducta que implica una simple orientación a un particular, un asesoramiento sin intervención ante la Administración Pública [pues] el simple asesoramiento no perturba aún la libertad de ejercicio del otro funcionario”⁽⁵⁵⁾.

En la misma línea, Salinas Siccha destaca que quedan fuera del ámbito de lo típico “simples consejos, ilustración, pareceres o asesoramiento no vinculante que puede muy bien realizar cualquier funcionario o servidor público”⁽⁵⁶⁾; mientras que para Martínez Huamán son atípicos los “simples comentarios, ilustraciones genéricas, discursos, artículos o publicaciones no vinculantes, que puede muy bien realizar cualquier funcionario o servidor público”⁽⁵⁷⁾, también las “meras recomendaciones genéricas e imprecisas”⁽⁵⁸⁾, así como “supuestos en los que el funcionario o servidor público realiza actividades privadas vinculadas a intereses propios o familiar”⁽⁵⁹⁾.

(53) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 402.

(54) De fecha 29/5/2017.

(55) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 324.

(56) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 390.

(57) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 401.

(58) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 393.

(59) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 392.

Estando a ello, no es de recibo lo señalado en la Casación N° 226-2012/Lima, en el sentido de que la acción de patrocinar implica todo suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el “asesoramiento”, lo que define como “todas aquellas conductas que impliquen un consejo –de cualquier índole– para mejorar la posición de una persona o una situación. Es importante resaltar que el consejo emitido implica una opinión directa y concreta sobre una acción a tomar que redunde en el interés del particular ante la Administración Pública” (f. D. décimo tercero).

Si “asesorar” es entendido como el dar consejo o dictamen (RAE); entonces, en el marco del delito de patrocinio ilegal estamos ante un acto sin intervención ante la Administración Pública, con lo cual no hay un indebido uso de la condición de agente público y no se afecta el correcto funcionamiento de aquella. Ello, incluso, con independencia de si el asesoramiento –en los términos en que se le definió–, finalmente, fue exitoso o no.

Es importante que quede claro que, si asesorar se considera un acto típico del delito de patrocinio ilegal, entonces, se inobservaría el artículo III del Título Preliminar del CP que prohíbe el uso de la analogía para calificar el hecho como delito, y también el art. 139, inciso 9, de la Constitución Política que afirma el principio de la inaplicabilidad por analogía de la ley penal.

Ya desde otro ángulo del análisis del delito de patrocinio ilegal diremos que no se requiere un “patrocinio directo”, pues el tipo penal no exige que el funcionario o servidor público acuda por él mismo hacia el funcionario sobre quien recaería el acto de patrocinio, sino que se “valga de su calidad de funcionario” para “patrocinar”⁽⁶⁰⁾.

Asimismo, la doctrina nacional precisa que el patrocinio puede ser expreso o disimulado; formal e informal⁽⁶¹⁾; gratuito o remunerado⁽⁶²⁾. También, como

(60) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 324.

De opinión contraria es Rojas Vargas, Op. cit., p. 619, quien señala que: “la norma penal peruana... solo ha contemplado el patrocinio directo, no regulando el caso de valerse el funcionario de tercera persona (sic) para cometer el delito, lo cual, sin embargo, no cierra la tipicidad, pues al tratarse de un delito de infracción de deber es usual que el fáctico del comportamiento pueda ser llevado a cabo por un *extraneus* o intermediario que actúa a nombre del sujeto público”.

(61) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 391; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 404. Contrariamente se muestra ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 323; quien indica: “Pero el funcionario deberá haberse identificado como tal; no interesa si la intervención busca algo legítimo o no, sino el ‘uso indebido’ de la ‘autoridad’ que reviste el cargo de funcionario”.

(62) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 391. Respecto a esto último, MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 407, enseña que: “El sujeto activo no debe brindar una dádiva o beneficio al funcionario competente, pues bajo dicho supuesto nos encontramos ante un delito de cohecho activo”.

indica Martínez Huamán, “el patrocinio realizado debe estar vinculado o conectado con el interés del tercero particular”⁽⁶³⁾.

Finalmente, “se exige la verificación de actos concretos ante la Administración Pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, sea que estos actos se realicen de manera personal o a través de cualquier otro medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.)”⁽⁶⁴⁾.

3.2.2. Intereses de particulares

Los “particulares” en el delito de patrocinio ilegal serán una persona natural o jurídica, nacional o extranjera⁽⁶⁵⁾. No es típico el “autopatrocinio”⁽⁶⁶⁾.

Un interesante caso se presenta cuando se patrocinan intereses de otros funcionarios públicos. Mientras que, en la doctrina nacional, Rojas Vargas considera dejar fuera “la posibilidad de configurar delito cuando el sujeto activo patrocina intereses de otros agentes públicos”⁽⁶⁷⁾; en el ámbito de la jurisprudencia local, llama la atención una interesante decisión de la Corte Suprema recaída en la Casación N° 226-2012/Lima⁽⁶⁸⁾, que considero pertinente esbozar en sus principales puntos:

José Enrique interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista que confirmó la sentencia de primera instancia que lo condenó como autor del delito de patrocinio ilegal.

La imputación fiscal señalaba que José Enrique, entre los meses de marzo y mayo del año 2010, en su condición de secretario general de la Empresa Perupetro S.A., se valió de dicho cargo para patrocinar como abogado de los intereses particulares de Daniel Antonio, en un proceso judicial seguido ante un juzgado penal especial.

José Enrique consideró que el tipo exige “el patrocinio de intereses de particulares” y no el “patrocinio de intereses particulares”. Para

(63) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 403.

(64) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 323.

(65) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 619; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393.

(66) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393; ROJAS VARGAS, Op. cit., pp. 614, 619 y 620.

(67) ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 615. Aun cuando luego –p. 619– señala que: “Se consideran intereses de particulares aquellos que por definición no son los de la Administración Pública o, en un caso extremo, los que resultan incompatibles con los que caracterizan los intereses públicos, ello sin perjuicio de que dichos intereses estén siendo ventilados en la entidad pública”.

(68) De fecha 26/9/2013, ponente: PARIONA PASTRANA.

él, al ser Daniel Antonio un funcionario público y no un particular, no podría configurarse el delito que le es imputado.

La casación fue concedida para desarrollo de doctrina jurisprudencial en cuanto a los elementos típicos del delito de patrocinio ilegal referidos a “valerse del cargo” y “patrocinio de intereses de particulares”.

En el desarrollo de la casación se alude al elemento típico “intereses de particulares” y se indica que se hace referencia directa de todo aquello que pueda ser pretendido por una persona que no pertenezca a la Administración Pública (f.D. décimo tercero)

No obstante, a continuación, se señala: **La condición de particular no depende de si la persona es un funcionario público o es una persona ajena a la Administración Pública, sino que está en función directa de la relación que ella tiene con el sector de la Administración Pública en el que se le va a favorecer** (f.D. décimo tercero).

Para graficar este planteamiento se coloca el siguiente ejemplo: el sujeto activo puede pretender información sobre un proceso de adjudicaciones del Estado para un funcionario público que tiene una empresa proveedora, para lo cual se vale de su cargo para que esta información especial le sea dada por la persona encargada del proceso (f.D. décimo tercero).

Entonces, enfáticamente se indica: no es correcta la interpretación que señala que aquí no hay patrocinio ilegal, porque se trata de un funcionario público (f.D. décimo tercero).

En esta casación se declara que: el favorecido es un particular, pues no tiene ningún tipo de injerencia en él. **Por lo que, pese a ser un funcionario público, de cara a esta operación es considerado un particular, pues carece de relación directa con el sector de la Administración Pública en donde es favorecido** (f.D. décimo tercero)

Tras lo cual, la Corte Suprema examina si Daniel Antonio era o no un particular y analiza si tenía o no vínculo con el sector de la Administración Pública en donde sus intereses eran patrocinados por José Enrique.

Se manifiesta que el sector donde ejercía el patrocinio era el Poder Judicial en el marco del proceso que se le siguió por complicidad primaria en el delito de corrupción de funcionarios y cohecho pasivo propio. Entonces, Daniel Antonio no guardaba ningún tipo de vínculo funcional con el Poder Judicial. Era funcionario de Petroperú.

Así, en la casación, se concluye que: **al no tener ningún vínculo funcional con la institución en donde se produjo el patrocinio, puede considerarse que estamos frente a un particular. De ahí que sea correcto afirmar que el recurrente se valió de su cargo para patrocinar los intereses de un particular (f.D. décimo cuarto)**

Así las cosas, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación.

No estoy de acuerdo con el planteamiento expuesto en esta casación. Considero que cuando se afirma que **un funcionario público es considerado un particular por carecer de relación directa con el sector de la Administración Pública en donde es favorecido (f.D. décimo tercero)**, se trastocan los alcances del delito de patrocinio ilegal.

Tal situación no se puede amparar desde el artículo 139, inciso 9, de la Constitución Política ni desde el artículo III del Título Preliminar del CP que claramente señala que no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito; entendiendo por tal la “relación de semejanza entre cosas distintas” (RAE) o el “razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes” (RAE).

Desde mi punto de vista, si el art. 425 del CP nos indica quiénes son funcionarios o servidores públicos; entonces, y para todo lo que tenga que ver con la aplicación de la ley penal, quien no figura o no aparece ahí debe ser considerado un particular frente a la administración.

Pienso que el razonamiento expuesto en la casación solo sería acertado si el tipo penal de patrocinio legal señalara que el mismo se da en pro de “intereses particulares –propios o de terceros–”; empero, es sumamente claro que el legislador se ha referido en el art. 425CP a “intereses de particulares”.

Responder con firmeza frente a los actos ilegales cometidos por los funcionarios y servidores públicos en perjuicio de la Administración Pública no justifica la amplia interpretación acerca de los alcances de este elemento del tipo penal.

4. Dolo

El delito de patrocinio ilegal es un delito de comisión dolosa.

Estando a la tradicional distinción entre dolo directo y dolo eventual, la doctrina nacional que se ha encargado del estudio de este ilícito no duda en

reconocer su comisión exclusivamente con dolo directo⁽⁶⁹⁾: el funcionario o servidor público debe obrar con pleno conocimiento de que se vale de su calidad para patrocinar indebidamente intereses de particulares ante la administración. Así, Salinas Siccha indica que en este delito “el agente, conociendo de su condición especial, utiliza tendenciosa o abusivamente de sus calidades en el orden social para privilegiar a particulares que bien pueden ser personas particulares o jurídicas”⁽⁷⁰⁾.

V. CONSUMACIÓN

El delito de patrocinio ilegal se consuma cuando el funcionario o servidor público se vale de su calidad para patrocinar intereses de particulares ante la administración⁽⁷¹⁾. Estamos ante un delito de mera actividad⁽⁷²⁾, lo que impide hacer mención aquí a la tentativa⁽⁷³⁾.

VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El delito de patrocinio ilegal es uno de sujeto activo especial debido a que solo puede ser considerado como su autor un funcionario o servidor público, quien, precisamente, valiéndose de tal calidad, patrocina intereses de particulares ante la administración.

En la realización de este hecho punible es posible apreciar también tanto instigación (art. 24CP) como complicidad (art. 25CP)⁽⁷⁴⁾. Es dentro de alguna de estas formas de intervención delictiva en donde tendrá que ubicarse a los particulares cuyos intereses son patrocinados por el sujeto activo. Ello, por cuanto, el delito de patrocinio ilegal no se encuentra configurado como un supuesto de “participación necesaria”, y, por tanto, no se puede sostener que

(69) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 326; ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 397; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 407; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 101. No consideramos coherente con el tipo penal, por tanto, la posición de Reátegui Sánchez, Op. cit., p. 101; para quien “además” del dolo directo, “podría admitirse la posibilidad de dolo eventual”.

(70) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393.

(71) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 326; ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 397; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 408; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 101.

(72) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 397; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 407; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., pp. 98 y 101. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 326, se refiere al delito de patrocinio ilegal como “un delito de emprendimiento”.

(73) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 326; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 397; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 408. Contrariamente, ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622, indica que se pueden presentar formas de tentativa.

(74) Respecto a las formas de participación en los delitos especiales, véase Rosales Artica (2004) “¿Luces? y ¿sombras? de la modificación del artículo 25 del Código Penal por el D. Leg. N 1351”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, tomo 92, pp. 11-17.

este ilícito sea de encuentro ni mucho menos de convergencia. Es, por su redacción legal, unilateral. Para su realización no hay necesidad de que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo.

VII. CONCURSO DE DELITOS

El delito de patrocinio ilegal guarda similitud con el delito de negociación incompatible regulado en el art. 399 del CP; empero, como enseña Abanto Vásquez, aquel “no exige que la acción típica se refiera a la función específica del sujeto activo”⁽⁷⁵⁾; además que, patrocinar, “significa algo más que “interesarse”⁽⁷⁶⁾. Asimismo, en el R.N. N° 666-2016/Áncash⁽⁷⁷⁾ se señala que en el patrocinio ilegal: “No se exige un desdoblamiento, que es propio de la negociación incompatible” (f. 12).

Otro delito con el que se vincula frecuentemente al patrocinio ilegal es el tráfico de influencias. Sin embargo, también aquí se descarta el concurso⁽⁷⁸⁾, por cuanto en este último “el sujeto activo es cualquier persona (no solo un funcionario público) y existe el elemento del provecho, del ánimo de lucro”⁽⁷⁹⁾; asimismo, el patrocinio ilegal no requiere que el sujeto activo se jacte de tener influencias⁽⁸⁰⁾.

VIII. PENAS

El delito de patrocinio ilegal se sanciona con **pena privativa de libertad** –no mayor de dos años– o con una **pena limitativa de derechos** como la prestación de servicios a la comunidad –de 20 a 40 jornadas–.

Además, se le aplica lo dispuesto en el primer párrafo del art. 426 del CP: los delitos previstos en los Capítulos II y III del Título XVIII, delitos contra la Administración Pública, que no contemplan la **pena de inhabilitación**, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36. La inhabilitación en este caso es de uno a cinco años⁽⁸¹⁾.

(75) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 321.

(76) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 323.

(77) De fecha 29/05/2017.

(78) De opinión contraria es ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 623.

(79) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 322.

(80) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 411.

(81) Texto conforme a la modificación producida por el art. 2 de la Ley N° 31178, “Ley que modifica artículos del Código Penal respecto de circunstancia agravante derivada de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria, y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el Código Penal y leyes especiales”, publicada con fecha 28/4/2021.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2003) *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª ed. Lima: Pales-
tra Editores.
- MARTÍNEZ HUAMAN, Raúl. “Delito de patrocinio ilegal: análisis del art. 385 del CP”. En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl (director). (2020) *La corrupción. Criminología, Derecho Penal. Parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del Centro, pp. 387-413.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. (2016) *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Lex & Iuris.
- ROJAS VARGAS, Fidel. (2021) *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- ROSALES ARTICA, David. (2021) *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro.
- ROSALES ARTICA, David. (2004) “¿Luces? y ¿sombras? de la modificación del artículo 25 del Código Penal por el D. Leg. N° 1351”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, tomo 92, pp. 11-17
- SALINAS SICCHA, Ramiro. (2019) *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: Iustitia.



RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN
DIRECTOR

PIERO ALONSO MORI SÁENZ
COORDINADOR

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DEBATES FUNDAMENTALES

Percy García Cavero / Manuel Abanto Vásquez / Ángeles Jareño
Leal / Andrés Benavides Schiller / Andrés Falcone / Daniel
Mendoza Yana / Raúl Martínez Huamán / Cristina García
Arroyo / Jaime Lombana Villalba / David Rosales Artica / Alcides
Chinchay Castillo / Ronald Vélchez Chinchayán / Mercedes
Herrera Guerrero / Marcelo Almeida Ruivo / Francisco Álvarez
Dávila / Alejandra Mori Sáenz / Ana Lucía Heredia Muñoz /
Bruno Rusca / Roberto Vélchez Limay / Piero Mori Sáenz /
Camila Ugaz Heudebert

 **GACETA**
JURIDICA