José Nolasco Valenzuela
Érika Ayala Miranda

Delitos contra la Administración Pública

Tomo I

Parte General / Parte Especial
Acuerdos y sentencias plenarias
Informes y dictámenes

José Nolasco Valenzuela
Érika Ayala Miranda

Delitos contra la Administración Pública

Tomo I
Parte General / Parte Especial
Acuerdos y sentencias plenarias
Informes y dictámenes

ARA Editores

1ª edición / Tiraje: 1,000 ejemplares

© José Nolasco Valenzuela
Érika Ayala Miranda

© ARA Editores E.I.R.L.
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú
Telefax: (511) 522-8060
E-mail: araeditores@yahoo.com
Web site: http://www.araeditores.com

ISBN: 978-612-4077-61-6 (Obra completa)
ISBN: 978-612-4077-62-3 (Tomo I)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-07226

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú 2013 Printed in Peru

Índice

Prólogo 29
Presentación 31

Parte general

I
Parte general

1. Aspectos metodológicos para abordar los delitos contra la Administración Pública 41
1.1. A modo de introducción 41
1.2. Una primera aproximación 45
a. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable 47
b. *Dies a quo* y *dies ad quem* para computar el plazo razonable del proceso penal 48
c. Determinación de la vulneración o no del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable 50
1.3. Del perfilamiento de un Derecho Penal Integrador como posible 57
1.4. A modo de conclusión 59

II
Los principios del Derecho penal

1. Definición 63
1.1. Ejemplos sobre cómo operan los principios en la praxis judicial 64
2. El principio de legalidad 66
2.1. Incorporación de una nueva regla o proposición derivativa del principio de legalidad 75
2.2. Concreción del principio de legalidad 75

2.2.1. De los estándares constitucionales sobre cómo debe estar formulada la imputación en el auto de procesamiento 75
2.3. La garantía de la imputación penal concreta o de imputación «necesaria» 76
2.4. La excepción de naturaleza de acción como mecanismo procesal para la corrección de un proceso penal en que se infringió el principio de legalidad deducida 79
2.5. Funcionamiento de la excepción de naturaleza de acción en el supuesto normativo: el hecho no constituye delito 79
2.6. Alcances y límites del principio de legalidad penal (artículo 2.°, inciso 24), literal «d», de la Constitución) 80
2.7. Estándar de constitucionalidad de las normas penales con relación al principio de legalidad 82
2.8. La analogía 84
3. El principio de culpabilidad 85
3.1. Definición 85
3.2. La constitucionalización del principio de culpabilidad 86
3.3. Materialización del principio de culpabilidad 87
4. Proporcionalidad de la pena 88
4.1. Prohibición o interdicción de exceso 88
5. Fines de la pena y medidas de seguridad 89
5.1. Teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad 89
5.2. Derecho Penal y Constitución 91
5.3. Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional .. 93
5.4. El derecho-principio de dignidad de la persona y los fines constitucionales de la pena 97
5.5. Incompatibilidad de la política de persecución criminal de una Estado constitucional con el denominado Derecho penal del enemigo 97
5.6. Ejecución de política de persecución criminal del Estado .. 98
5.7. Proporcionalidad de las penas 98
5.8. Los beneficios penitenciarios 99
5.9. El derecho a la integridad personal 101
6. Principio de igualdad 103
7. Principio de *ultima ratio* 104

III
LA LEY PENAL

1. Aplicación de la ley penal 109
2. El principio de combinación 109

3. Irretroactividad de la ley penal 110
4. La ley penal en el tiempo en los delitos continuados 113
5. Diferencias entre las normas materiales y las normas penitenciarias 114
6. Discusiones en torno a la aplicación de la ley penal en supuestos de sucesión de normas penales - Enriquecimiento Ilícito 116

IV
LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. La función pública conforme a la Constitución 121
2. Titulares de la función pública 121
3. Finalidad esencial de la función pública al servicio de la Nación conforme a la Constitución y confianza de los ciudadanos 122
4. Los funcionarios de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta 125

V
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. La autoría en los delitos especiales 133
2. La coautoría 136
3. El coautor en el delito de infracción del deber 138
4. El delito de infracción del deber y el coautor en el Código Penal de 1991 140
5. Diferenciación entre actos preparatorios y actos de ejecución 142
5.1. El plan del autor 142
5.2. La acción típica 142
5.3. Inmediatez de la acción 143
6. La participación 147
7. Complicidad primaria y secundaria 147
7.1. El criterio del colaborador insustituible-sustituible 148
7.2. El criterio de la aportación imprescindible-prescindible ... 148
7.3. El criterio del dominio funcional del hecho 148
7.4. El cómplice - familiar 149
7.5. Exclusión de la complicidad de los familiares 152
7.6. Consecuencias en materia de complicidad de los familiares .. 152
7.7. La complicidad psíquica del *extraneus* 153
7.8. Del *pacto sceleris* 156
7.9. Alegaciones exclusivas del título de cómplice 156
7.9.1. La imposibilidad de condenar al cómplice sin autor 156
7.9.2. No existe delito de complicidad 157

7.9.3. El destinatario al artículo cuatrocientos uno del Código Penal 158
7.9.4. No se puede condenar en base a presunciones a los cómplices 158
7.9.5. No punición del enriquecimiento ilícito de particulares 160
7.9.6. La complicidad secundaria post consumación .. 160
7.9.7. Consideraciones finales 162
8. El administrador de hecho 163
9. Discusión en torno al administrador de facto y usurpador de funciones 165
9.1. Premisas 165
9.2. El ejercicio de la función de administrar los fondos públicos asignados al Servicio de Inteligencia Nacional a través de las partidas de su presupuesto denominadas Reserva I y II por parte del funcionario público Vladimiro Montesinos Torres surge como consecuencia de un acto legítimo de delegación de funciones como administrador de hecho 166
9.3. Para el derecho penal el título de habilitación del funcionario de hecho es el nombramiento nulo 168
9.4. Distinción entre el funcionario de hecho y el usurpador de funciones - El funcionario de hecho y el usurpador de funciones son calificaciones excluyentes 169
9.5. Vladimiro Montesinos Torres: funcionario administrador de hecho según la doctrina judicial del sistema de justicia anticorrupción 171
9.5. Vladimiro Montesinos Torres al haber sido calificado autor de peculado como funcionario administrador de hecho por la Justicia Anticorrupción, no puede ser considerado por el mismo hecho usurpador de funciones ajenas 174
9.6. Si Vladimiro Montesinos Torres no cometió delito de usurpación de funciones al administrar los fondos del SIN correspondientes a las partidas Reserva I y II, el Ex Presidente no puede ser considerado cómplice ... 176
9.7. El principio de accesoriedad como regla del sistema diferenciador implementado en el Código Penal de 1991 . 176
9.8. El principio de accesoriedad en el delito especial propio ... 178
9.9. El acusado Alberto Fujimori Fujimori no puede ser sentenciado como cómplice de usurpación de funciones ajenas porque las demás funciones que se imputan como objeto de usurpación no correspondían regla-

mentariamente al Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional 179
10. La pertenencia del hecho como punto de partida 180

VI

LOS AFORADOS

1. Protección de derechos fundamentales en el antejuicio 189
2. ¿La medida de suspensión adoptada por el Parlamento, en un antejuicio, configura una medida sancionadora? 190
3. La prerrogativa del antejuicio político 190
4. El antejuicio político 192
5. La prerrogativa funcional de antejuicio político y la inmunidad parlamentaria 194
6. Antejuicio al Presidente de la República 198
7. Potestad del Congreso para aplicar sanciones por los delitos declarados como tales por el Poder Judicial 198
8. El antejuicio político no puede dar lugar a la afectación de la independencia y autonomía del Poder Judicial y del Ministerio Público 199
9. El juicio político - Juicio político por infracción constitucional 200
10. Sobre la votación necesaria para acusar y sancionar en los juicios políticos 201
11. Sobre el procedimiento aplicable a los juicios políticos 202
12. Sobre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral o física 203

VII

ACTUACIÓN EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

1. Obediencia debida 208
2. Verificación positiva de la obediencia debida 215
3. Verificación negativa de la obediencia debida 218
4. Del principio de jerarquía 219

VIII

CONCURSO DE DELITOS

1. Concurso real de delitos 223
2. La determinación de la pena en materia de concurso real de delitos 224
3. La Acusación fiscal, el concurso de delitos y la determinación e individualización de la pena 225

4. El concurso real retrospectivo 230
5. El concurso real de faltas 231
6. La persecución múltiple e incompatible - delitos fuentes versus delitos subsidiarios: Peculado versus Enriquecimiento Ilícito 234
7. Violación de la garantía de la determinación del hecho en la acusación 238
7.1. Verificación de la violación de la garantía de la determinación del hecho en la acusación 241
7.2. Incompatibilidad de la pretensión punitiva colusoria, con otras sentencias recaídas sobre otros sujetos inmersos en el *factum* «colusivo», y en cuyo *iter criminis* fue ajeno el encausado. Acorde a ello, contravención a la Cosa Juzgada 244
7.3. La cosa juzgada en relación al delito de Asociación Ilícita para Delinquir 244

IX
LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas 249

X
LA PRESCRIPCIÓN

1. Constitución y Derecho penal 259
2. Constitución y prescripción de la acción penal 260
3. Clases de prescripción 262
4. Plazos de prescripción 262
5. La Prescripción 263
6. Los artículos 46° -A y 49° CP 264
7. La prescripción de la acción penal 266
8. Agravante especial por la condición funcional del agente .. 273
9. La agravante especial de la pena no influye en la determinación del plazo de prescripción 273
10. Consideraciones referentes a la aplicación de la agravante prevista en el artículo 46-A del Código Penal invocada en la acusación escrita 275
11. La reincidencia 278
11.1. La reincidencia como una calificación adicional de la conducta delictiva 279
11.2. Compatibilidad de la reincidencia con el principio *ne bis in idem* 280

12. Concurso aparente de leyes 281
12.1. El principio de consunción como regla de solución del concurso aparente de leyes 284
13. La suspensión del plazo de prescripción 286
14. La suspensión en los supuestos de reos contumaces 295
15. De la contravención al debido proceso en los supuestos de continuación del ejercicio de la acción penal, no obstante encontrarse prescrita 298
16. De la prescripción de la acción penal y la supuesta afectación al derecho a un trato igualitario 298
17. Prescripción en el delito permanente 299
18. Prescripción en el delito continuado 300

XI
EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

1. Ejecutoria Suprema recaída en el Caso Compañía Peruana de Radiodifusión SA - Canal 4 (Exp. de la Segunda Sala Penal Especial N° 011-2001) que fija los presupuestos para constituir a una persona jurídica como Tercero Civilmente Responsable, y como correlato, los supuestos de hecho incompatibles con aquellos 303
2. Caso Empresa Andina de Radiodifusión SAC - Canal 9 (Exp. N° 011-2001) 306

XII
LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. Definición 311
2. Criterios básicos de determinación 327
2.1. El criterio de culpabilidad 327
2.2. El criterio preventivo general 327
2.3. Criterio preventivo especial 328
3. Las etapas de la determinación judicial de la pena 328
A) La determinación de los fines de la pena 329
B) Factores que influyen en la determinación de la pena ... 331
C) El examen de los considerandos en los que se fundamenta la determinación de la pena 331
4. La gravedad del hecho 333
5. El grado de culpabilidad 335
6. Supuestos específicos para la determinación de la pena 336
6.1. Tentativa 336
6.2. Concurso real de delitos 338

6.3. El delito continuado 343
6.4. El concurso real de faltas 345
6.5. Concurso aparente de leyes 347
6.6. El principio de consunción como regla de solución del concurso aparente de leyes 350
6.7. Casuística: El delito de rebelión y otros hechos punibles 351
6.8. Participación 354
6.9. Determinación de la Pena del Empresario beneficiario del delito de peculado, bajo el título de cómplice primario 355
6.10. Contravención del plazo razonable y determinación de la pena 359
6.11. Los comportamientos post delictivos como circunstancias atenuantes de la pena 362
6.12. La confesión del artículo 136 del Código de Procedimientos Penales y del artículo 5 de la Ley N° 28122 363
6.13. La reparación del daño 365
6.14. La sentencia anticipada y la determinación de la pena ... 366

XIII
PENA DE INHABILITACIÓN
..... 373

XIV
LA REPARACIÓN CIVIL

1. Definición 381
2. La reparación civil y los delitos de peligro 382

XV
DERECHO DE GRACIA

1. Origen histórico 387
2. Definición 388
3. Estado constitucional y Supremacía Normativa de la Constitución 388
4. La gracia presidencial y la garantía jurisdiccional de la Constitución. La inexistencia de zonas exentas de control constitucional 389
5. La gracia presidencial y sus límites constitucionales 391
6. Presupuestos 392
7. Su condición de acto de gobierno 393

8. Restricciones en su fiscalización 393
9. Motivación 394

PARTE ESPECIAL

I

DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.1. Derecho Penal y Constitución 401
1.2. Estado constitucional y margen de acción del legislador 403
1.3. Fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción 404
2. El fenómeno de la corrupción desde una óptica sociológica 407
2.1. Criterios que subyacen a la definición de corrupción .. 407
2.2. La corrupción en el marco de los poderes económicos y políticos 407
2.3. La corrupción en el marco de los poderes públicos 408
2.4. Los negocios entre el sector público y el sector privado: una mirada a la contratación pública 408
2.5. La gestión de intereses: Lobbying 409
2.6. La corrupción desde la mirada de la economía 412
2.7. En el camino de la globalización 413
2.8. La corrupción en el contexto de la globalización 415
2.9. La corrupción en el sector de las empresas privadas: su actual presencia como respuesta del mundo globalizado 416

II

DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

1. De la discusión y diseño a nivel constitucional 419
1.1. Del cuestionamiento al elemento típico patrimonial 419
1.2. Análisis constitucional del elemento patrimonial 423
2. Discusión y ausencia de consenso sobre los elementos típicos y alcances del delito de colusión desleal 427
2.1. Antecedentes 427
2.2. Fundamentos jurídicos 433
3. Estructura típica del delito de colusión desleal 437
4. El autor de la colusión desleal 438
5. La acción típica de colusión desleal 438

5.1. El concierto o acuerdo colusorio entre el autor y el interesado-proveedor 439
5.2. La defraudación al Estado 440
6. Insumos jurisprudenciales en relación al perjuicio 443
7. De la progresión probatoria de la persecución penal, y de la insuficiencia de la base indiciaria que sirvió para aperturar instrucción, de cara a transitar a la etapa del juicio oral, vía la acusación escrita 444
8. De la necesidad de definir la naturaleza de los fondos y de la sostenibilidad por parte del Estado 447
8.1. Planteamiento del problema 447
8.2. Argumentos utilizados para la apertura de instrucción 448
8.3. Naturaleza jurídica de la C.P.M.P. 451
8.3.1. Persona jurídica pública no estatal 451
8.4. Régimen a que está sujeto la persona jurídica - LA CPMP .. 458
8.5. Respecto a si la persona jurídica administra fondos públicos o privados 459
8.6. Organismos que ejercen control sobre la persona jurídica. 462
8.7. Respecto a si el personal directivo son o no funcionarios públicos 465
8.8. Conclusiones 471
9. Que debe probar el Ministerio Público 471
9.1. El juicio oral como escenario central de la práctica de la prueba en materia de colusión desleal 471
9.2. ¿Qué debe producir o probar el Ministerio Público en el marco de una imputación por delito de colusión desleal, cometido hipotéticamente por una pluralidad de sujetos, cuyos actores ya han sido identificados y condenados previamente? ¿Qué debe producir o probar el Ministerio Público en materia de colusión desleal? 473
9.3. ¿Qué «pruebas de cargo» produjo el Ministerio Público, durante el juicio oral y su complementación? 477
9.4. La prueba indiciaria como sustento de la Acusación Fiscal y Requisitoria Oral, y su refutación por: i.- ausencia de indicios plurales o necesarios, ii.- ausencia del conectivo lógico, y iii.- la configuración de contraindicios . 480
9.5. Esquema de la estructura de la prueba por indicios formulada por el fiscal supremo y los contraindicios ... 481
9.6. Contravención de los criterios de interpretación vinculante, contenidos en los fundamentos jurídicos 33 y siguientes de la sentencia del 29 de Abril del 2005, Exp. N° 1805-2005-HC/TC 484
10. Discusión sobre la Defraudación Patrimonial a nivel probatorio y sustantivo 488

11. La concertación con el proveedor-particular 490
12. Exigencias probatorias vía la prueba pericial 491
13. No se puede atribuir ser autor de colusión desleal sin establecer la acusación al proveedor con el que se celebró el pacto colusorio 496
14. Derrotero resolutivo en materia de tipicidad y prueba aplicable al Delito de Colusión Desleal 497
15. Tipicidad Subjetiva: Elemento Subjetivo: Dolo 509
16. La posición de la Fiscalía Suprema sobre los aspectos nucleares del delito de colusión desleal 510
16.1. La tipicidad objetiva del delito de Colusión 510
16.2. La ausencia de concertación. Los sujetos intervinientes ... 514
16.3. La naturaleza y la valoración de la prueba preconstituida 517
16.4. La valoración de los informes periciales 519
16.5. La ausencia de la defraudación 521
17. Definiciones básicas a nivel de la jurisprudencia 524

III

DELITO DE PECULADO

1. Determinación del bien jurídico protegido a través del tipo penal de peculado doloso por apropiación del artículo 387 del Código de 1991 535
1.1. El patrimonio como aspecto del bien jurídico protegido por el tipo penal de peculado doloso por apropiación 536
1.2. La Administración Pública como aspecto del bien jurídico protegido por el tipo penal de peculado 536
1.3. La infracción al ordenado funcionamiento de la administración en la gestión del patrimonio público como el bien jurídico protegido por el tipo penal de peculado 540
2. El autor en el delito de peculado doloso por apropiación ... 549
3. Los supuestos típicos 555
4. El coautor 558
5. El delito de infracción del deber y el coautor en el Código Penal de 1991 560
6. Diferenciación entre actos preparatorios y actos de ejecución .. 562
6.1. El plan del autor 562
6.2. La acción típica 562
6.3. Inmediatez de la acción 563
7. Complicidad primaria y secundaria 567
7.1. El criterio del colaborador insustituible-sustituible 567

7.2. El criterio de la aportación imprescindible-prescindible... 568
7.3. El criterio del dominio funcional del hecho 568
8. De la necesidad de contar con un peritaje efectuado por un órgano neutral 570
9. Los causales públicos y su acreditación por el Ministerio Público 573
9.1. Caudales 573
9.2. Caudales públicos 574
10. Momento consumativo del peculado doloso por apropiación ... 575
10.1.Consumación del supuesto peculado doloso por apropiación agravado 578
11. La posición de la Fiscalía Suprema sobre los aspectos nucleares del delito de peculado 580
11.1.Autoría y Participación en el delito de Peculado 580
11.2.De la disposición patrimonial por vía normativa, su ilegalidad y el vínculo con el delito de peculado 582
11.3.Distinción entre la ilegalidad extrapenal de la ilegalidad penal que el tipo exige como conducta sancionada 585
12. Definiciones básicas a nivel jurisprudencial 588
1. Antecedentes históricos 588
2. Concepto de funcionario público 588
3. El bien jurídico protegido 590
4. Verbo rector 592
5. Exigencias para la configuración del concepto de autor 593
6. El administrador de hecho 594
7. Tipicidad objetiva 597
8. Disponibilidad jurídica como condición suficiente para la existencia del delito de peculado 599
9. Conducta culposa 599
10. Consumación 600
11. Diferencia con el delito de hurto 600
12. Diferencias con el delito de malversación de fondos 601
13. La autoría y participación en los delitos especiales 601
14. Principio de accesoriedad limitada 602
15. De la necesidad de incorporar nuevas agravantes 602
16. La duda de la fuente pública o privada de los fondos apropiados o dispuestos a favor de terceros 603

IV
MALVERSACIÓN DE FONDOS

1. Bien jurídico 607
2. Objeto material del delito 607

3. Sujeto activo 609
4. El comportamiento típico 610
5. Resultado típico 612
6. De la necesidad de determinar en cada caso si la consumación del delito contra la Administración Pública, exige desmedro patrimonial a efectos de que opere la duplicidad 616
7. La duplicidad del plazo de prescripción no opera para el *extraneus* 617

V
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

1. El delito de negociación incompatible como delito de infracción de deber 621
2. Descripción típica 621
3. La consumación del delito no entraña desmedro patrimonial .. 622
4. La duplicidad de la prescripción no opera en el hecho punible ... 622
5. Escenarios de litigación 624
5.1. Delimitación de la imputación 625
5.2. Los hechos e inferencias del Titular de la Acción Penal en que se sustentan las referidas imputaciones .. 626
5.3. Proposiciones fácticas del Titular de la Acción Penal acogidas por la A-Quo para abrir proceso contra el excepcionante 627
5.4. Proposiciones fácticas asumidas por la A-Quo para no abrir proceso contra el co-denunciado Carlos (Presidente del Comité de Licitación) 628
5.5. Del evidenciamiento de la atipicidad del hecho atribuido como sustento fáctico del delito imputado ... 629
5.6. Corroboración de la atipicidad del hecho atribuido con lo actuado en la instrucción 630
5.7. Afirmación de la atipicidad del hecho atribuido a partir de la constatación de la inexistente homologación de éste frente a eventos procesados como negociación incompatible 631
5.8. Inconducencia jurídica-material de los hechos indiciarios atribuidos para sustentar el delito 632
5.9. De la necesidad de compatibilizar la atipicidad del hecho atribuido con los precipitados estándares constitucionales 632

VI
TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. De la discusión y diseño a nivel constitucional 637
   1.1. Del cuestionamiento al elemento típico patrimonial por la Fiscalía de la Nación 637
   1.2. Análisis constitucional de la despenalización de las influencias aparentes o simuladas 639
2. El bien jurídico protegido en el art. 400 y la necesidad de su protección limitada a los que conculcan el prestigio y el buen nombre de la Administración 642
3. Del solicitante y activador de las influencias 632
4. Conducta típica 645
5. Falta de merecimiento de pena en la conducta del particular interesado en la influencia 645
6. Necesidad de individualizar en todo caso la responsabilidad individual de los denunciados 648
7. Momento consumativo del delito de tráfico de influencias . 650
   7.1. Verificación del comportamiento post consumativo objeto de la acusación 652
8. De la convergencia de la pareja interesado-traficante de influencias 652
9. Atipicidad por falta del elemento donativo promesa o ventaja para el autor o un tercero 654
10. Atipicidad del comportamiento por tratarse de un acto posterior a la consumación - Oportunidad en que debe producirse el aporte para que configure un acto de complicidad 654
11. Participación 657
    11.1. El principio de accesoriedad 658
    11.2. El efecto procesal del principio de accesoriedad 659
12. La Prueba en el delito de tráfico de influencias: 661
    1. Tráfico de Influencias y *Thema Probandum* 661
    2. Tráfico de Influencias y Prueba Indiciaria 662

VII
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1. De la naturaleza del ilícito penal de enriquecimiento ilícito .. 677
2. El bien jurídico 678
3. De la vinculación del sujeto activo con el cargo 679
3. De los elementos del tipo penal 682
4. El enriquecerse 685

5. Su conceptualización como delito residual 686
6. Consumación 687
7. Tipo subjetivo 690
8. Aspectos probatorios materia de discusión en la praxis judicial, pasibles de inclinar la balanza entre la condena y la absolución 690
8.1. El tipo de enriquecimiento ilícito y la justificación razonable del incremento patrimonial materializado por el agente 691
8.2. Respecto a si los beneficios no utilizados y recibidos por el acusado Ricardo Alberto Sotero Navarro deben ser considerados como ingresos para justificar su incremento patrimonial 691
8.3. Análisis sobre la «dotación de combustible», «chofer» y «mayordomo» otorgados a los miembros de las fuerzas armadas y policiales 692
8.4.- En relación al rubro beneficios derivados de los cambios de colocación (flete por bagajes, indemnización de viaje y gastos de instalación) 698
8.5. Sobre lo percibido por concepto de combustible por el cargo de Comandante General de Locumba-Tacna y de la Quinta Región Militar-Loreto 700
8.6. En relación al *extraneus* - esposa Marina Mercedes Arana Gómez 702
8.7. Exigencias probatorias para acreditar la responsabilidad del cómplice 709
9. El proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente 709
10. Subsunción del comportamiento 710
11. Del momento consumativo del tipo penal 711
12. Precedentes en relación a la incorporación de las esposas de los procesados por enriquecimiento ilícito, a título de cómplices 712
12.1. Exclusión de la complicidad de los familiares 715
12.2. Consecuencias en materia de complicidad de los familiares 716
12.3. La complicidad psíquica del *extraneus* 717
12.4. Del *pacto sceleris* 719
12.5. Consideraciones finales 719
13. Parámetros metodológicos para abordar el *thema probandum* y la valoración de la prueba actuada 720
13.1. Del *thema probandum* en el delito de Enriquecimiento Ilícito 720

13.2. Del tipo de actividad probatoria particular en materia de enriquecimiento ilícito: Relevancia de la prueba indiciaria 721
13.3. Estándar de exigencia probatorio respecto a la prueba indiciaria 723
13.4. Sistematización de los indicios 726
14. Del tratamiento supra nacional del delito de enriquecimiento ilícito 728
15. Aplicación temporal de la ley penal 729
16. Definiciones básicas a nivel de la jurisprudencia 735
16.1. El rol de la administración pública 735
16.2. La corrupción como un flagelo de la sociedad 736
16.3. Remisión a la Convención Interamericana Contra la Corrupción 736
16.4. El bien jurídico protegido 737
16.5. De la explicación del incremento patrimonial como una obligación constitucional de los funcionarios y servidores públicos 737
16.6. Su conceptualización como un delito de infracción del deber 738
16.7. El momento de intervención del cómplice primario y secundario 739
16.8. Principio de accesoriedad limitada 739
16.9. El enriquecerse 740
16.10. El proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente 741
16.11. La consumación 741
16.12. Subsunción del comportamiento 743
16.13. Hechos posteriores al cese en el ejercicio de la función pública abarcados por el *thema probandum* 743
16.14. La legitimidad del delito de enriquecimiento ilícito ... 744
16.15. Subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito .. 744
16.16. Concurso aparente de leyes 745
16.17. Aplicación temporal de la ley penal 745
16.18. Del rol del Ministerio Público 746
16.19. De la inversión de la carga de la prueba 747
16.20. Aspectos probatorios 747
16.21. Fijación de la pena 749
16.22. El decomiso 750
17. De los cuestionamientos más frecuentes por parte de la defensa técnica 751
17.1. Contravención del Principio de Legalidad 753
17.2. La relación ordenada 755

17.3. La calificación del delito 756
17.4 Ausencia de demostración de la relación del enriquecimiento ilícito del autor con los cargos 757
17.5. El delito de enriquecimiento ilícito no puede tener una consumación de delito permanente 758
18. Cuestionamientos de la apreciación de la prueba pericial efectuada por Sala Penal Sentenciadora 760
18.1. Respecto a los Informes Periciales de Oficio 760
18.2. Respecto a los Informes Periciales de Parte 763
18.3. Pronunciamiento respecto a la sentencia recurrida .. 766
18.4. Pronunciamiento respecto al Patrimonio de la Sociedad Conyugal conformada por el excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y doña Aurora Isabel De Vettori Rojas 766
18.5. De la valoración efectuada por el Tribunal Suprema respecto del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga 773
18.7. Pronunciamiento respecto al Patrimonio de la Sociedad Conyugal conformada por los encausados don Luis Miguel Portal Barrantes y doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori 782
18.8. Respecto a la Falta de Valoración 786
18.9. Pronunciamiento respecto al patrimonio del Encausado don Juan Carlos Chacón De Vettori 789
18.10. Conclusiones respecto a la valoración de la prueba actuada y ofrecida en autos, por parte de la Sala Penal Superior que emitió la sentencia recurrida 790
18.11. Necesidad de precisión del alcance materia de los cargos 792
18.12. Evitación de persecución penal múltiple 792
18.13. Diligencia que se deberán realizar en el nuevo juzgamiento 792

VIII
ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1. Estructura típica de la asociación ilícita 797
2. De la garantía de la determinación del hecho en la acusación por delito de Asociación Ilícita para Delinquir 798
3. El objeto genérico del delito de asociación ilícita 799
4. Comprobación de la falta de objeto genérico del delito de asociación ilícita en la acusación oral 803

IX
COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

1. Introducción 809
2. Exposición de motivos 811
3. Antecedentes normativos 813
4. Bien jurídico protegido 814
5. Conducta típica 816

X
LAVADO DE ACTIVOS PROVENIENTES DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. A modo de introducción - De los peligros de la autonomización del Lavado de Activos 821
2. Exposición de motivos de la nueva Ley de Lavado de Activos - Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado 822
3. Sistematización de los aspectos sustantivos del delito de lavado de activos desarrollados por la Corte Suprema 823
   3.1. La naturaleza jurídica del delito de lavado de activos. 823
      3.1.1. Breve repaso del Derecho penal comparado 823
      3.1.2. Breve repaso de las propuestas dogmáticas penales en torno al bien jurídico penal protegido. 825
      3.1.3. Referentes para la construcción o elección del bien jurídico penal protegido en la legislación penal peruana 828
      3.1.4. Autores nacionales que postulan un bien jurídico de naturaleza pluriofensiva 828
      3.1.5. Toma de postura por los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la República en materia del bien jurídico protegido 830
4. Supuestos típicos del delito de lavado de activos conforme a la nueva Ley de Lavado de Activos - Decreto Legislativo N° 1106 831
5. Supuestos típicos complementarios y dirigidos para viabilizar la detección de identificación de actos de lavado de activos ... 832
6. La consumación del delito de lavado de activos 833
   6.1. De la necesidad de distinguir la condición instantánea o permanente de la consumación en los actos que constituyen delitos de lavado de activos 834
7. El tipo subjetivo en el delito de lavado de activos 836
8. Reflexión dogmática en torno al caso de los Negocios Estándar o Conductas Neutras 841

9. Consideraciones relacionadas con el rol y la finalidad que guían el accionar de un lavador de activos 843
10. Estructura típica del delito de lavado de activos: 845
11. Del delito fuente 848
11.1. Autonomía del delito y prueba en el marco de la Nueva Ley de Lavado de Activos 853
12. Incorporación de la figura delictiva del autolavado desde Abril del 2012 en adelante 855
13. El valor de los bienes objeto del delito de lavado de activos y la determinación de la pena 861
14. Las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas 862
15. El decomiso 862
16. Reglas de Investigación y la prueba del delito de lavado de activos 863
16.1. La Prueba Indiciaria 863
16.2. Desarrollo jurisprudencial en materia de prueba indiciaria por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República 864
3. Desarrollo de los elementos integrantes de la prueba indiciaria 865
16.3. Indicios en materia de lavado de activos 865
16.4. Operatividad de las máximas de la experiencia 867
16.5. Operatividad de las máximas de la experiencia en materia de lavado de activos provenientes de delitos contra la Administración Pública 867
16.6. Esquema de la estructura de la prueba por indicios .. 869
16.7. Construcción normativa de la prueba indiciaria en el Código Procesal Penal 870
16.8. Identificación de los elementos integrantes de la prueba indiciaria regulados en el Código Procesal Penal 872
16.9. El indicio y los estadios del proceso penal (la formalización de la investigación, la acusación y sentencia) 876
16.10. Casuística sobre prueba indiciaria 877
16.11. La tarea de la defensa técnica en materia de prueba indiciaria (Identificación de debilidades en materia de prueba indiciaria, pasibles de ser capitalizadas por la defensa técnica) 880
16.12. Síntesis de los cuestionamientos efectuados por el Tribunal Constitucional a la aplicación de la prueba indiciaria efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la República 881

16.13. De la configuración de la pretensión punitiva del representante del Ministerio Público, vía prueba indiciaria 883
16.14. Litigación penal en materia de prueba indiciaria 884
16.15. Aplicación de la Prueba Indiciaria en materia de lavado de activos provenientes de delitos contra la Administración Pública 886
17. El valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera o Informe de Inteligencia 892
1. Introducción 892
2. Definición 900
3. Posturas del debate en torno al valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera o Informe de Inteligencia 901
4. Exigencias para que el Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera o Informe de Inteligencia sirva de indicio para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal o detente la condición de pericia institucional 902
5. Exigencias jurisprudenciales para que el Informe de Inteligencia detente la condición de pericia institucional según el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116 904
5.1. Peritos 904
5.2. Dictamen pericial 905
6. Marco legal en materia de prueba pericial 906
6.1. Marco legal citado por el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116 906
6.2. Marco legal complementario durante la instrucción o pre-procesal (Código de Procedimientos Penales y Código Procesal Penal) 906
6.3. Marco legal complementario durante el juicio oral (Código de Procedimientos Penales) 908
6.4. Marco legal complementario (Ley Orgánica del Poder Judicial) 907
6.5. Marco legal complementario de remisión supletoria 909
6.6. Elementos de la prueba pericial (Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116) 910
6.7. Conciliación con los otros derechos y principios inmersos en la discusión 911
7. De los supuestos habilitantes para relevar el examen de los profesionales suscriptores 912
8. Fiabilidad de la pericia 912

9. De la inacción de la defensa técnica de cara a cuestionar la pericia y la configuración de la doctrina de la tacita aceptación 913
10. Del cuestionamiento oportuno y progresivo del dictamen pericial 915
11. La acentuación de su faz documental 916
12. Casos típicos en los que puede operar la excepción de examen y ratificación 916
13. La valoración del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera o Informe de Inteligencia 918
14. El error de tipo y prohibición en el delito de lavado de activos 926

ACUERDOS Y SENTENCIAS PLENARIAS 935

PARTE GENERAL 937

PARTE ESPECIAL 1061

PARTE PROCESAL 1085

INFORMES Y DICTÁMENES 1205

Prólogo

Los delitos contra la Administración Pública ocupan en la actualidad un lugar preferente tanto en la ciencia del Derecho penal como en el quehacer ciudadano de todos los días por la preocupación que suscitan los delitos mal llamado de corrupción.

Tres son los abordajes que hacen los autores: a) El énfasis constitucional en los Principios y Garantías que el sistema penal debe ofrecer al ciudadano, funcionario o no, en salvaguarda de la legalidad y los limitantes en la intervención del Derecho penal de modo que no se le instrumentalice con el propósito de perseguir a opositores políticos; b) La perspectiva empírica del quehacer judicial cotidiano en el que los autores actúan; c) El desarrollo científico del Derecho Penal, general y especial, lo mismo que el procesal, en el manejo de la prueba. Destacan en este punto el tratamiento que recibe el delito de colusión desleal, peculado y enriquecimiento ilícito, así como la preocupación por adecuar los criterios de operatividad del delito de lavado de activos provenientes de los delitos contra la Administración Pública, a parámetros racionales y normativo-constitucionales.

Para tal efecto, los autores han querido anticipar una abundante referencia jurisprudencial y operativa, sin sacrificar espacio para el tratamiento de los tipos propiamente constitutivos de los delitos contra la Administración Pública que se proponen.

Desde una perspectiva procesal, con el cambio del sistema penal peruano de un modelo inquisitivo al acusatorio, mediante la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, se ha hecho de vital importancia contar con instrumentos orientadores de los sujetos procesales que intervienen en él. Este instrumento se esta llevando a cabo mediante el esfuerzo de los autores, quienes detentan un marcado conocimiento

de la realidad procesal penal y las decisiones judiciales, esfuerzo que ha sido complementado por la decidida integración del Derecho Penal con el Derecho Procesal.

Por ello, esperamos que este valioso instrumento sea objeto de análisis y estudio por parte del foro nacional y refleje en la práctica un decidido aporte a la ciudadanía en general como usuario y beneficiario último del sistema de justicia penal. Qué duda cabe que toda ley nace con vocación de ser aplicada. Pocas veces esa vocación se enfrentó a tantas y tan graves dificultades como la vocación persecutora irracional. Dificultades que han llegado, paradójicamente, desde un sector de la judicatura de impermeabilizar al sistema penal de cambios tan profundos de contenido garantista y constitucional, como resulta ilustrativo en el marco de la discusión del principio acusatorio.

Ahora las nuevas generaciones toman la posta, y sobre hombros tan altos como robustos, cualquier proyección será lejana. Lo es la que contiene este nuevo libro.

Javier VILLA STEIN
abril de 2013

Presidente de la Sala Penal Permanente

de la Corte Suprema de Justicia de la República

Presentación

En el presente manual ofrecemos una serie de conceptos, ideas y sistemas que constituyen los engranajes que condicionan la activación de la persecución penal, desde los estadios preliminares y lo hacen avanzar hasta la sentencia, en el marco de los delitos contra la Administración Pública y hechos punibles conexos; comprender dichos constructos forman parte del equipamiento necesario para que los sujetos procesales y los órganos decidores puedan darle mayor sentido a sus argumentaciones y decisiones, en el contexto del litigio penal que hoy nos configuran. Es esta una selección necesariamente limitada del litigio sobre dicha parcela de la criminalidad, realizada en parte en función de los temas capitales del litigio penal actual en materia de delitos contra la Administración Pública, y sobre todo por la trascendencia de los tópicos en los procesos penales sobre dicha parcela delictiva. El criterio primordial acerca de qué figuras delictivas y temas sustantivos -generales y especiales- y procesales, han sido abordados a partir de los aportes generados desde el litigio judicial y de la dogmática penal, han girado en torno a la cuestión de si saber de ellas servirá o no para potenciar una actitud más informada para afrontar las investigaciones y procesos penales del pasado reciente y de los que se encuentran en gestación o trámite, lo que a la postre también nos servirá para detectar el error judicial y activar los mecanismos legales para revertirlos, como lo constituye el proceso de revisión.

Otro importante motivo para echar un vistazo a los tópicos desarrollados es que la brecha existente entre posiciones garantistas e inquisitivas, ha alcanzado una anchura casi insalvable, y solventadas estas últimas por recientes legislaciones relativizadoras y flexibilizadoras de las garantías, pro persecución penal a toda costa,

haciendo más apremiante en el campo del litigio penal actual la necesidad de un mayor conocimiento sobre los temas capitales del litigio en materia de delitos contra la Administración Pública y hechos punibles conexos o generados a partir de estos, que hoy se sistematizan. En la medida en que la jurisdicción penal se ha ido haciendo cada vez más especializada y compleja, cualquier litigante o Juez Penal ha pasado a estar cada vez menos familiarizado con ella, y, por ende, a ser en la misma cada vez menos capaz de participar informadamente.

Así pues, lo deseable es una visión de las diferentes categorías jurídico penales que constituyen el marco del pensamiento del litigio penal de la parcela delictiva conformada por los más relevantes delitos contra la Administración Pública, concatenados con otros ilícito penales que cual andamiaje se erige paralelamente, por ejemplo, la asociación ilícita para delinquir, o afloran post consumación, caso del delito de lavado de activos provenientes de la comisión de delitos contra la Administración Pública. Dichos constructos de una forma más o menos sutil explican el estado actual del litigio sobre la materia, así como la toma de decisiones y resoluciones de los conflictos penales sobre la materia.

Por otro lado, la presente obra destaca los instrumentos e instituciones, dirigidos a relegar toda forma de absolutismo del sistema penal, entendido este como un sistema de tomas de decisiones, ya sea a nivel fiscal o judicial, que no está restringido por limitaciones constitucionales.

De esta forma, el contenido de la presente publicación está referido a los aspectos sustantivos -parte general y especial-, y probatorio más relevantes en materia de los delitos contra la Administración Pública. Si bien la habilidad y destreza del abogado se obtiene con experiencia en el ejercicio de la profesión, en nuestro caso capitalizamos y comprimimos la experiencia en litigación de los más destacados abogados litigantes en materia de delitos gubernamentales, complementándose con las publicaciones en materia de litigación, teniendo como principio regulador, no perder de vista la realidad del tejido fenoménico en la cual estamos y que constituye nuestro mundo complejo y que está fuera de toda norma, escapa, en última instancia, de los conceptos reguladores, por lo tanto, debemos pensar desde la complejidad acercándonos al aparente mundo real, y descubrir las diferentes relaciones entre las parcelas del ordenamiento

jurídico penal y constitucional, algo que siempre debió acometerse de forma integral.

De esta forma, con la presente publicación del problema y sus diferentes aristas, intentamos superar un conocimiento parcelado de cada área implicada, sin mediar una globalización pertinente de contenidos que permita relacionarlos y trabajarlos en conjunto.

Durante los últimos años hemos advertido grandes cambios en la conceptualización de las categorías centrales en los delitos contra la Administración Pública, y como correlato de ello, en la forma de litigación, en contraposición a la delincuencia convencional, y en el modo en que contribuimos en la conducción de los procesos penales en materia de dicha delincuencia y juicios periféricos.

La presente publicación reúne una selección de definiciones y conceptualizaciones de las instituciones penales, sustantivas y procesales, extraídas a partir del análisis de la activación, desarrollo y finalización de los procesos penales más emblemáticos, en materia de delitos contra la Administración Pública –colusión desleal, enriquecimiento ilícito, negociación incompatible, peculado, malversación de fondos, tráfico de influencias, etc.– conocimiento que tienen como común denominador su utilidad y aplicación práctica, para lo cual, entre otras fuentes, nos remitiremos a la producción jurisprudencial del Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia de la República y Corte Superior de Justicia de Lima.

De esta forma la presente obra se adhiere a la vocación y necesidad de abordar el problema de forma integral y desde la óptica de sus diferentes aristas, para tales efectos a partir de la producción jurisprudencial pretendemos contribuir en la construcción de un subsistema de litigación, unidad temática destacada y reconocida por el Supremo Intérprete de la Constitución[1], evitando incurrir con ello

[1] «Este fenómeno, que en el derecho comparado se denomina «criminalidad gubernativa», si bien no constituye una categoría técnico jurídica, refleja un fenómeno con rasgos propios que, en principio, puede comprender cualquier tipo delictivo y que resulta legítimo, como criterio de racionalización y sub-especialización procesal-penal, en la medida que ellos son cometidos por personas que, por razón del cargo, disfrutan de una especial capacidad de información e influencia. **Comprende, como es obvio, no sólo a los titulares de cargos públicos directamente elegidos o investidos por un órgano representativo, sino también a los titulares de cargos públicos nombrados**

en pretensiones enciclopedistas o de universalidad, que al no reparar en las características definitorias de las distintas formas de criminalidad, aglutinan únicamente la producción jurisprudencial de las distintas instancias del Poder Judicial y Tribunal Constitucional sin establecer el referente de especialización e integración, lo que a la postre conlleva a mermar su operatividad en la praxis judicial.

Por otro lado, la presente publicación constituye una introducción a los problemas jurídico penales generados en el marco de los procesos penales en torno a los delitos contra la Administración Pública, y de las soluciones jurisprudenciales aportadas por los órganos decisores, lo que de la mano del epistemólogo Karl Popper podemos aseverar que resulta de la mayor relevancia como fuente generadora de nuevos problemas jurídico-penales y procesales, así señala el citado autor que lo interesante es el conocimiento problemático, el aumento del conocimiento –el descubrimiento[2]–, lo cual por otro lado pone de manifiesto que las teorías no sólo han de ser lógicamente correctas sino también empíricamente atinadas.

En este orden de ideas, vemos emerger un nuevo marco de pensamiento cuya unidad temática lo constituye los aspectos

---

por estos últimos y funcionarios de confianza, así como a los particulares que se coludan con aquéllos. Tales rasgos propios de la criminalidad gubernativa se traduce, entre otros aspectos, en la complejidad que supone su investigación judicial. De ahí que, en el caso de autos, la sub-especialización de los jueces penales se haya visto acompañado de la autorización para contratar personal auxiliar, prestación de apoyo técnico y financiero, adopción de medidas de protección de los jueces competentes así como de medidas especiales para la custodia de los medios probatorios, como se precisa en el último de los artículos de la resolución administrativa antes citada. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera legítimo que se puede disponer una sub-especialización en el ámbito de la justicia penal, si es que los motivos que la justifican persiguen garantizar la protección de otros bienes constitucionalmente relevantes. Por lo demás, su objetividad está fundamentada en consideraciones tales como la complejidad del asunto, la carga procesal y las «particulares exigencias del servicio». (Así, por ejemplo, se ha pronunciado la *Corte Costituzionale*, en la *Sentenza* N° 174/1975)». [Sentencia del 30 de Junio de 2003, Exp. N 1013-2003-HC/Tribunal Constitucional, el subrayado es nuestro]. Consideraciones que podemos agrupar bajo el rotulo: *De la necesidad de contar con una sub especialización en materia de «criminalidad gubernativa»*.

[2] Popper, Karl R., *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 121.

fundamentales sustantivos y procesales de los delitos contra la Administración Pública, la misma que no sólo es reconstruida a partir de autos, sentencias, informes, teorías del caso y aspectos estratégicos, sino, además desde la producción del Tribunal Constitucional que desde fuera como una instancia externa, al abordar y analizar los procesos penales, vía habeas corpus o amparo, ha puesto en evidencia la necesidad de concordar la interpretación y aplicación del marco punitivo, tanto sustantivo como procesal, con los estándares constitucionales, lo que ha provocado fallos del Supremo Intérprete de la Constitución de la mayor importancia, que a la postre han devenido en herramientas para auscultar los procesos penales, llegando incluso con sus interpretaciones barrer como con un faro nuestro pasado procesal penal, esperando iluminar con su luz fragmentos relevantes de la actualidad del proceso penal[3].

Esta publicación tiene como objetivo final contribuir al litigio en la especialidad anotada, esto es, comparando la red categorial desarrollado jurisprudencialmente con la base fáctica de los procesos penales que se vienen instaurando o tramitando, y con la ayuda de las particularidades de cada caso nos permite hacer un pronóstico de la resolución de los procesos penales que se encuentran en un estadio incipiente o próximos de ser resueltos. En este aspecto tiene más relevancia el conocimiento de las categorías y constructos empíricamente desarrollados y acreditados que permiten pronósticos condicionados y pueden, por tanto, traducirse en recomendaciones para la defensa técnica para una elección racional y estratégica con arreglo a los fines del proceso penal e intereses de los sujetos procesales.

De esta forma asumimos la concepción del nuestro gran Maestro Sanmarquino, formador de muchas promociones como las que en su momento tuve el privilegio de integrar, y paradigma de Juez Supremo independiente e imparcial, Doctor Javier VILLA STEIN, al afirmar que el Derecho en general y, en particular, el Derecho penal, es una ciencia

---

[3] Al respecto el constitucionalista y ex Presidente del Tribunal Constitucional, Doctor LANDA ARROYO, afirma que la validez de una sentencia ordinaria requiere que su fundamentación en última instancia radique en la Constitución, antes que en la ley. Tal como queda ejemplificado con las numerosas acciones de amparo que se incoan contra resoluciones judiciales de la justicia ordinaria. LANDA ARROYO, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Palestra, Lima, 2007, p. 849.

social normativa, destacando que las construcciones teóricas menores que se imponen y suceden en la teoría principal del delito, le imprimen un orden al juicio de subsunción lo mismo que al fallo final de los jueces, fallo que de no contaminarse de contenido pre científico y axiológico debiera alcanzar índice de correlación o de coincidencia estadísticamente significativa, en la misma dirección además en que siguen con rigor metodológico los constructos teóricos que le sirven de base. La predictibilidad nace de este hecho, y sin que tenga esta predictibilidad que alcanzar la unidad, alcanzará ciertamente el índice que permita descartar el azar[4].

[4] Villa Stein, Javier, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008, pp. 15 y ss.

Parte general

I
Parte General

1. Aspectos metodológicos para abordar los delitos contra la Administración Pública

1.1. A modo de introducción

En la elaboración de la Parte General de los Delitos contra la Administración Pública subyace un proceso de reflexión y reformulación de los presupuestos de la dogmática penal, bajo el impulso de abarcar integralmente el Derecho Penal con el Derecho Procesal Penal. Las derivaciones de dicha acometida será inicialmente la necesidad de una tratamiento unitario con algunas instituciones de derecho procesal penal, que sin embargo, han de tener efectos equivalentes con las categorías sustantivas, en la activación y devenir de los procesos penales -conforme veremos por ejemplo en la figura del concurso y la interdicción de persecución múltiple, instituciones que tiene como característica común dotar de racionalización y exclusión de la arbitrariedad en la persecución penal-; por otro lado, se acentúa la necesidad de corporizar la mayoría de las categorías dogmáticas -fundamentalmente los elementos típicos y la figuras de autoría y participación- proceder que se erige además como un mecanismo de *convergencia* entre dichas áreas del sistema penal que nunca debieron abordarse independientemente. Así las cosas, acentuamos la necesidad de una convergencia, entendida como una fórmula de *integración* que, por ejemplo, se verifica en el perfilamiento de una ciencia penal como territorio común en el cual las categorías teóricas se materializan desde el punto de vista del Derecho procesal penal y de la Política Criminal, acoplamiento que va desde un mínimo a un máximo de cientificidad y de aplicación práctica.

Podría parecer que la idea de definir lo expuesto con la expresión ciencia penal integral fija las premisas para la promoción de un diálogo entre las distintas áreas respecto a un mismo problema. Pero con esto

la cuestión no parece que se resuelva en absoluto ya que el diálogo entre las distintas perspectivas se presenta como difícil sobre todo por las diversas «premisas» de las disciplinas anotadas y, en segundo lugar, por la complejidad de los lenguajes utilizados en cada uno de los sectores. De hecho, el diálogo se transforma habitualmente en un conflicto entre teóricos y prácticos, del paradigma abstracto y de la litigación, de una dogmática penal abstracta y una dogmática penal orientada a la litigación, con un referente empírico, etc. Proponemos una recuperación de la teoría y de la práctica, el resurgir de la postura práctica en la dogmática penal.

En el estado actual de la dogmática penal, la praxis de la integración de los conocimientos se revela cada vez más como una forma de competencia valiosa. Es necesario, además, que se desarrollen didácticamente ciertas habilidades sistémico-pragmáticas para que cada especialista pueda mantener intacta la capacidad de imbricar los conocimientos sustantivos y procesales.

El científico de la integración, el que se ocupa de todas las parcelas del sistema penal y que encuentra recorridos metodológicos y temáticos, líneas de convergencia y similitudes entre los saberes, puede ser considerado substancialmente como un estudioso integracionista. Se podría decir que el estudioso, como teórico y técnico, interviene en las fases y las circunstancias en las cuales la ciencia se concreta. Naturalmente, una perspectiva de esta manera no puede ser sólo epistemología o metaciencia. Los problemas generados por los nuevos aportes epistemológicos no afectan sólo a la dogmática penal, sino a cuestiones de naturaleza práctica. Por esta razón se justifica la necesidad de abordar los constructos jurídico penales y su correspondiente y equivalente institución procesal penal que la viabiliza; así de nada sirve el principio de igualdad (art. 10 del Código Penal) sin que exista su correlato procesal vía la figura de la recusación, incoada por un tratamiento diferenciado de casos estructuralmente análogos, o la vigencia del Principio de Legalidad (art. II del Título Preliminar del Código Penal) sin su correlato procesal penal vía el principio de imputación necesaria. Como corolario de lo expuesto, se acentúa la necesidad de sacudirse de los conceptos vagos y gaseosos de la ciencia penal, por resultar inútiles para la resolución de los conflictos, postura que tiene como antecedes las decisiones del Tribunal Constitucional al desarrollar el tópico de la tipicidad en materia de

derecho administrativo sancionador; efectivamente sostiene que: El **principio de tipicidad** permite que las conductas sancionables estén debidamente delimitadas de modo que quedan proscritas las cláusulas generales o indeterminadas, esto es, aquellas cuyo contenido no es expreso y conocible, sino que tiene que ser «llenado» o concretizado a través de argumentos utilizados para tal efecto, pero por ello mismo, a veces posteriores al acto que se pretende sancionar.

Entonces, resulta que el tan mentado «conocimiento» de las conductas prohibidas ya no es tal, dado que el órgano administrativo puede ir llenando el contenido de tales conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo al hecho que pretende sancionar, dejando pues el acto de «completar» el contenido de tales actos a la discrecionalidad o arbitrariedad del ente administrativo. Los conceptos jurídicos indeterminados que se ha encontrado en la resolución del CNM son los siguientes:

- Conducta e idoneidad propia de la función.
- Desmerecimiento en el concepto público.
- Desmedro de la imagen.
- El Poder Judicial como fuente de inseguridad jurídica.
- Conducta intachable.
- Imagen pública.
- Imagen del Poder Judicial.
- Modelo de conducta ejemplar.
- Transparencia de sus funciones públicas.
- Transparencia de sus funciones privadas.
- Dignidad del cargo.

Qué es lo que se entiende por cada uno de tales conceptos, para efectos sancionatorios, debe encontrarse previamente determinado o establecido; lo contrario importaría que los magistrados tengan prever cuál es el «contenido» que el CNM pueda darles, sobre todo cuando este contenido, de no estar precisado normativamente, será objeto de desarrollo o complementación por parte de la autoridad administrativa, en cada caso en que ello sea necesario, además que, como es obvio, el resultado no necesariamente será igual en todos los casos.

De otro lado, el uso de tales conceptos es más propio de tribunales de honor que de la autoridad administrativa, dado que la utilización de criterios deontológicos no es que no esté permitido, pues muchas veces permite definir el perfil del funcionario con que se quiere contar, pero las infracciones a tales criterios, principios o valores, salvo que exista previsión legal que claramente tipifique la conducta prohibida, no pueden dar lugar a una sanción.

En ese sentido, llama la atención que se requiera un magistrado de conducta ejemplar, sin determinarse qué es lo que se entiende por ella (no fumar, no tomar o tomar moderadamente, no drogarse, no maltratar a los miembros de su familia, no tener multas de tránsito, etc.), de modo que no se sabe qué es lo que está prohibido o lo que está permitido. Asimismo, ¿cómo se determina el desmedro de la imagen propia? (porque la prensa así lo dice, por la suma de recortes periodísticos, porque el Colegio de Abogados lo señala, porque la asociación de padres de familia del colegio de sus hijos tiene un mal concepto del magistrado, etc.). Es más, ¿cómo afecta ello al Poder Judicial? (ello puede dar lugar entonces a que cada vez que se evidencia que un juez ha afectado la imagen de aquel poder, ¿será pasible de sanción?; pero previamente, ¿cómo puede o debe afectar dicha imagen? Cabe también preguntar que en caso no se haya afectado dicha imagen, por falta de publicidad del acto incorrecto, ¿el funcionario no será sancionado?).

Se puede alegar, en relación a dichos conceptos jurídicos indeterminados, que es evidente lo que ellos quieren establecer y que cualquier persona puede darse cuenta de ello, pero ocurre que las sanciones se imponen por la existencia de previsión legal expresa, y no por «sentido común»[5].

Como se ha observado repetidamente, el abordaje de los delitos contra la Administración Pública requiere respuestas jurídicos penales sustantivos y procesales en un sentido eminentemente práctico. En la lógica que guía nuestra perspectiva de una ciencia integral, se interrogan y discuten de manera radical las nociones de operacionalización de las constructos jurídico penales.

---

[5] Sentencia del 3 de setiembre de 2010, Exp. N° 01873-2009-PA/TC, Lima, Vicente Rodolfo Walde Jauregui.

En el modelo de unificación entre la ciencia penal y procesal penal, probablemente, se encuentra en juego una maduración interna del rol que le ocupa a la dogmática penal en dar respuesta a la crisis de la Administración Pública y en general del Estado, esto es, la toma de conciencia del rol que le ocupa en la actualidad, un destino que va cumpliéndose y en el cual afloran sus raíces epistemológicas, sociológicas y político criminal. Fijando como premisa que la ciencia penal no puede reproducir, desde su interior, sus propios conocimientos operacionalizables, sino que debe dialogar con las otras parcelas del conocimiento, como lo es la sociología, la política criminal y la litigación.

1.2. Una primera aproximación

Partamos para esta exposición de dos premisas: la necesidad de abordar el fenómeno de la corrupción pública, estatal o política, y la inescindible relación, que a la hora de buscar soluciones a ésta, debe contemplarse entre el derecho penal y el procesal penal. Tal postulado obliga a los operadores del derecho que no deban perder de vista la imbricación de ambas parcelas. Así, como se podrá comprobar, muchas de las innovaciones que afectan o pretenden incorporarse vía el nuevo Código Procesal Penal radica en posiciones dirigidas a dotar de racionalización en la construcción de una causa probable, vía por ejemplo, la regulación de la estructura de la prueba indiciaria en el artículo 158 del Código Procesal Penal, de la que podemos afirmar, que deviene en la prueba reina en materia de delitos contra la Administración Pública.

Para que pueda imponerse una pena no sólo es necesario que se postule una hipótesis de la comisión u omisión dolosa o culposa penada por ley, sino además que la dogmática penal debe dotar de elementos típicos pasibles de discusión en un proceso penal, donde los sujetos procesales ejerzan plenamente sus derechos de acreditación y refutación de la pretensión punitiva, esto es, viabilizar una efectiva litigación.

Como corolario de lo expuesto, resultan censurable la activación de procesos penales donde a partir de un análisis proyectivo del derrotero del proceso penal no cabe sostener una acusación o emitir una sentencia condenatoria, o declarar la nulidad de una sentencia absolutoria no obstante la imposibilidad de configurar probatoriamente

la base fáctica de los elementos del tipo penal, debido por ejemplo, al transcurrir del tiempo o la dificultad de acopiar nuevos elementos probatorios que puedan aportar datos relevantes que modifiquen el derrotero del proceso penal, verbigracia el fallecimiento de testigos; o muchas veces impeler a decisiones perversas, per se condenatoria a todo costo, en una lógica en el que los jueces consideren que resulten más grave la emisión de una sentencia absolutoria de un proceso largo y costoso. Un caso paradigmático de ello lo constituye, por ejemplo, el denominado caso «de colusión en la compra de los aviones», que llego hasta el Tribunal Constitucional, recayendo la sentencia del 17 de enero de 2012, Exp. N° 04144-2011-PHC/TC, Lima, Jorge Camet Dickmann[6].

En esta línea argumental el proceso penal es dotado de contenido por el derecho penal, por lo que es inconstitucional la activación de

[6] Hábeas corpus a favor de don Jorge Camet Dickmann, contra la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, solicitando que en el proceso penal recaído en el Exp. N° A.V.-27-2003 se ordene el sobreseimiento del favorecido y se deje sin efecto las medidas coercitivas de carácter personal y real que se le han impuesto, por considerar que se ha vulnerado su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y el principio de presunción de inocencia. Señala que a la fecha de interposición de la demanda, la libertad del favorecido se encuentra restringida por 6 años, 7 meses y 20 días, que el 4 de junio de 2002, la Fiscalía de la Nación como consecuencia de la acusación constitucional formulada por el Congreso de la República lo denunció junto a otras personas; que el 11 de agosto de 2003, la Fiscalía de la Nación formalizó la denuncia penal ante la Corte Suprema, denunciándolo junto a otras personas por diversos delitos contra la administración pública; que el fecha 8 de setiembre de 2003, se dictó el auto de apertura de instrucción, imponiéndosele mandato de detención; que desde el 2008, la Sala Penal Especial en más de una oportunidad le devolvió al Fiscal Supremo los actuados para que aclare y precise su dictamen en el extremo no acusatorio; que la vista de la causa del 17 de setiembre de 2009, fue suspendida en dos oportunidades por disposición de la Sala Penal Especial; que viene siendo investigado por más de 8 años y 6 meses, sin que se decida su situación legal, a pesar de que el Código de Procedimientos Penales dispone que el plazo máximo de la instrucción es 14 meses y que la Sala Penal Especial durante 3 años y 2 meses no ha realizado actividad procesal. Proceso constitucional en el que se declaro fundado la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Y se dispuso que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República -aún cuando ésta no originó el agravio- en el plazo de 120 días naturales, contados desde la fecha de notificación del presente fallo, cumpla con resolver el Recurso de Nulidad interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de setiembre de 2011, recaída en el Exp. N° A.V.27-2003.

un proceso penal sin contenido típico pasibles de ser discutido -acreditación y refutación- por los sujetos procesales o ante la imposibilidad probatoria de configurar el *factum* de los tipos penales. Al respecto la casuística nos ilustra con casos referidos a delitos contra la Administración Pública -peculado- en los que dado el discurrir del tiempo entre la supuesta comisión del hecho punible y su denuncia, no se cuenta con acervo documentario a fin de efectuar el peritaje contable y contribuir a dilucidar el *thema probandum*. Volviendo al referido caso abordado por el Tribunal Constitucional, el Supremo Intérprete de la Constitución incidió en la necesidad de internalizar los siguientes conceptos ponderativos en materia de delitos contra la Administración Pública.

a. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

De conformidad con los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona acusada, detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial dentro de un plazo razonable o, de lo contrario, a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso penal (en caso la persona se encuentre detenida).

Este derecho también se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, en el artículo 9.3 al referirse a los derechos de la persona detenida o presa por una infracción penal, se establece que tiene «derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad». En sentido similar, el artículo 14.3.c prescribe que toda persona acusada de un delito tiene derecho a «ser juzgada sin dilaciones indebidas».

Con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como una garantía mínima del debido proceso legal reconocido en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en la sentencia del Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, de fecha 29 de enero de 1997, concluyó señalando que: «74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado «debido proceso legal» o «derecho de defensa procesal», que consisten en **el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, establecido con

anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra (...)». (Negritas agregadas).

A ello, debe agregársele que en la misma sentencia, la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), precisó que para determinar la razonabilidad del plazo debe analizarse en forma global el proceso penal. En tal sentido, señaló que: «81. Adicionalmente al estudio de las eventuales demoras en las diversas etapas del proceso, **la Corte Europea ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto de su trámite lo que llama «*análisis global del procedimiento*»** (*Motta, supra* 77, párr. 24; Eur. Court H.R., *Vernillo* judgment of 20 February 1991, Series A no. 198 y Eur. Court H.R., *Unión Alimentaria Sanders S.A.* judgment of 7 July 1989, Series A, no. 157)». (Negritas agregadas).

Asimismo, con relación a la violación de la razonabilidad del plazo de los procesos penales, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia,* de fecha 27 de noviembre de 2008, destacó que: «154. (...) **el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales**». (Negritas agregadas).

Y es que la naturaleza y características propias del Estado Constitucional, así como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, exigen la necesidad insoslayable de que la justicia sea impartida dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas o demoras injustificadas.

b. *Dies a quo* y *dies ad quem* para computar el plazo razonable del proceso penal

Una de las cuestiones que plantea el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es la de determinar los extremos dentro de los que transcurre el plazo razonable del proceso penal, es decir, el momento en que comienza (*dies a quo*) y el instante en que debe concluir (*dies ad quem).*

Con relación al *dies a quo* del plazo razonable del proceso penal, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador,* precisó

que el plazo comienza a computarse desde la fecha de la aprehensión del imputado (detención judicial preventiva), por ser el primer acto del proceso penal. En tal sentido, la Corte IDH subrayó que: «70. (...) En el presente caso, **el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo**». (Negritas agregadas).

Complementando ello, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador*, de fecha 7 de septiembre de 2004, estableció que cuando no ha habido aprehensión del imputado, pero se halla en marcha un proceso penal, el *dies a quo* debe contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Así, la Corte IDH señaló que: «168. (...) La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. **Cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso**». (Negritas agregadas).

En sentido similar, el TEDH en las sentencias de los Casos *Eckle contra Alemania*, de fecha 15 de julio de 1982, y *López Sole y Martín de Vargas contra España*, de fecha 28 de octubre de 2003, ha precisado que el *dies a quo* del plazo razonable del proceso penal empieza en el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación jurídica (personal o patrimonial), en razón a las medidas de coerción procesal adoptadas por la autoridad competente o a las diligencias preliminares realizadas.

Con relación al *dies ad quem*, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* estableció que el proceso penal termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción, y que dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. En esta línea, la Corte IDH siguiendo la jurisprudencia del TEDH precisó que: «71. (...) **el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto**, con lo cual se agota la jurisdicción (cf. *Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n° 81*, párr. 29) y que, particularmente en materia

penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse». (Negritas agregadas).

Sobre el mismo tema, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia* reiteró que: «154. La razonabilidad de dicho retraso se debe analizar de conformidad con **el «plazo razonable»** al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, el cual **se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva**». (Negritas agregadas).

En sentido similar, cabe destacar que el Comité de Derechos Humanos de las Organización de las Naciones Unidas –interpretando el artículo 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– en la Observación General N° 13, ha enfatizado que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es una garantía que: «10. (...) **se refiere no sólo al momento en que debe comenzar un proceso sino también a aquel en que debe concluir y pronunciarse la sentencia; todas las fases del proceso deben celebrarse «sin dilación indebida»**. Con objeto de que este derecho sea eficaz, debe disponerse de un procedimiento para garantizar que el proceso se celebre «sin dilación indebida», tanto en primera instancia como en apelación». (Negritas agregadas).

De la jurisprudencia reseñada de la Corte IDH, puede concluirse que la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, se debe apreciar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla en contra de cierto imputado (análisis global del procedimiento), hasta que se dicta sentencia definitiva y firme (*dies ad quem*), incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. Así lo ha entendido también este Tribunal Constitucional (Exp. N° 5350-2009-HC/TC).

c. Determinación de la vulneración o no del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

Para determinar si se ha vulnerado o no el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable del favorecido con la demanda, el Tribunal ha de acudir a los criterios establecidos a través de reiterada jurisprudencia, pues tal derecho no garantiza el riguroso cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos ni que éstos sean cortos,

sino que la duración o el retraso del proceso no sea excesivo e indebido. La vulneración de este derecho debe ser apreciado en cada caso concreto teniendo en cuenta las circunstancias particulares del mismo.

Por dichas razones, este derecho no se considera vulnerado cuando se incumplen los plazos procesales, sino cuando no se actúa dentro de un plazo razonable o cuando se permiten dilaciones indebidas en el proceso o en sus diferentes etapas.

c.1. Complejidad del asunto

El primer criterio para evaluar la razonabilidad del plazo del proceso es la complejidad del asunto. En términos generales, para valorar la complejidad del asunto debe tomarse en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil.

Al respecto, cabe señalar que se trata de un proceso seguido contra pocos imputados. Así, conforme consta de autos, los acusados en el proceso penal recaído en el Exp. N° A.V.-27-2003 eran nueve; sin embargo, los nueve acusados no fueron juzgados por la Sala Penal emplazada, por cuanto Alberto Fujimori Fujimori y Víctor Caso Lay tenían la condición de acusados ausente y contumaz, respectivamente. Este hecho no genera que el asunto del proceso penal sea complejo. En este sentido, en la STC 05350-2009-PHC/TC el Tribunal destacó que cuando en un proceso penal se «presenta una pluralidad de procesados y agraviados, ello, *per se*, no determina que el asunto sea complejo».

Asimismo, en el escrito presentado por el Procurador del Poder Judicial (fojas 282) únicamente se justifica la pretendida complejidad del proceso en que se trata de un proceso contra el Estado y que habrían más de seis imputados, lo que, conforme se ha expresado, no resulta suficiente para considerar complejo el caso.

c.2. Actividad o conducta procesal del favorecido con la demanda

Con relación al comportamiento del favorecido con la demanda, debe evaluarse si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos

o demoras en el proceso penal que se le sigue, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla como indebida, ya que las maniobras dilatorias u obstruccionistas no le son imputables al órgano judicial. Así, en la sentencia de Caso *Ringeisen contra Austria*, de fecha 16 de julio de 1971, el TEDH consideró como medios dilatorios las innumerables demandas y recursos dirigidos no solamente a la puesta en libertad del procesado, sino también la recusación de la mayor parte de los magistrados competentes y la remisión del proceso a otras jurisdicciones.

En el presente caso, en la sentencia de fecha 22 de setiembre de 2011, (obrante en el cuadernillo del Tribunal Constitucional) la Sala Penal emplazada pone en evidencia que el favorecido con la demanda no ha tenido una actitud dilatoria u obstruccionista en el proceso penal que se le sigue, que -por el contrario- ha tenido un comportamiento legítimo y adecuado a sus posibilidades de defensa. Asimismo, debe enfatizarse que el Procurador Público del Poder Judicial no ha alegado que el favorecido con la demanda haya tenido comportamientos dilatorios o maniobras obstruccionistas. Asimismo, del análisis de las copias del expediente penal que obran en autos, no se advierte ninguna actuación procesal dilatoria por parte de la defensa del favorecido.

Por estas razones, el Tribunal considera que el retardo injustificado del proceso penal en primera instancia no le es imputable al comportamiento del favorecido con la demanda, es decir, que su actitud no ha contribuido a demorar el proceso penal que se le sigue.

c.3. La conducta de las autoridades judiciales

De la valoración conjunta de las circunstancias del caso, el Tribunal puede concluir que el retraso injustificado del proceso penal que se le sigue al favorecido con la demanda le es imputable a los órganos encargados de la persecución penal.

En efecto, en la Parte Tercera de la sentencia mencionada la propia Sala Penal emplazada en el fundamento 52 reconoce que se ha producido «un retardo significante del proceso penal, lo que ha conllevado a la demora de la emisión de la decisión de la presente instancia para determinar la situación definitiva de los encausados, **retraso injustificado no imputable a ellos**». (Negritas agregadas). Asimismo, los «efectos del retardo en la culminación del proceso penal», a decir de la propia Sala Penal emplazada en el fundamento

53 de la sentencia mencionada, origina que a los encausados deba «rebajársele la pena», por cuanto «**fueron ocho años en los que estuvieron en una situación jurídica indeterminada**». (Negritas agregadas). Asimismo, la sala explicita que el retraso no es imputable a la defensa del imputado por lo que -descartada la hipótesis de la complejidad del caso- puede inferirse que resulta imputable al órgano jurisdiccional.

Conforme consta de autos, habiéndose dado el último acto de instrucción (el informe final ampliatorio) con fecha 4 de julio de 2005 (fojas 462) y habiéndose remitido la instrucción la Sala Penal con fecha 14 de julio de 2004 (fojas 473) y remitido con fecha 18 de julio de 2005 los autos al fiscal supremo (fojas 477) es recién con fecha 28 de agosto de 2007, esto es, dos años después, que el fiscal supremo emite acusación (fojas 480), y mediante resolución de fecha 27 de marzo de 2008 (fojas 549), es decir, 7 meses después, la Sala Penal emite la resolución mediante la cual dispone devolver los autos al fiscal supremo a fin de aclarar algunos puntos del dictamen, en virtud a lo cual con fecha 8 de junio de 2009 cumple con aclarar su acusación, habiendo en ese lapso transcurrido 15 meses (fojas 553) y con fecha 29 de octubre de 2009 (fojas 564) la sala suprema volvió a devolver los autos al Fiscal Supremo y con fecha 4 de mayo de 2010 los autos son remitos nuevamente a la Sala (fojas 566).

De todo ello se advierte que ha habido una demora de aproximadamente cinco años entre el final de la instrucción y el inicio del juicio oral, la misma que ha sido causada no por cuestiones de complejidad probatoria sino únicamente con el fin de aclarar el sentido del dictamen acusatorio, además de la demora que ha supuesto le emisión de algunos de los dictámenes y resoluciones que ha llegado hasta el extremo de 15 meses. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional consideró que debe estimarse la presente demanda, porque se encuentra probado que se ha vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable del favorecido con la demanda[7].

---

[7] Estableciendo como efectos de la sentencia que: No obstante que poco después de interpuesto y concedido el recurso de agravio constitucional la Sala Penal emplazada haya dictado sentencia de primera instancia, ello no genera que la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable haya desaparecido o cesado, por cuanto el recurso de nulidad interpuesto contra dicha sentencia el 5 de octubre de 2011 hasta la fecha no ha sido resuelto, a

Otro caso paradigmático, en el marco del delito de enriquecimiento ilícito lo constituye la sentencia del 19 de octubre de 2009, Exp.

---

pesar de que fue concedido mediante la resolución de fecha 7 de octubre de 2011 y elevado inmediatamente a la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Al respecto, resulta pertinente señalar que si bien el Código de Procedimientos Penales no establece de manera expresa cuál es el plazo con que cuenta la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para pronunciarse respecto del recurso de nulidad, la norma aplicable para tal efecto es el artículo 131° del Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece lo siguiente: «**La Corte Suprema y las Cortes Superiores ven las causas en audiencias públicas, por riguroso orden de ingreso, dentro de los treinta días siguientes a que se hallen expeditas para ser resueltas. No es necesario que la designación de día y hora para la vista conste en resolución expresa.**
El Presidente de la Sala hace citar con setenta y dos (72) horas de anticipación a los abogados que hayan solicitado el uso de la palabra para informar, así como a las partes que hayan pedido informar sobre hechos, precisando el tiempo que tienen para hacerlo. El abogado de la parte que no solicitó la palabra es igualmente citado si señaló domicilio en la sede de la Corte. En los demás casos no es necesario citar a los abogados o a las partes para la vista de la causa. Tratándose de autos, quejas de derecho, contiendas de competencia, procesos sobre alimentos, hábeas corpus, acciones de amparo y procesos con reo en cárcel, o que estén por prescribir, la vista de la causa tendrá lugar dentro del quinto día de hallarse expeditas. **En todo caso, deben resolverse en un plazo máximo improrrogable de tres meses calendario,** sin perjuicio de la normatividad procesal expresa que señale un plazo menor, especialmente en las acciones de garantía». (Negritas agregadas).
En tal sentido, resulta evidente que desde la fecha de concesión del recurso de nulidad (7 de octubre de 2011) hasta la presente fecha, ha transcurrido en exceso el plazo de tres meses calendario sin que se resuelva el recurso mencionado. En el presente caso, el plazo de tres meses resulta razonable para resolver el recurso mencionado, pues por más de ocho años el favorecido con la demanda se ha encontrado en una situación jurídica indefinida. Además, porque el ámbito competencial del recurso de nulidad no conlleva la renovación de la actividad probatoria, ni posibilita actuar medios probatorios que no se actuaron en primera instancia. En este sentido, en la Ejecutoria Suprema N° 4792-2001/Callao, de fecha 18 de setiembre de 2002, se precisa que la Sala Penal Suprema revisora «(...) **no está facultada a desarrollar actividad probatoria, no actúa diligencias conforme a las pretensiones del recurrente, limitándose el ámbito de su competencia a revisar los elementos probatorios que válidamente fueron materia de debate contradictorio; por dicha razón es que no se pueden actuar nuevas pruebas,** y si bien en algunos casos se solicitan documentos a otras dependencias judiciales, es porque los mismos han sido materia de valoración en el proceso o sentencia alzada en grado». (Negritas agregadas). Consecuentemente, el Tribunal considera que debe estimarse la presente demanda, porque se encuentra probado que se ha vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable del favorecido con la demanda.

Nº 3509-2009-PHC/TC, Lima, Walter Gaspar Chacón Málaga, en la que bajo el rotulo: «La protección del plazo razonable y sus consecuencias.», se postuló que: Habiéndose advertido en el presente caso que se ha producido una vulneración del derecho al plazo razonable del proceso, corresponde ahora determinar cuál es la consecuencia que se desprende de dicha estimatoria. Al respecto, no deberá perderse de vista en ningún momento la finalidad que inspira a los procesos constitucionales de la libertad, esto es «... *proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional*...». En este sentido, la solución a la que se arribe deberá expresar consecuencias jurídicas concretas en la situación del recurrente. La doctrina y jurisprudencia internacional nos muestran que la temática que nos ocupa no ha sido nada pacífica, habiéndose argumentado diversas posturas, las mismas que aquí resumimos: a) *Las compensatorias* que a su vez pueden ser internacionales, civiles o penales; b) *Las Sancionatorias* las que pueden ser de orden administrativo-disciplinaria y penales orientándose a reprimir la conducta dilatoria de las autoridades judiciales; y c) *Las procesales* que son tanto la nulidad como el sobreseimiento.

En cuanto a las medidas de tipo compensatorio, éstas importan la materialización de un conjunto de mecanismos tendientes a resarcir al imputado por el «daño» causado como consecuencia de una demora excesiva en el juzgamiento, las que pueden traducirse en el pago de una suma dineraria (civil) o en algún tipo de indulto o perdón (penal). Dichas medidas a juicio de este Colegiado no se condicen con el carácter restitutorio de los procesos constitucionales de la libertad. Asimismo, una protección que sólo implique medidas de esta naturaleza podría significar la vigencia de actos emitidos en violación de derechos fundamentales, lo que no se condice con el deber estatal de protección de derechos fundamentales derivado del artículo 44º de la Constitución Política del Perú.

Por su parte las soluciones sancionatorias se plasman a través de la imposición de medidas administrativas de carácter sancionatorio contra los responsables de la violación del derecho al plazo razonable. Al respecto, este tipo de consecuencias sólo representan una garantía de carácter secundario, ya que no reaccionan procesalmente contra la violación del derecho en cuestión, sino contra los culpables de la infracción representando dichas posturas únicamente medidas de

carácter *preventivo general* (para todos los funcionarios que tienen dentro de sus atribuciones materializar la jurisdicción). Por ello es que este Colegiado llega a la conclusión que esta clase de soluciones se apartan de la esencia misma de los procesos constitucionales, consecuentemente no puede ser de recibo como solución del presente proceso. Habiendo quedado descartadas las posibles medidas de soluciones de tipo compensatorias y sancionatorias de la presente resolución, es conveniente aquí efectuar un análisis de la última de las posturas a las que hace referencia la doctrina y verificar si esta se condice con los fines de los procesos constitucionales.

A juicio del Tribunal Constitucional, el principio de presunción de inocencia (artículo 2,24.e de la Constitución) constituye un estado de inocencia que sólo puede ser desvirtuado a través de una sentencia expedida en un proceso legítimo en el que se hayan respetado todas las garantías. En efecto, sólo con el respeto inmaculado de todas las garantías judiciales del imputado se puede fundar la legitimidad constitucional de una sentencia judicial. Por ello la ausencia de una de estas garantías constituirían una falta de justificación para la legitimación persecutoria del Estado o si se quiere la materialización del *ius puniendi estatal*. Es por ello que la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la ***pérdida de la legitimidad punitiva*** derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado sólo puede actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente.

En tal sentido, en el caso de autos, en el que se ha mantenido al recurrente en un estado de sospecha permanente y sin que –como se ha visto a lo largo de la presente sentencia– las circunstancias del caso justifiquen dicha excesiva dilación, el acto restitutorio de la violación

del derecho al plazo razonable del proceso consistirá en la exclusión del recurrente del proceso penal[8].

Todo lo cual nos exige efectuar un análisis crítico de la idoneidad de los instrumentos procesales que se están utilizando, a fin de dotar de contenido típico a una denuncia o acusación fiscal, esto es, que el proceso penal solo puede tender a configurar supuestos típicos y sólo por la configuración del *factum* típico nace el derecho del Estado a incoar una investigación o proceso penal.

1.3. Del perfilamiento de un Derecho Penal Integrador como posible

Nos corresponde ahora efectuar pinceladas generales sobre la idoneidad de los instrumentos procesales a fin de dotar de racionalidad en el proceso de aportación de contenido *factum* típico a una denuncia, acusación fiscal y sentencia, todo ello dirigido a descongestionar la Administración de Justicia:

a.- Prevenir la incoación de nuevos o paralelos procesos penales por un idéntico núcleo duro de la imputación, pero bajos diferentes envoltorios jurídico penales:	Vía la interdicción de la persecución múltiple, en virtud de la cual, «Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento» (Art.III del título preliminar del Código Procesal Penal). Dicho dispositivo debe ser dotado del más amplio espectro aplicativo, esto es, desde la etapa incipiente de la formación de la pretensión punitiva, ya que se constato la activación de procesos penales con tipificaciones incompatibles, tales como: peculado, colusión desleal, enriquecimiento ilícito y encubrimiento personal y real, para luego recién pretender dotar de racionalidad tipificadora en la etapa intermedia, quedando únicamente el hecho punible de enriquecimiento ilícito. Esta mala praxis no puede continuar y las cautelas deben ser aplicadas desde los estadios embrionarios del proceso penal.
b.- Prevenir imputaciones genéricas y gaseosas:	Vía el derecho de defensa, por el que «Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato» (Art. IX del título preliminar del Código Procesal Penal). Dicho dispositivo debe ser dotado del más amplio espectro aplicativo, incorporando la exigencia que el *thema probandum* debe contar con contenido típico pasibles de ser discutido por los sujetos procesales, evi-

[8] Concluyendo declarando fundado en parte la demanda de hábeas corpus, por haberse acreditado la vulneración del derecho al plazo razonable. Disponiendo que la Sala penal emplazada excluya al recurrente del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

	tando al máximo conceptualizaciones abstractas del bien jurídico, por el ejemplo, el elemento defraudación del delito de colusión desleal, deben tener una traducción probatoria vía la prueba pericial, dado que en muchos procesos penales devino en el indicio más relevante sobre la materia. De esta forma por más que se pretenda negar la necesidad del perjuicio patrimonial a nivel sustantivo, ello a nivel imposible es casi imposible, dado que es consustancial a la construcción de una causa probable de colusión, la sobrevaloración de bienes o costos de servicios por ejemplo.
c.- Exclusión de pretensiones punitivas, cuyo contenido típico no son pasibles de construirse o configurarse por lo menos vía la prueba indiciaria:	Vía su regulación en el artículo 158 del C.P.P., que establece que la prueba por indicios requiere: a).- Que el indicio esté probado, b).- Que la inferencia esté basada en las reglas de la experiencia; y c).- Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes. Su estructura evidenciará la inoficiosa activación y continuación de procesos penales, sustentado, tácitamente, en prueba indiciaria, pero que, no se adecuan a los estándares metodológicos de la prueba indiciaria.
d.- Configuración de los elementos típicos de los delitos contra la Administración Pública - peculado y colusión desleal - corporizando los bienes jurídicos, vía por ejemplo, la prueba pericial:	En el artículo 172 del C.P.P., se establece que la pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Para mejor ilustrar, en el marco del delito de colusión desleal, la defensa técnica debe incidir en la corporización del elemento típico «defraudación» mediante el referente: perjuicio patrimonial al Estado, lo que genera un amplio espacio de litigación vía la prueba pericial. Sobre este tópico debemos estar atentos a los intentos del titular de la acción penal, del órgano decisor o revisor de modificar los estándares típicos y probatorio observados desde la etapa postulatoria del proceso penal; en esta línea argumental, debemos identificar procesos penales por delito de colusión desleal en los que uno de los indicios lo constituye un supuesto de sobrevalorización del precio de los bienes inmuebles, sustentada, por ejemplo, mediante el informe de la extinta CONATA, lo que sirvió –más la concurrencia de otros indicios– para colegir de ello un supuesto acuerdo colusorio; bajo dicho derrotero la defensa técnica desplegó una estrategia tendiente a refutar dicho informe desde distintos flancos –inidoneidad de los peritos, metodología e información utilizada por los peritos, por ejemplo– refutando dicha sobrevalorización; sin embargo, parte de los integrantes de las Salas Penales Supremas al conocer de la causa vía el recurso de nulidad y bajo el rotulo de que estamos ante un delito de infracción de deber o delito de peligro abstracto, pretende minimizar dicho referente material y situar en un segundo plano la actividad probatoria desplegada por la defensa técnica que refuto o cuestiono el indicio o hecho base que sirvió para denunciar e instaurar proceso penal. Ello quedó evidenciado en las posiciones sobre el elemento típico: defraudación que se repelieron con motivo de los Acuerdos Plenarios del 2009, donde no se alcanzo consenso.

1.4. A modo de conclusión

La construcción o «fabricación» de las pretensiones punitivas deben contener elementos típicos con expreso y constatable anclajes empíricos a fin de ser sometidos a la refutación, falsación o contrastación, y de esta forma viabilizar el efectivo ejercicio de derecho de defensa y contradicción, contribuyendo, con ello, al perfilamiento de una verdadera cultura de la litigación; como corolario de ello, debemos corporizar nuestra lenguaje jurídico penal, para decirlo en términos más próximos a la praxis judicial, es ilustrativo hacer mención al elemento típico «defraudación» en el marco del delito de colusión desleal, puntualizando que sin un real y efectivo contenido patrimonial no sirve de nada para el justiciable, antes bien lo coloca en un estado de grave indefensión, y como contraparte habilita al ente persecutor de una amplio margen de discrecionalidad que linda con la arbitrariedad, en la que, por ende, no puede alcanzarse un consenso intersubjetivo entre los sujetos procesales, sino mera imposición, verticalidad y arbitrariedad en la decisiones judiciales.

Como lo destaca el maestro Urquizo Olaechea, si bien el Derecho penal se refiere a conductas, tales conductas no han sido definidas como conductas éticas, sino conductas en función de valores aceptados en un ámbito social determinado, esto es, la preten-sión de salvaguardar bienes jurídicos, entendido como conductas dañosas para otras personas. *Mutatis mutandi*, será este el camino para excluir a partir de la pena finalidades de reeducación moral, no se acepta cues-tiones de fe o problemas de virtudes morales, pues, la relación pecado/ delito desaparece, se impone que el sujeto a través de su hecho exterior sólo afecta «bienes sociales» que tienen un interés público predominante. Así, la función del Estado quedará claramente determinada por razones de seguridad jurídica, pues, por un lado, necesita establecer un daño del bien jurídico que se encuentra protegido a través de la norma penal previamen-te establecida.

Será éste punto de referencia material el que definirá la relación entre la conducta del sujeto y el bien jurídico protegido. Es decir, el Derecho penal no proclama conductas ideales, ni conductas virtuosas, no exige al sujeto que sea justo, le exige que no cause «daño». El Derecho penal no se asienta sobre el ideal de la virtud o de la justicia suprema, sino en el respeto de los valores jurídicos fundamentales

que subyacen en la ley penal. Por ello, sus mensajes -si bien contienen peticiones dirigidas al sujeto que en el ejercicio de su organización dentro de la sociedad se identifique con el orden jurídico penal, generalmente definen la conducta en sentido negativo [no mates, no violes, no injuries, no robes, no engañes, etc.], y sólo, excepcionalmente, lo hacen en forma positiva [v. gr., vela por la correcta administración de justicia, cuida la correcta administración pública, etc.]. En cualquiera de estas expre-siones, negativas o positivas, los mensajes normativos del Derecho penal siempre serán jurídicos, no morales. Ello se debe a que el Estado de Derecho no se entiende como una totalidad ética y que su función es la realización de la ética en la sociedad; de modo que si el ciudadano se aparta de la ética debe ser penalizado. En principio, el Estado no puede penetrar en la con-ciencia del individuo y tampoco puede pretender el «deber ser» ético sólo se puede conformar con el ser y el ser es la defensa de bienes jurídicos valio-sos para una sociedad concreta[9].

[9] Urquizo Olaechea, José, «Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal», en *Derecho Constitucional Penal*, IDEMSA, Lima, 2012, p. 313.

II
Los principios del Derecho penal

1. Definición

El punto de partida y uno de los fundamentos de la ciencia penal lo constituyen los principios jurídico penales, que se definen como declaraciones generalizadas y abreviadas de directivas de interpretación y aplicación de la ley penal, en las que subyace el acuerdo o consenso de la comunidad jurídico penal-constitucional, de esta forma, la praxis judicial y en general toda experiencia jurídico penal está cargada y atravesada por los principios del Derecho Penal, y justamente uno de los retos que nos plantea el Derecho penal, desde la óptica teórica y de la praxis judicial, es dar contenido a cada uno de sus constructos de diferentes niveles a partir de los principios del Derecho Penal, exigencia que tiene como corolario su plena vigencia y operatividad en la resolución de los conflictos.

Averiguar cuáles son las ideas esenciales sobre las que se construye un ordenamiento constituye una tarea más propia de filósofos que de juristas; prueba de ello es que la determinación del fundamento del Derecho siempre ha dependido de las ideas filosóficas de cada momento[10]. No obstante, los juristas y magistrados no pueden renunciar a conocer estos principios, y no tanto por un afán meramente intelectual de profundizar en los cimientos sobre los que se construye la ciencia a la que se dedican, sino porque constituyen un problema jurídico de primer orden del que se derivan importantes efectos prácticos que todo profesional del derecho está obligado a conocer.

De esta forma los principios serían fundamentalmente normas con un alto grado de generalidad o abstracción, que básicamente se encontrarían en los textos constitucionales, y con un importante contenido sustantivo (en forma de derechos fundamentales, valores,

---

[10] Beladiez Rojo, Margarita, *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 17.

bienes constitucionales, etc.). Se diría, de este modo, que en general las normas que reconocen y protegen derechos fundamentales (vida e integridad física, dignidad humana, las que establecen ciertas garantías de igualdad ante la ley, el principio de legalidad, la seguridad jurídica) serían principios. Finalmente, debemos destacar que es consustancial a los principios conceptualizarlos, además, como mandatos de optimización, esto es, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. De esta forma, un principio establecería un ideal o modelo al que hay que acercarse en la medida de lo posible[11].

En consecuencia, el anclaje de la ciencia penal en los principios (y no sólo en las categorías sistemáticas o en las normas ordinarias), exalta su vocación crítica, y no meramente sistematizadora, amplía el horizonte de su objeto a la política criminal e, incluso, a la realidad que la que a la postre surtirá sus efectos. Ya no basta la autoridad del consenso de estudiosos o jueces que sean expertos en normas o expertos en valores, su experiencia deberá medirse con conocimientos que pueden verificarse y ser controlados.

1.1. Ejemplos sobre cómo operan los principios en la praxis judicial

Una tarea pendiente de la Ciencia Penal lo constituye la necesidad de reconstruir los tipos penales de la parte especial a la luz de los principios del Derecho Penal, y que a modo de ejemplo citamos los siguientes casos. Un ejemplo a partir de la praxis judicial lo constituye la tarea de darle contenido al delito de usura en el marco del Principio de Ultima Ratio del Derecho Penal, lo que a la postre viabiliza su compatibilidad con el régimen económico vigente, en efecto se recalcó que: «es necesario enfatizar que si bien contemporáneamente y en el marco de las sociedades capitalistas, el interés constituye una justa retribución para quien presta su dinero a otro, sin embargo, la usura forma parte de las expresiones de rechazo hacia el aprovechamiento económico de quien tiene fondos a costa de quien carece de ellos. En el sentido más generalizado, la usura es sinónimo de alto interés, de interés odioso, desproporcionado, excesivo, en el precio de los préstamos de

[11] Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp.140 y 143.

dinero que el prestamista cobra, exige o se hace dar o prometer por su dinero. (...) Que, ciertamente; «el sentimiento de repulsa hacia la percepción de tasas desmesuradas de interés, abusándose de la necesidad de un préstamo de dinero, ha logrado trascendencia para proteger el patrimonio del más débil frente a la voracidad de quienes quieren obtener ganancias desmedidas. En ese sentido, históricamente en nuestro ordenamiento jurídico han existido normas prohibitivas de la usura, (...).Que los instrumentos legales citados afianzan la labor estatal de defensa de los intereses de las personas producto de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las personas naturales o entidades jurídicas. En esta línea argumental, debemos relievar que el análisis típico del delito de usura requiere, por lo menos, un doble orden de consideraciones: en primer lugar debemos precisar que el tipo penal del artículo doscientos catorce del Código Penal requiere, además del carácter usurario del préstamo, un elemento consistente en el aprovechamiento de la situación del tomador del préstamo, lo que justamente viabiliza que el sujeto activo «obliga o hace prometer» al sujeto pasivo; en esta misma línea, la doctrina destaca que el delito de usura sanciona al que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, obliga o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la ley; que, uno de los elementos constitutivos consiste en «obligar» o «hacer prometer» pagar un interés superior al límite fijado por la ley, por lo que resulta «*... indispensable que el prestamista condicione el otorgamiento o la negociación del crédito, al pago de intereses por encima de los límites legalmente establecidos...*», no obstante ello, dicha conducta debe tener lugar en la «concesión de un crédito» o en su «otorgamiento» o «renovación»; en este sentido, «*...si es el propio deudor el que se compromete a pagar intereses superiores a los establecidos por la ley, la conducta tendría que ser atípica, pues el prestamista no habrá participado activamente en la formación de la voluntad del autor...*»(...). Que, de esta forma, la naturaleza usuraria de la operación se desprende no sólo del excesivo interés, sino de la compulsión del sujeto activo de obligar o hacer prometer aprovechándose de la necesidad del prestatario; en efecto, su punibilidad se funda en el aprovechamiento de la compulsión que las circunstancias ejerzan sobre el sujeto pasivo, dado que el delito de usura es considerado básicamente como un acto de aprovechamiento de la situación de la

víctima. Dos razones inclinan la decisión en ese sentido. La primera proviene del derecho a la libertad de contratar reconocido en el inciso catorce del artículo segundo de la Constitución Política, que autoriza a los sujetos económicos a definir dentro de la autonomía de su voluntad las condiciones de la contratación y que, por lo tanto, pone de manifiesto que el reproche penal deberá ser siempre consecuencia del aprovechamiento habitual de situaciones que limiten la capacidad de decisión del sujeto pasivo. Una intervención del derecho penal allí donde cada uno puede por sí mismo decidir, aceptando o no las condiciones de la contratación, carecería de justificación en el marco institucional definido en el citado artículo. Por último, prescindir del aprovechamiento de la situación de la víctima importaría contradecir el postulado según el cual el derecho penal debe ser la *ultima ratio* de la política social. En efecto, se encontraría fuera de protección de la norma los supuestos en los que personas adineradas, pero en un momento faltos de liquidez, requieran por un corto tiempo, un préstamo con intereses altos, que luego transcurrido el plazo pactado devuelvan el capital e intereses sin mayor inconveniente.» (Ejecutoria Suprema de fecha 25 de abril de dos mil once, recaída en el Exp. N° 2360-2010, Lambayeque, Sala Penal Permanente).

Ahora bien, en materia de peculado tenemos el siguiente caso de disposición patrimonial por vía normativa, su ilegalidad y el vínculo con el delito de peculado:

«La dación de normas que contravienen el orden público producidas por funcionarios dentro de su ámbito competencial, que regula la disposición patrimonial de fondos del Estado asignados para su administración con fines públicos, sin duda, constituye un medio idóneo del que se puede valer el funcionario público para apropiarse ilegalmente del erario público para sí o para terceros, y como tal, configurar el delito de peculado doloso. Sin embargo, no será punible cuando dichas normas -consideradas ilegales- estén sustentadas en una interpretación sincera y razonable, no arbitraria o encubridora, del ordenamiento legal en su conjunto, pues ha de tenerse en cuenta que «varios son los criterios que deben ser explicados para la correcta interpretación de la ley: la lógica de la lengua, de la materia disciplinada y aquélla del derecho» (Concivera Benedetto). Debe quedar claro que la determinación de la validez de una u otra interpretación no puede constituir el objeto de un proceso penal por el delito de peculado, como al parecer entienden los recurrentes, pues aun cuando se

considere que el razonamiento esbozado por los procesados al adoptar acuerdo de Concejo Municipal en cuestión no resulte legal, solo por ello no puede considerarse acreditado el dolo típico del delito en cuestión, que para el presente caso, exige evidencia de una manifiesta intención de los procesados de aprovecharse de fondos públicos asignados bajo su administración o custodia; en buena cuenta, la sola ilegalidad de la inversión no es suficiente si es que la conducta de los procesados se sustentó en una posible interpretación justificada de las normas.

Los regidores de la entidad municipal y el entonces Alcalde Héctor Melgar Lazo, conforme se desprende del tratamiento y vínculos antecedentes entre la entidad y el Club, lo discutido en la sesión de Concejo de fecha 16 de febrero de 1999 -fojas 1002/1004-, el Acuerdo de Concejo N° 01-99-MDT, de la misma fecha -obrante a fojas 1005-y lo consignado en las Resoluciones de Alcaldía N°s 071-99-A/MDT, del 17 de febrero de 1999 -fojas 995- y N° 191-99-MDT/A, del 19 de abril de 1999 -fojas 998/999- efectuaron una interpretación sistemática del artículo 67 numerales 8 y 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades -entonces vigente Ley N° 23853-, que a la letra establece que: «*Son fundones de las Municipalidades en materia de (...) recreación v. deportes: (...) 8. Normar, coordinar, programar y fomentar la recreación deportiva de la niñez, v. del vecindario mediante la promoción o la construcción de campos deportivos y parques o la reserva y acondicionamiento de bosques, áreas de paisaje natural o el empleo temporal de áreas y zonas urbanas apropiadas*» «*9.- Promover la organización de Comités Municipales de Deportes y la construcción, habilitación y uso de sus instalaciones deportivas*». Dejándose expresamente la dirección a la que estaba orientada su interpretación normativa al señalar en el Acuerdo de Concejo mencionado que «*la actual gestión edil tiene el interés de desarrollar un programa integral de apoyo al deporte en general, que permita incrementar la práctica de diferentes disciplinas entre las que se destaca el fútbol (...) y otras desde las divisiones inferiores a fin de promocionar y divulgar lo antes señalado'*. Este fue el fundamento legal -extra penal- que precedió a la decisión de préstamo al Club Deportivo Municipal. Argumentos a favor de esta interpretación respaldan la decisión de Concejo, así, resulta indiscutible que un equipo de fútbol local, adecuadamente posicionado en un campeonato de alcance nacional, constituye un adecuado vehículo para fomentar la práctica de dicho

deporte, en especial en niños y jóvenes, coadyuvar con la recreación de la comuna e, indirectamente, fomentar el turismo del lugar, fines todos estos que son objeto y meta de todo gobierno local. De modo que, desde una perspectiva eminentemente utilitarista, no es descabellado considerar estratégicamente el apoyo económico y promoción de un Club Deportivo para la consecución de fines comunitarios como la recreación deportiva de la niñez y del vecindario. La dirección de la interpretación del Concejo Municipal se evidencia con mayor notoriedad cuando, al año siguiente, optaron igualmente por co financiar la campaña del Club para lo cual crearon el «Programa de Promoción al Deporte», conforme se desprende de la Resolución de Alcaldía N° 137-2000-MDT/A, de fecha 04 de abril de 2000 -fojas 1285-. Asimismo, se aprecia que el apoyo económico al Club en cuestión no fue privativo de la gestión del Alcalde Melgar Lazo, sino que provenía de periodos anteriores, conforme se desprende de los comprobantes de pago y memorándums que datan de 1996 y 1997, obrante a fojas 790/806. No obstante, existen argumentos que contradicen el proceder del Concejo Municipal, resaltándose irregularidades de orden legal vinculadas a la ausencia de autorizaciones de los órganos correspondientes, atendiendo sobre todo a que se trata de una actividad ajena al objeto central del Municipio y que de alguna forma implica ejecutar cierta actividad empresarial, limitada para el Estado, conforme a los señalado por el artículo 60 de la Constitución Política del Estado, que prescribe que la actividad empresarial del Estado en los marcos de una economía social de mercado, tiene carácter subsidiario. Precisa la citada norma constitucional que el Estado sólo por ley expresa puede intervenir empresarialmente, directa o indirectamente, y siempre «... *por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia social*». Se requiere, entonces, una ley formalmente aprobada por el Congreso que autorice la realización de una actividad como la señalada por parte de la entidad estatal; además, en la necesidad de evitar que el Estado distraiga recursos públicos en el desarrollo de actividades que no son prioritarias, compete al Congreso determinar cuándo se está ante una situación de interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Perspectiva desde la cual, el otorgamiento de un préstamo o cualquier acto de disposición patrimonial al Club Deportivo en cuestión no estaría habilitada por no tener la cobertura legal que correspondía;

tanto más cuando la norma expresamente señalaba las formas en que correspondía impulsar y fomentar el deporte y la recreación, lo que no implicaba el otorgamiento de préstamos.

Ahora bien, en el presente caso, aun cuando no es posible descartar que los procesados -regidores- hayan actuado con total desconocimiento de la *ilegalidad* de la operación de préstamo o con pleno convencimiento equivocado de su legalidad, sin embargo, es absolutamente evidente que actuaron bajo la convicción de que a través de ello *respondían a objetivos públicos de la comuna,* vinculados al deporte y recreación de sus ciudadanos, y no a fines privados, propios o de terceros. Se ha acreditado que el préstamo efectuado ha sido íntegramente empleado en los gastos propios del equipo de fútbol en competición del Deportivo Municipal, tal como emerge del Informe de Rendición de Cuentas Nº 002-99, obrante a fojas 1010/1014, los que corresponden a gastos ordinarios relacionados a la práctica deportiva del fútbol -tales como hospedaje de los jugadores, primas, viáticos, entre otros-, no desprendiéndose que a través de ello se haya buscado favorecer a un tercero en particular.

Corresponde distinguir entonces la ilegalidad extrapenal de la ilegalidad penal que el tipo exige como conducta sancionada. En el delito de peculado no se protege estrictamente la correcta gestión del patrimonio público o la integridad del funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado -lo que es competencia del delito de malversación de fondos-, se garantiza con él -junto a la evitación del abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad- la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública generada propiamente por la separación del patrimonio estatal de su ámbito de dominio ya sea temporal o permanentemente. En consecuencia, no toda operación que trasgreda normas presupuestales y de gestión -y por ende, ilegal- que comprometa fondos públicos cae automáticamente en el tipo penal de peculado. **La ilegalidad o irregularidad de la disposición patrimonial puede estar vinculada al incumplimiento de una pluralidad de normas que persiguen diversos fines, no abarcados necesariamente por el tipo penal en cuestión.** Así sucede con la disposición presupuestal objeto del presente proceso, la que conforme se desprende del contenido de las actas de sesión de Concejo Municipal tuvo siempre el propósito de financiar a

un Club Deportivo a través del cual se pretendía fomentar el desarrollo del deporte y la recreación de la comuna, lo que se pretendió a través de apoyo económico a un Club Deportivo que no resultaba totalmente ajeno a la estructura de la Municipalidad, pues fue gestado del seno de su institucionalidad y -conforme se ha expresado y no cuestionado- alcanzó altas posiciones en una copa deportiva de alcance nacional, y como tal, proyectaba grandes expectativas para el cumplimiento de fines deportivos y recreacionales de la localidad. Este fue el proyecto que apoyó el Municipio y por tanto se halló ausente de una finalidad de enriquecimiento o ánimo de lucro personal o de tercero, y si bien constituyó una inversión infructuosa e ilegal, el dolo no portaba el ánimo de lucro a favor de sí o de tercero que subyace al delito de peculado. Con ello, no se niega responsabilidad en los funcionarios que decidieron erráticamente contra las normas legales de gestión patrimonial, **sino que se zanja una diferencia entre la responsabilidad civil que subsiste y la penal que no está presente.**

Abona a la decisión del Tribunal Superior, el hecho de que se haya considerado al Club Deportivo Municipal dentro de la estructura orgánica de la entidad edil, lo que emerge del Acta de Sesión de Concejo de fecha 16 de febrero de 1999, en la que se acordó expresamente: «reincorporar a la Institución Deportiva Club Deportivo Municipal a la estructura orgánica de la Municipalidad, encargándose al Despacho de Alcaldía la organización, funcionamiento y participación del Deportivo Municipal», plasmado en estos términos en el Acuerdo de Concejo N° 01-99-MDT, obrante a fojas 1005/1006, la seriedad de tal acuerdo -considerado erróneamente efectuado con la única finalidad de dar cobertura legal a la disposición patrimonial a favor del club- se evidencia cuando por Resolución de Alcaldía número 049-2000-MDT/A, obrante a fojas 1283, es el propio Alcalde del Municipio quien designa los miembros de la Junta Directiva de la Institución Deportiva en referencia, la que además fue objeto de Auditoría por el órgano de control de la Municipalidad -conforme emerge del Informe de fojas 1211/1213- y el Tesorero del mismo Club, ante el Pleno del Concejo Comunal rendía cuenta de los gastos otorgados en préstamo de manera anual -véase informe 002-99-CDM-T/FPCH, de fojas 1010/1011 y acta de Sesión Extraordinaria de concejo Municipal de fecha 19 de diciembre de 2002, obrante a fojas 1185/1209-; todo lo cual, aun cuando también riñe con la legalidad

-básicamente por los mismos argumentos esbozados en la última parte del fundamento 5 del presente dictamen-, refuerza la idea de que los procesados actuaron ahora no solo convencidos de que se alineaban con fines públicos que beneficiarían a la comunidad en sus ámbitos deportivos y recreacionales, sino que además confiados en que la disposición patrimonial se efectuaba dentro del ámbito interno de la entidad edil, lo que es absolutamente incompatible con el delito de Peculado[12].

---

[12] Dictamen N° 165-2013, Junín, del 24 de Enero del 2013, Exp. N° 1148-2012, Suscrito por el señor Fiscal Supremo Dr. Pablo Sánchez Velarde, opinó por no haber nulidad en la absolución. Los agravios consistieron: a.- La señora Fiscal Superior en su recurso de nulidad fundamentado a fojas 4539/4540 cuestiona la decisión absolutoria alegando que a través de la incorporación del Club Deportivo Municipal a la estructura orgánica de la Municipalidad y el consiguiente préstamo que se le concedió, se dispuso ilegalmente del erario municipal, lo que a su juicio constituye el delito de peculado, el que estima cometido en calidad de autores al extinto Alcalde Héctor Melgar Lazo, el Director Municipal Bonilla Gabino, la Directora de Administración Maricela Tineo Escobar y el Tesorero del Club Fredy Pacheco Chamorro -quien también ostentaba el cargo municipal de Director de Planificación y Presupuesto- y en calidad de cómplices primarios a los regidores que acordaron otorgar la disposición dineraria bajo el título de préstamo a favor del Club Deportivo en mención y, también bajo el mismo título de participación Héctor Castro Pimentel, quien como Presidente del referido Club solicitó los préstamos otorgados; y b.- La abogada de la **Procuraduría de la Municipalidad Distrital de El Tambo**, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas 4557/4560, alega que el Tribunal Superior no valoró adecuadamente el Informe Especial N° 236-2003-CG/ORHU, en el que se establece que ¡legalmente se facilitó un préstamo de dinero por S/. 30 000 a favor del equipo de fútbol «Deportivo Municipal» sin que para ello estén facultados o autorizados legalmente; lo que generó un perjuicio económico que hasta la fecha no ha sido reparado, generando que los fondos públicos no sean invertidos en obras públicas para las que estaban destinados.
Así las cosa, el Fiscal Supremo, puntualizo que,la realidad de los hechos objeto de acusación no ha generado ningún tipo de controversia entre las partes a lo largo del proceso, en tanto existe perfecta conformidad en que los procesados regidores, junto al extinto Alcalde de la Municipalidad de El Tambo acordaron en sesión de Concejo la incorporación del Club Deportivo Municipal a la estructura orgánica de la entidad edil para luego otorgarle en calidad de préstamo la Suma de S/. 30 000 nuevos soles -tal como emerge del Acta de Sesión Extraordinaria de Concejo Municipal de fojas 1002/1004-, expidiéndose al día siguiente la Resolución de Alcaldía [1] 071-99-A/MDT -fojas 983- que resolvió otorgar el préstamo en cuestión, lo que fue materializado por los funcionarios a cargo de la administración ejecutiva de la entidad, emitiéndose el Memorándum N° 103-99-DM/MDT, de fecha 24 de febrero de

2. El principio de legalidad

El principio de legalidad penal constituye, sin lugar a dudas, un importante límite externo monopolístico del *ius puniendi* por parte del Estado. Ello es así porque su acatamiento impide que los poderes ejecutivo y judicial configuren libremente delitos, faltas o infracciones administrativas, circunstancia de agravación de penas, sanciones o medidas de seguridad. De ahí que tenga un fundamental carácter defensivo frente a toda clase de abusos o arbitrariedades en materia tan sensible como es la privación y restricción de la libertad individual[13].

En efecto, el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo segundo, inciso 24, literal «d», de la Constitución comporta, entre otras garantías, que las conductas prohibidas se encuentren claramente determinadas en la ley. Es lo que se denomina la exigencia de la garantía de la *lex certa*. La garantía de la *lex certa*, vincula al legislador y le impone la obligación de dictar leyes lo suficientemente claras como para ser comprendidas. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que la vulneración a la libertad individual, derivada de una violación a la garantía de la *lex certa*, se producirá en el momento en que, por el presunto hecho de infringir una norma, que no es lo suficientemente clara como para ser comprendida, se dicte una medida restrictiva de la libertad del procesado[14].

El Tribunal Constitucional considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que

---

1999 -fojas 982-, el Comprobante de Pago N° 00205 -fojas 981-, y los talones de cheques emitidos a favor de Fredy Pacheco Chamorro N°s 2161537 y 09484258 por S/. 30 000 y S/. 10 000 nuevos soles, respectivamente -fojas 988 y 989-, tal suma de dinero no fue devuelta jamás. La controversia se sitúa, en realidad, en el juicio de tipicidad penal que respecto de estos hechos efectúa el representante del Ministerio Público, en contraposición de una diferente interpretación asumida por la defensa de los procesados y por el propio Tribunal de Juzgamiento -plasmada en la sentencia impugnada-; de modo que es en este nivel en que discurrirá el desarrollo del presente análisis.

13 Huerta Tocildo, Susana, *Principio de Legalidad y normas sancionadores, El Principio de Legalidad*, Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

14 Sentencia del 4 de octubre del 2004, Exp. N° 2468-2004-HC, Tribunal Constitucional.

dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

Por tanto, resulta claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales[15].

Este Tribunal Constitucional puntualizó, también, que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones, en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica[16].

Por otro lado, en cuanto al control constitucional del principio de legalidad como regla general el Tribunal Constitucional estableció que la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos. Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. Como nuevamente lo ha expresado su par

---

15 Sentencia del 16 de Mayo del 2005, Exp. N° 2289-2005-PHC, Tribunal Constitucional.

16 Sentencia de fecha 29 de abril del 2005, recaída en el Exp. N° 01805-2005-PHC, Tribunal Constitucional.

español, mediante estos procesos se ha «encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución».

De ahí que solo excepcionalmente quepa efectuar el Supremo Intérprete de la Constitución un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer un sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime más adecuada, la justicia constitucional, en cambio, se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales[17].

Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional debe ser pasible de protección en esta vía, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable a la que realiza un juez penal. En efecto, como el Tribunal Constitucional ha señalado en diversas oportunidades, «[...] no puede acudirse al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como [...] la determinación de la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso

[17] Sentencia del 16 de Mayo del 2005, Exp. N° 2289-2005-PHC, Tribunal Constitucional.

constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en proceso penal, cuando ella se haya dictado con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben guardarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo» [cf. STC N° 1230-2002-HC/TC].

2.1. Incorporación de una nueva regla o proposición derivativa del principio de legalidad

El principio de legalidad tiene entonces dos proposiciones limitantes: a) No hay delito si la ley no lo prevé de manera clara; y b) no hay pena posible si la ley no lo declara. A los que nosotros debemos agregar otra proposición limitante, más próxima a nuestra realidad, c) no hay proceso penal sin que medie un comportamiento en el que confluyan la totalidad de los elementos típicos.

2.2. Concreción del principio de legalidad

2.2.1. De los estándares constitucionales sobre cómo debe estar formulada la imputación en el auto de procesamiento

a) Exigencia de precisión de los cargos imputados y los elementos de prueba en que se funda

En la sentencia del 14 de noviembre del 2005, STC N° 8125-2005-PHC/TC del 14/11/2005, se estableció los siguientes parámetros en materia de motivación de un auto de apertura de instrucción: «... No cabe duda que el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que: «El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado».

«... En otras palabras, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en

conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, (...) no (...) una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa ...».

b) Respecto a la interdicción de una subsunción penal arbitraria

El Supremo Intérprete de la Constitución en la sentencia del 23 de noviembre del 2004, STC N° 2758-2004-PHC/TC del 23/11/2004 sostuvo que: «... [existe] afectación del principio de legalidad penal (...) en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores ...»

c) Respecto a la interdicción de una imputación incongruente (ausencia de correspondencia lógica entre los datos fácticos reseñados en el auto de apertura y el delito instruido)

Además de las precitadas exigencias, en la sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de octubre de 2008, Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, Caso Giuliana Llamoja] resulta posible inferir una exigencia más en torno a cómo debe estar formulada una imputación en un auto de procesamiento. En efecto, el caso es que esta sentencia ha establecido los diferentes tipos de motivación deficiente que puede dar lugar a la nulidad de la resolución judicial objeto de control. Una de ellas es la motivación incoherente, es decir aquella que evidencia incongruencia interna en la relación entre la decisión y sus premisas fácticas. Así, a partir de lo dicho, cabe colegir que resulta absolutamente pasible de nulidad aquel auto de procesamiento que contenga una imputación incoherente, esto es, aquella que evidencie una falta de correspondencia o congruencia lógica entre el delito imputado y los datos fácticos considerados en el propio auto.

2.3. La garantía de la imputación penal concreta o de imputación «necesaria»

Es un derecho de los justiciables a obtener de los órganos estatales explicaciones concretas de los cargos que se le imputan, y es obligación

de los órganos estatales brindar esa (...) información a los justiciables. Es una obligación porque proviene de la motivación de las resoluciones judiciales y del correcto juicio de tipicidad; y se trata de un derecho porque proviene del derecho de defensa que le asiste a todo ciudadano al cual le imputan un hecho criminoso ...»[18].

Así, «... la imputación «necesaria» «... sólo debe servir dentro de un proceso penal para que el imputado tenga la información «necesaria» para que pueda ejercer eficazmente su derecho de defensa, tanto material como técnica. Por ello, (...) deberá estar focalizada en aquella resolución que marca del inicio del procesamiento penal...»[19].

Una de las manifestaciones de la garantía de la imputación concreta lo constituye la exigencia de la individualización jurídica o exigencia de que se diferencie el título de imputación del imputado desde el auto de inicio del proceso penal. El Tribunal Constitucional quiere que el juzgador penal, cuando inicia un procesamiento penal, «exprese» simplemente en su resolución judicial si dicho imputado es «autor» o «partícipe», pero no le exige que efectivamente esté «convencido» si tal título de imputación le corresponde o no, ya que ese grado de convencimiento será determinado más adelante con el acopio de las pruebas. CASTILLO ALVA sostiene que «(...) el principio de imputación necesaria no sólo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, o ante pluralidad de imputaciones o imputados, precisar cada uno de sus aportes, sino que debe necesariamente cumplir con establecer la distinción entre los autores (los que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional) y los partícipes, cómplices o instigadores que lesionan el bien jurídico de modo accesorio...»[20].

El concepto de individualización no sólo debe ser de «tipo personal», es decir, de tener certeza sobre la identificación (datos personales) del denunciado / imputado, sino que el concepto de individualización debe tener una connotación más amplia de «tipo factual», es decir, personalizando en la medida de lo posible el grado de aporte del denunciado / imputado en los hechos, para que así la

---

18 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El Control Constitucional en la Etapa de la Calificación del Proceso Penal*, p. 83.

19 *Ibidem*, p. 85.

20 *Ibidem*, pp. 69 y ss.

defensa –material y técnica– sea ejercida de manera eficiente [...]. El requisito fáctico del principio de imputación necesaria debe ser entendido como la exigencia de un relato circunstanciado y preciso de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a una persona[21].

La imputación concreta exige (...) un esfuerzo por definir ex ante (...) los contornos de la tipicidad de la conducta del sujeto procesado; se exige una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad por la cual debe ser procesado el imputado (...). No se exige un proyecto de sentencia cuando se emita un auto de apertura de instrucción sino sólo que los contornos por los cuales debe girar la defensa del imputado esté «suficientemente garantizada» (...). Y es que el auto de apertura de instrucción debe convertirse en el instrumento principal no sólo que garantice una debida motivación en aspectos fácticos y jurídicos, sino que garantice el derecho a la defensa de quienes están involucrados en un proceso penal[22].

El control del juicio de subsunción del auto de apertura no debe agotarse con el juicio de tipicidad objetiva sino que debe importar también un pronunciamiento en torno a las causas de justificación, resulta incorrecto decir que cuando se emite el auto de apertura de instrucción sólo se valora la tipicidad de la conducta, ya que también debe pronunciarse, de ser el caso, sobre las posibles causas de justificación (antijuridicidad)[23].

La garantía de la imputación concreta no implica la verificación y valoración de los indicios suficientes de los recaudos contenidos y acompañados de la denuncia; importa la comprobación de si el fiscal, en el caso concreto, ha cumplido con los deberes constitucionales y legales de ejercer con responsabilidad su función. En todo caso, la imputación necesaria y la imputación certera no deben superponerse en sus funciones, sino complementarse en orden de progresión, es decir, a medida que avanza el procesamiento penal se debe dejar a salvo el principio de imputación penal necesaria y debe pasarse a otro criterio garantístico: afianzar la imputación penal certera que abarca generalmente dos extremos: en primer lugar, la acreditación de la comisión del delito y, en segundo lugar, la responsabilidad definitiva del imputado[24].

---

21 *Ibidem*, p. 71.
22 *Ibidem*, p. 80.
23 *Ibidem*, p. 47.
24 *Ibidem*, pp. 85 y ss.

2.4. La excepción de naturaleza de acción como mecanismo procesal para la corrección de un proceso penal en que se infringió el Principio de Legalidad deducida

El artículo 5 del Código de Procedimientos Penales establece dos supuestos normativos para el empleo de la excepción de naturaleza de acción. Desarrollando la procedencia de la excepción de naturaleza de acción, el sobresaliente profesor y vocal supremo SAN MARTÍN señala, refiriéndose a los casos en los que procede la excepción de naturaleza de acción, lo siguiente: «(...) A nuestro juicio y sobre esa línea extensiva que tiende a fortalecer el derecho de defensa del imputado, consideramos que los supuestos deben ser más numerosos. En efecto, tiene que ver (...) b) si el delito es de resultado, con el juicio de imputación objetiva (...)»[25].

2.5. Funcionamiento de la excepción de naturaleza de acción en el supuesto normativo: el hecho no constituye delito

El principio de legalidad es un límite formal a la función punitiva del Estado cuyo objeto es someter el ejercicio del poder a la ley, conforme lo establece el artículo 2, inciso 24, parágrafo d, de la Constitución Política del Estado.

En efecto el artículo 2, inciso 24, parágrafo d de la Constitución consagra al principio de legalidad como rector del derecho penal y eleva a la categoría de norma constitucional a la denominada teoría del delito, en virtud de la cual solamente puede ser ilícito penal la acción, típica, antijurídica y culpable.

Para su funcionamiento u operatividad la teoría del injusto penal elabora un concepto de delito en forma de «moneda», distinguiendo entre dos «caras» del ilícito penal, a las que se denominan la faz positiva y la faz negativa del delito.

La faz positiva del delito se verifica cuando en el hecho imputado concurren los tres presupuestos de la punibilidad: tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad. La faz negativa del delito se produce cuando se presentan diversas situaciones previstas en la ley penal cuyo efecto es la imposibilidad de la concurrencia de alguno de los presupuestos de la punibilidad, impidiendo calificar al hecho como crimen.

---

[25] SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, p. 398.

La teoría del injusto penal permite responder a las preguntas ¿cuándo el hecho constituye delito?, y ¿cuándo el hecho no constituye delito?, en los siguientes términos:

El hecho constituye delito cuando concurren los presupuestos de la punibilidad: **tipicidad**, antijuridicidad y culpabilidad. Por aplicación de la regla lógica del sentido contrario, el hecho no constituye delito cuando falta uno de los presupuestos de la punibilidad o lo que equivale a decir, cuando los hechos imputados son atípicos por ejemplo.

Consecuentemente procede recurrir a la excepción de naturaleza de acción en el supuesto normativo que el hecho no constituye delito cuando se presenta alguno de los casos de faz negativa del delito.

2.6.- Alcances y límites del principio de legalidad penal (artículo 2°, inciso 24), literal «d», de la Constitución)[26]

El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal «d» del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, según el cual: «*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)*». Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11°, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15°.

El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal «d» del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea «*expresa e inequívoca*» (*Lex certa*).

El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de

[26] Sentencia del 3 de Enero del 2003, Exp. N.° 010-2002-AI/TC, Lima, Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos.

significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Esta exigencia de «*lex certa*» no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible *equivocidad*. Por eso se ha dicho, con razón, que «en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje» (CURY URZÚA, Enrique, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988, p. 69).

En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisible, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1989, p. 35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso «Encuesta a boca de urna» (Exp. N° 002-2001-AI/TC), citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema norteamericana, «una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad» (Fundamento Jurídico N° 6).

Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que: «*la exigencia de "lex certa" no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*» (STC 69/1989).

En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan **tipos abiertos** que, frente a la indeterminación, sobre todo, de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.

El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (Bustos R., Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1986, p. 62; Villavicencio Terreros, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1990, p. 61).

Nuevamente, en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener *«un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término "concepto jurídico indeterminado" se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la lex certa (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (...)»* (STC de 29 de setiembre de 1997).

2.7. Estándar de constitucionalidad de las normas penales con relación al principio de legalidad

La primera objeción de constitucionalidad que se hace a la norma en análisis radica en que define el delito de manera *«abstracta, general e imprecisa»*. Sobre este particular, debe tenerse presente que tanto las normas jurídicas, en general, como los tipos penales, en especial, tienen, por su propia naturaleza, un carácter abstracto y general; por lo que tales características, *per se*, no vulneran norma constitucional alguna.

Diferente es el caso del carácter *«impreciso»* de la norma penal que también se cuestiona; pues, como se ha indicado, el legislador, por mandato constitucional, debe tipificar los delitos de manera expresa e inequívoca, por lo que cabe analizar cada uno de los conceptos cuestionados a fin de verificar si se ha observado esta garantía.

Respecto a la frase «realiza actos»,cuestionada por los demandantes en razón de que *«no precisa de qué tipo de actos se trata»*, este Tribunal considera que esta supuesta imprecisión del tipo origina una aparente vulneración del principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional aprecia que tal hecho no es suficiente para excluir, por inconstitucional, del tipo penal la palabra «actos», ya que tales «actos» son los que están dirigidos a afectar la vida, el cuerpo, la salud, etc., con el objeto de crear zozobra o pánico en la comunidad. Es decir, este Tribunal entiende que ella, como se desprende por lo demás de una interpretación lógica del precepto analizado, se refiere a la comisión de «delitos (...)». Así delimitado el alcance de la norma bajo análisis, presenta un grado de determinación razonable, suficiente para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, por lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de legalidad.

También se alega vulneración del principio de legalidad penal puesto que la norma en referencia utiliza la expresión *«empleando materias»*. Se sostiene que es inconstitucional, pues no precisa qué tipo de materias, para luego agregar *«o artefactos explosivos (...)»*, **como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo**. Al respecto, este Tribunal debe señalar que, si bien es cierto que la norma utiliza la frase *«empleando (...) materias o artefactos explosivos»*, lo importante es evaluar si ella puede ser interpretada de manera que la prohibición penal quede adecuadamente determinada.

En este sentido, incluso desde una interpretación gramatical, es perfectamente posible concluir que el tipo penal se refiere a dos medios distintos: «materias explosivas» y «artefactos explosivos». Ambas expresiones tienen un significado distinto: la «materia explosiva» está referida a aquellas sustancias con potencialidad explosiva *per se*, que no requiere de mecanismos complejos en su elaboración; en cambio, el artefacto explosivo está referido a aquellos aparatos para cuya elaboración se requiere de conocimientos especiales. Adicionalmente, debe señalarse que la norma en cuestión no considera suficiente el uso de cualquier materia explosiva o artefacto explosivo, sino que requiere que éstas sean de una entidad tal que resulten capaces de causar cualquiera de los siguientes efectos: *«estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado»*.

Así precisado el alcance de la norma bajo análisis, presenta un grado de determinación razonable, suficiente, para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, por lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de legalidad. Desde luego, una interpretación distinta de la que se acaba de exponer, que amplíe el alcance de la prohibición penal por encima de los límites trazados (*malam parten*), resultaría contraria al principio de legalidad.

2.8. La analogía

Un primer aspecto a dilucidar es la adecuación **al principio *lex certa*** de las «cláusulas de extensión analógica». Para ello debe distinguirse dos supuestos diferentes: **i)** los casos de integración normativa, en los que, frente a un vacío normativo, el juzgador, utilizando la analogía con otras normas similares, crea una norma jurídica; y, **ii)** aquellos casos de interpretación jurídica en los que existe una norma, cuyo *sentido literal posible* regula el caso concreto, y el juzgador se limita a delimitar su alcance a través de un razonamiento analógico.

La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139°, inciso 9), Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, Hurtado Pozo, «A propósito de la interpretación de la ley penal», en *Derecho N° 46*, PUCP, 1992, p. 89).

Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos. (Bacigalupo, «El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», en *Revista Actualidad Penal*, N° 38, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas *sub examine*, por lo que no atentan contra el principio de *lex certa*.

Afirmada la constitucionalidad de las cláusulas en examen, en razón de la no afectación de la *lex certa*, en aras de contribuir con una tutela cabal del principio de legalidad, es importante que este Tribunal Constitucional precise los límites admisibles de interpretación de las cláusulas en examen (*lex stricta*).

En esta perspectiva, del texto de la norma se observa que ambas cláusulas («*de cualquier índole*» y «*cualquier otro bien y servicio*») están precedidas de la indicación de diferentes bienes, los que tienen la condición de bienes jurídicos penalmente tutelados por la respectiva normatividad penal. En consecuencia, la interpretación de la cláusula «*contra la seguridad de (...) vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole*» debe limitar su alcance a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación.

Por las mismas razones, la cláusula «*contra la seguridad de (...) cualquier otro bien o servicio*» debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a *bienes o servicios* que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal.

Tales pautas interpretativas, una vez más es preciso indicarlo, no afectan el principio de legalidad penal, pues se derivan de la propia formulación del precepto penal impugnado; de manera que, cuando este Tribunal Constitucional adiciona un sentido interpretativo, con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (*bonam partem*).

3. El Principio de Culpabilidad

3.1. Definición

El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el Derecho Penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado[27].

---

[27] Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

3.2. La constitucionalización del principio de culpabilidad

El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal «d» del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución. Su texto es el siguiente:

> «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible».

Este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el Exp. 0010-2002-AI/TC (fundamento 44 *et passim*) algunos de los alcances de este principio. Uno de ellos es el mandato de determinación legal del delito, por el cual éste debe ser claramente determinado por ley, de modo expreso e inequívoco (*lex certa*), evitando la promulgación de leyes que contemplen tipos penales con características poco definidas o abiertas, pudiendo existir un margen limitado de indeterminación como consecuencia de la propia naturaleza del lenguaje.

De lo vertido se desprende que –tipificado previa y claramente el delito y cometido éste– el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en qué consiste el delito y no otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. Así, principio de legalidad penal restringe a la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal.

Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito y que consiste en la calificación de reprobable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad.

El segundo principio del que se deriva el principio de culpabilidad en el ordenamiento constitucional es el principio de proporcionalidad

de las penas. Este Tribunal se ha expresado anteriormente sobre el tema en la sentencia recaída en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC, (fundamento 138 *et passim*) señalando que el principio de proporcionalidad de las penas ha sido constitucionalizado en el artículo 200° de la Constitución, en su último párrafo. Este principio tiene implicancias en las diversas etapas del proceso dirigido a la imposición de una sanción penal, como son la determinación legal de la pena, la determinación judicial o, si corresponde, la determinación administrativa penitenciaria de la pena.

En tal sentido, el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicable a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprobable resulte el acto respecto a la persona responsable.

De este modo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido, la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad se encuentra constitucionalizado y es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico[28].

3.3. Materialización del principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos: [e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el

---

[28] Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido.

Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno del principio del *ne bis in idem*, que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio[29].

4. Proporcionalidad de la Pena

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes[30].

Cuando nos referimos a la «proporcionalidad de la pena» debemos entender que esta se aplica en base a tres condiciones: i) idoneidad, ii) necesidad; y iii) proporcionalidad propiamente dicha; respecto a la primera condición, la pena o medida impuesta ha de ser apta para alcanzar el fin pretendido -disuasión y, sobre todo, resocialización del delincuente-, en cuanto a la segunda condición, implica que la pena a imponerse sea necesaria, pues no se podría aplicar otra igualmente eficaz, que no gravase los hechos afectados o lo hiciese en menor medida; respecto a la última condición, la sanción que se impone debe guardar un razonable equilibrio o proporción con los bienes jurídicos que se pretende salvaguardar[31].

4.1. Prohibición o interdicción de exceso

El principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, a fin de determinar la legitimidad constitucional de la disposición antes aludida. En primer lugar, se debe efectuar el análisis a la luz del principio de idoneidad. Este subprincipio exige que la

[29] Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

[30] Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28730, publicada el 13 mayo 2006.

[31] Ejecutoria Suprema del 15 de Junio del 2007, R.N. N° 579-2007, Sala Penal Transitoria.

ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

A juicio de este Tribunal, el artículo 3° del Decreto Legislativo 921 cumple con el subprincipio de idoneidad. En efecto, el legislador ha previsto, a través de tal dispositivo, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44° de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido.

En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado[32].

Lo anterior se complementa con lo establecido en el artículo VIII del Código Penal, referido a la proporcionalidad de las sanciones, al prescribir que: La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

5. Fines de la Pena y Medidas de Seguridad

5.1. Teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad

a) Teoría de la retribución absoluta

Son distintas las teorías de los fines de la pena desarrolladas en la doctrina. Una es la teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función

[32] Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: «ojo por ojo, diente por diente».

Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de nuestra Constitución Política, conforme al cual: «La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado».

b) Teoría de la prevención especial

Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y **reincorporación del penado a la sociedad».**

c) Teoría de la prevención general

La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de

significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal.

Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito.

Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus ROXIN los resume del siguiente modo:

> «(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.» («Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», en *Determinación judicial de la pena*. Compilador Julio B. J. MAIER, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28).

d) Teorías de la unión

Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio[33].

5.2. Derecho Penal y Constitución

Expuestas las distintas teorías en torno a la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, corresponde evaluar la temática desde

---

[33] Sentencia del 27 de Julio del 2005, Exp. N° 0019-2005-PI, Tribunal Constitucional.

una perspectiva constitucional, para lo cual conviene, ante todo, analizar la relación entre el Derecho Penal y el sistema material de valores reconocido en la Constitución.

El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbonell Mateu, «Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional.» (*Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 37).

En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder

punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena[34].

5.3. Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional

Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

Existen, distribuidas, una serie de competencias entre distintos órganos constitucionales expresamente dirigidas a combatir el delito. Así, el artículo 166° de la Constitución, prevé que la Policía Nacional:

> «(...) tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público o privado. Previene investiga y combate la delincuencia (...)».

Es de destacarse, asimismo, la función primordial que el artículo 59° de la Constitución confiere al Ministerio Público en la salvaguardia de los intereses públicos que se puedan ver amenazados o afectados por el delito:

> «Corresponde al Ministerio Público:
>
> 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

---

[34] Sentencia del 27 de Julio del 2005, Exp. N° 0019-2005-PI, Tribunal Constitucional.

2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir, desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte.
6. (...).»

Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal

«(...) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial». (Caso Antejuicio Político. STC 0006-2003-AI, Fundamento 18).

En efecto, es al Poder Judicial -encargado de ejercer la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138° de la Constitución)- a quien corresponde establecer las responsabilidades penales. Ello quiere decir que el Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal, y con la independencia que la Constitución le concede y exige (inciso 2 del artículo 139° e inciso 1 del artículo 146° de la Constitución), debe finalmente reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente.

Por otra parte, el particular daño que el delito genera en el Estado social y democrático de derecho motiva que su flagrancia o el peligro de su inminente realización, sea causa expresamente aceptada por la Constitución para la limitación de diversos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el inciso 9 del artículo 2° de la Constitución establece que:

«Toda persona tiene derecho:

(...)

A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él, ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...).»

Mientras que el literal f, inciso 24 del artículo 2°, señala:

«Nadie puede ser detenido, sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. (...)».

Asimismo, el literal g, inciso 24 del mismo artículo estipula:

> «Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos en la ley(...)».

Incluso, el delito flagrante se constituye en un límite a la inmunidad parlamentaria de los congresistas (artículo 93° de la Constitución).

En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en:

> «(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)» (artículo 44° de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución).

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su quantum específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución).

Es preciso destacar, sin embargo, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer «a toda costa» la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial) podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva, pues, como ha establecido la Corte Constitucional italiana:

> «(...) al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia» (Sentencia N° 107/1980, Fundamento 3).

Dicha Corte, en criterio que este Tribunal comparte, rechaza:

> «que la función y el fin de la pena misma se agoten en la esperada enmienda del reo, pues tiene como objeto exigencias irrenunciables de disuasión, prevención y defensa social´» (Id.).

Mientras que la Corte Constitucional colombiana ha destacado que:

> «Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador en favor del imputado, no puede (...) contrariarse el sentido de la pena que comporta la respuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias» (Sentencia C-762/02, Fundamento 6.4.5).

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho[35].

---

[35] Sentencia del 27 de Julio del 2005, Exp. N° 0019-2005-PI, Tribunal Constitucional.

5.4. El derecho-principio de dignidad de la persona y los fines constitucionales de la pena

Detrás de los fines constitucionales de la pena –reeducación, rehabilitación y reincorporación– también se encuentra necesariamente una concreción del derecho-principio de dignidad de la persona (artículo 1° de la constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Precisamente, dicho derecho-principio, en su dimensión negativa, impide que los seres humanos sean tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada persona, incluso la que delinque, debe ser considerada como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía[36].

5.5. Incompatibilidad de la política de persecución criminal de una Estado constitucional con el denominado Derecho penal del enemigo

La política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo; es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático.

No obstante, ello no quiere decir tampoco que el Derecho penal constitucional se convierta en un Derecho penal «simbólico», sino que debe responder eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y

---

[36] Sentencia del nueve de agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad[37].

5.6. Ejecución de política de persecución criminal del Estado

La ejecución de política de persecución criminal del Estado se debe realizar, necesariamente, respetando los principios y valores constitucionales así como los derechos fundamentales de las personas. Precisamente, la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y en que en su seno las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes lo detestan y con sus actos malsanos pretenden subvertirlo[38].

5.7. Proporcionalidad de las penas

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de

---

[37] Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

[38] Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que «la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)».

El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto a los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución.

Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y, por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

5.8. Los beneficios penitenciarios

En el Estado Democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, conforme a nuestra Constitución Política,

artículo 139°, inciso 22), constituye uno de los principios del régimen penitenciario, que, a su vez, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala *«el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados»*.

Como antes se ha expuesto, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o al momento de establecer el *quantum* de ellas.

Dentro de la condiciones cómo se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello obedece y es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, «si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo».

Sin embargo, la no concesión de determinados beneficios penitenciarios para los condenados, no es, *per se*, contrario al inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. No se deriva, en efecto, de dicho dispositivo constitucional, un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, éste pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

El problema, a juicio del Tribunal Constitucional, se presenta una vez que el legislador los ha previsto para el caso de los condenados por determinados delitos, y, no obstante ello, los niega para los condenados por otros. Pero, en ese caso, el problema de la validez constitucional de la prohibición ya no se deriva de su infracción del artículo 139°, inciso 22, de la Constitución, sino de su conformidad o

no con el artículo 2°, inciso 2°, de la misma Constitución, esto es, de su compatibilidad (o no) con el principio de igualdad jurídica.

En ese contexto, y recordando una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional, debe de señalarse que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables. Es decir, no está prohibido que el legislador realice tratamientos diferenciados. Lo que sí está prohibido es que dicha diferenciación en el trato sea arbitraria, ya sea por no poseer un elemento objetivo que la justifique o una justificación razonable que la respalde.

Desde esta perspectiva, independientemente de los que antes se han sostenido en relación a la cadena perpetua, el Tribunal Constitucional no considera que la no concesión de los beneficios penitenciarios infrinja *per se*, el principio de igualdad, toda vez que se justifican en atención a la especial gravedad del delito en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que, con su dictado, se persiguen proteger.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional debe de observar que la restricción para acceder a los beneficios penitenciarios no posee carácter general, sino únicamente está referida a los beneficios previstos en los Códigos Penal y de Ejecución Penal. Lo que no quiere decir que a los sentenciados les esté negado, *a priori*, cualquier eventual beneficio penitenciario, sino sólo los que están establecidos en los citados cuerpos legales, correspondiendo al legislador la posibilidad de regular determinados beneficios penitenciarios de acuerdo con la gravedad de los delitos por los cuales sus beneficiarios hubieran sido condenados.

5.9. El derecho a la integridad personal

La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.

Como el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos. No obstante ello, en ningún caso puede ser permitido

desconocer la *personalidad* del individuo y, por ende, su dignidad. Ni aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consubstanciales. La dignidad, así, constituye un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.

El respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que «todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado contra la dignidad humana». (Caso Loayza Tamayo, Párrafo 57).

Es cierto, que así como el *ius puniendi* del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso de cada sentenciado, es decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características personales, su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etc. No obstante, en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar como promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°, inciso 22) de la Constitución), se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole incluso su condición de persona humana.

La calificación de una pena como inhumana o degradante y, por lo tanto, como atentatoria del derecho a la integridad personal,

depende, en buena cuenta, del modo de ejecución de la misma. No puede desatenderse que, aunque proporcional, la simple imposición de la condena ya implica un grado importante de sufrimiento en el delincuente, por ello sería inconcebible que ésta venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación y envilecimiento en la persona.

Dicho trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional.

El Tribunal Constitucional considera, en atención a lo ya expuesto, que someter a un sentenciado a una pena que suponga el aislamiento absoluto durante el período de un año constituye una medida irrazonable y desproporcionada, constitutiva de una trato cruel e inhumano. Lo propio acontece con la exigencia de mantener al recluso en celdas unipersonales durante todo su período de confinamiento en un centro penitenciario. Por ello, los preceptos referidos, en cuanto consignan dichas medidas, son violatorios del artículo 2°, inciso 1) de la Constitución y del artículo 5°, incisos 1), 2) y 6), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al afectar el derecho a la libertad personal.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que son inconstitucionales las frases «con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego», así como «En ningún caso, y bajo responsabilidad del director del Establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación».

6. Principio de Igualdad

Conforme lo sostiene el Tribunal Constitucional, tal como lo ha sostenido anteriormente: «(...) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos».

El principio de Igualdad proscribe la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión[39].

El artículo 10 del CP., establece que la Ley Penal se aplica con igualdad. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales.

7. Principio de *ultima ratio*

Una lectura somera de nuestra jurisprudencia revela que el anotado principio no sólo eso, se configura como una suerte de idea-fuerza, centro de un sistema solar alrededor del que orbitan otros principios como el de «fragmentariedad», «proporcionalidad» y hasta el de «insignificancia». Sin embargo, no es fácil adentrarse en su significado, ya que estos términos suelen manejarse con harta vaguedad y hasta solapándose los unos con los otros. Esforcémonos, pues, en poner orden.

Como está jurídicamente consolidado, el Derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación sólo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la ultima ratio en relación con los demás medios de control social. El procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en

[39] Sentencia del 21 de Julio del 2005, Exp. N° 0019-2005-PI, Tribunal Constitucional.

cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa.

Bajo dichas consideraciones, la Corte Suprema, en el marco del principio *ne bis in idem*, destaca que tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada «prohibición de exceso», esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente.

El principio de *ne bis in idem* contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal; que en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes -posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro-; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta -dos mil dos- AA/TC, veintiocho sesenta y ocho-dos mil cuatro-AA/TC, veintitrés

veintidós - dos mil cuatro - AA/ TC, treinta y uno noventa y cuatro - dos mil cuatro - HC/TC, respectivamente[40].

Dado el entroncamiento con dicha discusión, debemos referirnos al tópico referido a las diferencias entre los ilícitos penales y faltas disciplinarias, en cuya lógica el autor Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas, destaca que:

En conclusión, tanto los delitos de funcionarios como las faltas disciplinarias se dirigen a la protección de bienes jurídicos, careciendo de todo fundamento cualquier intento de aducir la existencia de distinciones cualitativas entre ellos para circunscribir el concepto de ilícito administrativo-disciplinario a los hechos que lesionen intereses propios, exclusivos, de la Administración Pública. En ese dato hallará carta de naturaleza la «unidad funcional» del fenómeno sancionador, pues si a las infracciones no penales no puede imputárseles un contenido de injusto sustancialmente diverso del que les corresponde a los delitos, la teórica diferencia entre el Derecho disciplinario y el penal termina por transformarse en el necesario punto de convergencia que permitirá poner comunicación ambos sectores del ordenamiento jurídico. Aceptadas tales premisas, el problema se trasladará ahora al plano de la determinación de los bienes jurídicos en juego en una y otra regulación. El mismo bien jurídico podría recibir tutela a través de técnicas administrativas o penales, tal y como señala la STC de 8 de junio de 1981, lo que impedirá justificar la inaplicación del principio *non bis in idem*. Pero podría también apreciarse la existencia de una distinción cuantitativa o aun cualitativa entre ellos, y en ese caso deberá entrar a valorarse la relación de progresión o heterogeneidad en que se encuentren en sentido conceptua[41].

Postulados que resultan acordes a lo dispuesto en el artículo III del título preliminar del Código Procesal Penal, al prescribir que: Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

---

[40] Ejecutoria del 7 de junio de 2006, dos mil seis, R.N 2090-2005 Lambayeque, cuyos considerando cuarto y quinto constituyen precedentes vinculantes.

[41] Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*, Instituto Nacional de Administración Pública, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 225 y 226.

III
La Ley Penal

1. Aplicación de la ley penal

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo. Sin embargo, como excepción a este carácter irretroactivo surge el principio consagrado en el segundo párrafo del artículo ciento tres de la Constitución Política que establece la retroactividad de la «Ley Penal más favorable al reo en caso de duda o de conflicto entre leyes penales», y que tácitamente desplaza a la regla *tempus regit actum*.

En igual sentido, el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la norma *normarum*, estatuye que «es principio y derecho de la función jurisdiccional: La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

Asimismo, el artículo seis del Código Penal prescribe que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible; empero, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Dicha disposición es conexa con el principio constitucional de la aplicación retroactiva de la Ley en cuanto le sea favorable al reo.

Bajo esas premisas legales, que la ley penal aplicable a una relación jurídica será la que se encuentre vigente cuando sucedió la *quaestio facti* –como regla general– o, en su defecto, la que se promulgue con posterioridad siempre que sea más beneficiosa. Para establecer la mayor benignidad en la sucesión de leyes aplicables a un caso concreto –cuando concurra más de una ley desde el momento de ocurrido los hechos– debe efectuarse una comparación entre el contenido de los dispositivos que contengan y sobre ese mérito decidirse por la que sea más favorable al reo.

2. El principio de combinación

Es posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo los preceptos más favorables, en virtud al «principio de

combinación» que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo.

Es congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer –dentro de las leyes penales– los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza escoger entre dos leyes distintas –íntegramente– en el tiempo, resulta coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo.

Cabe enfatizar que con ello no se está creando una tercera Ley o *Lex tertia*, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad. Por lo demás, esta concepción guarda concordancia con el principio de necesidad de la intervención penal, porque cuando se producen variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo, es evidente que el legislador ha estimado necesario regular –en sentido benéfico– la intervención penal.

Por lo demás, el legislador ha consagrado el «principio de combinación en la Exposición de Motivos del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, a cuyo efecto ha señalado que «En acatamiento del artículo doscientos treinta y tres inciso siete de la Constitución Política [de mil novecientos setenta y nueve], se prescribe la aplicación de 'lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales' (artículo seis). De esta manera el Proyecto sustituye el principio de la unidad de leyes aplicable, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el artículo siete, del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas»[42].

3. Irretroactividad de la ley penal

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se erige el sistema jurídico. Tratándose de una disposición que forma parte del derecho penal material, la ley aplicable es la vigente al momento de cometerse el delito.

---

[42] Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116, Asunto: Combinación de Leyes o unidad en la aplicación de las leyes, del 13 de octubre de 2006.

Así se desprende del ordinal «d» del inciso 24) del artículo 2° de nuestra Constitución, a tenor del cual: «...Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley...».

De otra lado es también conocido que por mandato expreso de la Carta Fundamental del Estado una norma no puede ser aplicada de modo retroactivo, salvo en materia penal cuando favorece al reo. Así, el artículo 103° ha precisado literalmente que: «...Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo...». Esta excepción es aplicable a las normas del derecho penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una pena más leve. Por su parte el artículo 6° del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable.

Respecto a la irretroactividad de la ley, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de afirmar que: «... La aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se les aplica una norma que entró en vigencia después que éstos se produjeron. Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo...» (STC N° 1300-2002-HC/TC). No obstante, esta definición no debe ser aplicada de modo literal, sino que debe existir una interpretación activa, es decir, caso por caso. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional el cual ha señalado en un proceso constitucional de hábeas corpus que: «...El alegato del recurrente para cuestionar el proceso penal por el delito de corrupción de funcionarios en la modalidad cohecho pasivo impropio, se basa en que al momento de la comisión del mismo no estaba tipificada la conducta delictiva por la que se le condena y en que recién con la modificatoria del 6 de octubre de 2004 se amplía el hecho típico. Sin embargo, la conducta delictiva sí se encontraba tipificada en el artículo 394 del Código Penal, con anterioridad a dicha modificatoria, lo que era suficiente para la configuración del tipo penal...» (STC N° 1939-2004-PHC/TC).

Es conveniente aquí remitirnos a cuestionamiento sobre la materia en el marco del delito de enriquecimiento ilícito, a fin de determinar si

es que se ha afectado la irretroactividad de la ley penal, entre la norma jurídica en la que se basó la imputación, esto es el artículo 401° que preveía el delito de enriquecimiento ilícito conforme a la descripción típica efectuada por el Código Penal de 1991 y la modificatoria que sufrió dicha norma a través de la Ley 27482 (Ley que regula la publicación de la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado), la que en su artículo séptimo incorporó un párrafo en el artículo 401° del Código Penal, de fecha del 15 de junio de 2001, es decir posterior a los hechos materia de incriminación.

La descripción típica original (conforme al Código Penal de 1991) del delito enriquecimiento ilícito es como sigue: «El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años». A dicho artículo se le incorporó, a través de la Ley 27482 el siguiente párrafo: «Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita».

Analizados y comparados las dos descripciones típicas debemos afirmar, de modo categórico, que la modificatoria introducida por la ley a la que se ha hecho referencia en las consideraciones precedentes no inclúye ningún elemento típico nuevo, pues, en efecto, como bien lo ha precisado el A-quo, dicha incorporación lo único que hace es delimitar los elementos objetivos del tipo penal y no modifican la esencia de la imputación formulada contra el hoy recurrente, ni tampoco una agravación de la conducta que tenga repercusión con la intensidad de la respuesta punitiva de parte del Estado, por lo que su aplicación al caso no constituye una aplicación retroactiva de la ley penal. En tal sentido, este extremo de la demanda se desestimó.

El artículo 103 de la Constitución Política establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. Acorde a ello, el artículo 139°, inciso 11, de la Constitución garantiza la aplicación de la norma más favorable en materia penal cuando exista un conflicto de normas. Habrá conflicto

de normas en el tiempo, cuando una sucesión temporal de normas señale consecuencias distintas para el mismo hecho punible. Las normas vigentes con anterioridad a la comisión del hecho no entran en el conflicto de normas, puesto que ello importaría la aplicación de normas inexistentes al momento de la comisión del delito, violándose el principio de legalidad. El conflicto temporal se da entre la norma vigente al momento de la comisión del delito y una norma posterior que, en caso de ser más favorable, se aplica retroactivamente. Cuando haya más de una norma vigente al momento de la comisión del delito, por tratarse, por ejemplo, de un delito continuado, se aplicará, como norma vigente al momento de la comisión del delito, la última norma vigente durante su comisión. Esto es así, porque la norma vigente al momento de la comisión del delito se aplica de manera inmediata.

Un tópico interesante plantea el análisis del delito continuado a la luz del principio bajo análisis, la jurisprudencia nos ilustra la materia, destacando que al tratarse de un delito continuado que fue cometido durante la vigencia de dos normas penales con consecuencias jurídicas distintas: el Código Penal de 1991 y el Decreto Legislativo N° 813 no tratan de un conflicto de normas en el tiempo, por lo que no es amparable la aplicación de lo dispuesto en el artículo 139° de la Constitución[43].

4. La ley penal en el tiempo en los delitos continuados

El artículo 139°, inciso 11, de la Constitución garantiza la aplicación de la norma más favorable en materia penal cuando exista un conflicto de normas. Habrá conflicto de normas en el tiempo, cuando una sucesión temporal de normas señale consecuencias distintas para el mismo hecho punible. Las normas vigentes con anterioridad a la comisión del hecho no entran en el conflicto de normas, puesto que ello importaría la aplicación de normas inexistentes al momento de la comisión del delito, violándose el principio de legalidad. El conflicto temporal se da entre la norma vigente al momento de la comisión del delito y una norma posterior que, en caso de ser más favorable, se aplica retroactivamente.

---

[43] Sentencia del 12 de mayo del 2003, Exp. N° 0901-2003-HC, Tribunal Constitucional.

Cuando haya más de una norma vigente al momento de la comisión del delito, por tratarse, por ejemplo, de un delito continuado, se aplicará, como norma vigente al momento de la comisión del delito, la última norma vigente durante su comisión. Esto es así, porque la norma vigente al momento de la comisión del delito se aplica de manera inmediata.

En el caso de autos, se trata de un delito continuado que fue cometido durante la vigencia de dos normas penales con consecuencias jurídicas distintas: el Código Penal de 1991 y el Decreto Legislativo Nº 813. Tal como se ha establecido en los fundamentos precedentes no se trata de un conflicto de normas en el tiempo, por lo que no es amparable la aplicación de lo dispuesto en el artículo 139º de la Constitución[44].

5. Diferencias entre las normas materiales y las normas penitenciarias

Pese a que existe un nexo entre la ley penal [que califica la conducta antijurídica y establece la pena] y la penitenciaria [que regula las condiciones en las que se ejecutara la pena impuesta], esta última no tiene la naturaleza de una ley penal, cuya duda sobre sus alcances o eventual colisión con otras leyes imponga al juzgador la aplicación de la ley más favorable.

Desde esta perspectiva, atendiendo a que las normas que regulan el acceso al beneficio de semilibertad no son normas penales materiales sino normas de derecho penitenciario, sus disposiciones deben ser consideradas normas procedimentales puesto que establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de acceder a beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados. Por tanto, si no se configura una situación de excepción amparable por el artículo 139, inciso 11, de la Constitución, serán de aplicación las normas vigentes al momento de la tramitación del beneficio penitenciario[45].

---

[44] Sentencia del 12 de Mayo del 2003, Exp.Nº 0901-2003-HC, Tribunal Constitucional.

[45] Sentencia del 13 de Marzo del 2007, Exp. Nº 5909-2006-PHC, Tribunal Constitucional.

6. Discusiones en torno a la aplicación de la ley penal en supuestos de sucesión de normas penales - Enriquecimiento Ilícito

La Ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales; sin embargo, **al momento de tipificarse hechos al tipo penal de enriquecimiento ilícito, se está considerando leyes posteriores a la comisión del hecho delictivo.**

En efecto, la supuesta adecuación típica no se corresponde con las exigencias típicas del delito atribuido en su formulación primigenia, vigente al momento de los hechos, la misma que prescribía que el Enriquecimiento Ilícito es un delito mediante el cual el procesado **valiéndose de su cargo** se enriquece ilícitamente; lo que se explica, si hasta este momento del proceso no se probó cuál es la relación, cuál es el nexo de sus ingresos económicos y el cargo desempeñado; objetando, en tal sentido, que al incriminársele haberse visto incrementado su patrimonio de una manera desmedida, originándose un desbalance patrimonial, la sentencia ha echado mano de una manera fácil y perjudicial para el procesado, de los presupuestos contenidos en las modificatorias a dicho tipo penal introducidas por Leyes posteriores. Por lo que la modificatoria del artículo 401 del Código Penal resulta efectivamente un cambio de las exigencias típicas desfavorables para el acusado, decreciendo su concreción en su estructura típica del ilícito penal.

Circunscrito la discusión en el tópico referido a la aplicación temporal de la ley pena, debemos remitirnos al artículo 401° del Código Penal en su regulación primigenia, se tiene que la descripción típica del delito en referencia se encontraba formulada en los siguientes términos: «... [será reprimido penalmente] El funcionario o servidor público, que por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente...».

Luego, examinando las precisiones que sobre dicha formulación típica ha efectuado la Doctrina Nacional, cabe significar que en relación a éste se ha señalado lo siguiente: «... El artículo 401° del Código Penal hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito **tanto en función al sujeto que se enriquece como al modo en que se produce**; así la figura en estudio es atribuible sólo al sujeto público (funcionario y/o servidor) que por razón de su

cargo hace un incremento ilícito de su patrimonio, [siendo que] (...) enriquecerse por razón del cargo de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder, se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación necesaria entre el dato objeto del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito...»[46].

Que el origen del incremento patrimonial a partir del cargo ejercido para hacer de aquél un enriquecimiento ilícito se corresponde evidentemente con la ubicación sistemática de dicho ilícito dentro del rubro de los «delitos Contra la Administración Pública»; donde «... la «ilicitud» de éste [el enriquecimiento producido durante el ejercicio del cargo] recién proviene de la falta de demostración de sus orígenes legítimos ...»[47]. P.ej. ante un incremento patrimonial en una cuenta bancaria de un funcionario (...) Si el juez llegara a probar que el dinero provino de un asesoramiento totalmente ajeno a su cargo, ya no estaría probando el «enriquecimiento ilícito», sino cualquier otro delito o infracción administrativa.

Dicho en otros términos, «... si el enriquecimiento, es decir, el marcado y ostensible contraste entre lo que se tuvo antes del acceso al cargo y lo que se tiene durante o después de él, es el contenido material del delito en estudio», se deja de lado el elemento típico o contexto típico «por razón de su cargo».

Lo antes señalado se corresponde con la consabida subsidiareidad del delito de Enriquecimiento Ilícito, el que opera precisamente en defecto del procesamiento por otros ilícitos penales Contra la Administración Pública particularmente, siendo esta nota distintiva absolutamente inherente al referido ilícito; no resultando válido por ende que pueda sostenerse que tal característica esté condicionada a las variantes en la redacción de su formulación típica.

De esta forma, la redacción anterior del tipo penal de enriquecimiento ilícito contenía la frase por razón del cargo (...); la nueva redacción ha eliminado esta vinculación funcional de la acción de incremento patrimonial para referirse en cláusula abierta al hecho del funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su

---

[46] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos Contra la Administración Pública*, 2ª ed., Grijley, Enero 2001, pp. 461 y ss.

[47] *Op. cit.*, p. 548.

patrimonio, con lo cual pareciera que el legislador ha querido cubrir el amplio espectro de ilicitudes que provocan aumento patrimonial y que el sujeto público no puede justificar. Con ello el tipo penal se ha convertido en un tipo indeterminado en grado aún mayor que el que regía antes de la reforma.

Efectivamente, ahora el desbalance patrimonial del funcionario público, puede derivar de toda la gama de ilicitudes posibles no circunscritas solamente a las verificadas «en razón del cargo» como lo prescribía la formulación primigenia. Así entonces, es evidente que no se observó la ley penal vigente, y sus elementos típicos: la instrumentalización del cargo como medio del enriquecimiento ilícito, con una pretensión de que se demuestre, primero, la inconducta funcional perpetrada por el agente, y luego, la vinculación o nexo entre dicha inconducta y el acrecentamiento de su patrimonio.

IV
La función pública

1. La función pública conforme a la Constitución

En Tribunal Constitucional en la sentencia del 12 de agosto del 2005, Exp. N° 008-2005-PI/TC, Lima, se pronunció sobre el modelo de función pública que diseña nuestra Constitución en una sociedad democrática, toda vez que dicho articulado es obligatorio y vincula a todos aquellos que ejercen función pública.

El artículo 43° de la Constitución define al Estado como una República Democrática. Del mismo modo, conforme al artículo 45°, el poder del Estado emana del pueblo y el gobierno de la República del Perú es representativo y se organiza según el principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución). Asimismo, el artículo 169° de la Constitución dispone que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están subordinadas al poder constitucional. Por tanto, de las disposiciones constitucionales citadas se deriva el principio democrático que configura la convivencia de los ciudadanos del Perú, ya sean civiles, militares o policías, conforme al artículo 34° de la Constitución.

2. Titulares de la función pública

A tenor del artículo 39° de la Constitución, los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo Nacional de la Magistratura, los Magistrados Supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

Con relación a esta norma debemos recordar que, conforme a los artículos 161° y 201° de la Constitución, el Defensor del Pueblo y los Magistrados del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas laborales y funcionales que los Congresistas

(Caso Jorge Power Manchego Muñoz, en representación de 5,000 ciudadanos, contra diversos artículos de la Ley N° 28212, Exp. N° 0038-2004-AI/TC, fundamento 15).

Consecuentemente, estos altos funcionarios y autoridades del Estado, así como los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza y los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, a que se refiere el artículo 40° de la Constitución, están al servicio de la Nación.

Del mismo modo, como ya se expuso, el artículo 39° de la Constitución dispone que el Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio de la Nación. Por su parte los artículos 137° y 118° inciso 14° de la misma Norma Suprema establecen que el Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y que organiza, distribuye y dispone el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Entonces, si al Presidente de la República le corresponde la más alta jerarquía en el servicio de la Nación, es claro que sus subordinados también sirven a la Nación. Pero no sólo los artículos constitucionales citados permiten interpretar que la Constitución reconoce a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional como servidores de la Nación en el desempeño de la función pública que la Constitución y las leyes les asignan, sino también los artículos 169° y 171° de la Constitución, cuando disponen que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes, que están subordinadas al Poder Constitucional y que participan en el desarrollo económico y social del país.

Por tanto, para la Constitución la función pública que, por tal, se encuentra al servicio de la Nación, la ejercen dos grandes grupos de servidores estatales, a saber: los servidores civiles y los servidores que cumplen función militar y policial. En relación a estas últimas, conforme a las normas constitucionales, a los fundamentos precedentes y al principio democrático, ejercen sus funciones bajo la supremacía del poder democrático, civil y constitucional.

3. Finalidad esencial de la función pública al servicio de la Nación conforme a la Constitución y confianza de los ciudadanos

Los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías, están obligados, conforme el artículo 44° de la Constitución, por los deberes

primordiales de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

En suma, de las normas citadas se concluye que la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública.

Los artículos 40° y 41° de la Constitución establecen una serie de normas relativas a la publicidad de los ingresos que perciben los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías. El segundo párrafo del artículo 40° precisa que es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos. Por su parte, el artículo 41° establece que los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

El precitado artículo 41° de la Constitución señala algunas normas relativas al control frente al enriquecimiento ilícito, como por ejemplo que, cuando se presume éste, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial; asimismo, la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública; y que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

Las normas constitucionales citadas se justifican en la medida que la Constitución pretende prevenir y sancionar el mal uso de los recursos públicos, por ser un hecho que socava la confianza ciudadana en los servidores de la Nación.

En efecto, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ya se refirió a la independencia judicial

como elemento necesario para inspirar la confianza ciudadana en los tribunales (Caso Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, Exp. N° 0004-2004-CC, fundamento 33).

Siguiendo al mismo alto Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Caso Ahmed y otros vs. El Reino Unido, Sentencia del 2 de setiembre de 1998, *mutatis mutandis*, fundamento 53), el Tribunal Constitucional del Perú considera como uno de los elementos esenciales de nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho la obligación de todos los servidores de la Nación, independientemente de su jerarquía y la función pública que cumplan en los ámbitos civil, militar y policial, de que ejerzan dicha función con probidad, honestidad y austeridad en el manejo de los recursos públicos, necesarias para generar la confianza ciudadana en los servidores de la Nación a través de la cual el modelo democrático establecido por la Constitución se legitima.

En materia del rol del notariado en la sociedad, el Tribunal Constitucional, expresando que en «nuestro país se adscribe al sistema de organización notarial de tipo latino, en virtud del cual el notario es un profesional del derecho que, en forma imparcial e independiente, ejerce una función pública consistente en autenticar, redactar, conservar y reproducir los documentos, así como asesorar de manera imparcial a quienes soliciten su intervención, incluyéndose la certificación de hechos» [STC N° 004-1997-AI/TC]. A ello habría que añadirle que se le encarga la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia, tal como ha sido determinado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1049, del Notariado.

Que esta importante función no implica que el Notario Público pueda ser considerado como una autoridad o un funcionario público, ya que actúa a nombre y por cuenta propia, sin que sus actos comprometen a la Administración, bajo supervisión del Estado, es decir, no existe una relación Administración-Administrado. Tal razonamiento ha sido recogido por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 003-2009-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, publicado el 5 de marzo de 2009, en el diario oficial El Peruano, que establece: «El notario no es funcionario público para ningún efecto legal». Por consiguiente, al haberse interpuesto la demanda contra un sujeto que no puede ser considerado funcionario o autoridad pública, la demanda debe ser desestimada.

4. Los funcionarios de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta

En la resolución del 11 de abril del 2007, Inc. 19-2006 -«E», se discutió sobre el presente tópico, resaltando que el artículo 40° de la Constitución Política del Perú, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 425° del Código Penal, en el entendido que, a diferencia de este último, el primero excluye de la función pública a los que prestan servicios en las empresas del Estado o de Sociedades de Economía Mixta y, por ende, no le resultaría imputable el delito funcional que se le atribuye. Que, las normas invocadas, textualmente indican: 5.1. Por un lado, el artículo 40° de la Constitución Política del Estado, establece lo siguiente: «[1° párrafo] La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uño más por función docente. [2° párrafo] **No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.** [3° párrafo] Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos»; 5.2. Que el artículo 425° del Código Penal, prescribe que «**Se consideran funcionarios o servidores públicos**: '1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. **Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.** 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución y la Ley».

Recalca que el tema materia de examen fue abordado por este Superior Colegiado al conocer y resolver el incidente 23-2006-»C» con fecha veintidós de Diciembre del dos mil seis, en la que remitiéndose a

lo expresado por el Tribunal Constitucional, se señaló que: «'... El hecho de que una norma constitucional pueda ser analizada a partir de su contenido textual no significa que la función del operador del Derecho se agote, en un encasillamiento elemental o particularizado, con el que se ignore o minimice los contenidos de otros dispositivos constitucionales con mayor razón si resulta evidente que aquéllas resultan siendo no un simple complemento, sino en muchos casos una obligada fuente de referencia por su relación o implicancia con el dispositivo examinado. La verdad, aunque resulte elemental decirlo, es que **las consideraciones sobre un determinado dispositivo constitucional sólo pueden darse cuando aquéllas se desprenden de una interpretación integral de la Constitución y no de una parte o sector de la misma** ...' (...) Que del contexto mismo del dispositivo constitucional en referencia (artículo cuarenta de la Constitución Política del Estado), esto es, no circunscribiendo el análisis al segundo párrafo, sino ponderando también lo establecido en el primero y tercero, se tiene que la citada norma aborda estrictamente aspectos relacionados a la carrera administrativa a propósito de la regulación de la función pública a que se contrae el Capítulo IV (artículos treinta y nueve al cuarenta y dos), no desprendiéndose en absoluto una identificación o equiparidad entre ambos conceptos, dado que, como bien se sabe, las fuentes de atribución o de incorporación a la función pública no se agota en el acceso a ésta a través de las exigencias formales propias de la fuente administrativa. Luego, es de colegirse que conforme lo puntualiza la doctrina nacional '... **el mensaje del segundo párrafo del artículo cuarenta de la Constitución no está centrado en la idea de cancelar la titularidad pública de los funcionarios y servidores que desempeñan funciones y servicios en los entes empresariales del Estado sino exclusivamente en fines previsionales en el contexto del ámbito administrativo** ...'[48]; (...) Que, por otro lado, a la luz de la apreciación en conjunto de las demás disposiciones constitucionales previstas en la Carta Magna (particularmente, Capítulo IV - artículos treintinueve al cuarentidós sobre la Función Pública), se desprende que **devendría en un contrasentido interpretar que la Constitución Política permite algo como la despenalización de comportamientos funcionales de**

[48] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos Contra la Administración Pública*, 3ª ed., Grijley, octubre 2003, p. 54.

quienes manejan fondos del Estado en los entes empresariales del mismo o de quienes en dicho ámbito ostentan determinadas capacidades relativas a la gestión o administración de aquéllos, dado que estas competencias se hallan vinculadas con los intereses de la administración pública, en estricta y objetiva consideración al ejercicio y/o destino de las actividades, al margen de la calidad de los agentes; (...) Que, por lo demás, pretenderse sostener que la Constitución es la norma que define quiénes tienen la calidad de funcionario público y, peor aún, que dicha norma acoge una concepción estrictamente administrativista de la función pública, importa soslayar por ejemplo lo establecido en el artículo cuarenta y uno, en el que se precisa que 'Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos ...'; de lo que se colige que la propia Constitución supedita dicha configuración a lo previsto en las normas legales correspondientes, no atribuyéndose para sí, en modo alguno, tal determinación; (...). Así entonces, lo antes señalado nos remite a la precisión en torno a la naturaleza de la función pública, la cual, desde una concepción material de destino o teleológica '... existirá (...) siempre y cuando las actividades realizadas o por realizar se hallen destinadas al interés colectivo o al bien común. En este punto se presentan dos bifurcaciones: primero, cuando tales actividades macro son predicables a los agentes públicos y a los órganos públicos-estatales; y segundo cuando no se exige que sean necesariamente estos sujetos especiales quienes planeen, dirijan u ordenen, dejando abierta por lo mismo la concepción de entidades privadas que ejercen función pública. En el primer caso estamos frente a la concepción tradicional ortodoxa de función pública, en el segundo en una concepción extensiva o ampliada...'. (...) Esta concepción amplia es la que recoge nuestro Código Penal cuando, en el artículo 425° inciso 3, prevé que 'Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos'; la misma que, conforme a lo antes acotado, no resulta en modo alguno incompatible con la Constitución; (...). Finalmente, es el caso significar que esta

última concepción de alcance amplio sobre función pública, se corresponde también con la definición que sobre la misma establece la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado Peruano el diez de diciembre del año dos mil tres, esto es, función pública como '... toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos'»; en consecuencia, estando al criterio adoptado por este Superior Colegiado, se tiene que el delito que se le imputa al excepcionante por su vinculación funcional con la Empresa Petróleos del Perú S.A., sí se corresponde con el delito contra la Administración Pública –Colusión– dada su condición de funcionario público.

La actividad empresarial del Estado prescribe el artículo 60° de la Constitución, en el marco de una economía social de mercado, tiene carácter subsidiario [el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que por tal principio de subsidiaridad de la actuación del Estado en la economía, el Estado realizada una función supletoria ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común, que se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada: así, Sentencia del Tribunal Constitucional –en adelante, STCN° 008-2003-AI/TC, del once de septiembre de mil novecientos noventitrés]. Precisa la citada norma constitucional que el Estado sólo por ley expresa puede intervenir empresarialmente, directa o indirectamente, y siempre «...por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional». Se requiere, entonces, una ley formalmente aprobada por el Congreso que autorice la realización de una actividad comercial por parte de entidad estatal; además, compete al Congreso, en la necesidad de evitar que el Estado distraiga recursos públicos en el desarrollo de actividades que no son prioritarias determinar cuándo se está ante una situación de interés público o de manifiesta conveniencia nacional (Conforme: GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, «Principio de subsidiaridad», en *La Constitución Comentada*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 842). Por lo demás, la noción «interés público», como ha precisado el Tribunal

Constitucional, «...es todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares» (STC N° 3238-2003-AA, del quince de junio de dos mil cuatro).

V
Autoría y participación

1. La autoría en los delitos especiales

El autor argentino Enrique BACIGALUPO, respecto a los delitos especiales, afirma que hay ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas que tienen las características especiales requeridas por la ley para ser autor; se trata de delitos que importan la violación de una norma especial[49].

Los autores españoles Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Luis ARROYO ZAPATERO, Nicolás GARCÍA RIVAS, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, y José Ramón SERRANO-PIEDECASAS sostienen que mientras los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier sujeto, los delitos especiales solo pueden ser realizados por algunos sujetos[50].

El autor colombiano Alfonso REYES ECHANDÍA al comentar los tipos de sujeto activo cualificado sostiene que son aquellos que requieren en el sujeto activo una cualidad o categoría especial sin la cual la conducta no es típica o se adecua a otro tipo penal; dicha cualificación puede ser natural, jurídica o profesional[51].

De esta forma, en el marco del artículo 387 corresponde a un tipo penal cualificado por el agente; no cualquier persona puede ser autor de peculado doloso por apropiación, ni siquiera basta que sea un funcionario público, se exige que respecto a los fondos públicos objeto de la apropiación, el agente tenga una función de administración o custodia, el llamado nexo funcional.

---

49 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 237.

50 Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Luis ARROYO ZAPATERO, Nicolás GARCÍA RIVAS, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y José Ramón SERRANO-PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999, p. 155.

51 REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Tipicidad*, Temis, Bogotá, 1987, p. 128.

La doctrina nacional desarrolla con toda claridad el significado del elemento típico nexo funcional, fijando el contenido de la relación que existe entre el funcionario público autor y los caudales o efectos.

Manuel ABANTO VÁSQUEZ comenta que el tipo penal de peculado doloso por apropiación exige que el sujeto activo tenga una «competencia funcionarial específica» sobre los fondos públicos[52].

El autor de peculado tiene una relación funcionaria **específica** pues se comete mediante la violación de **deberes especiales** del cargo que tiene respecto de fondos públicos cuya administración o custodia corresponde a su competencia «propia»[53].

Explica ABANTO VÁSQUEZ que la delimitación estricta del sujeto activo del peculado es consecuencia de una adecuada interpretación del bien jurídico funcionamiento de la Administración Pública; éste solamente será afectado si el funcionario ataca el patrimonio del Estado mediante la violación de un deber de función específico, no constituye este ilícito penal la violación de deberes generales del cargo[54].

Fidel ROJAS VARGAS, luego de señalar que el contenido de la relación funcional es el componente más importante del tipo penal de peculado, precisa que la posesión de los caudales o efectos en administración o custodia constituye una **«función específica»** del funcionario público, una manifestación inherente al marco de sus competencias[55].

El profesor colombiano Antonio J. CANCINO MORENO afirma que el autor de peculado tiene la posibilidad de disponer de la cosa por fuera de la esfera de vigilancia de otro; como titular de la función de administración tiene un poder autónomo sobre los fondos públicos, sin sujeción a otra potestad para disponer de ellos[56].

La posesión de los fondos públicos debe corresponder a la «competencia propia del cargo», pues solamente así se puede realizar la «especial violación de los deberes funcionales» que constituye el peculado[57].

---

52 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, p. 336.

53 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 337.

54 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 338.

55 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002, p. 332.

56 CANCINO MORENO, Antonio J., *El delito de peculado en el Nuevo Código Penal*, Temis, Bogotá, 1983, pp. 76 y 77.

57 CANCINO MORENO, Antonio J., *op. cit.*, p. 79.

El peculado se comete violando un deber de función específico del cargo y no un deber de función genérico[58]. El funcionario público se apropia de fondos públicos sobre los que tiene una «posesión calificada por la razón de la función»[59].

El profesor argentino Edgardo Alberto DONNA señala que el autor requiere de una **relación especial** con los caudales o efectos; el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos en los fines establecidos en la ley; de allí que por ejemplo los funcionarios que pueden imputar fondos públicos, esto es, señalar en que se deberían aplicar, pero no disponerlos, no son sujetos activos de peculado[60].

El autor costarricense Francisco CASTILLO GONZALES afirma que el peculado «no puede fundamentarse en una obligación general del funcionario público de cuidar los bienes del Estado o de sus instituciones», requiere de la violación de **«una obligación específica del cargo que ocupa»** por la que tiene la posesión de los fondos públicos[61].

El profesor español de la Universidad de Deusto Xavier ETXEBARRIA ZARRABEITIA, afirma que la relación de dependencia entre el caudal y el sujeto activo es consecuencia de la competencia específica del autor para el manejo o custodia de los fondos públicos; en el delito de peculado no se incrimina la infracción de deberes genéricos de fidelidad de la custodia del patrimonio del Estado, sino la vulneración de deberes específicos[62].

El profesor español de la Universidad de Oviedo Luis ROCA AGAPITO señala que para ser autor del delito de peculado doloso por apropiación se deben verificar dos elementos: la cualidad de funcionario o autoridad pública y la **relación específica con los caudales**, los que se poseen por razón de la función[63].

---

58 CANCINO MORENO, Antonio J., *op. cit.*, p. 81.

59 CANCINO MORENO, Antonio J., *op. cit.*, p. 82.

60 DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 267 y 268.

61 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *El delito de peculado*, Juritexto, San José, Costa Rica, 2000, p. 52.

62 ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier, obra colectiva, *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 191 y 192.

63 ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 79.

La exigencia típica es de una relación especial entre los caudales públicos y el funcionario, aquéllos deben estar a su cargo por razones de la función pública específica que ejerce; no basta cualquier relación del funcionario con los fondos públicos para que se configure el delito de peculado doloso por apropiación[64]; se requiere una relación de dependencia inmediata, una competencia específica sobre los efectos públicos por caer dentro del ámbito de atribuciones propias del cargo[65].

Sujeto activo de peculado, o si se prefiere el peculador, solamente lo es el funcionario público que percibe, administra o custodia fondos públicos que le estén confiados en razón de su cargo.

En conclusión, no basta la condición de funcionario público para ser autor de peculado, se requiere además tener el deber de función específico de percibir, administrar o custodiar los fondos públicos que son el objeto del acto de apropiación.

2. La coautoría

El dominio del hecho en su conjunto «solo es poseído por el colectivo»[66] involucrado, pues se trata de una comunidad colectiva conectada objetivamente y subjetivamente de cara a los propósitos y logros trasgresores. Los ejecutores materiales de los hechos probados son sujetos que plenamente responsables, exhiben condiciones y aportan lo suyo en el marco de una división organizada de trabajo global, del

---

[64] ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, p. 151.

[65] ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, p. 157.

[66] Maestro alemán, quien recientemente, con motivo del denominado «caso Fujimori», llamó la atención que: «**la vestimenta dogmática no se ha confeccionado *ad hoc* para Fujimori, antes bien lo catalogó el Tribunal en un género de confección que ya había sido portado previamente por los organizadores de los actos violentos nacionalsocialista y comunistas.** (...) La solución esbozada –esto es: Fujimori como coautor junto con sus esbirros y, en el caso presente, también *viceversa*– tiene la poderosa ventaja de que pone de relieve la igualdad *jurídica* de los partícipes en sus *ámbitos de organización* y no se queda únicamente en la dinámica de fácticos, esto es, de los hechos realizados. Las «ruedecitas intercambiables» en el «aparato de poder organizado» son, desde el punto de vista jurídico, personas responsables que actuaron conjuntamente con Fujimori, de la misma manera que éste actuó con ellas: *los grandes son grandes no sin los pequeños*. **La postura que defiende la autoría mediata mediante el uso de un aparato de poder organizado soslaya esta *objetiva* dependencia recíproca en delitos de organización».** JAKOBS, Günther, «Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori», en *La autoría mediata, El caso Fujimori, Kai Ambos/Iván Meini*, ARA Editores, Lima, 2010, pp. 92 y 97.

que son coautores. Postura dogmática coherente con el principio jurídico penal contenido en artículo VII del título preliminar del Código Penal, que prescribe que: «**La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva**»[67], principio cuyo espectro aplicativo, dada su condición y ubicación sistemática, se irradia a todos los tipos penales, y cuya vigencia se acentúa, en los supuestos de confluencia de varios sujetos activos en la dinámica comisiva del delito, esto es, exige efectuar un análisis riguroso de los posibles excesos en la producción de los resultados, conforme lo hemos expuesto líneas precedentes, excesos que no pueden imputársele, acríticamente, al hombre de arriba.

El artículo 23° del Código Penal define que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Para ello es preciso un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, **siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso** respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos. Los límites de la aceptación pueden desprenderse de la configuración del hecho aceptada por los intervinientes, so pena de incurrir en arbitrariedad.

Superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido. No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho. De esta forma, a través de su aportación, todos los coautores dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, esto es, alzarse en armas en el caso concreto. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

---

[67] Principio que es destacado en el ítem 7 del Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116, del 13 de noviembre del 2009, al puntualizar que: «*la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisible, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal*».

3. El coautor en el delito de infracción del deber

Claus ROXIN, el gran maestro alemán, luego de elaborar el criterio del dominio del hecho para imputar a una persona la condición de autor del delito, de «señor del hecho», o «figura central del suceso acaecido», desarrolla el criterio de la infracción del deber para identificar al autor en ciertos delitos en los que no es aplicable el principio del dominio del hecho, pues la autoría se fundamenta en la infracción de un deber[685 69].

Se trata de los delitos de infracción del deber en los que la autoría se determina por el criterio de la infracción de un deber extrapenal, aquí se encuentran los delitos especiales y los delitos de omisión impropia. El círculo de autores es limitado porque solamente el número reducido de personas que tienen el deber especial de realizar u omitir ciertas conductas para no lesionar al bien jurídico, pueden ser autores de esta clase de delitos[70].

Autor es la persona que lesiona un deber especial que específicamente la obliga[71 72 73].

El fundamento de la autoría es la infracción de un deber especial diferente al deber general de respetar las normas, propio de todo delito y que alcanza a todos los intervinientes, incluyendo al instigador y el cómplice; el deber extrapenal no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, solamente alcanza al autor[74 75 76 77].

Comenta ROXIN que en el caso de los delitos de funcionarios, el fundamento de la autoría es un deber de función específico, no el quebrantamiento de un deber de función general[78].

---

68 ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, traducción de la 6ª ed. alemana, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 383 a 386.

69 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción del deber y participación delictiva*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2002, pp. 27 a 31.

70 PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, obra colectiva, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 748 y 749.

71 JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997, p. 831.

72 Claus Roxin, obra citada, p. 384.

73 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, p. 30.

74 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 385.

75 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, p. 30.

76 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 385.

77 ZUGALDÍA ESPINAR, José M., *op. cit.*, p. 749.

78 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 389.

La doctrina no es pacífica en torno al coautor en los delitos de infracción del deber; el profesor español de la Universidad Complutense, Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, opina que **no se puede hablar de coautoría en este tipo de delitos**, ni siquiera con características distintas al caso de los delitos de dominio; el profesor español de la Universidad de Granada, Esteban Juan PÉREZ ALONSO, si bien teóricamente la admite, precisa que carece de trascendencia[79] [80].

En la posición que no acepta al coautor en los delitos de infracción del deber se recurre; o a la autoría accesoria al considerarse que no existen deberes especiales comunes, éstos son personalísimos y cada sujeto responde por su violación como autor de manera independiente; o a las reglas del coautor del delito de dominio, pues en caso que varios obligados se repartan roles y cometan el delito conjuntamente, la coautoría no se determina por la violación de un deber especial común, sino porque cometen un delito de dominio como coautores[81].

La posición que si admite al coautor establece diferencias con los casos de delitos de dominio; la coautoría en los delitos de infracción del deber no se verifica por las aportaciones conjuntas que se dan en la fase de ejecución, sino por la producción del resultado que se determina por «el quebrantamiento conjunto del deber común». La coautoría en el delito de infracción del deber es más estrecha que en el delito de dominio, ya que solamente se produce cuando «**varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber**»[82].

La distinción entre coautor y partícipe se mantiene en el delito de infracción del deber; «partícipe es aquel que coopera en la realización del tipo **sin vulnerar el deber especial extrapenal** fundamentador de la autoría»[83]. «El partícipe **no se encuentra** en la relación de deber especial requerida en el tipo»[84].

La coautoría en el delito de infracción del deber tiene el problema de poder imputarse la condición de coautor a un sujeto que, si bien ha violado el deber especial extrapenal, no ha realizado ninguna aportación en la fase de ejecución del delito, lo cual trasgrediría el límite formal de la función punitiva del Estado: principio de legalidad.

---

79 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, pp. 203 a 206.
80 PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *op. cit.*, p. 750.
81 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, p. 205.
82 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 389.
83 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 395.
84 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 395.

Se critica a la teoría de los delitos de infracción del deber por desconocer la necesidad que el sujeto realice actos expresamente requeridos en el tipo penal, al fundamentar la imputación como autor solamente en la violación del deber especial extrapenal, reitero, sin que se exija intervención en la realización de la acción típica[85].

El profesor español de la Universidad de Alcalá, Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, sostiene que a fin de garantizar que la utilización de los delitos de infracción del deber no afecta al principio de legalidad, solamente se podrán emplear cuando existan tipos penales en los que la conducta delictiva se describa de tal forma que resulte indiferente si se realiza a través de comisión u omisión, a fin de resaltar que la autoría se basa en la violación del deber de función especial extrapenal[86].

4. El delito de infracción del deber y el coautor en el Código Penal de 1991

No corresponde en este momento establecer si en el Código Penal Peruano se admite la teoría de los delitos de infracción del deber, pero sí corresponde señalar que **el artículo 23 no permite aplicarla para el caso de la coautoría**, al no aceptarse que el sujeto que no interviene en la ejecución del delito, solamente sobre por la violación del deber especial extrapenal, sea considerado como coautor.

A continuación se demuestra que en el Código de 1991 se exige que el coautor intervenga en la realización de la acción típica que se lleva adelante en la fase ejecutiva del *iter criminis*.

El artículo 23 del Código Penal regula las figuras de la autoría, autoría mediata y coautoría, al prescribir el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y **los que lo cometan conjuntamente** serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.» (Resaltado nuestro)

El artículo 23 define a los coautores como las personas que cometen el hecho punible conjuntamente.

---

[85] MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tecfoto, Barcelona, 1998, p. 371.

[86] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General* I, Universitas, Madrid, 1999, p. 306.

La dogmática jurídica (la doctrina aplicada a la ley) y la jurisprudencia determinan el significado de cometer el hecho punible conjuntamente, esto es, de la coautoría.

La jurisprudencia nacional ha establecido las características del coautor[87]:

ELEMENTOS DEL COAUTOR	
1. Pluralidad de agentes 3. División de roles criminales 5. Co-dominio funcional	2. Decisión delictiva común 4. Co-ejecución de la acción típica

La jurisprudencia nacional de manera uniforme exige como uno de los elementos de la coautoría la realización de actos de ejecución; el coautor interviene en la fase ejecutiva del *iter criminis*, esto es, efectúa parte de la acción típica.

De igual forma se pronuncia la doctrina peruana más importante. José HURTADO POZO afirma que en la legislación penal peruana los coautores son las personas que realizan actos ejecutivos, intervienen en la ejecución del hecho punible[88] [89]. Felipe VILLAVICENCIO TERREROS

---

[87] Ejecutoria Suprema del 11/3/98 Exp. N° 6017-97, Lima; Ejecutoria Suprema del 25/1/96 Exp. N° 4647-95, Lambayeque; Ejecutoria Suprema del 26/3/99 Exp. N° 261-99 Lambayeque; Ejecutoria Suprema del 25/1/96 Exp. N° 4647-95, Lambayeque; Ejecutoria Suprema del 25/3/98 Exp. N° 5924-97 Piura; Ejecutoria Suprema del 25/1/96 Exp. N° 4647-95, Lambayeque; Ejecutoria Suprema del 19/10/98 Exp. N° 3335-98 Huánuco. (Fidel Rojas Vargas, Código Penal); asimismo la Ejecutoria Suprema del 20/11/97 Exp. N° 3900-97, Lima; Ejecutoria Suprema del 11/03/99 Exp. N° 5315-98 La Libertad; Ejecutoria Suprema del 21/01/99 Exp. N° 4855-98, Lima; Ejecutoria Suprema del 26/01/99 Exp. N° 5088-98, Lima; Ejecutoria Suprema del 23/03/99 Exp. N° 102-99, Lima; Ejecutoria Suprema del 09/10/97 Exp. N° 4484-97, Cañete; Ejecutoria Suprema del 15/09/98 Exp. N° 2652-98, Piura; Ejecutoria Suprema del 19/10/98 Exp. N° 3335-98, Huánuco; Ejecutoria Suprema del 05/10/95 Exp. N° 2874-94-B, Lima; Ejecutoria Suprema del 18/10/00 Exp. N° 3005-2000, Lima; Ejecutoria Suprema del 22/01/99 Exp. N° 4406, Lima; y Ejecutoria Suprema del 06/05/99 Exp. N° 3446-98, Cañete. (Código Penal Comentado, Gaceta Jurídica, 2004).

[88] El artículo 100 del Código Penal de 1924, que comenta el Profesor Hurtado, definía la coautoría a través de la fórmula «los que tomaren parte en la ejecución», la que entiendo similar a la que se utiliza en el artículo 23 del Código de 1991, «los que lo cometen conjuntamente».

[89] HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Sesator, Lima, 1978, p. 357.

en la misma línea señala que los coautores son los que toman parte en la ejecución del delito, precisa que el aporte del coautor se da desde el inicio de la ejecución hasta la consumación, es decir, en la fase de ejecución del *iter criminis*[90].

El 23 del Código Penal, la jurisprudencia y doctrina nacional, no admite la coautoría en los términos que plantea la teoría de los delitos de infracción del deber, al exigir que el coautor realice su aporte necesario en la fase de ejecución del delito; no basta la violación del deber especial extra penal, se requiere un acto de ejecución.

5. Diferenciación entre actos preparatorios y actos de ejecución

Para diferenciar los actos preparatorios y los actos de ejecución es necesario combinar diversos criterios o herramientas dogmático-jurídicas, de las cuales a continuación se trabaja con las más importantes.

5.1. El plan del autor

El plan del autor, junto a otras herramientas, permite establecer qué actos corresponden a la fase de preparación y a la fase de ejecución. La ejecución comienza con la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo y para determinarla es necesario recurrir al plan del autor; a cómo concibió el curso del hecho, a cuándo y en qué forma consideró comenzar la acción ejecutiva típica[91] [92] [93] [94] [95] [96].

5.2. La acción típica

La fase preparatoria termina con el inicio de ejecución de la acción típica, por lo que el momento a partir del cual se pasa de los actos

---

[90] Villavicencio Terreros, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1990, pp. 209 a 211.

[91] Moreno-Torres Herrera, María Rosa, obra colectiva, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 700.

[92] López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho Penal. Parte General*, tomo III, *Los Fundamentos de Extensión de la Tipicidad*, Leynfor Siglo XXI, Madrid, 2001, pp. 54 a 56.

[93] Zaffaroni, Eugenio Raúl, obra colectiva, *Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000, pp. 792 y 793.

[94] Jescheck Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 558.

[95] Berdugo Gómez de La Torre, Ignacio, obra colectiva, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999.

[96] Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 2002, pp. 427 y 428.

preparatorios a los actos de ejecución se tiene que fijar utilizando el núcleo del tipo para fijar en qué consiste la acción típica. La distinción entre a fase preparatoria y la fase de ejecución solo puede establecerse a partir de los tipos penales previstos en la parte especial del Código Penal[97] [98] [99] [100].

La acción típica de peculado en la apropiación de fondos públicos.

ROJAS VARGAS define la apropiación como la acción del sujeto activo por la que hace suyos caudales o efectos del Estado, apartándolos de la esfera de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos[101].

Antonio J. CANCINO MORENO, el profesor de la Universidad Externado de Colombia, se refiere a la apropiación como la realización de actos de dominio sobre los fondos públicos incompatible con el título que justifica la tenencia de los mismos[102].

Uriel FRANCO, autor colombiano, define la apropiación como el tomar para sí alguna cosa, actuando como dueño de ella, arrogándose facultades de disposición incompatibles con el título de la función o el servicio público, aunque no se hagan efectivas[103].

La acción típica consiste en realizar un acto de disposición incompatible con el título de la función pública.

5.3. Inmediatez de la acción

Entre el acto cuya ubicación en el *iter criminis* se trata de realizar y la acción típica, no deben ser necesarios actos intermedios esenciales, de forma tal que se pueda llevar a cabo la conducta delictiva sin interrupciones u obstáculos[104] [105] [106] [107].

---

97 MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *op. cit.*, p. 701.
98 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *op. cit.*, pp. 51 y 52.
99 BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 462.
100 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 428.
101 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 285.
102 CANCINO MORENO, Antonio J., *op. cit.*, p. 69.
103 FRANCO, Uriel, *El Peculado*, Temis, Bogotá, 1987, p. 47.
104 ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *op. cit.*, p. 70.
1052 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 427.
106 MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tecfoto, Barcelona, 1998, p. 340.
107 REVILLA LLAZA, Percy Enrique, obra colectiva, *Código Penal Comentado*, tomo I, *Título Preliminar. Parte General*,Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 542 a 546.

La jurisprudencia nacional dentro de la línea doctrinal ya establecida, al reconocer como característica del coautor su intervención en la fase de ejecución, esto es, la realización de actos de ejecución, no admite como coautoría los aportes efectuados en la fase preparatoria.

La Corte Suprema en la Ejecutoria del 11 de marzo de 1999, emitida en el proceso penal N° 5315-98, estableció que la intervención en la fase preparatoria no basta para atribuir a una persona la condición de coautor:

> «...los tres requisitos que configuran la coautoría... c) ***tomar parte en la fase de ejecución:*** cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación ...».

La Corte Suprema ha determinado reiteradamente que el aporte necesario en la fase preparatoria debe ser tipificado como complicidad primaria:

> «Los elementos que caracterizan la categoría del cómplice primario son: a) La intensidad objetiva del aporte al delito, b) El momento en que se realiza el aporte. Teniendo como base este segundo supuesto, **la colaboración propia de la complicidad primaria se da en la fase preparatoria del hecho delictivo**. (Exp. N° 3086-99-Lima, 06/10/99)
>
> «La complicidad primaria como forma de ampliación del tipo exige una colaboración dolosa por parte del agente, la que además **está presente en la etapa de preparación del delito,** constituyendo un aporte necesario al hecho. (Exp. N° 2441-99-Lima, 19/08/99).

Recientemente la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema mediante ejecutoria del 30 de diciembre del 2004 emitida en la Causa N° 2976-2004 reiteró de manera más acabada la doctrina judicial señalada:

> «***Cuarto***: Que, así las cosas, es de dilucidar con carácter previo dos cuestiones dogmáticas: el momento de intervención del partícipe y el momento de consumación del delito de enriquecimiento ilícito; que constituye doctrina unánime que el partícipe puede intervenir en la preparación del hecho o en su ejecución el cómplice primario sólo puede hacerlo en el momento de preparación –si intervino en la ejecución sería, sin duda,

coautor)–, mientras que el cómplice secundario puede intervenir en el delito realizando tanto en la etapa de preparación como en la etapa de ejecución)...» (Resaltado de nosotros).

La Corte Suprema con toda nitidez diferencia que la complicidad se da en la fase preparatoria y la coautoría en la fase de ejecución del *iter criminis*; claramente determina que **no es coautor la persona que solamente realiza un acto preparatorio.**

El diferenciar que el cómplice actúa en la fase preparatoria y el coautor en la de ejecución tiene como fundamento que en la legislación penal se regule la figura del cómplice primario o cooperador necesario.

A fin de evitar que el coautor y el cómplice primario tengan la misma sanción penal[108], violándose los límites de prohibición de exceso y principio de culpabilidad, se realiza su distinción mediante la ubicación de su aporte necesario en diversos momentos del proceso ejecutivo del delito.

El coautor y el cómplice primario realizan aportes necesarios para la realización del delito, es difícil distinguirlos por la importancia de la aportación; de allí que se recurra al momento de la intervención. El coautor realiza el aporte necesario en la fase ejecutiva y el cómplice en la fase preparatoria.

María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, la autora de la monografía más importante que existe sobre la coautoría en España, afirma la imposibilidad de admitir una coautoría mediante contribuciones al hecho delictivo prestadas en la fase preparatoria, porque solamente puede ser realizada a través de aportes que el sujeto realice en la fase de ejecución delictiva, pues de acuerdo al artículo 16 del Código Penal Español, el delito se empieza a cometer al traspasar la fase de los actos preparatorios y empezar el inicio de la fase de ejecución, momento a partir del cual la tentativa es punible[109] [110].

---

[108] Más adelante se fijará que una correcta interpretación del artículo 25 del Código de 1991, exige considerar que si bien el coautor y el cómplice primario tienen el mismo marco de pena, la dosis de pena a imponer no es la misma.

[109] Artículo 16.1. «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito...» Tal disposición tiene la misma fórmula que el artículo 16 del Código Penal Peruano, en el que se establece que: «En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito...». El Código Penal Español y el Código Penal Peruano establecen como regla que el delito comienza con el inicio de ejecución, en otros términos, el autor empieza a realizar el delito en la fase de ejecución.

[110] GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 372.

Gutiérrez Rodríguez explica que el coautor tiene una relación más estrecha con el bien jurídico que el cómplice, su ataque al mismo es directo, en cambio el partícipe solamente puede afectarlo de forma mediata, a través de la conducta del autor; razón por la cual el rechazo de la coautoría mediante aportes en la fase preparatoria resulta la mejor manera de defender un concepto restrictivo de autor y la función de garantía del tipo penal[111].

La doctrina penal elaborada sobre la diferenciación normativa entre el coautor y el cómplice primario ubica a la fase preparatoria como el momento de la intervención del cómplice primario y a la fase ejecutiva del coautor[112].

Enrique Bacigalupo, magistrado del Tribunal Supremo de España, se refiere a los coautores como aquellos que hayan prestado durante la ejecución una contribución al hecho sin la cual éste no se hubiera podido cometer. Por el contrario, aquellos que hubieran prestado una colaboración semejante en la etapa de preparación, previa al comienzo de la ejecución, no han podido dominar el hecho[113].

Pérez Alonso afirma que un concepto restrictivo de coautoría sólo ha de referirse a aquel segmento de los sucesos de actuación que supone ya la propia realización del tipo, es decir, el hecho punible. Como coautor sólo puede responder quien intervenga en la fase de ejecución del delito desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación del hecho, pero no el que intervenga en la fase preparatoria. La cooperación necesaria es una figura de participación intermedia que está a la mitad de camino entre la coautoría y la simple complicidad. En cuanto al momento de la participación, por regla general el cómplice necesario interviene en la fase preparatoria estableciendo las condiciones que hacen posible la ejecución del hecho[114].

---

[111] Gutiérrez Rodríguez, María, *op. cit.*, p. 374.

[112] En la legislación penal alemana no existe la figura del cómplice primario, se trabaja solamente la categoría de autor y cómplice, por lo que a fin de evitar que muchos aportes necesarios para el delito sean considerados casos de complicidad que permitan la atenuación de la pena, se amplía el concepto de coautor admitiendo como tal a la persona que realiza la aportación necesaria en fase de preparación; situación que no se puede dar en aquellas legislaciones penales en las que si se regula la figura del cómplice primario, como en el Derecho Penal Español y el Derecho Penal Peruano. Tal situación debe ser tenida en cuenta para fijar la doctrina que se puede emplear en el proceso penal en el que se efectúa el acto de defensa.

[113] Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 502.

[114] Pérez Alonso, Esteban Juan, *op. cit.*, pp. 739, 740, 765 y 766.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Vocal del Consejo General del Poder Judicial Español, afirma que el cómplice solamente puede brindar su aporte esencial en la fase preparatoria, pues si éste se produce en la fase ejecutiva se tratará de un coautor[115].

6. La participación

El partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho. Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución[116].

7. Complicidad primaria y secundaria

Dado a que en el Código Penal se consideran dos grados de complicidad, la primaria y la secundaria, corresponde interpretar el artículo 25 a fin de fijar el criterio que permita tipificar al acusado como cómplice primario o secundario[117].

El criterio legal para diferenciar la complicidad primaria de la secundaria lo determina la frase «sin el cual no se hubiera podido perpetrar», por lo que en este texto legal se debe ubicar la regla.

Son varios los criterios dogmáticos jurídicos que existen para determinar la importancia o la necesidad del aporte del cómplice a fin de calificarlo de partícipe necesario o secundario; a continuación se trabaja con algunos de los más importantes.

---

115 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte.general*, tomo III, Leynfor Siglo XXI, Madrid, 2001, p. 446.

116 Sentencia de fecha 29 de abril del 2005, recaída en el Exp. N° 01805-2005-PHC, Tribunal Constitucional.

117 Artículo 25 del Cp.: Complicidad primaria y complicidad secundaria: El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

7.1. El criterio del colaborador insustituible-sustituible

El acto de colaboración será necesario o imprescindible si ninguno de los que intervienen hubiera podido realizarlo en sustitución del colaborador. Si el cooperador es insustituible habrá complicidad primaria, si es sustituible por algún otro partícipe, complicidad secundaria[118].

7.2. El criterio de la aportación imprescindible-prescindible

Corresponde determinar en el caso concreto si el autor en las circunstancias en las que se encontraba, sin la colaboración del cómplice, podría haber realizado el delito[119].

Si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución del delito, o a aplazarla hasta encontrar un colaborador, o esperar que un cambio de circunstancias hiciese innecesaria la cooperación ajena, se trataría de complicidad primaria[120].

Si el autor hubiese podido realizar el hecho, aunque fuese con una forma de ejecución distinta a utilizada por la colaboración del otro, en la misma ocasión en la que lo llevó a cabo y sin el concurso del colaborador u otro equivalente, se trataría de complicidad secundaria[121].

7.3. El criterio del dominio funcional del hecho

El dominio funcional de hecho normalmente concebido para identificar a los coautores se emplea en este caso para diferenciar al cómplice primario del secundario.

La complicidad primaria se verifica cuando el partícipe tiene el dominio funcional del hecho porque de omitir el acto de colaboración, el delito no se podría haber llevado a cabo[122].

La complicidad secundaria se verifica cuando el partícipe no tiene el dominio funcional del hecho porque a pesar de la no realización del acto de colaboración, el delito se habría perpetrado[123].

---

[118] López Peregrín, Mª Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 412.
[119] *Ibidem, op. cit.*, p. 414.
[120] *Ibidem, op. cit.*, p. 414.
[121] *Ibidem, op. cit.*, p. 414.
[122] *Ibidem, op. cit.*, pp. 422 a 429.
[123] *Ibidem, op. cit.*, pp. 422 a 429.

7.4. El cómplice - familiar

En relación a la incorporación de las esposas de los procesados por enriquecimiento ilícito, a título de cómplices:

Pronunciamiento en Mayoría.	**CONDENA:** ***Título de Imputación:** Complicidad Secundaria. ***Pena impuesta:** Suspendida: 04 x 03
Voto Singular (DR. VILLA STEIN)	**ABSOLUCIÓN:**Acogiendo Tesis de la Ruptura de la Imputación rechaza complicidad de enriquecimiento, pues considera que la intervención de terceros en el incremento del funcionario se corresponde con otras figuras penales tales como receptación, encubrimiento, etc.[124]

Las bases fácticas que sustentan la complicidad de la esposa o familiares son:

Caso esposa:	Caso esposa y familiares:
- Titular de cuenta bancaria con dinero que se reputa procedente de funcionario ilícitamente enriquecido.	- Aurora, Cecilia y Juan Carlos así como Luis Miguel son titulares de cuentas bancarias con dineros que se reputan procedentes de funcionario enriquecido.
- Representante de persona jurídica cuyo capital e inversión se relaciona a dinero que se reputa procedente de funcionario ilícitamente enriquecido.	- Aurora, Cecilia y Juan Carlos así como Luis Miguel son representantes de personas jurídicas cuyo capital e inversión se relaciona a dinero que se reputa procedente de funcionario ilícitamente enriquecido.

En este contexto de supuestos, debemos recalcar que la imputación de complicidad entraña proposiciones que denotan una real colaboración **para viabilizar el** incremento patrimonial del funcionario, **no para lograr su ocultamiento.** Por tanto, aún prescindiendo del análisis en torno a la existencia o no de dolo, **de manera objetiva,** dicha colaboración sólo es posible de imputar

[124] R.N. N° 1366-2007. 2ª Sala Penal Transitoria, Caso Trinidad Becerra de Montesinos y otros.

atribuyendo conductas anteriores al incremento ilegítimo. De lo contrario es evidente que la colaboración es ulterior y se sitúa en el plano del ocultamiento (fase de agotamiento) tal y como se estableció respecto a las hijas de Rodríguez Huertas; en efecto en la Ejecutoria Suprema de fecha 30 de Diciembre del 2004, R.N. N° 2976-2004, se fijaron las siguientes premisas dogmáticas:

a.- «... PRIMERO: Que la controversia que se plantea en el presente caso, entre otros agravios materia de la impugnación, está referida a si las encausadas Jessica Rodríguez Córdova, Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez pueden responder o no penalmente como cómplices primarias del delito de enriquecimiento ilícito. SEGUNDO: Que es claro, sin embargo, que a esa configuración no obsta la condición de *extranei* de las tres acusadas, en tanto que aún siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la contribución material concreta de cada uno de ellos, sólo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor, en este caso, es quien infringe un deber específico o especial que el tipo asume–; accesoriedad que en todo caso puede negar la consideración general que los partícipes – como todas las personas tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplices no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor sino un simple partícipe ...»

b.- «... CUARTO: Que, así las cosas, es de dilucidar con carácter previo dos cuestiones dogmáticas: el momento de intervención del partícipe, y el momento de consumación del delito de enriquecimiento ilícito; (...) que, (...) en cuanto a lo cronológico del acto del cómplice, su contribución al hecho delictuoso ha de ser anterior o simultánea, en tanto sea útil para la ejecución del plan del autor, pero nunca posterior, siendo de significar que la simultaneidad dependerá de que el delito todavía no se haya

consumado, circunstancia que a su vez varía de acuerdo con cada estructura típica, y que tiene lugar con el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo; que en lo atinente a la consumación del delito de enriquecimiento ilícito el artículo 401° del Código Penal, al definir esa figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo– a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas (...), que a los efectos de la concreción del enriquecimiento es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobe los bienes que incrementan su patrimonio ...

c.- «...que, aplicando las reglas generales de participación delictiva, «la complicidad será posible durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución propiamente dicha, esto es, siempre que el delito no esté consumado: aún no se ha alcanzado el resultado de enriquecimiento ilícito, de modo que habrá complicidad cuando los *extranei* intervienen para lograr el enriquecimiento ilícito del agente, lo que incluye conductas tendentes a ocultar o disimular el enriquecimiento propiamente dicho del *intraneus* ...»

d.- «...QUINTO: que es cierto que un supuesto de complicidad primaria se da cuando la intervención está dada por una promesa anterior (se trata apunta ROBINSON GONZALES CAMPOS, siguiendo a CARLOS FONTÁN BALESTRA, de prestar una ayuda posterior cumpliendo una promesa previa al hecho, de otro modo sería encubrimiento: *Código Penal Comentado*, tomo I, Gaceta Jurídica, 2004, p. 942), en tanto ésta haya tenido incidencia en el hecho delictuoso –aún cuando luego no se cumpla–, esto es, cuando el autor ha contado con esa ayuda para la comisión del hecho (...) que, a estos efectos, es de reconocer que un acuerdo previo a la ejecución del delito es suficiente para configurar la participación, aunque el aporte de actividad materia pactado lo fuere para ser ejecutado tras la consumación del mismo, ya que más allá que tales actos se produzcan ex post son reprochables ex ante, pues la responsabilidad

se traslada en el aspecto subjetivo de co-delincuencia al momento del concierto participativo en que se produce el *pactum sceleris* y en el que se plantea el reparto de roles de los partícipes ...».

7.5. Exclusión de la complicidad de los familiares

«Si bien es obvio, vista la cantidad de dinero objeto de enriquecimiento ilícito, la muy estrecha relación de parentesco con el *intraneus*, y las conductas realizadas por las *extranei*, que estas últimas sabían de la procedencia ilícita del dinero en cuestión, es del caso definir si su conducta fue previa o coetánea al enriquecimiento ilícito del acusado Huerta Rodríguez; que las pruebas antes glosadas determinan que objetivamente intervinieron mucho tiempo después que el acusado Huerta Rodríguez obtuvo el dinero cuestionado, enriquecimiento que se concretó en la adquisición a su nombre de Certificados Bancarios en Moneda Extranjera (...), incluso, es posible afirmar que la conducta del acusado Rodríguez Huerta ya se encontraba en la fase de terminación y no de la mera consumación formal del delito, para lo cual éstas no realizaron acto alguno tendente a ocultarlo o disimularlo –actuar como personas interpuestas, que es el caso del testaferro– ...».

«...la sola referencia al vínculo de parentesco, aún cuando muy estrecho, sin otra prueba que la corrobore, no permite deducir unívocamente que los actos de las encausadas constituyeron la concreción de promesas previas, anteriores al acto de enriquecimiento ilícito, es decir, que el acusado Rodríguez Huerta para la comisión del delito contó con la ayuda de su esposa e hijas ofrecidas con anterioridad y que debía materializarse años más tarde; (...) son particularmente significativas las fechas de la consumación y las fechas de la intervención material de las acusadas, puesto que entre ambas pasaron varios años, no fueron inmediatas dato que a los efectos del análisis indiciario funciona como un serio contra-indicio, que en todo caso genera una duda razonable acerca de la real existencia de un *pactum sceleris*, que es el único fundamento normativo plausible que puede fundamentar la complicidad objeto de acusación ...».

7.6. Consecuencias en materia de complicidad de los familiares

La Sentencia aborda como objeto de análisis si le alcanza o no responsabilidad penal a la esposa e hijas de un acusado por delito especial contra la administración pública (delito funcionarial), bajo el mismo título de imputación (delito de enriquecimiento ilícito), a título de cómplices. Así, si bien la solución al caso se decanta por una sentencia absolutoria a

favor de las antes mencionadas por razones de orden procesal-probatorio, cierto es que se identifican hasta cuatro criterios dogmáticos (no desarrollado el primero) a los que se adhiere la Sentencia, a saber:

a) que sí es posible imputar a un *extraneus* un delito funcionarial a título de partícipe sobre la base de la tesis de la unidad de la imputación.
b) que debe ser la contribución del partícipe al delito funcionarial, anterior o coetáneo a la consumación formal de este último (no a su terminación material que se produce mucho después); lo que exige como dilucidación previa el determinar el tipo de consumación correspondiente a la estructura típica del delito especial en concreto.
c) que de cara a determinar la incardinación cronológica de dicha contribución dentro del marco temporal de la consumación del delito especial, introduce una diferenciación fenoménica de dos tipos de aportes: uno, intelectual; otro, material. El primero, expresado en una promesa previa de ayuda o apoyo al autor; y, el segundo, a través del despliegue de actos materiales de concreción de dicho apoyo o colaboración a la perpetración del hecho. Pero, además, se incorpora otro supuesto: el del acuerdo delictivo previo entre autor y colaborador (*pacto sceleris*).
d) a partir de dicha diferenciación fenoménica de aportes, en un caso, y de concierto delictivo, en otro, la comprobación de que el aporte material ha sido posterior a la consumación del delito por parte del autor, no descarta prima facie una contribución del partícipe al hecho delictivo si es que se comprueba un aporte intelectual del mismo (promesa previa) o un pacto delictivo previo, esto es, antes de producida dicha consumación, dado que el reproche contra el partícipe se retrotraerá a dicha oportunidad y no recién al momento de la intervención material.

7.7. La complicidad psíquica del *extraneus*

Conforme refiere la Doctrina Nacional de la mano de Felipe VILLAVICENCIO TERREROS[125] «... la complicidad no sólo implica un aporte material sino que ella también puede consistir en un apoyo psicológico

[125] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Marzo 2009.

(la llamada «complicidad intelectual»)...», empero, precisa: «... Este aporte psicológico otorgado por el cómplice no debe ser el que haga surgir en el autor la decisión de la realización del hecho, pues en ese caso estaremos ante una instigación ...», enfatizando que «... Para que haya complicidad intelectual la influencia psicológica debe significar un apoyo a la decisión ya tomada por el autor...»

En igual sentido, este tipo de colaboración **-Complicidad Psicológica-**, a decir de Ma. Carmen LÓPEZ PEREGRÍN[126], se «traduce en una influencia psíquica en el autor del delito ...», que no puede sin embargo dejar de estar regida por los criterios de imputación objetiva y por ende debe estar sujeta a dos requisitos: que la complicidad debe consistir siempre en un conducta peligrosa ex ante y que se haya traducido efectivamente en una relación causal con el resultado del delito; precisando luego que dentro de este tipo de complicidad es posible diferenciar los siguientes supuestos: **(a) La estabilización de la decisión delictiva; (b) La disposición para intervenir en caso necesario; (c) El encubrimiento anticipado; (d) La promesa de encubrimiento posterior; y (e) La complicidad intentada.**

No perdiendo de vista el criterio que fuera asumido en la Sentencia materia de comentario, resulta particularmente pertinente referirnos a la primera y tercera de las mencionadas. Así, en relación a la **estabilización de la decisión delictiva**, señala la autora que «... Si el reforzamiento de la voluntad delictiva se dirige a intensificar el ataque al bien jurídico producido por el autor y, de hecho, tiene esa consecuencia, la causalidad de la conducta será clara. [Así] Si, ante los gritos enardecedores de los presentes, el autor continúa golpeando a la víctima, o lo hace con mayor fuerza, podrá exigirse responsabilidad por complicidad psíquica: se dan en ese caso incremento del riesgo y relación causal...». Empero, formulándose la interrogante siguiente: ¿qué ocurre si la conducta del sujeto no se plasma en una modificación externa de la realidad, sino que se limita a producir la estabilización de la decisión delictiva del autor, disolviendo las últimas dudas de éste?, se responde «... la realización de un delito puede decidirse en un solo instante o ir precedida de un largo proceso de recopilación de información y material que pueda traducirse en un estado de

[126] LÓPEZ PEREGRÍN, Ma. Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

preparación, reflexión y dudas. Se trataría entonces de una fase de indecisión en la que la intervención de un tercero podría ser determinante para la efectiva comisión del delito. Teóricamente pues, la complicidad psíquica sería posible en estos casos...».

Respecto a la **promesa de encubrimiento posterior** ha señalado que aquella «... constituye complicidad psíquica (...) en el caso de que la promesa o la aportación tengan como consecuencia la estabilización delictiva del autor...»; agregando: «... En ese caso, aunque el favorecimiento de la ocultación o de la huida del culpable se realizara tras la ejecución, o incluso si no llegara a realizarse, la promesa de ayuda en la evasión o de facilitación posterior de un escondite seguro puede producirse ya en un momento anterior a la ejecución una influencia psíquica en el autor que puede constituir, en algunos casos, complicidad psíquica. Un supuesto inverso a éste es el del encubrimiento anticipado, que consiste más bien en una aportación física realizada en un momento anterior a la consumación del delito pero dirigido, más que a facilitar su ejecución, a dificultar el descubrimiento posterior del autor. Es lo que Clab denominó encubrimiento anticipado. Es, por ejemplo, el caso (...) del sujeto (...) que entrega a A, decidido a cometer un delito de lesiones, una camisa para que la víctima no pueda averiguar posteriormente, por sus ropas, quién fue su agresor. O sería el caso también de quien entrega al atracador con la misma finalidad una máscara, o le recomienda simplemente que la utilice ...».

Por su lado, el maestro ROXIN[127] ha señalado que «... la causalidad de la complicidad ha sido demostrada hasta ahora exclusivamente con ejemplos de *complicidad física*, en los cuales, la contribución del cómplice consistía en la entrega de un arma, un instrumento o en cualquier otra actividad corporal. Junto a estos, existen casos de *complicidad psíquica*, en los cuales el cómplice no contribuye corporalmente, sino sólo espiritualmente a influir en la psique del autor...», resaltando que «... aun cuando se considere posible en lo fundamental una «causalidad psíquica» la prueba de la causalidad aquí es muy difícil y por ello es polémica la punibilidad de la complicidad psíquica ...». Y agrega: «... Por cierto que no ofrece problemas el caso de los «consejos técnicos» en los cuales el autor recibe ideas que facilitan el hecho o incluso lo

[127] ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, 2007.

posibilitan ...», empero, «... los casos problemáticos son solamente los que consisten en un *«refuerzo de la resolución a cometer el hecho»*.

7.8. Del *pacto sceleris*

El *pacto sceleris* o acuerdo delictivo no supone sino un concierto de voluntades para la perpetración de un ilícito con distribución de roles y funciones para su materialización. Ciertamente, constituye éste un supuesto de co-autoría que en sede de delitos de infracción de deber la punibilidad contra el *extraneus*, aun cuando haya tomado parte de dicho acuerdo, su responsabilidad sólo puede ser a título de cómplice.

7.9. Alegaciones exclusivas del título de cómplice

7.9.1. La imposibilidad de condenar al cómplice sin autor

¿Es posible condenar al cómplice sin autor? El Tribunal Constitucional excluyó el proceso penal al autor, quien venía siendo procesado como único autor, en tanto era el único funcionario público, se puede condenar a los miembros de su familia, quienes son procesados como presuntos cómplices secundarios, la respuesta en este caso es negativa por lo siguiente, en el expediente sentencia del Tribunal Constitucional publicada en la Web del Tribunal Constitucional, el veinticinco de noviembre del dos mil nueve, expediente treinta y cinco - dos mil nueve - PHC/TC, se dijo a juicio de este Colegiado Constitucional, el principio de presunción de inocencia, artículo doscientos veinticuatro «e», de la Constitución Política, constituye un estado de inocencia que sólo puede ser desvirtuado a través de una sentencia, expedida en un proceso legítimo en el que se hayan respetado todas las garantías; en otras palabras, en este caso no se desvirtuó jamás la inocencia del autor, por tanto no cabe pronunciamiento de fondo de responsabilidad penal respecto a él, ya que él sigue siendo inocente, de esta manera ha sido excluido del proceso y de esta manera se ha sobreseído el mismo respecto de su persona, por tanto la sentencia que en su momento expida respecto de los cómplices, no pueden, ni debe exponer argumentos, considerandos u opiniones, que deriven en una expresión de responsabilidad respecto al excluido autor. Una persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario, el autor nunca perdió su situación o estado de inocencia, en esa medida y teniendo en cuenta

el principio de accesoriedad de la participación delictiva, no hay posibilidad pues de pronunciarse por los supuestos cómplices al no haber autor culpable; por tanto, no cabría condenarlo o no cabría sobre ellos una sentencia condenatoria, y es que en virtud del principio de accesoriedad de la participación delictiva, surge la regla siguiente: Si no hay autor no puede haber cómplices; en otras palabras, no puede haber cómplices si no hay autor; la responsabilidad de quien es acusado de cómplice, es accesoria a la del autor, si el autor es inocente también son inocentes los supuestos partícipes.

7.9.2. No existe delito de complicidad

Nuestro ordenamiento penal establece taxativamente los supuestos donde se puede condenar al cómplice sin una correspondiente sanción al autor y en este caso no se presenta y como ejemplo en los cuales si se puede dar pero que no es este, me remito al artículo ciento trece del Código Penal, que regula el delito de Instigación o ayuda al Suicidio, que dispone, el que Instiga a otro al Suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido con pena privativa de libertad de, según quantum del ciento trece del Código Penal y ese no es el caso; entonces decimos, hace mención el Código Penal del enriquecimiento del cómplice, no, no lo prevé, no es delito, no existe el delito de complicidad, no posee existencia propia, por más cuestionamientos de la parte acusadora que pudieran ser equivocados o no, si es que existiera cuestionamiento y en este caso no lo hay. El profesor HURTADO POZO, en su obra *Derecho Penal. Parte General*, véase página ochocientos ochenta y cinco y siguientes, dice: los actos de participación no son ilícitos por sí mismo, es el hecho principal el que condiciona su carácter de contrario al orden jurídico, porque el cómplice no atenta directamente contra el bien jurídico, pero él lo hace a través del hecho cometido por quién, por el autor. Edgardo DONNA, profesor argentino, dice: la participación es accesoria por ser un tomar parte de un hecho ajeno, véase el autor y la participación criminal, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 97. Juan BUSTOS dice: La participación constituye la intervención en un hecho ajeno, por eso presupone la existencia de un autor, véase *Obras completas*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 1081, participación en un simple concepto de referencia, página ochocientos ochenta y seis de la obra ya citada; remitiéndose a la jurisprudencia de la Corte Suprema podemos revisar el Recurso de Nulidad número cincuenta y uno sesenta y tres - noventa y ocho, en donde la Corte

Suprema, en una ejecutoria cuyo vocal ponente es el destacado Magistrado Supremo César San Martín Castro, dice: La complicidad se ubica en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal; yendo más allá, Sánchez Mercado, siguiendo a Hurtado Pozo, expone que para la existencia de participación antes debe haberse establecido de manera clara y precisa la preexistencia del hecho del autor, al que se llama hecho principal, véase *Diálogo con la jurisprudencia*, número cincuenta y nueve, de mayo del año dos mil seis, páginas cinco y siguientes; y nuevamente Hurtado Pozo, quien señala que no hay acto sin autor. De esto se desprende que no existe participación sin autor (páginas ochocientos cincuenta y seis y siguientes). Textualmente dice: sin la existencia de un autor que cometa el acto principal, no se puede dar ni la complicidad ni la instigación; entonces no existe base de hecho para sustentar la responsabilidad penal de los supuestos cómplices.

7.9.3. El destinatario al artículo cuatrocientos uno del Código Penal

Quién es el destinatario del artículo 401 del Código Penal, a quién va dirigida esta disposición, aquí hay que tener en cuenta lo siguiente: el delito de Enriquecimiento Ilícito es un delito especial propio en calidad del agente, está reservado única y exclusivamente al funcionario o servidor público, me remito al cuatrocientos uno, es a él, al funcionario público a quien se dirige la prohibición de la norma, quien debe evitar la lesión de los intereses de la administración pública, haciendo un uso adecuado del cargo, de lo que se puede colegir es que, la conducta que sería atribuible de la parte acusadora de los supuestos cómplices, no puede ser materia de condena, en tanto no se puede demostrar responsabilidad penal del supuesto autor, quien no tiene el deber de hacerlo pues ya ha sido excluido de este proceso.

7.9.4. No se puede condenar en base a presunciones a los cómplices

Existe un amplio debate respecto a la actual regulación del delito de Enriquecimiento Ilícito y de si en este se produce o no la llamada inversión de la carga de la prueba y si de esto resulta ser correcto o no, si es que se afecta o no la presunción de inocencia, postulado concatenado al tópico referido al destinatario del artículo 401 del Código Penal, al respecto se identificaron 3 Ejecutorias Supremas,

R.N. N° 40945-2006, en la que se señala que refiriéndose al delito de Enriquecimiento Ilícito, no se ha practicado elemento de prueba alguno que pruebe la existencia de un incremento ostensible en el patrimonio del procesado luego de culminada su gestión en la Municipalidad agraviada, con relación a la que tuvo que ingresar a esa entidad pública, por lo que estando a lo preceptuado en nuestra Constitución y las Normas Supranacionales, se encuentra incólume el Principio de Presunción de Inocencia. Y aún más desarrollado este argumento, se verifica en las siguientes Ejecutorias, la N° 2328-2006 y el Recurso de Nulidad 4462-2007. De esta forma, se puntualiza que debe prevalecer la presunción o el estado de inocencia, en palabras del profesor argentino Julio MAIER; en el supuesto negado de admitir la inversión de la carga de la prueba quien tendría que demostrar que el incremento patrimonial proviene de una fuente ilícita es el autor, el Funcionario Público, el servidor público, quien en el presente caso ha sido excluido; no hay auto, no hay Funcionario Público, no hay quien tenga el deber de probar, postulado que es reconocido, por ejemplo en el Exp. 27-2002, caso Winston Enrique Alfaro Vargas, cuando citando al profesor nacional Fidel ROJAS VARGAS, se expuso: El legislador ha querido cubrir el amplio espectro de ilicitudes que provocan aumento patrimonial y que el sujeto público no pueda justificar, de esta forma es el sujeto público, el Funcionario Público, de allí el supuesto de inversión de carga de la prueba no recae sobre los particulares, sino tan solo respecto de los funcionarios públicos, a los particulares *extraneus* les asiste desde siempre la presunción o el estado de inocencia. Yendo más allá en el Acuerdo Plenario Penal Nacional, del año 2008, los Jueces Superiores a nivel nacional concluyeron en lo siguiente, respecto al delito de Enriquecimiento Ilícito: el Ministerio Público debe probar que el Funcionario Público se enriqueció ilícitamente en el período que tuvo dicha condición, y si es que a los particulares les asiste la presunción de inocencia o el estado de inocencia el Tribunal Constitucional, entre otras tantas sentencias, ha establecido que es el Juez quien debe alcanzar certeza sobre la culpabilidad del acusado para dictar sentencia condenatoria, véase expediente setecientos veintiocho - dos mil ocho - PHC / TC, dijo: esa certeza debe ser el resultado de una valoración razonable de los medios de pruebas practicados en el proceso penal.

7.9.5. No punición del enriquecimiento ilícito de particulares

El Código Penal de 1991y sus numerosas modificatorias, excluyen la figura del delito de Enriquecimiento Ilícito de particulares, a diferencia de Colombia o Argentina; por tanto, no tienen los supuestos cómplices el deber de demostrar que no tienen ningún patrimonio de fuente ilícita, el cómplice no se enriquece, el juicio de subsunción típica respecto a los familiares debe hacerse valorando el artículo 25 del Código Penal, que regula la complicidad sancionando a quien dolosamente presta auxilio al autor para la realización del hecho punible y no si se enriqueció ilícitamente. Esa norma del Enriquecimiento Ilícito está dirigida a quien es el destinatario, el autor, quién puede ser el único autor: el funcionario servidor público; en consecuencia, si al autor ya no se le puede determinar la existencia de una conducta ilícita, tampoco, por el Principio de Accesoriedad, es posible afirmar la responsabilidad penal de los presuntos partícipes, y es que una vez más no existe cómplice sin autor.

Lo expuesto, exige, desde un plano de prueba de cargo, que la Fiscalía delimite la actuación de los partícipes como actos dependientes del supuesto comportamiento atribuido de incremento patrimonial, del autor, no siendo aceptable crear un enriquecimiento para cada uno de los cómplices. Así las cosas en la Acusación se deben identificar actos de dependencia en la consumación del acto principal del autor, afirmándose el aporte a título de complicidad en el supuesto incremento patrimonial del autor.

7.9.6. La complicidad secundaria post consumación

La complicidad se configura cuando dolosamente se presta un auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual este no se hubiera perpetrado, cosa en la cual estamos ante un caso de complicidad primaria o necesaria o intencionalmente se proporciona asistencia de cualquier otro modo, complicidad secundaria, en este caso no hay ninguno ni lo otro. El artículo veinticinco del Código Penal que regula la complicidad, define al cómplice como la persona que presta auxilio al autor, dice para la realización del hecho punible, contrario sensu luego de haberse realizado el supuesto hecho punible, nuestra normativa penal no admite forma alguna de complicidad, la complicidad se define como un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado causal de un resultado típico, es que no puede existir

fidedignamente la real intervención del colaborador en el hecho del autor, pues en muchos casos, dicho comportamiento no es sino el aporte final y tangible que viene precedido o de un acuerdo delictivo previo con el autor o de una promesa previa con el mismo que precisamente sirvió para reforzar la decisión delictiva de este último. Es en relación a este orden de casos en que deviene en legítima la referida figura de la complicidad psíquica.

8. El administrador de hecho

Por funcionario *de jure* hay que entender al que accede al cargo de conformidad con el procedimiento que la constitución o las leyes establecen. La legitimidad de origen radica en el «*título*» sin perjuicio de que pueda incurrir después en ilegitimidad de ejercicio.

El funcionario de *jacto* en cambio es el que accede al poder sin seguir los procedimientos preestablecidos por la constitución o las leyes, pero mediando un título de «*reconocimiento*» (que no purga la delictuosidad del hecho que pueda haberle dado acceso), como *vg.* necesidad, reconocimiento de otros órganos del poder de *jure,* etc.

En cuanto al *usurpador* a diferencia del de *jacto,* es el que ocupa el poder sin siquiera lograr algún título de reconocimiento. Existe consenso en cuanto a que tanto el funcionario de *jure* como el de *facto,* en los términos desarrollados *supra,* resultan «*funcionarios*» a los fines penales.

En torno al *usurpador* la situación es distinta pues éste no es un *juncionario* y en consecuencia en principio no pueden quedar atrapados por las normas que exigen esa calidad en el autor de los delitos contra la Administración pública.

Hay acuerdo en que el funcionario de *facto* no es un *usurpador* pero puede ocurrir que el *usurpador* se convierta en un funcionario de *facto,* «cuando su situación administrativa es consentida por el Estado... por eso un usurpador, (...) puede, en determinados supuestos, ser autor de otros delitos contra la Administración pública –que requieren como autor a un funcionario– precisamente como funcionario de facto»[128].

---

[128] Cfse. NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal,* Lerner, t. V, vol. II, 1975, p. 60. LAJE ANAYA / GAVIER, *Notas al Código Penal argentino,* t. III Lerner, 1996, p. 116, CREUS, *Derecho Penal,* t. 2, Astrea, 1993, p. 249. Citados por CLEMENTE, José L. y RÍOS, Carlos I., *Cohecho y Tráfico de Influencias,* Lerner, Córdo, 2011, p.40.

En nuestro medio, tanto a nivel penal como constitucional dicho tópico ha sido materia de discusión, así en la sentencia del 23 de mayo del 2004, Exp. Nº 2758-2004-HC/TC, Lima, Luis Guillermo Bedoya De Vivanco, se alegó que el delito de peculado, por su propia naturaleza, sólo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, se le encomendó la administración o custodia de caudales o efectos del Estado, premisa a partir de la cual, esgrimieron que Vladimiro Montesinos Torres al no detentar formalmente el cargo de Jefe del Servicio de Inteligencia, cargo que lo habilitaba para el manejo de fondos públicos –tanto es así que fue sancionado penalmente por ejercer dichas funciones sin haber sido designado para ello (delito de usurpación de funciones)–, no puede ser considerado autor del delito de peculado, y como corolario de ello, de su accionar no pueden ramificarse comportamientos receptivos o coadyuvantes, bajo el título de cómplices[129].

La postura contraria sostiene que, si bien es cierto, formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía de hecho la Jefatura del SIN, cargo que lo habilitaba para la administración y disposición de fondos públicos, por lo que, materialmente detenta la condición de sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal. De esta forma, se sostiene que la consideración dirimente, radica no en la calificación formal o jurídica que se le otorga al sujeto activo, sino la factual que da cuenta de la efectiva capacidad de disposición de los fondos públicos y, por ende, su capacidad para lesionar el bien jurídico protegido[130]. Iván Meini afirma que «El fundamento dogmático de la punición del administrador de hecho, en

[129] Desde otra perspectiva argumental, dichas alegaciones se complementan con la tesis que la participación delictiva sólo puede producirse en la etapa de ejecución o preparación del delito y no en posteriores etapas del *iter criminis*. Así, afirma que, al consumarse el delito de peculado con la apropiación de los fondos públicos, la posterior recepción del dinero por parte del particular no puede ser considerada una forma de participación en el delito de peculado. Alegaciones, que en el ámbito del litigio, merecieron como respuesta que, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado.

[130] Así por ejemplo se afirmó, en reiteradas sentencias que, Montesinos Torres en su condición oficial de Asesor del Servicio de Inteligencia Nacional lo que convalida su condición de funcionario público, asume la administración de

cuanto actúa en lugar de otro, ha de ser ubicado en al acceso al dominio social que consigue, lo que determina la existencia de una relación externa entre el administrador de hecho (*extraneus*) y el bien jurídico, idéntica a la que cabría establecer entre bien jurídico y el *intraneus*». GRACIA MARTÍN, por su parte, anota que «...si un sujeto que no ostenta la cualidad de representante legal asumiera de hecho tales funciones, por ejemplo un sujeto que se arrogara la facultad de administrador judicial de una sociedad sin haber sido designado para tal efecto por la autoridad judicial, entonces el problema jurídico-penal se resolvería satisfactoriamente según una de estas dos hipótesis: a) para que sus acciones pudieran llegar a producir la lesión del bien jurídico –para que se comprobara la antijuricidad material– tendrían que pasar el filtro de la tolerancia de quienes ejercen el dominio social en el concreto ámbito en el que actúa; si dichas personas ejercen el adecuado control, el principio de intervención mínima relega la necesidad de incriminar aquellos actos usurpador que, a lo sumo, merecerá la pena de la tentativa de autor inidóneo; b) si las personas que ejercen el dominio social en la esfera en la que aquél actúa toleran sus actos y dejan que lleguen efectivamente a producir la lesión del bien jurídico responderán por la omisión si es equivalente a la acción...».

La delimitación que se ha realizado hasta ahora de la figura del administrador de hecho se ha basado principalmente en el dominio efectivo, en ese poder de facto que el sujeto ejerce y que le permite, por tanto, situarse en una posición privilegiada con respecto al bien jurídico protegido y en condiciones necesarias para llevar a cabo las conductas típicas.

9. Discusión en torno al administrador de facto y usurpador de funciones

9.1. Premisas

a) El funcionario público Vladimiro Montesinos Torres no usurpó la función de administrar los fondos asignados al Servicio de

---

facto de ingentes sumas de dinero provenientes de diversas fuentes, que bajo la protección de la reserva en el conocimiento del gasto fundado en la naturaleza de un amplio margen de actividad clandestina y subrepticia del Servicio de Inteligencia Nacional, utiliza dineros públicos en perjuicio de la administración, rompiendo de esta manera el deber de fidelidad con el Estado y los intereses públicos que le asiste a todo servidor público. [Sentencia del 28 de Junio del 2004, Exp. N° 11-01].

Inteligencia Nacional a través de las partidas de su presupuesto denominadas Reserva I y II; **tenía título de habilitación para el ejercicio de tal función como funcionario administrador de hecho**. En consecuencia, si Vladimiro Montesinos Torres **no cometió** delito de usurpación de funciones al administrar los fondos del SIN correspondientes a las partidas Reserva I y II, los otros sujetos que interactuaron con el primero de los nombrados **no puede ser considerado cómplice de un delito especial.**

b) No puede existir acción típica si el acto funcional no pertenece al ámbito competencia de la función pública supuestamente usurpada por el autor.

9.2. El ejercicio de la función de administrar los fondos públicos asignados al Servicio de Inteligencia Nacional a través de las partidas de su presupuesto denominadas Reserva I y II por parte del funcionario público Vladimiro Montesinos Torres surge como consecuencia de un acto legítimo de delegación de funciones como administrador de hecho

a.- El funcionario de hecho: funcionario válido o legítimo

La figura del funcionario de hecho ha sido creada por el derecho administrativo y asimilada por el derecho penal[131].

El funcionario de hecho constituye un caso de ejercicio irregular subjetivo de la función administrativa[132] [133]. Se trata de un funcionario

---

[131] César Augusto Nakazaki Servigón, «Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del Sub Sistema de Justicia Anticorrupción del Perú», en prensa dentro de la obra de Homenaje a Raúl Peña Cabrera. Problemas en la determinación del autor de peculado: Análisis de la doctrina del Sub Sistema de Justicia Anticorrupción; su evolución hasta el funcionario administrador de hecho, en prensa. Conferencia brindada en el Curso Internacional VII del Derecho Penal y I de Derecho Procesal Penal que coorganizaron la Universidad de Lima, el Instituto Peruano de Ciencias Penales y Editora Jurídica Grijley.

[132] Olaizola Nogales, Inés, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 155.

[133] Nakazaki Servigón, César Augusto, Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del Sub Sistema de Justicia Anticorrupción del Perú en prensa dentro de la obra de homenaje a Raúl Peña Cabrera. Problemas en la determinación del autor de peculado: Análisis

que ejerce una función pública pese a carecer de un elemento esencial, el título de habilitación ordinario[134] [135].

El derecho administrativo, al reconocer al funcionario de hecho, acepta que además de la ley, la elección, o el nombramiento de autoridad competente, operen otro título de habilitación; el título nulo[136].

No se admite que el usurpador de funciones sea considerado como un funcionario de hecho. Por tal razón se confrontan una concepción amplia que califica como funcionario de hecho al particular que sin título nulo ejerce función pública; y una concepción restringida que solamente admite como funcionario de hecho al particular que con título nulo ejerce función pública[137].

Existe discusión en el derecho penal sobre si se debe considerar como un funcionario público legítimo o válido a una persona que carece de título de habilitación precisamente por ser nulo, en otras palabras, si se admite o no a la figura del funcionario de hecho[138].

El sistema de justicia anticorrupción, en el «Caso Bedoya de Vivanco» y en el «Caso de los propietarios de medios de televisión», ha elaborado doctrina judicial que **admite al funcionario de hecho como válido o legítimo para poder calificar a Vladimiro Montesinos Torres como autor del delito de peculado doloso por apropiación**[139].

Incluso el Tribunal Constitucional al resolver el habeas corpus interpuesto por el condenado Luis Bedoya de Vivanco, por mayoría, ha establecido que Vladimiro Montesinos Torres es funcionario

---

de la doctrina del Sub Sistema de Justicia Anticorrupción; su evolución hasta el funcionario administrador de hecho, en prensa. Conferencia brindada en el Curso Internacional VII del Derecho Penal y I de Derecho Procesal Penal que coorganizaron la Universidad de Lima, el Instituto Peruano de Ciencias Penales y Editora Jurídica Grijley.

134 Los títulos de habilitación para el ejercicio de la función pública ordinarios o comunes; son la ley, la elección y el nombramiento de la autoridad competente. La figura del funcionario de hecho, como se explica más adelante, se construye sobre un título de habilitación especial o excepcional, el nombramiento nulo.

135 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, *op. cit.*

136 ID.

137 ID.

138 ID.

139 ID.

administrador de hecho y por tanto autor de peculado para justificar la sentencia como cómplice de peculado del ex Alcalde de Miraflores[140].

Por tal motivo una postura en el litigio es la de utilizar la doctrina penal que admite al funcionario de hecho y la jurisprudencia peruana que así lo ha asumido[141].

En el derecho penal se acepta también como título de habilitación para el ejercicio de la función pública al título o nombramiento nulo[142] [143] [144] [145].

El funcionario de hecho es aceptado en el derecho penal, tanto para efectos de su protección penal (por ejemplo como víctima del delito de resistencia a la autoridad), como para asignarle deberes de función y responsabilidad penal por su violación (por ejemplo para ser considerado autor del delito de peculado)[146] [147] [148].

9.3. Para el derecho penal el título de habilitación del funcionario de hecho es el nombramiento nulo[149] [150] [151].

Al igual que el derecho administrativo, el derecho penal tiene particular interés en diferenciar al funcionario de hecho del usurpador de funciones[152].

---

[140] Sentencia del TC del 23 de noviembre del 2004 expedida en la Causa 2758-2004-HC/TC. En el fundamento 10 de la posición en mayoría se señala que Vladimiro Montesinos Torres puede ser considerado sujeto activo de peculado porque fue administrador de hecho de los fondos del SIN.

[141] Los términos de la defensa del General Julio Salazar Monroe no permiten que efectúe el análisis crítico de la postura asumida por la justicia anticorrupción en torno así debe admitirse en el derecho penal al funcionario de hecho y sí Montesinos puede ser considerado como tal.

[142] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002, pp. 36 a 38 y 119 a 114.

[143] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, pp. 27 y 28.

[144] OLAIZOLA NOGALES, Inés, *op. cit.*, pp. 160 a 168.

[145] NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, *op. cit.*

[146] OLAIZOLA NOGALES, Inés, *op. cit.*, p. 160.

[147] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 27.

[148] NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, *op. cit.*

[149] OLAIZOLA NOGALES, Inés, *op. cit.*, p. 161.

[150] ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 36.

[151] NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, *op. cit.*

[152] ID.

El funcionario de hecho es un funcionario público **legítimo** porque ejerce la función pública **con título de habilitación**[153].

El derecho penal (al igual que el derecho administrativo) admite los siguientes títulos de habilitación para el ejercicio de funciones públicas[154]:

TÍTULOS DE HABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

- La ley.
- La elección.
- La designación por autoridad competente.
- **El nombramiento nulo.**

El funcionario de hecho **ejerce lícitamente funciones públicas** porque, como se vuelve a insistir, cuenta con título de habilitación; asume los deberes de función del cargo, el Estado actúa a través de él por ser un representante orgánico y asume en consecuencia la responsabilidad legal que ocasione la violación de los deberes de función; asimismo, en contraprestación, adquiere la protección legal de los funcionarios públicos, dentro de la que se encuentra el no ser reprimidos penalmente por actuar en el cumplimiento de su deber de función (artículo 20 inciso 8 del Código Penal)[155].

9.4. Distinción entre el funcionario de hecho y el usurpador de funciones - El funcionario de hecho y el usurpador de funciones son calificaciones excluyentes[156]

Respecto al ejercicio de la misma función pública, afirma OLAIZOLA NOGALES, o se es funcionario o usurpador.

> «... Desde mi punto de vista un sujeto o es usurpador o es funcionario. Creo que son términos que se contradicen entre sí cuando se refieren al ejercicio de las mismas funciones públicas...lo que no creo que sea posible, porque los conceptos son excluyentes entre sí, es que un sujeto respecto al ejercicio de una misma función pública pueda ser considerado a la vez funcionario y usurpador. Usurpador es el que usurpa unas funciones públicas, atribuyéndose la condición de funcionario público sin serlo...»[157].

---

153 ID.
154 ID.
155 ID.
156 ID.
157 OLAIZOLA NOGALES, Inés, *op. cit.*, p. 163.

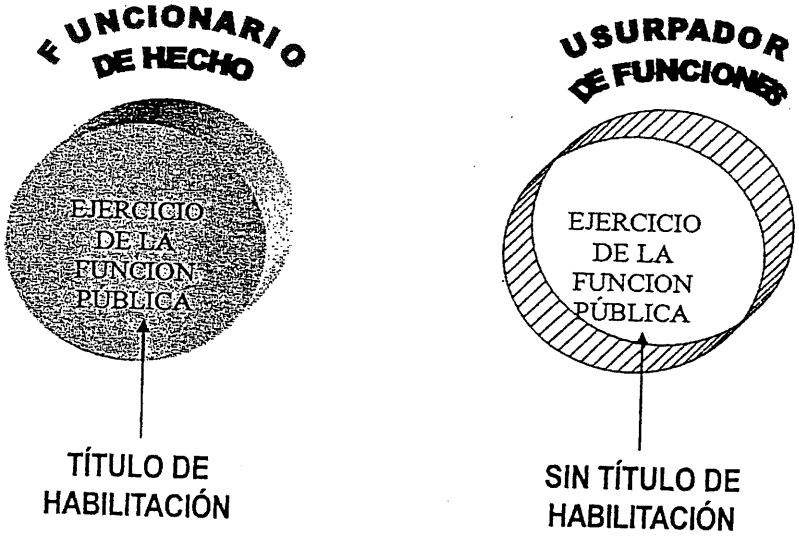
El autor peruano más importante en el tema de los delitos contra la Administración Pública, Fidel Rojas Vargas expresa con acierto:

> «**El funcionario de facto**, que ejerce amparado por una causal de justificación o en situaciones provocadas o toleradas por la administración estatal **no comete delito de usurpación de funciones o de autoridad**»[158].

El funcionario de hecho es considerado un funcionario público; el usurpador de funciones no, es un particular[159].

La diferencia se aprecia claramente en el Código Penal de 1991; en la sistematización de los delitos contra la administración pública se diferencia entre ilícitos penales cometidos por particulares y los perpetrados por funcionarios públicos. El delito de usurpación de funciones es ubicado en el Capítulo I del Título XVIII, correspondiente a los delitos contra la administración pública **cometidos por particulares**[160].

El funcionario de hecho tiene título de habilitación para ejercer funciones públicas: el nombramiento nulo; el usurpador carece del mismo y por tanto su ejercicio de la función pública es delito[161].



[158] Rojas, Fidel, *op. cit.*, p. 493.
[159] Nakazaki Servigón, César Augusto, *op. cit.*
[160] Id.
[161] Id.

En el caso de la administración del dinero del Estado; el funcionario de hecho administra fondos públicos en cumplimiento del deber de función que emana de su título de habilitación, su administración es lícita; en cambio el usurpador administra fondos públicos cometiendo delito por carecer del título habilitante, su administración es ilícita[162].

9.5. Vladimiro Montesinos Torres: funcionario administrador de hecho según la doctrina judicial del sistema de justicia anticorrupción

El sistema de justicia anticorrupción ha condenado a Vladimiro Montesinos Torres como autor del delito de peculado en el «Caso Bedoya de Vivanco» y en el «Caso de los dueños de medios de televisión».

Para satisfacer la exigencia de la cualidad del sujeto activo del tipo penal del artículo 387, la Justicia Anticorrupción ha establecido que Vladimiro Montesinos Torres tuvo la función pública de administrar los fondos públicos asignados al SIN a través de las partidas presupuestales denominadas Reserva I y II, en su condición de funcionario administrador de facto[163].

En el «Caso Bedoya de Vivanco»; la Sala Penal Superior Especial A y la Sala Penal Transitoria Suprema han expresado que Montesinos Torres ejerció de hecho el cargo de Jefe de la Oficina Técnica de Administración del Servicio de Inteligencia Nacional y por tanto la función de administración de los fondos públicos asignados mediante las partidas del presupuesto llamadas Reserva 1 y 2[164].

SENTENCIA DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPERIOR (29/05/03)	SENTENCIA DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA (14/11/03)
«**QUINTO.-** (...) El Reglamento de Organización y Funciones del Servicio de Inteligencia Nacional...precisa que la **Oficina Técnica de Administración es el órgano encargado de conducir los sistemas administrativos, de abastecimiento, mantenimiento, contabilidad y tesorería, teniendo a su cargo**	«**SEGUNDO.-** (...) por **orden** del ex – Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori participó en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas reserva uno y reserva dos, que eran desagregados de la partida del régimen de ejecución especial (...) todo lo cual evidencia que **tuvo una adminis-**

[162] ID.
[163] ID.
[164] ID.

la ejecución presupuestal...» (Resaltado del recurrente)». **SEXTO.-** (...) del Presidente de la República...es él quien da la orden para que esos fondos sean administrados por el ex asesor...el Jefe del Servicio me ordenó que ese dinero por **orden del Presidente** se le iba a dar al señor Montesinos...» (Resaltado del recurrente)». **SETIMO.-** (...) **la Sala forma convicción de que el procesado Vladimiro Montesinos Torres ejercía de hecho el cargo de director general de administración del sin...»** (Resaltado del recurrente). **«DECIMO OCTAVO.-** (...) se tiene probado que Montesinos Torres desapoderó al SIN de dinero...**bien cuya custodia ejercía al haber detentado de hecho el cargo de Director General de Administración del Servicio de Inteligencia Nacional...»** (Resaltado del recurrente) Fundamento jurídico IV.B.- «Vladimiro Montesinos Torres tiene **la condición de autor** del delito...detentó la **administración de hecho de fondos públicos**...ha sido recogido por la doctrina al señalar que **sujeto activo de este delito puede ser también el funcionario de hecho...»** (Resaltado del recurrente)	**tración de hecho de los fondos del estado,** por orden expresa de autoridad competente; (...) de tal modo que el procesado **Montesinos Torres al disponer de los fondos que administraba de hecho** y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado...» (Resaltado del recurrente).

En el «Caso de los dueños de medios de televisión» la Sala Penal Superior Especial B y la Sala Penal Transitoria Suprema han fundamentado también la condena a Vladimiro Montesinos Torres como autor del delito de peculado en su condición de funcionario administrador de hecho de los fondos públicos asignados al SIN[165].

[165] Id.

SENTENCIA DE LA SALA PENAL SUPERIOR ESPECIAL B DE FECHA 28 DE JUNIO DEL 2004

«Evaluación jurídica: (...)» 11.21 (...) es posible que la custodia o administración esté en manos de **funcionarios de hecho**, que por circunstancias especiales y extraordinarias puedan recibir la confianza de manejar o cuidar fondos públicos, supuesto en el que también incurren en delito de peculado (...) **hemos constatado en este caso que Montesinos Torres de hecho era el encargado de percibir, administrar y custodiar los dineros que el Servicio de Inteligencia Nacional recibía para las denominadas acciones reservadas»** (Resaltado del recurrente)» 11.23 (...)sector al que el presupuesto de la República destinaba importantes sumas de dinero e involucraba diversos sectores de la estructura de gobierno, por lo que el dinero que genéricamente era enviado como presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional había sido dividido en dos partes, la primera para gastos comunes que era destinado al regular funcionamiento administrativo del Servicio de Inteligencia Nacional y la segunda a actividades reservadas, donde se creó dos reservas uno y dos que **fueron directamente entregados a Montesinos Torres para su inmediata administración como parte de su función de asesor, lo que realizaba en estrecha vinculación con el Jefe del Servicio de inteligencia nacional y con el aval del Presidente de la República, lo que determina esa condición de funcionario público a cuyo cargo estaba la administración de dineros públicos»** (Resaltado del recurrente).

La Justicia Anticorrupción es uniforme en fundamentar la autoría del «ex asesor» en el delito de peculado atribuyéndole la condición de funcionario administrador de facto[166]. Según la Justicia Anticorrupción Vladimiro Montesinos Torres administró los fondos públicos asignados al Servicio de Inteligencia Nacional mediante las partidas del presupuesto denominadas Reserva I y II, con título de habilitación: el nombramiento nulo del Presidente la República Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori.

Si bien las sentencias del «Caso Bedoya de Vivanco» y del «Caso de los dueños de medios de televisión» no establecen expresamente la nulidad de la orden del Presidente, se entiende que lo han hecho implícitamente al calificar a Montesinos de funcionario administrador de facto, pues el título de habilitación en este caso es la designación nula[167].

---

166 *Ibidem.*

167 De considerarse a Vladimiro Montesinos como administrador del dinero del SIN por un nombramiento del Presidente **válido**, no sería funcionario de facto sino de iure, y con mucha mayor razón no podría ser calificado de usurpador de funciones.

Vladimiro Montesinos Torres, conforme a la doctrina judicial invocada, fue funcionario administrador de hecho de fondos públicos asignados al SIN porque el nombramiento nulo de administrador que le hizo el Presidente Ingeniero Fujimori Fujimori, fue su título de habilitación[168].

Entre las construcciones jurídicas de los dos casos penales comentados solamente existe una pequeña diferencia en cuanto al alcance de la designación nula de Montesinos como funcionario administrador; en el «Caso Bedoya» se considera que se le nombró en el cargo de Jefe de Facto de la Oficina Técnica de Administración (como Administrador del SIN); en el «Caso de los medios de comunicación» se considera que se adicionó a su cargo de asesor la función de administración de los fondos públicos de las Reservas I y II[169].

Se trata de una diferencia de alcance de la designación presidencial, que en nada varía la calificación de funcionario de facto y las consecuencias ya establecidas para el caso penal[170].

La doctrina judicial del Sistema Anticorrupción ha sido «fortalecida» por el Tribunal Constitucional; en la sentencia emitida en el proceso de habeas corpus promovido por el ex Alcalde de Miraflores, en el fundamento 10 de la posición en mayoría se declara la conformidad con la solución dada en la sentencia condenatoria del proceso penal; Bedoya de Vivanco es cómplice de peculado porque Vladimiro Montesinos Torres es autor por ser funcionario administrador de hecho de los fondos públicos del SIN[171] [172].

9.6. Vladimiro Montesinos Torres al haber sido calificado autor de peculado como funcionario administrador de hecho por la Justicia Anticorrupción, no puede ser considerado por el mismo hecho usurpador de funciones ajenas

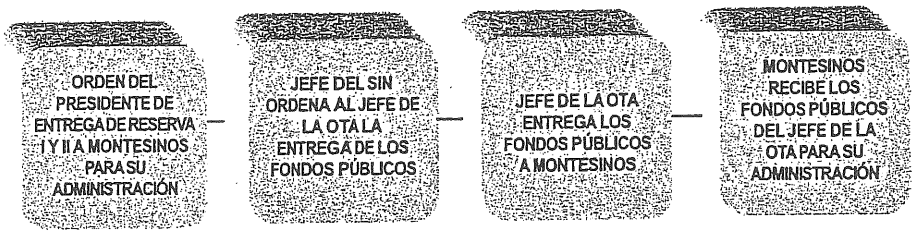
El funcionario público Vladimiro Montesinos Torres no usurpó la función de administrar los fondos públicos asignados al Servicio de Inteligencia Nacional a través de las partidas de su presupuesto denominadas Reserva I y II[173].

---

[168] César Augusto Nakazaki Servigón, *op. cit.*
[169] *Ibidem.*
[170] *Ibidem.*
[171] Sentencia del TC del 23 de noviembre del 2004 expedida en la Causa 2758-2004-HC/TC.
[172] César Augusto Nakazaki Servigón, *op. cit.*
[173] Id.

Como ya se ha resaltado, Montesinos administró los fondos públicos por tener el título de habilitación consistente en la designación nula que le hizo el Presidente Fujimori al ordenar al Jefe del SIN que el Jefe de la Oficina Técnica de Administración le entregue el dinero de las Reservas I y II[174].

Al igual que en los procesos penales donde se ha condenado a Montesinos como autor de peculado, en la instrucción de este caso se ha demostrado que el «ex asesor» administró dinero del SIN a través del siguiente procedimiento:



Todos los recibos de entrega de las Reservas 1 y 2 eran extendidos desde el año 1991 hasta 1998 por la Dirección Técnica de Administración[175] y firmados por el funcionario administrador de facto Vladimiro Montesinos Torres[176].

El Presidente Alberto Fujimori Fujimori, junto al Presidente del Consejo de Ministros, firmaba las resoluciones supremas en señal de aprobación de la rendición de cuentas[177].

Al haber establecido la Justicia Anticorrupción que Vladimiro Montesinos Torres tuvo título de habilitación para administrar fondos del SIN y por tanto que fue autor de peculado por apropiarse del dinero; no puede ser considerado por el mismo hecho autor de usurpación de funciones ajenas[178].

---

174 ID.

175 Ver Anexo N° B del Escrito de defensa N° 16 presentado en la causa.

176 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, *op. cit.*

177 Descritas en el «INFORME DETALLADO DE LAS PARTIDAS RESERVADAS DEL SIN QUE SE ENTREGARON AL FUNCIONARIO VLADIMIRO MONTESINOS TORRES DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 1991-1998» que presentó la defensa con fecha 02/05/01 en el Exp. 14-01 ante el 6° Juzgado Penal Especial. El informe obra de fojas 140 a 146 y los anexos de fojas 147 a 194 del expediente de esta causa.

178 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, *op. cit.*

TÍTULO DE HABILITACIÓN: NOMBRAMIENTO NULO DEL PRESIDENTE

FUNCIONARIO PÚBLICO VLADIMIRO MONTESINOS TORRES

ADMINISTRACIÓN DE FONDOS DE RESERVA I Y II DEL PRESUPUESTO DEL SIN

Para que Montesinos sea autor de usurpación de funciones ajenas se requeriría establecer que administró los fondos del SIN **careciendo de título de habilitación**; supuesto que ha sido descartado de plano por la Justicia Anticorrupción, insisto una vez más, al haberlo calificado de funcionario administrador de hecho y condenado como autor de peculado[179].

Así como no se puede ser respecto del mismo bien, dueño que abusa del derecho de propiedad y ladrón; tampoco se puede ser peculador de fondos públicos que se administran y usurpador de funciones por no tener título de habilitación para administrarlos[180].

9.7. Si Vladimiro Montesinos Torres no cometió delito de usurpación de funciones al administrar los fondos del SIN correspondientes a las partidas Reserva I y II, el Ex Presidente no puede ser considerado cómplice

Para que el Ex Presidente sea cómplice de usurpación de funciones ajenas, Vladimiro Montesinos Torres debe ser autor de este delito, al así exigirlo el principio de accesoriedad que rige a la participación criminal en el derecho penal peruano.

9.8. El principio de accesoriedad como regla del sistema diferenciador implementado en el Código Penal de 1991

El principio de accesoriedad es aplicable en legislaciones penales que se elaboren sobre la base del sistema diferenciador[181].

---

179 Id.

180 Id.

181 Los problemas que genera la intervención de dos o más personas en la realización de un delito, se solucionan a través de dos sistemas alternativos; el unitario y el diferenciador.

En el sistema diferenciador no todas las personas son consideradas autores; se distinguen entre sujetos principales (los autores) y secundarios (los partícipes: instigadores o cómplices).

Los partícipes no realizan el delito en sí, colaboran con el autor en su realización; su responsabilidad penal es accesoria a la del autor[182].

Por el principio de accesoriedad el fundamento de la punibilidad de los partícipes depende del autor pues éstos participan en un hecho ajeno, en el delito que aquél comete. Solamente si el autor llega a realizar el hecho delictivo y por tanto a merecer pena, los partícipes asumen responsabilidad penal[183].

El Código Penal de 1991 utiliza al sistema diferenciador para solucionar el concurso de personas en el delito, conforme se aprecia del examen dogmático jurídico de las reglas del Capítulo IV Autoría y Participación, del Título II Del Hecho Punible, del Libro Primero Parte General.

La jurisprudencia ha establecido que en el Derecho Penal Peruano rige el principio de accesoriedad[184].

La Justicia Anticorrupción viene sustentando la condena de los cómplices de delitos contra la administración pública en el principio de accesoriedad. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el «Caso Bedoya de Vivanco» ha establecido que el Código Penal de 1991 «recoge la tesis de accesoriedad de la participación»; la Sala Penal Superior Especial B en el «Caso de los medios de comunicación» para justificar la responsabilidad penal de los partícipes utilizó «el criterio de la accesoriedad limitada mediante el cual el partícipe sujeta su responsabilidad al grado de dependencia con el delito cometido por el autor».

---

182 En el sistema unitario todas las personas que intervienen en la realización del delito son consideradas autores. El fundamento de la responsabilidad penal es individual: el aporte causal de cada uno de los intervinientes en el hecho delictivo.

183 DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 96 y 97.

184 Ejecutoria Suprema del 02 de Octubre de 1997, Exp. N° 4354-97, Callao *(inédita)*; Ejecutoria Suprema del 18 de junio de 1998, Exp. N° 1384-98, Arequipa *(inédita)*; Ejecutoria Suprema del 25 de junio de 1998, Exp. N° 1827-98, Lima *(inédita)*; Ejecutoria Suprema del 27 de enero de 1999, Exp. N° 5163-98, San Martín (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, tomo I, Idemsa, Lima, 2002, pp. 305 y 306); Ejecutoria Suprema del 22 de marzo de 1999, Exp. N° 64-99, La Libertad (Gran Repertorio Jurisprudencial Penal y Procesal Penal, p. 45, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2001); Ejecutoria Suprema del 20 de noviembre del 2002, Exp. N° 3122-2002, Ayacucho *(inédita)*.

9.9. El principio de accesoriedad en el delito especial propio

La usurpación de funciones ajenas corresponde a un tipo penal especial propio, la cualidad exigida para el autor, funcionario público incompetente, fundamenta la existencia de la figura delictiva; es decir, que sino no se verifica en el hecho la presencia del funcionario incompetente, el mismo resultará atípico; si el acto lo realiza un funcionario público competente evidentemente no constituye el delito del artículo 361 primer párrafo (tercera modalidad).

LÓPEZ PEREGRIN explica la aplicación del principio de accesoriedad en los delitos especiales propios en los siguientes términos:

> «Si se según este principio el delito cometido por el autor es el delito por el que responden todos los intervinientes, **el *extraneus* será castigado por el delito especial siempre y cuando la cualidad especial se dé en el autor.** En caso contrario, el hecho es impune»[185]. (Resaltado del recurrente).

La autora española fija una de las reglas de la aplicación del principio de accesoriedad a los delitos especiales propios; el autor debe ser un *intranei*, cumplir con la cualidad exigida en el tipo penal, en el caso tratado la de funcionario público incompetente[186].

Conforme ya se ha establecido Vladimiro Montesinos Torres no era un funcionario público incompetente para administrar los fondos del SIN asignados a través de las partidas Reserva I y II; por el contrario, era competente para tal acto por tener título de habilitación, el nombramiento nulo de administrador efectuado por el Ex Presidente.

Montesinos no pudo ser autor del delito de usurpación de funciones ajenas, por no tener la condición de *intraneus* exigida por el tipo penal del artículo 361 primer párrafo (tercera modalidad).

En aplicación del principio de accesoriedad el Presidente Alberto Fujimori Fujimori no puede ser considerado cómplice del delito de usurpación de funciones ajenas.

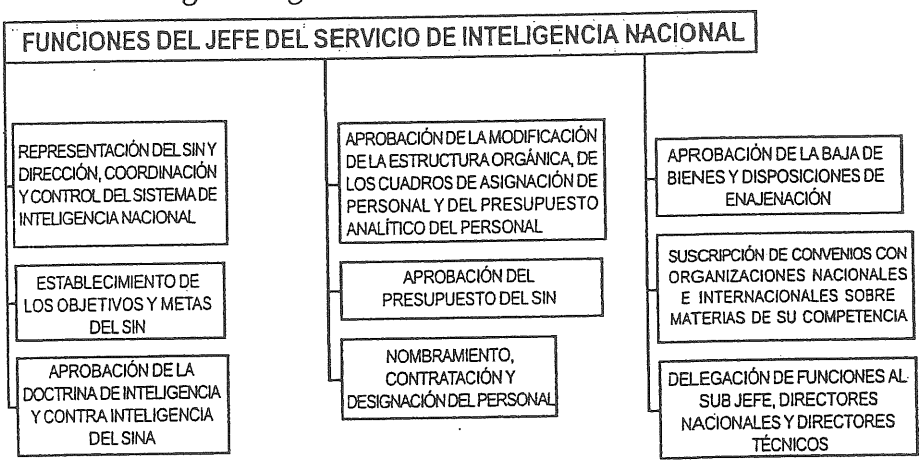
---

[185] LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen, *op. cit.*, p. 88.
[186] *Ibidem*, p. 60.

9.10. El acusado Alberto Fujimori Fujimori no puede ser sentenciado como cómplice de usurpación de funciones ajenas porque las demás funciones que se imputan como objeto de usurpación no correspondían reglamentariamente al Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional

El informe final de la Sub Comisión Investigadora de la denuncia N° 265 refiere, asimismo, que el acusado Alberto Fujimori Fujimori habría permitido y autorizado a Vladimiro Montesinos Torres el control de recursos humanos y logística así como de toda la información recabada por el SIN, pese a que tales funciones eran propias del cargo de Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional.

El artículo 16° del Reglamento de Organización y Funciones del SIN, aprobado por Decreto Supremo N° 065-DE/SG, contempla las funciones y atribuciones del Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional conforme al siguiente gráfico:



Asimismo el artículo 28° del Reglamento de Organización y Funciones del SIN establece en sus incisos a) y c) que son **funciones de la Oficina Técnica de Administración** las siguientes:

a) Planear, organizar, dirigir, coordinar, dirigir, coordinar, controlar y ejecutar las acciones propias de los procesos técnicos de los sistemas de abastecimiento, mantenimiento, tesorería y contabilidad;

b) Ejecutar y controlar la programación, adquisición, registro y control de bienes, así como su almacenamiento y distribución;...

El artículo 29° del Reglamento de Organización y Funciones del SIN establece como **funciones de la Oficina Técnica de Personal** las siguientes: ...dirigir, normar, coordinar, ejecutar y controlar las acciones relacionadas con la selección, permanencia y cese del personal del SIN de conformidad con las disposiciones legales pertinentes.

El artículo 39° del Reglamento de Organización y Funciones del SIN en sus incisos a) y b) establece como **funciones de la Dirección Nacional de Informaciones** las siguientes:

a) Elaborar el Plan de Acopio de Informaciones de carácter integral en los campos de la actividad nacional;

b) Orientar y supervisar los trabajos especiales de obtención de información, de acuerdo a las normas establecidas en los niveles nacional, dominio o campo de actividad y operativo;....

El análisis del referido artículo 16° del Reglamento de Organización y Funciones del SIN y demás dispositivos descritos permiten concluir que dentro de las funciones del Jefe del SIN no se hallan las de control de bienes, control de personal o control de información como consideró el Informe Final de la Sub Comisión Investigadora del Congreso de la República; de allí que hay imposibilidad, no sólo procesal, sino jurídica de seguir su lineamiento, porque no hay usurpación de funciones inexistentes.

Las funciones administrativas que pretenden ser agregadas a las que, reglamentariamente, corresponden al Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional se encuentran dentro del ámbito de otros órganos del SIN, específicamente atañen a la Oficina Técnica de Personal, Oficina Técnica de Administración y a la Dirección Nacional de Informaciones.

Resulta evidente la atipicidad de este extremo de la imputación pues el Presidente Alberto Fujimori Fujimori no puede resultar cómplice en usurpación de funciones que no existen para el Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional.

10. La pertenencia del hecho como punto de partida

La profesora Silvia FERNÁNDEZ BAUTISTA, en su brillante artículo «La Adscripción de un hecho a su autor: la pertenencia del hecho. Especial referencia al Administrador», se formula las siguientes

interrogantes y desarrollos: la cuestión ahora es concretar las siguientes preguntas ¿cuándo puede determinarse una relación de pertenencia entre un hecho y un sujeto?, ¿cuáles son los criterios que permiten afirmar la existencia de dicha relación? Pues bien, en mi opinión, puede afirmarse que el principal criterio al qué debe atenderse para determinar la relación de pertenencia entre el hecho y el autor es, precisamente el acceso, *rectior, posibilidad de acceso al bien jurídico protegido* por parte del sujeto al que objetiva y subjetivamente puede imputársele el hecho en cuestión. Éste será, por tanto, el primer *indicio* a través del cual emprender el estudio acerca de la existencia o no de relación de autoría, es decir, relación de pertenencia entre hecho y autor.

Como ya se ha mencionado, en los denominados delitos comunes, el acceso al bien jurídico no resta limitado a sujetos especialmente cualificados. En esta constelación delictiva cualquiera está en disposición de acceder al ámbito donde se encuentra ínsito el bien jurídico que la norma pretende proteger a través de la tipificación del delito. Este motivo puede ser entendido como una de las razones por las cuales el legislador no establece, en estos tipos, limitación alguna en sede de autoría. Sin embargo, también en esta clase de delitos no basta con un mero acceso formal al bien jurídico protegido, sino que ello debe materializarse en una posibilidad efectiva o material de lesionarlo o ponerlo en peligro.

Precisamente por este motivo, es decir, por la teórica posición idónea de cualquier sujeto para acceder al bien jurídico, debe buscarse un criterio que permita concretar, de entre todos ellos, aquel del que se puede predicar la pertenencia del hecho jurídico-penalmente relevante. En definitiva se trata de identificar al sujeto al que puede atribuirse el hecho como suyo. En estos casos, no me parece desdeñable acudir al criterio del dominio como factor coadyuvante en la delimitación de la autoría. Ahora bien, este dominio debe darse en un ámbito de responsabilidad o competencia propia del sujeto pues, sólo de este modo, el acceso al bien jurídico de éste se revela como verdaderamente factible y deja de ser una posibilidad simplemente teórica.

En los delitos especiales, en cambio –al menos en los que se reduce la autoría a la figura del administrador de hecho o de derecho–, el ámbito en el que se halla el bien jurídico protegido por la norma deviene de acceso limitado a aquellos sujetos que ostentan un determinado estatus. En estos casos, podría presumirse que dichos sujetos,

precisamente por el dato objetivo de su especial cualificación, controlan el ámbito propio de su responsabilidad. Ahora bien, dicho dato formal no puede, en absoluto, ser suficiente.

Al igual que sucediera en los delitos comunes, será imprescindible la comprobación de que ese supuesto acceso al bien jurídico pueda materializarse efectivamente. Ello será factible en la medida en que el sujeto ejerza realmente una *función* propia de su estatus. De este modo, el dato meramente formal de la especial cualificación del sujeto se ve completado por un criterio material que permite afirmar que el sujeto, no sólo tiene un acceso formal al bien jurídico protegido por la norma, sino una posibilidad de acceso real al mismo, es decir, la capacidad efectiva de lesionarlo o ponerlo en peligro por el hecho de ejercer las funciones propias de su estatus.

En relación a la función que debe ejercer el sujeto especialmente cualificado de manera efectiva, entiendo que debe caracterizarse como una función *esencial o relevante*. En efecto, no cualquier función propia del estatus puede ser suficiente para afirmar una posibilidad real de lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Entiendo que únicamente aquellas que forman el núcleo principal propio del ámbito de responsabilidad son válidas como criterio material para afirmar el acceso al objeto de protección por parte del sujeto que las ejerce. Todo ello puesto que son precisamente éstas las que con mayor facilidad pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Dicho de otro modo: el bien jurídico se encuentra en una posición de máxima vulnerabilidad ante aquellos sujetos que ejercen las funciones esenciales propias del ámbito de responsabilidad en el que se encuentra inmerso.

La postura expuesta en relación a los criterios que permiten afirmar la pertenencia de un hecho puede resumirse del siguiente modo: *acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad (o competencia) del sujeto*. Ahora bien, como ya se dijo, el criterio del dominio como *quantum* de aportación del sujeto no es en absoluto desechable. Por este motivo, cuando haya más de un sujeto en la misma posición de idoneidad para poder lesionar o poner en peligro el bien jurídico -precisamente por ejercer una función relevante en su ámbito de responsabilidad- podrá tenerse en cuenta el criterio del dominio para poder discernir, de entre todos los intervinientes que pueden acceder de igual modo, a cuál de ellos le pertenece el hecho no pudiéndole disputar los demás dicha pertenencia.

Desde la perspectiva de este trabajo se acepta el criterio del acceso al bien jurídico como esencial, siendo este concepto dotado de contenido por la idea del ejercicio de una función en el ámbito de responsabilidad propio del sujeto. También se ha optado por la utilización de la terminología utilizada por MIR PUIG: la *pertenencia del hecho*. Pues bien, este aspecto puede verse simplemente como una cuestión de «etiqueta» bajo la cual se aúnan diferentes criterios utilizados ya, como es obvio, desde distintas concepciones de la autoría. Sin embargo, entiendo que calificar el criterio que debe definir la autoría como *pertenencia del hecho* representa de manera terminológicamente correcta el verdadero significado de adscripción o imputación que conlleva la relación de autoría entre el hecho y el sujeto. Lo que se pretende es utilizar una nomenclatura correcta que, en la medida de lo posible, sea lo suficientemente plástica para abarcar todos aquellos criterios materiales que la dotan de significado. Tal es el caso de la expresión «pertenencia del hecho».

El concepto de pertenencia, a su vez, dota de *unidad sistemática* en el ámbito de determinación de la autoría, pues se puede predicar esta relación entre hecho y autor tanto en los delitos comunes como en los delitos especiales. Si bien es cierto que existirían algunas pequeñas diferencias entre ambas constelaciones delictivas, dicho concepto de la pertenencia se dota de contenido a través de criterios en absoluto contradictorios sino, por el contrario, homogéneos. En ambos casos se tendrá en cuenta la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido por parte del autor, así como el ámbito de responsabilidad o competencia donde el sujeto ejerce sus funciones.

Para concluir, señala la citada autora que se podría resumirse la argumentación expuesta hasta el momento del siguiente modo: *la delimitación de la autoría constituye un juicio de adscripción que debe ubicarse en un tercer nivel de imputación tras la comprobación de la posibilidad de imputar objetiva y subjetivamente el hecho. Así mismo, el criterio a adoptar en dicha delimitación es la pertenencia del hecho concretada en la posibilidad de acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto.*

Tal y como se ha definido la teoría de la pertenencia del hecho, ciertamente puede convenirse en que ésta se manifiesta cómo un concepto o criterio delimitador de la autoría amplio y flexible. Ahora bien, dicha laxitud entiendo que no debe verse como un aspecto

negativo, antes, al contrario, constituye una de las principales virtudes aportadas por la dicha teoría. En primer lugar, ello permite manejar un criterio delimitador de la autoría en el marco de un concepto restrictivo de autor, válido para cualquier clase de delito tenga éste o no restricciones en sede de autoría. En segundo lugar, entiendo que este criterio delimitador, debido precisamente a su flexibilidad, permite una mejor adecuación a la dinámica delictiva y a las singularidades que presentan entre otros, los delitos en los que la figura del administrador de hecho y de derecho adquiere especial relevancia en el ámbito de la autoría y la participación como son, por ejemplo, los delitos societarios.

De todos es sabido que algunas construcciones doctrinales, en el intento de solucionar determinados problemas en el ámbito de la autoría y la participación, han construido diferentes criterios delimitadores de la autoría en función de la clase delictiva analizada. Éste es el caso, por ejemplo, de las construcciones dogmáticas de Roxin. Dichas teorías desembocan en una inevitable –he indeseada– ruptura de la unidad sistemática de la autoría pues obviamente el concepto de autor depende de la previa clasificación del delito que pretende ser imputado.

Pese a ello, no deben olvidarse los esfuerzos por parte de estos mismos autores por buscar un «supraconcepto» que englobe ambos criterios de delimitación de la autoría, aparentando así mantener la unidad a la que ahora hacemos referencia. En el caso de Roxin, bajo el concepto de la *«figura central»* como característica que se puede predicar de todo autor con independencia de la clase de delito imputado, se pretende englobar los criterios del dominio y los de la infracción de un deber. Por su parte, Jakobs también cree encontrar un nexo común entre ambos basado en el concepto de *«competencia»*.

A pesar del esfuerzo realizado por estos autores por encontrar un supraconcepto que aúne posturas tan dispares como el dominio del hecho y la infracción de un deber, no se puede afirmar que exista en sus concepciones una unidad sistemática en cuanto a los criterios delimitadores de la autoría, pues las figuras que, a su juicio, pueden hacer de nexo común deben ser dotadas de contenido con elementos radicalmente opuestos, lo que obliga a manejar dos criterios delimitadores de la autoría totalmente irreconciliables y no reconducibles a uno común, salvo al genérico concepto restrictivo de autor.

Ante estas posturas surgen intentos en la doctrina por retomar dicha unidad. Este esfuerzo unificador se ha realizado desde muy

diversas perspectivas. Algunas de ellas lo han hecho procurando aunar el criterio del dominio y del deber en la delimitación de la autoría de los delitos con especiales restricciones en este ámbito. Otras, por el contrario, optando por un único criterio normativo que, gracias a su flexibilidad, sea válido en la determinación de la autoría de cualquier constelación delictiva. Esta última postura se ve claramente, por ejemplo, en la teoría del «dominio sobre el fundamento del resultado» acuñada por SCHÜNEMANN. Es el propio autor el que pone de relieve que dicho criterio nace con vocación de aplicación general. Para ello, le resulta imprescindible concebir el «dominio sobre el fundamento del resultado» como un nexo común que englobe lo que él define como «dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico» y «dominio sobre una causa esencial del resultado». Criterios estos que se adecuarán en cada momento a las necesidades de cada uno de los tipos penales en lo que a la determinación de la autoría se refiere.

Cierto es que las construcciones doctrinales que abogan por una clara diferenciación entre los delitos de dominio y delitos de infracción de deber son, no es necesario recordarlo, sumamente atractivas. En efecto, ofrecen una solución sencilla y diáfana a problemas altamente complicados surgidos en el seno de los delitos con especiales restricciones en sede de autoría, como es la utilización de instrumento doloso no cualificado. Sin embargo, las consecuencias a las que en última instancia conducen, no son, en mi opinión, atendibles. Es precisamente este uno de los motivos –además de la posibilidad de que ciertas conductas deriven necesariamente en la impunidad– que impulsa la necesidad de justificar la unidad sistemática en el ámbito de la autoría y la participación con la elaboración de un criterio lo suficientemente flexible y amplio para abarcar la totalidad de problemas y cuestiones que surgen en este ámbito, especialmente en el seno de determinados delitos, esto es, los delitos especiales. Por eso, en esta modestísima construcción teórica se ha procurado –a pesar de la innegable amplitud del concepto– aportar algunos criterios materiales, en definitiva, indicadores orientativos que permitan el estudio pormenorizado de cuándo un sujeto puede responder como autor en cualquier tipología[187].

[187] Ver integralmente el artículo de la profesora Silvia FERNÁNDEZ BAUTISTA, titulado «La adscripción de un hecho a su autor: la pertenencia del hecho. Especial referencia al administrador», en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (dir.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*. Libro homenaje a Santiago Mir Puig, La Ley, Madrid, 2010.

VI
Los aforados

1. Protección de derechos fundamentales en el antejuicio

El antejuicio es la etapa previa a un proceso jurisdiccional que involucra la imputación y prueba de responsabilidades penales que, si bien son inicialmente valoradas por el Congreso, tiene como propósito habilitar la posterior intervención del más alto nivel del Poder Judicial para que la Corte Suprema de Justicia pueda asumir competencia respecto a la causa que verse sobre dicha materia y aplique sólo sanciones penales cuando corresponda. Al respecto, el Tribunal Constitucional, precisó que el modelo de antejuicio difiere del de juicio político, dado que sobre aquel el Parlamento no aplica ninguna sanción al funcionario acusado, sino que se limita a decidir si se habilita o no la competencia penal de la judicatura ordinaria para iniciarse el proceso respectivo contra el referido funcionario por la comisión de delitos en el ejercicio del cargo.

En el referido antejuicio no cabe excluir las garantías de un debido proceso, que incluye el derecho de defensa, dado que ningún órgano u organismo público puede vulnerar este derecho fundamental, sobre todo cuando en el antejuicio se aplican las reglas que conllevan un procedimiento administrativo. Que relacionado con el fundamento precedente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia de fecha 31 de enero de 2001, en el fundamento 77, se prescribe lo siguiente: «*En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.* ...

En el segundo párrafo del artículo 100° de la Constitución se ha prescrito que «*el acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso*».

2. ¿La medida de suspensión adoptada por el Parlamento, en un antejuicio, configura una medida sancionadora?

El Parlamento en el antejuicio no impone al funcionario involucrado ningún tipo de sanción, toda vez que su finalidad es que se proceda a habilitar al funcionario para que pueda ser procesado y su eventual responsabilidad penal sea dilucidada en la vía ordinaria. En virtud de ello y una vez aprobado el antejuicio, esto es, autorizar la acusación constitucional contra el funcionario acusado, éste materialmente queda suspendido en el ejercicio de su cargo, quedando así sujeto al órgano jurisdiccional competente, no existiendo sanción alguna por parte del órgano político.

A fin de sustentar lo explicado, la suspensión del ejercicio de las funciones a quien se le ha levantado la inmunidad parlamentaria o la prerrogativa funcional no significa de ningún modo una sanción por el acto tipificado, como podría suceder cuando se trate de juicio político el que podría conllevar la destitución o inhabilitación para la función pública. En tal sentido, la suspensión no tiene otro propósito que impedirle al congresista el ejercicio de esta función mientras dure el proceso en sede ordinaria por ser una medida que busca evitar que un funcionario utilice el poder político que vino ejerciendo, de modo que excluya cualquier tipo de influencia en el eventual proceso penal que se le vaya a instaurar.

3. La prerrogativa del antejuicio político

La Constitución Política del Perú, dentro de su desarrollo normativo, ha previsto en sus artículos 99° y 100° dos tipos de procedimientos por medio de los cuales se puede acusar a los altos funcionarios del Estado ante una posible infracción a la Constitución o por la comisión de un hecho delictivo. Estos procedimientos de acusación constitucional son de distinta naturaleza y, por ende, de distintos alcances; nos referimos al *antejuicio político* y al *juicio político*. Por obvias razones, en el presente caso efectuaremos un análisis sólo del primero de ellos, esto es el antejuicio político.

Así, respecto al antejuicio político el artículo 99° de la Constitución Política del Perú ha señalado que: «*Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes del Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas*» (resaltado y subrayado agregados).

Por su parte el Tribunal Constitucional desarrollando dicho artículo ha precisado que: «*...es un privilegio jurídico-político al cual tienen derecho ciertos funcionarios del Estado como: el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República...*» (STC N° 0006-2003-AI/TC), a mayor abundamiento ha señalado que: «*... El antejuicio político es una prerrogativa funcional de naturaleza formal consistente en que los altos funcionarios del Estado señalados en el artículo 99° de la Constitución no sean procesados penalmente por supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido con las debidas garantías procesales en el seno del Congreso de la República...*» (STC N° 2364-2008-PHC/TC).

Como se podrá advertir tanto de su configuración normativa, como el desarrollo jurisprudencial, existen dos materias por las cuales es posible que los Congresistas de la República puedan ejercer la atribución constitucional de la acusación constitucional; nos estamos refiriendo a: a) La infracción a la Constitución; y, b) Comisión de delito en el ejercicio de sus funciones. El análisis que se hará en el desarrollo argumentativo de la presente sentencia recaerá únicamente sobre el segundo de ellos, por ser este uno de los fundamentos por los que el recurrente esgrime el presente proceso constitucional de la libertad.

En este excurso de razonamiento, el Supremo Intérprete de la Constitución considera necesario establecer que la prerrogativa del antejuicio político o, si se quiere, el procedimiento de acusación constitucional, es una institución jurídico-política que *se instaura por la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones*, mas no está

diseñado o configurado respecto de la comisión de delitos comunes. En otras palabras, la prerrogativa del antejuicio político no resulta aplicable a los altos funcionarios del Estado en todos los ámbitos de su vida, incluyendo la privada, sino sólo para aquellos casos en los que la conducta delictiva sea consecuencia de actos propios de su cargo (como por ejemplo peculado, cohecho, etc.). Sostener lo contrario, sería afirmar que si uno de los altos funcionarios a los que hace referencia el artículo 99° de la Constitución atenta contra la vida de su cónyuge, éste tendría derecho al antejuicio político por el cargo que ostenta, lo que a juicio de este Colegiado es incongruente con el *thelos* de la institución jurídica bajo análisis.

Bajo dichas consideraciones se postularon procesos constitucionales de habeas corpus, así por ejemplo la sentencia del 19 de octubre del 2009, recaída en el Exp. N° 3509-2009-PHC/TC, Lima, Walter Gaspar Chacón Málaga, en el que se argumento en su escrito de apelación de la sentencia emitida por el A-quo en el presente proceso constitucional que: «La ampliación de instrucción por el delito de enriquecimiento ilícito alcanzó el periodo de tiempo comprendido entre el año 1992 y 2000» año éste último en el que se desempeñó como Ministro de Estado en la Cartera del Interior, pero respecto de ello no se ha dicho nada, por lo que asegura que le alcanzaba la prerrogativa del antejuicio político. Dicha afirmación debe estimarse como un argumento de defensa del recurrente, pero que este Colegiado no comparte, pues si tenemos en cuenta el auto ampliatorio de instrucción obrante a fojas 38, por medio del cual se resolvió ampliar la instrucción por la presunta comisión del delito de *enriquecimiento ilícito*, afirma que el evento fáctico que permite sostener la imputación formulada, está representada por el desbalance patrimonial del hoy recurrente cuando éste desempeñaba diversos cargos estratégicos en su condición de General del Ejército Peruano. Ello evidencia que la instrucción que se le siguió y el juicio oral que a la fecha de presentación del presente proceso constitucional sigue vigente, no ha sido consecuencia de su accionar como Ministro de Estado, por lo que no está comprendido dentro de los alcances de la prerrogativa del antejuicio político.

4. El antejuicio político

Conforme a lo señalado, el privilegio del antejuicio político son beneficiarios el Presidente de la República, los Congresistas, los

Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (artículo 99° de la Constitución).

En virtud de dicho privilegio, los referidos funcionarios públicos tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual el cuerpo legislativo debe haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como su subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley.

En ese sentido, en el antejuicio sólo cabe formularse acusaciones por las supuestas responsabilidades jurídico-penales (y no políticas) de los funcionarios estatales citados en el artículo 99° de la Constitución, ante los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia (que puede provenir de su propio seno) y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del dignatario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones, y poniéndolo a disposición de la jurisdicción penal.

De esta forma, en los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decisor (porque nunca sanciona). Y es que la facultad de aplicar sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial.

En síntesis, el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo.

El procedimiento de acusación constitucional contra los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, por los

supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (antejuicio), se encuentra regulado en el artículo 89° del Reglamento del Congreso. Queda ello meridianamente claro, cuando dicho artículo, *ab initio*, establece que «[...] mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político, al que tienen derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución Política. [...]» (el subrayado es nuestro).

5. La prerrogativa funcional de antejuicio político y la inmunidad parlamentaria

Los Congresistas gozan también de la inmunidad parlamentaria prevista en el último párrafo del artículo 93° de la Constitución y cuyo procedimiento de levantamiento se encuentra regulado en el artículo 16° del Reglamento del Congreso. Se trata de una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación.

Una vez determinada la ausencia de toda motivación política en la acusación, el Congreso tiene el deber de levantar la inmunidad al imputado.

Debe precisarse que el constituyente ha extendido la garantía de la inmunidad parlamentaria al Defensor del Pueblo (artículo 161°) y a los miembros del Tribunal Constitucional (artículo 201°).

Así, entre la prerrogativa funcional del antejuicio político y la inmunidad parlamentaria pueden establecerse distancias de orden formal y material. Las primeras señalan que, mientras todos los funcionarios que gozan de inmunidad (artículo 93°, 161° y 201° de la Constitución), tienen, a su vez, la prerrogativa de antejuicio (artículo 99°), no todos los que son titulares de ésta, lo son de la inmunidad. Por otra parte, mientras la inmunidad parlamentaria tiene vigencia desde que se es elegido en el cargo hasta un mes después de haber cesado (artículo 93°), la prerrogativa funcional de antejuicio permanece vigente hasta 5 años después de haber cesado en el cargo (artículo 99°).

Desde el punto de vista material, a diferencia de lo que ocurre con el privilegio del antejuicio político, en el procedimiento para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, el Congreso no asume un rol acusatorio, sino estrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación. En estos casos, el Parlamento no pretende acreditar la responsabilidad penal del recurrente, sino, tan sólo, descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse encubiertos en una denuncia de «mera apariencia penal».

De otra parte, un análisis lógico permite deducir que la garantía de la inmunidad parlamentaria opera sólo respecto de delitos comunes, puesto que en el caso de los delitos funcionales, sin importar de quién haya provenido la denuncia, y aun cuando haya sido tramitada, en un inicio, con arreglo al segundo y tercer párrafo del artículo 16° del Reglamento, el Congreso deberá iniciar la investigación correspondiente conforme al artículo 89° del Reglamento, con el propósito de determinar si hay o no lugar a la formación de la causa, y, consecuentemente, si corresponde o no levantar la prerrogativa del congresista, concebida a estos efectos, ya no como la inmunidad a que hace alusión el artículo 93° de la Constitución, sino según el contexto del privilegio de antejuicio al que alude el artículo 99° constitucional. De igual manera, si el Congreso advirtiera que la materia sobre la que versa la denuncia sólo puede ser subsumida en la configuración de un delito común, aun cuando en un inicio el procedimiento haya sido tramitado como si se tratase de una acusación constitucional, debe limitarse a levantar la prerrogativa funcional sin formular acusación alguna, pues los casos de delitos comunes no se encuentran contemplados en el artículo 99° de la Constitución.

Sin embargo, independientemente de las distancias existentes en la configuración propia de cada institución, en lo que atañe al privilegio funcional de los altos dignatarios del Estado, tanto el procedimiento regulado en el artículo 16° del Reglamento del Congreso (levantamiento de la inmunidad parlamentaria) como el regulado en el artículo 89° de la misma norma (antejuicio político), tienen un objeto sustancialmente análogo; a saber, la proscripción de ser procesados penalmente sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido en el seno del Legislativo.

No obstante esto, mientras que para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria se exige expresamente la votación conforme

de la mitad más uno del número legal de congresistas (último párrafo del artículo 16° del Reglamento), en el inciso j) del artículo 89° no se hace mención expresa de cuál es el número de votos necesarios para el levantamiento de la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuicio político.

En efecto, el mencionado inciso se limita a establecer: «Luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional por la Subcomisión Acusadora y el debate, el Pleno del Congreso vota, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a la formación de causa a consecuencia de la acusación. En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley, sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución Política. En el segundo caso, el expediente se archiva [...]».

Sobre el particular, el demandado sostiene «que el Congreso de la República goza de la discrecionalidad para establecer la votación, que es una de las reglas de un procedimiento de carácter político como la acusación constitucional, a través de su propio Reglamento, debido a que la Constitución no establece nada al respecto» (sic).

El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Los «silencios» constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efectos de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las «normas regla» previstas en la Constitución omiten precisiones, la ley o, en su caso, el Reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las «normas principio» contenidas en la propia Norma Fundamental.

Este criterio, aplicado al caso que nos ocupa, equivale a decir que el hecho de que el artículo 99° de la Constitución no precise cuál es el número mínimo de votos congresales necesarios para acusar constitucionalmente a los funcionarios públicos enumerados en la disposición, no implica que la regulación legal de la institución de la acusación constitucional pueda expedirse al margen del principio de razonabilidad, expresamente previsto en el artículo 200° de la Constitución y proyectado hacia todo el ordenamiento jurídico.

El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo

acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que el inciso j) del artículo 89°, vulnera el principio de razonabilidad, puesto que, a diferencia del procedimiento aplicable al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, regulado en el artículo 16° del Reglamento del Congreso, no establece el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional a que da lugar el antejuicio político, no obstante que, en lo que atañe al levantamiento del privilegio de los funcionarios estatales, tiene un objeto sustancialmente análogo.

De lo expresado se deduce que la omisión en la que incurre el inciso j) del artículo 89° del Reglamento parlamentario (haber dejado de prever el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuicio político) resulta atentatoria del principio de razonabilidad y, en tal medida, inconstitucional. Siendo así, este Colegiado estima que la disposición puede adecuarse al parámetro de control constitucional, a través de una sentencia interpretativa «integrativa».

En efecto, si bien la norma omitida no es posible extraerla de los sentidos interpretativos de la propia disposición impugnada, si es posible encontrarla en otra disposición del Reglamento que regula una materia sustancialmente análoga. Se trata, desde luego, del artículo 16°. En estricto, nos encontramos propiamente «ante una «laguna técnica», colmable, como todas, a través de una concreción jurisprudencial de los «conceptos indeterminados», [...] concreción que se realizará a través de una [...] «sentencia integrativa». (MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 244).

Este Tribunal recurre, pues, a una sentencia integrativa del ordenamiento, también denominada sentencia «rima obbligata» (de rima obligada) (CRISAFULLI, V., «La sentenze "interpretative" della Corte Costituzionale», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967), y, en ese

sentido, considera que debe interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para aprobar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones contra los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, es aquél al que se refiere el último párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros. Tal es la interpretación que debe darse al inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso, a fin de evitar aplicaciones irrazonables. Aunque en estos casos, considerando que el Congreso declara ha lugar a la formación de causa, sin participación de la Comisión Permanente, la votación favorable deberá ser la mitad más uno del Congreso, sin participación de la referida Comisión.

6. Antejuicio al Presidente de la República

Tal como lo establece el artículo 117° de la Constitución, el Presidente de la República sólo puede ser acusado por el delito de traición a la patria; impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134° de la Constitución, o impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral. Para que proceda la acusación constitucional por la supuesta comisión de dichos delitos, como se ha manifestado, se requerirá la votación favorable de la mitad más uno del número miembros del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente.

7. Potestad del Congreso para aplicar sanciones por los delitos declarados como tales por el Poder Judicial

Por otra parte, no puede soslayarse la frase «*sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución Política*», contenida en el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso (ver fundamento 7, *in fine*, *supra*). Y es que el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución faculta al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, para imponer al funcionario público las sanciones de suspensión, destitución y/o inhabilitación hasta por 10 años para ejercer cualquier función pública.

Sobre el particular, surge la siguiente interrogante: ¿Acaso el Congreso puede imponer sanciones por delitos que no han sido

declarados por el Poder Judicial? Sin duda, la respuesta es negativa, porque si así fuera se quebraría no sólo el principio de separación de poderes sobre el que se sustenta todo Estado democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución), sino también el principio de presunción de inocencia (párrafo e, inciso 24), de su artículo 2°). Es por ello que la referida frase del inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso, debe ser interpretada como aquella potestad sancionadora de la que es titular el Congreso, para imponer las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, siempre que dichos delitos hayan sido previamente declarados como tales en una sentencia firme expedida por el Poder Judicial, quedando proscrita toda interpretación contraria.

Así pues, a los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, le son aplicables tanto una sanción penal por parte del Poder Judicial -la que, incluso, según lo establecido en el inciso 3) del artículo 31° del Código Penal, concordante con el artículo 36° del mismo cuerpo de leyes, puede comprender la inhabilitación- como una sanción política (las previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución), toda vez que existe un fundamento distinto en sus respectivas imposiciones; a saber, en el primer caso, la protección del bien jurídico de que se trate, y, en el segundo, la protección del Estado mismo. Quede claro, sin embargo, que en estos supuestos, la condena penal impuesta por el Poder Judicial constituye condición *sine qua non* de la sanción política impuesta por el Poder Legislativo y, por este mismo motivo, sería irrazonable exigir en estos casos una votación calificada, bastando una mayoría simple para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución.

8. El antejuicio político no puede dar lugar a la afectación de la independencia y autonomía del Poder Judicial y del Ministerio Público

Por otra parte, este Tribunal considera que no existen criterios razonables que permitan concluir que la prerrogativa del antejuicio deba dar lugar a algún grado de interferencia con la independencia y autonomía de los poderes públicos encargados, por antonomasia, de

la persecución e investigación del delito. Por ello, este Colegiado observa con preocupación lo expuesto en el tercer y quinto párrafo del artículo 100° de la Constitución. El primer párrafo establece: «En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente». Por su parte, el tercero prevé: «Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso».

El Tribunal Constitucional considera que las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159°; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139°), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso.

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a realizar la reforma constitucional correspondiente.

9. El juicio político - Juicio político por infracción constitucional

El Tribunal Constitucional considera que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, no sólo puede ser ejercida en aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99°, sino también en los casos en que se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede

sancionar sobre la base de la «razón jurídica»), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la «razón política») no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.

Lo expuesto permite afirmar que en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99°, en razón de las «faltas políticas» cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de «retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro.» (BROUSSARD, Paulo, *O impeachment*, Saraiva, 2ª ed., 1992, p. 77). Al respecto, BIDART CAMPOS refiere que «se lo denomina juicio «político» [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado». (*Manual de Derecho constitucional argentino*, Ediar, 1986, p. 612).

Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por «infracción de la Constitución». Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.

De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas.

10. Sobre la votación necesaria para acusar y sancionar en los juicios políticos

El Tribunal Constitucional advierte que aún no se ha previsto en el ordenamiento la votación necesaria para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, en los casos de juicios políticos. Dicha omisión ni siquiera se encuentra prevista en el

ordenamiento para casos sustancialmente análogos, razón por la cual, en este caso, no cabe recurrir a una sentencia integrativa.

Esta omisión, desde luego, puede desencadenar aplicaciones irrazonables de las sanciones previstas en el artículo 100°. En ese sentido, este Colegiado exhorta al Congreso de la República a estipular en su Reglamento la votación necesaria para aprobar una acusación constitucional por infracción de la Constitución (causas políticas), así como aquella necesaria para la aplicación de las referidas sanciones.

Para ello deberá tener en cuenta que los artículos 157° y 161° de la Constitución establecen que para la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo se requiere el voto conforme de los 2/3 del número legal de miembros del Congreso. Siendo así, a efectos de evitar incongruencias que puedan desprenderse del propio orden constitucional, es necesario que el número de votos para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitarlos hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, no sea menor a los 2/3 del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente.

11. Sobre el procedimiento aplicable a los juicios políticos

De otra parte, y en vista de que el procedimiento regulado por el artículo 89° del Reglamento parlamentario se encuentra, *prima facie*, dirigido a regular el procedimiento de acusación constitucional para los casos de antejuicio político, este Colegiado exhorta al Congreso de la República a regular un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político, conforme a las características de dicha institución que se desprenden de esta sentencia. En tanto ello ocurra, este Colegiado no encuentra inconveniente en que el procedimiento regulado en los incisos del artículo 89° del Reglamento sea aplicado también a los juicios políticos, mientras resulten compatibles con las características de dicha institución.

De este modo, y resumiendo los criterios expuestos hasta el momento, debe interpretarse que en los artículos 99° y 100° de la Constitución se contempla tanto el antejuicio político como el juicio político.

En el antejuicio político, que debe versar sobre materia estrictamente jurídica, el Congreso sólo puede acusar y levantar la prerroga-

tiva funcional del funcionario, pero en ningún caso sancionar. La acusación debe ser aprobada por la mitad más uno del número legal de miembros. Una vez sancionado judicialmente el funcionario, el Congreso puede aplicar las sanciones a que se refiere el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, bastando para ello, en este caso, la votación favorable de una mayoría simple.

El juicio político es un procedimiento de contenido eminentemente político, seguido en su totalidad ante el Congreso de la República, en el que éste tiene la potestad de sancionar al funcionario por razones estrictamente políticas. En tal supuesto, es imperativo que la aprobación de la sanción requiera el voto favorable de, por lo menos, 2/3 del número de congresistas, sin participación de la Comisión Permanente.

12. Sobre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral o física

El Tribunal Constitucional resalta que no existe procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pueda declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, esto es, por «su permanente incapacidad moral o física». Ello, desde luego, no podría significar que el más alto cargo de la Nación pueda quedar vacante como consecuencia de mayorías simples, pues ello sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente inaceptables en un Estado social y democrático de derecho, tales como el hecho de que mientras que el Congreso necesite de la votación de más de la mitad de su número legal de miembros para remover a los ministros (responsables políticamente y no elegidos por el pueblo), mediante el voto de censura, sin embargo, no necesite sino una mayoría simple para remover al Presidente de la República (quien no tiene responsabilidad política y es elegido directamente por la voluntad popular). En ese sentido, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso.

VII

Actuación en cumplimiento de un deber

El Código Penal de 1991, en su artículo 20 inciso 8, consigna como causas que eximen la responsabilidad penal del procesado: «al que actúa en cumplimiento de un deber», consistente en el que recibe una orden legitima y estando obligado por el orden jurídico a obedecerla la cumple, actúa en el marco del cumplimiento de un deber y su actuación estará justificada aun cuando su comportamiento lesione un bien jurídico ajeno, siempre y cuando, naturalmente, ese cumplimiento se adecue a las exigencias de esa causa de justificación; y para que se habilite este causal de justificación debe existir la concurrencia de tres requisitos esenciales: a).- La situación de obediencia.- que requiere la existencia de una relación de subordinación jerárquica y que el órgano que emite la orden sea competente objetiva y materialmente; b).- La relación de subordinación.- la cual para que se dé, es necesario que el actuar del agente se encuadre dentro de las relaciones de superior a inferior jerárquico en el ámbito de la administración pública, esta exigencia implica que en el caso concreto habría de existir una regulación jurídica determinada que especifique relaciones de subordinación de un sujeto respecto de otro y que aquel actué precisamente en virtud de tales reglas de subordinación, y c).- La competencia territorial y objetiva.- implica que la situación o el evento se dé dentro del territorio y dentro del ámbito de funciones asignado por la respectiva legislación, para lo cual habrá que atender a lo que señale la respectiva regulación legal y reglamentaria: Es preciso anotar además que para que funcione esta causal de justificación solo basta que el actuar «este dotado formalmente de apariencia legal» aunque realmente no lo sea.

Estando a lo anteriormente expuesto y analizado un caso concreto, cada uno de los procesados así como su participación en los hechos sub materia, tenemos que en cuanto al procesado Francisco José Calisto Giampietri, consideramos que no le alcanza responsabilidad penal por los delitos imputados, desde que en su calidad de edecán,

fue comisionado por el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, para que dirigiera un operativo tendente a la captura de Vladimiro Montesinos Torres, orden que cumplió a cabalidad, pues se encontraba sujeto a la disposición contenida en el inciso sexto del artículo 11 del Decreto Supremo 009-93-PCM, así como sus demás coprocesados que ostentaban el mismo cargo, tanto mas ha sido uniforme en su versión en cuanto refiere que el ex Presidente Fujimori Fujimori le manifestó que tenía una orden de allanamiento, resultando a todas luces, por línea de mando improbable e ilógico que este subalterno cuestione la orden del ex Presidente de la República y le exija mostrarle el documento de allanamiento y además si a dicho operativo iba a concurrir un oficial de mayor jerarquía, como es su coacusado General Hurtado Ezquerre y mucho menos haber tomado conocimiento que la orden que le impartiera el Ex Presidente de retirar las cajas y las maletas del departamento, implicaba que se estaba viendo envuelto en el delito de encubrimiento real, dada su condición de militar cumpliendo una orden de su superior en grado, por otro lado, dado el «compartimentaje», tampoco se puede inferir que este conocía las órdenes impartidas por el ex Presidente a Ubillus Tolentino, concluyéndose con meridiana claridad, que no puede considerarse como cómplice de usurpación de autoridad desde que actuó, no dolosamente, sino bajo el mando del ex Jefe de Estado, que no podía ser cuestionada o puesta en duda, dada su investidura y jerarquía, bajo el riesgo de ser sancionado –situación real y común en aquella oportunidad, por el contexto histórico que se vivía– asimismo no se ha probado en autos que el citado procesado tenia pleno conocimiento que Ubillus Tolentino iba a usurpar la función de Fiscal[188].

1. Obediencia debida

De otro lado, los argumentos de la defensa técnica, están referidas, a que su patrocinada al ser secretaria de Vladimiro Montesinos Torres solo seguía ordenes que este impartía, existiendo ausencia de dolo en su accionar al desconocer las actividades licitas o ilícitas del autor.

Al respecto el Colegiado considera: i) en cuanto al cumplimiento de órdenes alegado como causa de irresponsabilidad de la conducta

[188] Ejecutoria suprema del 12 de octubre del 2006, R.N. Nº 845-2006, Primera Sala Penal Transitoria.

imputada y la ausencia de dolo en su accionar; que dicha causa eximente de responsabilidad se encuentra regulada en el inciso 9 del artículo 20 del Código Penal, denominada por la doctrina como «obediencia debida»; asimismo, si bien se reconoce los principios de subordinación y jerarquía de la situación administrativa, debe acotarse que su operatividad conlleva la admisión de limitaciones, como es la obligación de evitar la impunidad de conductas realizadas al amparo de ordenes jerárquicas. En ese sentido, las limitaciones a la eximente se identifican en cada caso concreto en consideración a la naturaleza, situación y condición de la orden y la capacidad del subordinado de discernir la trascendencia del acto ordenado; siendo ello así, se estima que respecto a la acusada no es aplicable la admisión de esta eximente, ya que la controversia penal surge como consecuencia de la manifiesta ilicitud de sus actos que han sido acreditados en autos, tanto más, si se tiene en cuenta las condiciones personales del agente y las circunstancias en que se dieron las ordenes, lo que implicaría la voluntariedad de las acciones como manifestación de colaboración en la realización del delito imputado[189].

La gran mayoría de los encausados, en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa, han invocado su irresponsabilidad penal en el proceso, argumentando que actuaron en cumplimiento de una orden superior. Es preciso señalar al respecto que los argumentos esgrimidos por los procesados nos llevan, necesariamente a analizar si esta especial circunstancia se adecua al supuesto contenido en el inciso 9 del artículo 20 del Código Penal que regula la Obediencia Debida.

Al respecto se debe señalar que el estado actual de la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la obediencia debida es el de una mayoría a favor de considerarla una causa de inculpabilidad. Siguiendo esta última postura Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ[190], señala que «históricamente se ha pasado de considerarla mayoritariamente causa de justificación, a la actualidad en que generalmente la doctrina estima que es causa de inculpabilidad». Señala, sin embargo, esta autora que dadas las características de los supuestos subsumibles en la obediencia debida resulta imposible establecer una naturaleza jurídica unívoca para esta institución, por lo que opta por una postura ecléctica.

---

189 Sentencia del 23 de Julio del 2007, Exp. N° 30-06, Tercera Sala Penal Especial.

190 ZÚÑIGA GUTIÉRREZ, Laura, *Nuevo Foro Penal*, N° 53, p. 331, La Obediencia Debida - Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales.

Desde esa perspectiva, la eximente de obediencia debida se reconduce a supuestos de error cuando el subordinado no puede apreciar la antijuridicidad de la orden (causa de justificación) y la inexigibilidad de otra conducta; o cuando, a pesar de conocer la ilicitud de la orden, la acata por estado de necesidad exculpante o miedo insuperable (causas de inculpabilidad).

En el caso propuesto los procesados han señalado haber realizado un mandato con contenido delictivo pero en la creencia de que se trataba de un mandato conforme a derecho (supuesto de error). Un asunto fundamental late en el fondo de esta problemática: el poder del subordinado de examinar la orden.

Si partimos que no existe el deber de obediencia ciega a los mandatos del superior (porque el principio de la vigencia del ordenamiento jurídico está por encima del deber de obediencia), se desprende, por el contrario, que el subordinado tiene el poder de examinar si la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. Pero, de otro lado, no es posible admitir que el subordinado, pueda en cualquier circunstancia discutir la orden que se da, porque ello quebraría el principio de jerarquía administrativa, que también es un bien necesario para el buen funcionamiento de las instituciones públicas. Ambos extremos son inaceptables: la obediencia ciega y la posibilidad de discutir toda orden del superior, sin embargo, es factible conciliar dichos límites.

Para llegar a una solución compatibilizadota en esta cuestión, la doctrina ha ideado la teoría de la apariencia. El derecho no puede exigir que el subordinado sepa que el contenido material del mandato sea lícito (porque ello requeriría revisar la orden), sino que basta que con su apariencia no infrinja manifiestamente un precepto legal. Se parte del principio de que los mandatos dictados por los superiores competentes están cubiertos por la presunción de legalidad, por lo que las decisiones que son formalmente (manifiestamente) válidos, poseen un estrecho margen de revisibilidad y por tanto la obediencia es obligatoria. Subyace en esta función el principio de confianza en los actos de la autoridad realizados con las formalidades legales. La razón de lo expuesto se encuentra en que, en casos en que no constituya abiertamente un mandato delictivo, es de mayor interés para el orden jurídico que el subordinado se le restrinja la posibilidad del examen de la orden en servicio de la fluidez del funcionamiento de las

instituciones. De allí que haya que apreciar el carácter manifiesto de la orden ex ante, esto es, al momento de la acción conforme a un criterio objetivo.

Esta teoría es seguida en el derecho peruano. Así el artículo 19 en su inciso 7) del C.J.M. establece que está exento de responsabilidad el que procede en virtud de obediencia al superior, siempre que la orden de este no sea notoriamente ilícita.

La obediencia debida, ya sea como causa de justificación o inculpabilidad reclama la presencia de requisitos que han de concurrir de manera concurrente para su procedencia, esto son los siguientes:

a) Existencia de una relación de subordinación, establecida por una norma jurídica, del que obedece al que manda, y emisión de una orden de éste para aquel.
b) Que el mandato se refiera a relaciones habituales existentes entre el que manda y el que obedece y a sus respectivas competencias.
c) Que la orden cumpla con las formalidades legales correspondientes.
d) Que la orden contenga contenido delictivo y, por tanto, no vinculante, pues la que es conforme a derecho se configura como una modalidad de cumplimiento de un deber.
e) Que, el subordinado desconozca la antijuridicidad de la orden por su ilicitud no manifiesta y crea actuar de acuerdo a derecho. O que, conociendo la antijuridicidad e la orden no quepa exigirle otra conducta que ejecutarla, según las reglas del estado de necesidad exculpante o miedo insuperable.
f) Que la conducta del subordinado responda a la finalidad de dar cumplimiento a la orden debida (elemento subjetivo).

Ubicados en el caso propuesto por los procesados, es preciso determinar si los requisitos que han sido descritos se adecuan a la conducta por las cuales se les imputa el delito de interceptación telefónica:

En cuanto al primer supuesto, la relación de subordinación implica aquella posición jurídica que ocupan unos funcionarios respecto a otros, por imperativo del Derecho administrativo, en cuya virtud nace para unos el deber de dar cumplimiento a lo que les ordene en los modos propios de ese derecho y para los fines que les

corresponden a aquel sector de la administración pública. En el caso propuesto al tratarse de persona perteneciente el Ejército Peruano, esa relación de subordinación está normada en el Reglamento General de Servicio Interno del Ejercito que establece los deberes de obediencia del inferior jerárquico y la facultad de mando del superior, de modo tal que este primer requisito en el caso propuesto se cumple.

Con respecto al segundo y tercer supuesto, la competencia es entendida como aquel poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. El Reglamento General de Servicio Interno del Ejército peruano establece las competencias de sus integrantes en el ejercicio de sus funciones de igual manera la forma verbal o escrita de las órdenes que al interior del ejército se imparten. En este extremo, queda claro que las ordenes para la instalación de las casa de escucha y la interceptación de teléfonos celulares y fijos provino de un oficial competente, esto en el ejercicio de sus funciones y haciendo uso de las prerrogativas que el reglamento mencionado le otorga, de igual manera el subordinado, en este caso los procesados mencionados actuaron en ejercicio de sus facultades y en áreas para las que habían sido preparados justamente por la armada peruana. Ello cumple con los requisitos segundo y tercero.

En cuanto al cuarto requisito, implica que la orden impartida debe ser siempre antijurídica, es decir contraria al orden jurídico, ya que como lo explica MUÑOZ CONDE[191]: «La eximente solo puede hacer referencia al cumplimiento, en virtud de la obediencia debida, de una orden antijurídica, porque, evidentemente, para eximir de pena por el cumplimiento de ordenes lícitas, no antijurídicas, no es necesario ningún precepto legal expreso». Así resulta claro que no tendría sentido que el derecho penal participe de hechos que no son antijurídicos, ya que este en su calidad de última ratio, solo interviene cuando se vulnera un bien jurídico, y más precisamente, cuando se vulneran los bienes jurídicos más importantes. En este extremo resulta claro que interceptar la comunicación de una persona, sin autorización judicial, conducta que se le atribuye a los procesados, constituye una vulneración al secreto a las comunicaciones que forma parte del derecho a la libertad, por lo que al ser una conducta con contenido antijurídico se cumple también el cuarto requisito que reclama la obediencia debida.

---

[191] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch

Establecer la concurrencia del quinto requisito, en el presente caso resulta de suma importancia, es decir, si los procesados en su condición de subordinados desconocían la antijuridicidad de la orden recibida, ello porque la orden no era manifiestamente ilícita y conforme a ello hubiesen estimado que actuaban de acuerdo a derecho, lo que en buena cuenta implica establecer si actuaron en error o no y si fuera así si se trata de un error vencible o en su caso invencible. Antes de pasar a evaluar la conducta de los procesados se debe dejar sentado que por el principio de jerarquía que impera en la administración pública y las fuerzas armadas, al subordinado no le es posible examinar en cada momento la orden del superior, porque construiría un quebrantamiento de las bases en que se sustenta la relación de subordinación. Estos supuestos, que no son posibles en casos de órdenes evidentemente delictivas, como los que serían las de cometer un homicidio, infringir torturas, realizar delitos contra el honor sexual, si pueden presentarse en otros mandatos, como detenciones ilegales por ejemplo.

En el caso, que nos ocupa, como ya ha sido señalado, a fin de establecer sí estamos ante un supuesto de obediencia debida que exime de responsabilidad al agente del evento delictivo, debemos analizar el carácter manifiesto de la orden ex ante, esto es, al momento de la acción conforme a un criterio objetivo, en ese sentido debemos admitir que las condiciones sociales y políticas que vivió el país en la década pasada estuvo rodeada de una atmósfera de inseguridad tanto en el frente interno como en el externo, los conflictos sociales al interior del país, combate al narcotráfico y especialmente al terrorismo no eran los únicos que el país atravesaba si a ello le aunamos la crisis que se tuvo que afrontar con el país vecino de Ecuador, esas especiales circunstancias hacen que de aquella época una no precisamente de orden social.

Colados en esas circunstancias, en la que se reclamaba una respuesta rápida de las fuerzas del orden, es posible reclamar a un ciudadano promedio, en este caso un miembro del ejército, se detenga a analizar si la orden recibida por el superior era lícita o por el contrario se debe reconocer el deber de obediencia, en el que la disciplina y la obediencia constituyen uno de los pilares del ejercito. Por otro lado, de lo actuado en el proceso, se desprende que la práctica de interceptar comunicaciones, por uno u otra motivo, (seguridad interna o externa) no era ajena al interior de la fuerzas armadas, las que incluso como

ha sido manifestado por algunos procesados contaba con la asesoría de agentes norteamericanos habiendo incluso obtenido diplomas de reconocimiento, con esos antecedentes se puede reclamar que un soldado, en muchos casos recién egresados y especializados por la propia institución en actos de interceptación, previamente al cumplimiento de la orden debió examinar la orden recibida, creemos que ello no es así, por el contrario estimamos que todas las circunstancias y antecedentes detallados, le dieron a la orden que en puridad es ilícita, una apariencia de licitud a partir de la cual se habría obrado en cumplimiento de lo señalado por el artículo 19 inciso E) del Código de Justicia Militar que señala que «está exento de responsabilidad el que procede en virtud de obediencia al superior, siempre que la orden de éste no sea notoriamente ilícita», de esta manera concurre, también en el caso propuesto el quinto requisito que reclama la institución de la obediencia debida.

En cuanto al sexto y último requisito, este refiere al elemento subjetivo del dolo, que implica que asumida la orden como una de carácter lícito despliegue actos para dar cumplimiento a la misma y no a otra. En el caso de los procesados aparece que estos cumplieron con lo que se les ordeno, interceptar comunicaciones, no hicieron otra cosa como actos de seguimiento u otro afín, se limitaron a cumplir a orden recibida.

Siendo así, estamos ante conductas que al cumplir con los presupuestos de la obediencia debida, si bien constituyen conductas típicas y antijurídicas dentro de una teoría tripartita del delito, sin embargo el hecho de que el subordinado no pueda apreciar la antijuridicidad de la orden no conducen a un supuesto de error en la licitud de la misma, queda sin embargo establecer si el error fue vencible o invencible. El estrecho margen de revisibilidad que tiene el subordinado, conforme a la teoría de la apariencia, estrecha también los márgenes de vencibilidad del error, lo que se acentúa en el fuero militar, porque son menores los márgenes de revisión de la norma, siendo así y colocados en una situación ex ante a los hechos materia de juzgamiento concluimos que el error en el que se encontraron los procesados, es de carácter invencible lo que los exime de cualquier responsabilidad con respecto al delito de interceptación telefónica, sin perjuicio de ello cabe mencionar que la doctrina es unánime en considerar punible, como autor mediato, la actuación del superior

que da la orden delictiva lo que ha sido recogido por la legislación penal en su artículo 23 del Código Penal.

Cabe precisar que en un principio no es suficiente la sola exigencia de subordinación, sino es probar si para el subordinado esa orden tenía apariencia de licitud, pues si quien recibe una orden una vez no está en la posibilidad de discernir sobre la licitud de la orden, sin embargo, una persona que recibe la misma orden reiteradamente y cumple la misma orden varias veces está en posibilidad de discernir sobre la ilicitud de la misma, en consecuencia de persistir en esta actividad la conducta se vuelve típica, antijurídica y culpable.

Queda claro que en cuanto al personal oficial los coloca en una situación especial, porque ellos sí fueron capaces de comprender el carácter ilícito de la orden. En tal sentido si en alguno de los procesados al momento de evaluar los hechos, le faltara algún requisito antes descrito, no habría la posibilidad de decir que actuaron bajo un supuesto de Obediencia Debida.

Finalmente, este Colegiado estima dejar en claro que sola subordinación emanada del propio funcionamientote las fuerzas armadas y/o policiales, en principio no constituye un supuesto de obediencia debida, por lo que se ha de analizar en cada caso en concreto, pues en aquellos casos de ordenes delictivas sumamente graves -cuyo bien protegido es elevado-, no se podrá eximir de responsabilidad al subordinado alegando apariencia de licitud, ello ocurre cuando se trate de órdenes de cometer homicidios, torturas, desapariciones, etc., al respecto las normas internacionales ya establecen que en estos casos es imposible invocar obediencia debida así lo expresa la Declaración sobre tortura de la ONU del 9 de diciembre de 1975 (artículo 5), y el Código Internacional de Conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la ONU del 17 de diciembre de 1979 (artículo 5)[192].

2. Verificación positiva de la obediencia debida

Ha quedado acreditado en autos la existencia de la base ubicada en el Jr. Caylloma N° 586, Dpto. 701 Edificio La Florida en el Cercado de Lima, de propiedad del Convento de la Buena Muerte lugar donde funcionó una base de interceptación telefónica, conforme es de verse

[192] Sentencia del 9 de Febrero del 2007, Exp. N° 33-2001, Sexta Sala Penal Especial.

del acta de verificación del inmueble obrante a fojas 7199, en la que precisamente el acusado en presencia de David Pongo Huarino, reconoce haber laborado en ese edificio, detallando sus características, precisando literalmente, en aquella diligencia, «los cables negros eran líneas telefónicas que eran interceptados y llegaban hasta la sala donde se conectaban a los equipos conocidos como quesos». De igual forma, está probado el funcionamiento de la base denominada Villarán, ubicado en pasaje del mismo nombre 381 Dpto. 305 Cercado de Lima, conforme al acta de verificación del inmueble corriente a fojas 7077 (tomo P), la misma que contó con la presencia del procesado, y llevada a cabo con las garantías que establece la ley; admitiendo el acusado Cochachín Quintana haber interceptado las comunicaciones telefónicas del Congresista Javier Diez Canseco, la Oficina de los hermanos Aybar Cancho (dos) líneas, la Revista Caretas a través de Enrique Zileri, Gustavo Mohme, el Diario La República, el Diario El Comercio (dos) líneas una del Director Miroquesada y el otro del jefe de la Página Editorial y Política, los congresistas Henry Pease García, Valentín Paniagua Corazao, Lourdes Flores Nano, Javier Valle Riestra, el ex Presidente Alejandro Toledo Manrique, el domicilio del ex alcalde de Lima Alberto Andrade Carmona, así como sus oficinas de la Alcaldía, Juan Carlos Ferrero Costa, Anel Tonwsend, Jorge Del Castillo Gálvez, Mercedes Cabanillas, Graciela Fernández Baca, , Javier Valle Riestra, Olmedo Auris, Fernando Olivera; utilizando los equipos PK Electronic, los mismos que, conforme al Dictamen Pericial Unificado corriente a fojas 2979, emitido por Pedro Calderón Baca y Marco Antonio Tantalean del Aguila, están diseñados para realizar monitoreo y/o intrusión de una conversación, a través de una línea de telefonía fija.

Siendo así, la conducta desplegada por el acusado se adecua al tipo penal incriminado, por haber interceptado las comunicaciones telefónicas de las personas que se han señalado, sin tener autorización legal alguna utilizando para ello equipos técnicos que estaban ubicados en distintos inmuebles donde funcionaban las bases de interceptación telefónica; consecuentemente se ha acreditado que su conducta es típica y antijurídica, debiendo analizar si no obra ninguna causa que exima su responsabilidad; pero como es de verse del estudio y análisis del expediente, Cochachín Quintana, en su condición de sub Oficial de Segunda y después como Técnico de Tercera, cumplió la orden dada por

su superior, en este caso del sentenciado Coronel Huamán Ascurra, quien era el jefe de la Dirección de Información Electrónica del Servicio de Inteligencia Nacional, y por tanto, al haberse cumplido con los requisitos exigidos para la obediencia debida, conforme se ha desarrollado el tema en el Capítulo Sexto, numeral 23, está exento de responsabilidad en observancia del inciso 9 del artículo 20 del Código Penal[193].

Previamente, es menester indicar que los hechos atribuidos al acusado David Daniel Pongo Huarino siempre según la Acusación Fiscal que determina el marco fáctico sobre le cual debe emitir pronunciamiento el órgano colegiado, se refiere a que éste acusado ha laborado como escucha en la base de interceptación denominada «El Convento» situada en Jirón Caylloma N° 586 oficina 701 del Cercado de Lima, en compañía de Andrés Esteban Cochachín Quintana, quienes tenían la orden directa de Roberto Huamán Ascurra de interceptar las llamadas telefónicas del Congresista David Waisman Rjavinsthi, conocido por ellos con el indicativo de «Waisman», cuando éste integraba era parte de la Comisión Investigadora del Congreso de la República para el caso «Montesinos», hecho ocurrido desde el mes de marzo de 2000 hasta setiembre del mismo año. Sentada esta base, debemos anotar que está acreditado que el acusado David Daniel Pongo Huarino ingresó a laborar al SIN desde el mes de enero de 1994 hasta el 15 de noviembre del año 2000 conforme se corrobora con la Hoja de Servicios remitido por el Ejército Peruano obrante en autos a fojas 12503; como también está probado que ha laborado en la base de interceptación telefónica denominada El Convento ubicado en Caylloma N° 586 dpto 701 Cercado de Lima, vivienda en aquél entonces de propiedad del Convento de la Buena Muerte, en la que precisamente el acusado Pongo Huarino reconoce haber operado en ese inmueble conjuntamente con los Técnicos Vargas Medina y Cochachín Quintana, detallando las características del inmueble, incluso indicando los pormenores de las conexiones para la realización de dicho acto ilícito, como se corrobora con las actas de fojas 7199 y 7201, en la que Pongo Huarino reconoce como uno de los cables similares que se encontraban instalados en el departamento 701 del mismo edificio; admitiendo haber hecho uso de los equipos PK ELECTRONIC, destinados para la interceptación telefónica, como lo

[193] Sentencia del 9 de Febrero del 2007, Exp. N° 33-2001, Sexta Sala Penal Especial.

ha confirmado el Dictamen Pericial Unificado de fojas 2979, cuyas conclusiones señalan que los «equipos PK ELECTRONIC están diseñados para realizar monitoreo y/o intrusión de una conversación, a través de una línea de telefonía fija, que cuenta con dos grabadoras para las conversaciones a través de la línea».

Que estando a lo precedentemente expuesto, el comportamiento del procesado se adecua al tipo penal instruido, por haber interceptado las comunicaciones telefónicas de las personas que él mismo ha reconocido, sin tener autorización legal alguna, utilizando equipos técnicos que estaban ubicados en distintos inmuebles donde funcionaban las bases de interceptación telefónica; por lo que habiéndose acreditado que su conducta es típica y antijurídica, pero no culpable por encuadrarse dentro de la eximente de responsabilidad que precisa el artículo 20 del Código Penal inciso 9, conforme se ha explicado ampliamente en el capítulo sexto, y por tanto exento de responsabilidad, el Colegiado deberá emitir el pronunciamiento que corresponde[194].

3. Verificación negativa de la obediencia debida

Cabe señalar, con respecto a los procesados que actuaron en cumplimiento de una orden recibida de un superior, como se ha señalado precedentemente, en principio no es suficiente la sola exigencia de la subordinación, sino que lo primordial, para la aplicación del instituto de la Obediencia Debida, es probar si para el subordinado esa orden tenía apariencia de licitud. Obviamente este requisito, como se ha señalado, debe ser establecido ex-ante y de acuerdo a las condiciones especiales de cada persona, ésta especial evaluación explica el por qué éste Colegiado ha resuelto no aplicar la eximente la Obediencia Debida respecto a los acusados Francisco Alfredo Barja Jáuregui, Manuel Tullume Gonzales, Sotero Saavedra Céspedes, Vicente Mamani Apaza y José Alejandro Alegría Valera, éstos últimos eran las personas encargadas de la instalación, reparación y mantenimiento de los equipos de interceptación telefónica de las bases de escucha; en cuanto a Barja Jáuregui se tiene que participó activamente en seis bases de escucha desde el año 1993 al año 2000, todos ellos personal del entorno del sentenciado Huamán Ascurra.

Se debe señalar que es verdad, que quien recibe una orden no está en posibilidad de discernir sobre la licitud de la orden, sin embargo

[194] Sentencia del 9 de Febrero del 2007, Exp. Nº 33-2001, Sexta Sala Penal Especial.

una persona que recibe la misma orden reiteradamente y cumple la misma orden varias veces está en posibilidad de discernir sobre la ilicitud de la misma, en consecuencia de persistir en esa actividad ya se torna voluntaria y consciente, en consecuencia la conducta además de ser típica y antijurídica se torna culpable, precepto bajo el cual han actuado los acusados en mención.

Con respecto a los acusados Manuel Himerón Ramírez Ortiz y William Castillo Domínguez, quienes tenían la condición de oficiales del Ejército, queda claro que sin bien estos recibieron órdenes, también lo es que impartieron también órdenes, ello en principio los coloca en una situación especial, pues la condición de subordinado y mandante recae por igual en sus personas.

Es verdad y debe haber sido así que habrían recibido órdenes directas del sentenciado Huamán Ascurra, pero aceptar que actuaron en cumplimiento de una orden debida, implica reconocer que no estuvieron en capacidad de reconocer la ilicitud de la orden, supuesto difícil de aceptar, si damos por probado que éstos acusados eran personal de confianza de Huamán Ascurra y en esa condición, impartieron a su vez órdenes con contenido ilícito; su formación de oficiales y la conducta reiterativa que han demostrado, impide sostener que no fueron capaces de comprender el carácter ilícito de la orden que recibían, más aún como se ha señalado, a su vez eran transmitidos a los suboficiales, lo que evidentemente amplia el margen de discrecionalidad que éstos poseían para comprender el carácter ilícito de la orden, por lo que igualmente se concluye que sus conductas son típicas, antijurídicas y culpables merecedoras de reproche penal[195].

4. Del principio de jerarquía

Que el Abogado defensor de los acusados Eduardo Elías Lizarzaburu Cuba y Víctor José Castillo Deza, también ha expuesto como un argumento de defensa la aplicación del Principio de Jerarquía, resaltando que su defendido Lizarzaburu Cuba tiene un nivel jerárquico inferior a uno de los procesados beneficiados con el retiro de la acusación fiscal.

Que si bien por el Principio de Jerarquía no es posible amainar en cada momento la orden del superior, porque constituiría un quebramiento

---

[195] Sentencia del 9 de Febrero del 2007, Exp. N° 33-2001, Sexta Sala Penal Especial.

de las bases en que se sustenta la relación de subordinación, sin embargo este supuesto tiene sus límites ya que al igual como el Principio de la Obediencia Debida en el ámbito castrense, no es posible su invocación y aplicación en casos de órdenes evidentemente delictivas, como serían las de cometer una estafa, una falsificación de documentos contables, la desaparición de estos o una sustracción de dinero, entre otras.

Que es en estas circunstancias que se plantean los supuestos, que los acusados subordinados supieran de la ilicitud de sus actos y, pese a ello, los llevarán a cabo.

Que los subordinados a pesar de la no obligatoriedad de la orden, en una determinada circunstancia de estado de necesidad, como pueden ser temor a sanciones disciplinarias o la pérdida del empleo, realizaron la actividad delictiva y, finalmente, la posibilidad de que se haya dado una causa de inexigibilidad de la de otra conducta, esto es cuando la mayoría de los ciudadanos hubieran obrado de la misma manera en situaciones análogos, pues el ordenamiento jurídico no puede exigir otro comportamiento como sería el de conducta heroica.

Que ninguno de los dos últimos supuestos ha sido argumentado en ninguna etapa del proceso por los acusados, esto es, el estado de necesidad y la no exigibilidad de otra conducta, en tal sentido, el único supuesto subsistente es el conocimiento del agente de lo ilícito de su conducta, hecho que se encuentra suficientemente acreditado por las razones expuestas en el punto II (B) de la presente sentencia, sobre la «Apreciación de la Prueba y las Circunstancias del Delito», parágrafos cuarto y quinto, que siendo así, este Colegiado considera que el argumento aludido por la defensa no resulta aplicable al caso específico de los acusados.

En conclusión teniéndose en cuenta todos estos antecedentes resulta poco creíble que los acusados no hayan tenido conocimiento del carácter delictuoso de su conducta, esto es, que no tenían conocimiento que los dineros que se captaban pertenecían a fondos públicos puesto que lo cierto es que para dicho fin pagaron comisiones ilícitas que trataron de encubrir mediante un procedimiento contable que no les correspondía accionar que evidentemente instituye un accionar doloso reprimido penalmente[196].

[196] Sentencia del 2 de Mayo del 2007, Exp. N° 34-02, Quinta Sala Penal Especial.

VIII
Concurso de delitos

1. Concurso real de delitos

El artículo 50° del Código Penal –en adelante, CP– regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo. El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos. Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de delitos independientes.

C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto–, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte*

General, Grijley, Lima, 2008, p. 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

2. La determinación de la pena en materia de concurso real de delitos

Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado «principio de acumulación». El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave). Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de

los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51° CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

3. La Acusación fiscal, el concurso de delitos y la determinación e individualización de la pena

La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225°.2 del Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACPP- y 349°. 1-b del Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-). Un requisito formal de la acusación es, precisamente, su exhaustividad y concreción -debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225° ACPP o 349°. 1 NCPP-. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.

La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 21° y 22° CP, y artículos 136° ACPP o 161° NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48 y 50° CP).

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los

concursos delictivos –concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa–, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2000, p. 747].

Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión –así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena– debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal o de información judicial –cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos–. El planteamiento de la tesis, según el artículo 285°-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal –inmutable en sí mismo– y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado. Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.

Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos –por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate–. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aún cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual

sobre este asunto -de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas-, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.

Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit.*, p. 748].

El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°. 1 NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes -y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal- la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección -casos de una acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal-. El artículo 374°. 1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387°.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y

afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.

Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Esta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

Los artículos 225° y 273° ACPP y 349°.1 y 387°.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285°-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397°.3 NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El *petitum* o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego –y en la concepción asumida por el NCPP– tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de la organización del Estado [Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel, «La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal», en *Revista del Poder Judicial*, Edición CGPJ, Iberius, Madrid, 2004, p. 30].

El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde

luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal –por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria–. En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo –que es la pauta legal fijada por el NCPP–, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).

Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel, *op. cit.*, p. 33].

Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal *Ad Quem*.

Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha valer cuando formuló

acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50° CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aún cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal. Sí, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compatible con el marco penal legalmente establecido –incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50° CP–, en aplicación del principio de interdicción de la reforma peyorativa (artículos 300°.1 ACPP y 409°.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

4. El concurso real retrospectivo

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo ajuicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública.* Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185° CP), falsedad

documental (artículo 427° CP) y lesiones graves (artículo 121° CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves. Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de delitos.

B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.

C. Unidad de autor.

En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General* I, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, p. 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51° CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50° CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51° CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

5. El concurso real de faltas

La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50°-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según éste artículo: «Cuando se realiza una

pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado'».

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de faltas independientes.

C. Pluralidad de personas perjudicadas.

D. Unidad de autor.

Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente «*...infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza.*

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50°-A CP: «... será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado». Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50° y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una «pena privativa de libertad prevista», la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440°.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se

concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440° CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441° CP o contra el patrimonio del artículo 444° CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia –pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes– que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales. Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50°-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley N° 29407 y que era el siguiente: «Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado». La redacción proyectada aludía, pues, aun «delito» y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50°-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial El Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403452). Por tanto, el texto vigente ha quedado redactado con el siguiente tenor: «Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado'».

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad. En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen

para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los limites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34° CP *(ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales)* y 440°.4 CP *(ciento ochenta días-multa)*, respectivamente.

5.1. **Concurso real de delitos**

5.2. **Concurso ideal de delitos**

5.3. **Concurso aparente de delitos**

5.4. **La relación concursal con el delito de asociación ilícita para delinquir**

5.5. **La relación concursal con el delito de fe pública**

6. **La persecución múltiple e incompatible - delitos fuentes versus delitos subsidiarios: Peculado versus Enriquecimiento Ilícito**

La prohibición de la persecución penal múltiple está garantizada por los artículos 14 inciso 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 inciso 4 del Pacto de San José de Costa Rica y 139 inciso 13 de la Constitución de 1993. Debiendo, puntualizarse, en observancia del desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional y la doctrina, que la exigencia de identidad de persona es relativa, resultando gravitante por el contrario, la segunda y la tercera exigencia.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2725-2008-PHC/TC Lima, Roberto Boris Chauca Temoche y otros, del 22 de setiembre de 2008, desarrolló los siguientes tópicos en materia de *Ne bis in idem* a favor de terceros:

> «Ahora bien, verificar la existencia o no de doble persecución penal, como la alegada por el demandante, pasa por examinar el caso desde la perspectiva del *test de triple identidad:*
>
> a) En cuanto al primer elemento de la ***identidad de la persona perseguida penalmente*** (identidad subjetiva) *en varios procesos*, si bien es una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar un persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra al mismo tiempo. **Este Tribunal considera que la necesidad de cumplimiento de este requisito**

resulta inexigible si se desvirtúa mediante resolución firme (sea ésta judicial o fiscal) el carácter antijurídica: del hecho perseguido -en nuestro caso se agotó la tipicidad del delito de colusión al identificarse y condenarse a los autores y partícipes del delito en cuestión-. Ello hace jurídicamente imposible el procesamiento a otras personas distintas al sujeto pasivo del proceso originario en tanto la cosa juzgada no sólo produce efecto frente a él sino -como en el presente caso- frente a terceros.

Este Tribunal ha señalado en los Fundamentos Jurídicos 15 a 17 de la presente sentencia, las razones porque a la resolución fiscal de «*No ha lugar a formalizar denuncia penal*» no se le puede negar el carácter de *cosa decidida* (cosa juzgada), sabiendo además, que es (...) el fiscal penal para archivar una denuncia quien realiza un juicio de tipicidad del hecho denunciado, que al resultar negativo impide que el imputado pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos -más aún, si dicha decisión es confirmada por el órgano jerárquicamente superior-.

(...)

b) Este Tribunal considera que el elemento denominado *identidad del objeto de persecución* (identidad objetiva) consiste en que la segunda persecución penal debe referirse «*al mismo hecho*» que el perseguido en el primer proceso (o actividad investigatoria fiscal), es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.

(...)

c) Por último, la *identidad de la causa de persecución* es un presupuesto que resulta también verificado en el presente caso, por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por los denunciados están referidos por igual a bienes jurídicos de la Administración Pública, la Administración de Justicia, la Tranquilidad Pública, como así se aprecia de los delitos (cohecho activo, fraude procesal, lavado de activos, asociación para delinquir) que fueron materia de las denuncias de parte, y de las resoluciones que al respecto se dictaron en sede fiscal».

Expuesto lo anterior, a continuación demostraremos que se verifican las identidades necesarias que determinan la persecución

penal múltiple: a.- identidad de persona –relativizada por el Tribunal Constitucional–, b.- identidad de hecho, y c.- identidad de fundamento, conforme exponemos a continuación:

i.- La identidad de hecho

i.1.- Concepto procesal de hecho

El autor español Andrés DE LA OLIVA SANTOS señala que la identificación del hecho se logra con 3 elementos:

a) La acción típica: si se determina que un elemento típico es común a varios tipos penales de forma esencial, de modo tal que en el hecho punible ese elemento normativo es principal para su configuración, se considera que existe solamente un hecho[197].

b) El bien jurídico: si el mismo bien jurídico lesionado aparece en comportamientos naturalmente distintos, se considera un solo hecho procesal[198].

El propio proceso: el proceso funciona como un elemento delimitador del hecho punible de tipo temporal; así diversas acciones que formen delito continuado, delito de hábito o delito permanente, son reducidas a un solo hecho procesal siempre y cuando sean anteriores al momento del inicio del proceso penal[199].

En Argentina, los maestros Julio B.J. MAIER y Eduardo M. JAUCHEN establecen que la identidad del hecho se determina verificando que en las distintas conductas que se pretendan integrar al concepto de hecho procesal la idea básica del hecho primitivo quede intacta[200] [201].

ii.- Verificación de la identidad de hecho entre el objeto del proceso que nos ocupa, con el *factum* de las sentencias de colaboración eficaz

Se verifican a continuación los elementos identificatorios del mismo hecho que brinda la doctrina procesal penal, estos son:

---

[197] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, obra colectiva, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A., Madrid, 1997, pp. 206 y 207.

[198] *Ibidem*, pp. 208 y 209.

[199] *Ibidem*, pp. 211 a 213.

[200] MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamento*, 2ª ed. y reimpresión, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2002, p. 609.

[201] JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del imputado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 393.

a.- Aplicación del elemento acción típica

Se trata del mismo *factum* de colusión desleal, de la comparación de los *factum* de los procesos -el de colaboración eficaz y el proceso que nos convoca-, se identifican relatos históricos incompatibles en torno a los funcionarios que se concertaron con proveedores y beneficiarlos en las compraventas de equipos militares; en efecto, en el proceso de colaboración eficaz se identificaron los sujetos activos convergentes en el acuerdo colusorio, y por ende, responsables penalmente, por la comisión del delito de colusión desleal, en el que se colmaron y agotaron los elementos típicos del delito en cuestión, excluyéndose al procesado de toda forma de autoría o participación. En consecuencia, el presente proceso penal al pretender superponer un relato histórico incompatible, contraviene el principio bis in Ídem a favor de terceros.

En los dos procesos el objeto de tutela penal lesionado sería el correcto funcionamiento de la administración pública en los procesos de adquisición de aviones para la Fuerza Aérea, siendo en consecuencia la víctima el Estado Peruano.

b.- Conexión temporal y espacial

La conexión temporal y espacial se establece considerando no solamente los factores naturales de años de comisión de la colusión desleal, sino que ésta fue realizada por sujetos ya condenados por dicho ilícito penal. José HURTADO POZO señala que la frase «en momentos diversos» debe ser comprendida en un contexto temporal de la mayor amplitud, pues la duración depende de la índole de las acciones y de las circunstancias particulares del caso penal[202].

A lo anterior se abona, como indicador de la exclusión del procesado en la comisión del delito de colusión desleal, la ausencia de la unidad de dolo. En los dos procesos penales, la idea básica y central, que detenta cosa juzgada, es la concertación de los sentenciados por colaboración eficaz, con los proveedores para favorecerlos en los contratos de compraventa que realizó la Fuerza Aérea. Por lo que, al haberse determinado el *factum* colusorio y los sujetos intervinientes, excluyéndose de los mismos al procesado, opera el principio bis in Ídem a favor de terceros, en su faz procesal, en nuestro caso, a favor del procesado inmerso en el proceso penal residual. Lo contrario implicaría que

---

[202] HURTADO POZO, José, *op. cit.*, p. 951.

previamente se declare la nulidad de sentencias que detenta cosa juzgada por haber incurrido en falsedad, cosa que no ha sucedido. Siendo ello así, se comprueba la persecución penal múltiple sucesiva.

c.- La resolución judicial firme

La sentencia condenatoria proveniente de los procesos de colaboración eficaz es firme al no haber sido revocada o declarada nula; por lo que surte todos sus efectos, en el caso concreto, excluyente de toda intervención del procesado.

La necesidad de amparar el principio *ne bis in idem* a favor de tercero, es consecuencia, además, de respetar el deber de adecuada tipificación que emana del principio de legalidad, y de evitar la violación de la prohibición de que por el mismo hecho se emitan fallos contradictorios y se creen nuevos títulos de imputación, ya que las figuras de autor, coautor y partícipes ya recayeron sobre otros sentenciados.

Efectivamente, en sendos procesos de colaboración eficaz, se estableció que el procesado remanente no participó de ningún acuerdo o acto colusorio; en este orden de ideas, podemos mencionar la sentencia de colaboración eficaz de Enrique Duthurburu; en las cuales tiene por aceptado cómo se hizo esta operación y quiénes se aprovecharon, porque en las confesiones sinceras y colaboraciones eficaces, además de las conclusiones anticipadas de las sentencias pre existentes ya se sabe cómo fue, y ya se sabe que el ingeniero Camet y los otros ex Ministros acá presentes no tuvieron nada que ver con la parte ilícita e irregular de esas operaciones; así aparece también del testimonio de Alberto Venero Garrido, quien señaló que: «la tarea del Ministro fue ir a conseguir un mejor precio, consiguiendo un diez por ciento menos, lo que mermó sustancialmente nuestras utilidades», de manera que los protagonistas de la parte delictuosa de estos hechos han confesado a la justicia, la justicia los ha aceptado y los ha sentenciado; de manera que estos hechos en la parte que constituyen delitos no quedarán impunes porque ya han sido sancionados por nuestros Tribunales.

7. Violación de la garantía de la determinación del hecho en la acusación

La garantía de la determinación del hecho en la acusación está consagrada en el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de

los Derechos Humanos; el artículo 14 inciso 3 parágrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 inciso 2 parágrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política de 1993.

La interpretación del artículo 92 inciso 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y del artículo 225 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales a la luz de la Constitución de 1993 y los Tratados en materia de Derechos Humanos, permite establecer cuál debe ser el contenido de la acusación[203].

No cualquier acusación es idónea para posibilitar una adecuada y eficaz defensa[204]. El contenido de la requisitoria debe ser una relación clara, precisa, circunstanciada, del hecho[205]. La situación fáctica que el fiscal le atribuye al sujeto imputado debe estar claramente circunstanciada e identificada, es decir, como hecho ocurrido en el mundo[206].

La acusación correcta y garantizadora debe describir con la mayor minuciosidad posible todos los caracteres de modo, tiempo y lugar de la acción u omisión objeto de la requisitoria[207]. El objeto de la acusación es una descripción completa, clara y suficiente del acontecimiento histórico, que necesariamente tiene que ser observado para que ésta pueda cumplir su finalidad[208]. Los requisitos de la acusación no

---

[203] La ley procesal penal que tenga por objeto un derecho fundamental, como el derecho a la defensa, debe ser interpretada de forma sistemática con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. No se puede asignar por interpretación jurídica a una norma procesal penal referente a derechos fundamentales un significado que sea contrario a la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del orden jurídico interno con el rango de normas constitucionales. El Tribunal Constitucional en el proceso de habeas corpus de César Humberto Tineo Cabrera contra la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (Exp. N° 1230-2002-HC-TC), estableció como garantía de la persona y exigencia del Estado, el que la ley se interprete conforme a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos. Igualmente así lo estableció la Sala Penal Superior Especial B en los procesos cautelares penales 011-2001 N y Ñ.

[204] JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del Imputado*, p. 369, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

[205] SANCINETTI, Marcelo A., *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 17.

[206] *Ibidem*, p. 17.

[207] *Ibidem*, p. 21.

[208] *Ibidem*, p. 44.

responden a un ritualismo absurdo o a un exceso formal, son el medio para garantizar al imputado que pueda defenderse de los cargos formulados en su contra[209].

Eduardo J. Jauchen afirma que las exigencias de una acusación clara, precisa, específica y circunstanciada tiene por finalidad que el acusado tome conocimiento pormenorizado de cuál, cómo, dónde y de qué modo habría cometido el delito que se le atribuye[210].

Entre los institutos que protegen al sujeto de no ser manipulado por difusas consideraciones de justicia, se halla la garantía de la determinación del hecho en la acusación. Para acusar penalmente a la persona se le debe decir qué cosa ha hecho y por qué es un hecho punible. Si el principio se diluye se expone al ciudadano a la mayor arbitrariedad[211].

La experiencia enseña que si el fiscal ni siquiera puede identificar el hecho concretamente es por 3 causas posibles: a.- No existen pruebas de cargo sobre el hecho; b.- No se ha llegado a conocer el hecho concreto; y c.- Se restringe el derecho de defensa del acusado para evitar que se conozca que el hecho concreto no es delito. La necesidad de individualizar el hecho en la acusación constituye una garantía por los siguientes fundamentos[212]: a.- El derecho a la defensa; b.- El derecho a un debido proceso; y c.- La identificación del objeto del proceso.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del 14 de noviembre del 2005 expedida en el proceso de habeas corpus seguido por el denominado caso de la General Electric Company, cuestionando el auto de procesamiento penal invoca al principio de la imputación necesaria como «la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa»; en el fundamento 16 precisa el TC que la imputación necesaria no se satisface «únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirige, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación sea cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan...»[213].

---

[209] *Ibidem*, p. 21.
[210] Jauchen, Eduardo J., *op. cit.*, p. 369.
[211] Sancinetti, Marcelo A., *op. cit.*, p. 48.
[212] *Ibidem*, pp. 52, 53 y 55.
[213] Proceso de Habeas Corpus a favor de Jeffrey Immelt y otros contra el Juez del Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, signado como Exp. Nº 8125-2005-PHC/TC.

La función de información al acusado del núcleo de la imputación que tiene la garantía invocada, permite sostener que la vigencia de la defensa eficaz en este juicio oral necesita que el Tribunal asegure al acusado el desarrollo de su defensa conforme a su entendimiento de los términos de la acusación.

7.1. Verificación de la violación de la garantía de la determinación del hecho en la acusación

En la Acusación Escrita, como en la requisitoria oral el Ministerio Público no señala los hechos por los que acusa al procesado como autor de colusión desleal. En efecto, el respeto a la garantía de la determinación del hecho en una acusación por el delito de colusión desleal implicaría alegar como probado lo siguiente: a.- Identificación de los sujetos que convergieron para el acto colusorio con la que se celebró el acuerdo colusorio; b.- Lugar del acuerdo colusorio (Espacio) y fecha del acuerdo colusorio (Tiempo); y c.- Términos del acuerdo colusorio, por ejemplo: los beneficios de los sujetos intervinientes. A modo de interrogantes: ¿Con quién?, ¿dónde?, ¿cuándo? y ¿en qué términos? se celebró el supuesto acuerdo colusorio entre el procesado y los particulares; exigencias que debería haber alegado el Ministerio Público para considerar que se cumplió con la determinación del hecho en una acusación por el hecho punible de colusión desleal.

La violación de la garantía de la determinación del hecho en la acusación impide establecer como probada la acción de colusión desleal por falta de objeto de la prueba, lo que se ve agravado, si sobre el hecho central recayeron varias tipificaciones, malversación, asociación ilícita para delinquir y contra la fe pública, en el presente estadio procesal ya excluidos.

Por otro lado, dado que estamos en sentido estricto de la imputación, ante un cargo residual, no se cumplió con delimitar lo que realmente subsiste de la imputación inicial plasmada en la acusación escrita, so pena de incurrir en graves contradicciones con lo resuelto por este Supremo Colegiado al declarar prescrita la acción penal por los delitos de malversación de fondos, asociación ilícita para delinquir y falsedad ideológica, e incurrir nuevamente, en persecución múltiple.

En efecto, la praxis judicial da cuenta de la superposición de *factum* típico colusivo con otros ilícitos penales, esto es, un hecho

estructuralmente idéntico de los delitos abstractos y concretos, por ejemplo, delitos de asociación ilícita para delinquir, malversación de fondos y falsedad ideológica cuya persecución penal se extinguió, ya sea por prescripción, archivamiento o absolución; en estos casos, ya no cabe un segundo o tercer reproche penal por ese mismo *factum*, bajo el supuesto envoltorio de colusión desleal; de esta forma deviene en un imposible jurídico penal y constitucional que la imputación nueva o remanente se sustente en la base fáctica de hechos punibles abstractos ya excluidos del proceso penal. Efectivamente, en sendos procesos penales, se constata la superposición sobre la base fáctica del delito de malversación de fondos o asociación ilícita para delinquir, de un tercer cargo o hecho punible de colusión desleal residual; conforme ilustramos a continuación:

1.- Asociación Ilícita para delinquir:	Base fáctica: «ha quedado establecido que los procesados Ministros de Estado, en connivencia con el ex Presidente y el ex asesor presidencial, se organizaron de modo tal que pudieran desviar el dinero de los fondos de la privatización a través de los Decretos de Urgencia; dispositivos legales que fueron utilizados para dar visos de aparente legalidad a la disposición del erario estatal». Actuaron de manera coordinada y concertada con los siguientes funcionarios públicos: (...); X (...) con sus refrendos en los Decretos de Urgencia Secretos sub examine, posibilitaron la indebida utilización de dichos fondos estatales. De esta manera aprovechando la coyuntura de los procesos bélicos y post bélicos, utilizar los ya referidos fondos en las adquisiciones de bienes que, en muchos casos no eran solicitados o necesitados por las Instituciones Armadas, perjudicando a las propias Instituciones Estatales.	Excluida por prescripción.
2.- Malversación de fondos:	Base fáctica: Está acreditado el delito de malversación de fondos, pues, está probada la condición de funcionarios públicos de todos los procesados, así como su deber de tutelar la correcta administración de los fondos del Estado dentro de su ámbito funcional; así tenemos el testimonio de Z, quien ha precisado	Excluida por absolución.

	que el tema de la privatización lo manejaría el Presidente de la República directamente con los Ministros. Los procesados amparados en el carácter secreto de la norma – Decreto de Urgencia -, desviaron los fondos de la privatización, utilizándolos para la atención de asuntos distintos para los que estaban destinados, trastocando el sentido de la norma.	
3.- Colusión desleal:	Base fáctica: Los procesados que **suscribieron los Decretos** de Urgencia **dispusieron y utilizaron los fondos de la privatización** en operaciones fraudulentas, concertando con los principales proveedores de servicios del Ministerio de Defensa. La adquisición **se viabilizó** vía los Decretos de Urgencia, **dispositivos leales cuya dación y validez se viabilizó** con el refrendo de los Ministros. Está probado que los encausados en contubernio, previa concertación, creaban necesidades o requerimientos ficticios o inexistentes de las distintas dependencias del Estado, celebrando contratos previamente negociados.	*Factum* superpuesto.

De esta forma, se presentan procesos penales que se prolongan en base a una calificación jurídico penal, por el mismo núcleo duro de la imputación de los hechos punibles excluidos, pretendiendo subsistir el proceso penal en base a una mera frase retórica y sintético de los delitos anotados, sin contenido fáctico autónomo, bajo el rótulo del delito de colusión desleal, supuestos que se ven agravados, si la imputación remanente no contó con respaldo pericial.

Así las cosas, en el marco, de esta unidad del *thema probandum* o imputación, integrada por «4 cargos o delitos», se **excluyeron los delitos de malversación de fondos, asociación ilícita para delinquir y falsedad ideológica - reduciéndose sustancialmente la base fáctica a una mera síntesis de la imputación de los otros delitos, carente de autonomía típica y cuya persecución penal infringe la cosa juzgada y constituye un caso típico de persecución múltiple.**

Como efecto colateral de la praxis fiscal en la construcción de su pretensión punitiva, se constata la abierta colisión al mandato

contenido en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, que impone la obligación al órgano judicial que «los hechos imputados deben respetarse, no puede alterarse; es decir **la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto** o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas», en el caso que nos ocupa a efectos de evitar duplicidades o múltiples imputaciones, debemos puntualizar **el carácter subsidiario y residual del delito de colusión desleal, ya que se postuló como un tercer cargo, luego del de asociación ilícita para delinquir y malversación de fondos, y antes del delito de falsedad ideológica. En consecuencia, no es posible juzgar a un mismo imputado por otros *factum* de delitos declarados prescritos.**

7.2. Incompatibilidad de la pretensión punitiva colusoria, con otras sentencias recaídas sobre otros sujetos inmersos en el *factum* «colusivo», y en cuyo *iter criminis* fue ajeno el encausado. Acorde a ello, contravención a la Cosa Juzgada

Sobre dicho tópico, es menester que los operadores judiciales contrastes comparativamente, otros fallos, por ejemplo, de colaboración eficaz, con el hecho histórico objeto del proceso penal, dado que a partir de las sentencias de colaboración eficaz, por ejemplo, se verifica la ejecución del *iter criminis* del delito de colusión desleal, por parte de otros sujetos, y, por ende, la ajenidad de los funcionarios públicos investigados con posterioridad. De esta manera los protagonistas de la parte delictuosa de estos hechos han confesado a la justicia, la justicia los ha aceptado y los ha sentenciado; de manera que estos hechos en la parte que constituyen delitos no quedarán impunes porque ya han sido sancionados por nuestros Tribunales.

7.3. La cosa juzgada en relación al delito de Asociación Ilícita para Delinquir

El diseño de un Estado Democrático de Derecho importa limitaciones al *ius puniendi* del Estado, a toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el reforzamiento de la plena vigencia de los Derechos Fundamentales y de las condiciones de su realización.

El Pacto Internacional de la Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14°, inciso 7), estatuye que: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por

un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento en cada país».

La Constitución Política del Estado en el artículo 139°, inc.13, establece que: «La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efecto de cosa juzgada».

El Código Penal en su artículo 78°, sobre las formas de extinción de la acción penal y la pena, señala: «La acción penal se extingue: ... 2) Por la autoridad de cosa juzgada. Esta norma hace referencia a la denominada eficacia negativa de la cosa juzgada, es decir, impide una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad; evita que una misma persona pueda ser enjuiciada dos veces por los mismos hechos en tanto se trate de un enjuiciamiento jurídico homogéneo.

Más precisamente, el mismo Código en su artículo 90° afirma que: Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente». Todas las resoluciones que ponen fin al proceso producen el efecto de cosa juzgada una vez firmes, precisión en la que se incluyen los autos de sobreseimiento en tanto se los considera como negación anticipada del derecho de penar del Estado.

Desde el punto de vista procesal, el artículo 5o del Código de Procedimientos señala: «Contra la acción penal puede deducirse las excepciones...de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona». Ello significa, en cuanto a los límites subjetivos de la cosa juzgada, que la única identidad que cabe entender es la pasiva o del condenado, esto es, a quien se le atribuye el hecho punible materia de condena firme –nunca la activa o del acusador– [en el proceso penal se busca la declaración de que existe el deber y el derecho de castigar, de imponer penas; este deber-derecho incide directa y solamente sobre la persona del acusado, lo que por razones de certeza y seguridad jurídicas prohíbe la extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal a un tercero, distinto del imputado]. Respecto a los límites objetivos de la cosa juzgada, se requiere que se trate tanto del mismo suceso histórico –identidad de una conducta que sucedió en la realidad externa– [hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio], cuanto del mismo fundamento –que se subsuma en tipos penales

o administrativos de carácter homogéneo–. Esto último –la denominada «consideración procesal del hecho»– debe entenderse desde una perspectiva amplia, de suerte que comprenda los concursos de leyes y reales de delitos o de ilícitos administrativos, con exclusión de los supuestos de delitos continuados y concursos ideales en que el bien jurídico fuera heterogéneo.

El delito de asociación ilícita está descrito en el artículo 317° del Código Penal. Dice la citada disposición: «El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años...».

Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación –a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas– sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.

Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar–, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar[214].

---

[214] Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116, Asunto: Cosa Juzgada en relación al delito de Asociación ilícita para delinquir, del 13 de octubre de 2006.

IX
Las personas jurídicas

1. Las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas

Los artículos 104 y 105 del Código Penal, bajo el rotulo denominado «Consecuencias Accesorias», determinan el curso legal que deben seguir las personas jurídicas, desde la perspectiva penal, cuando se ha establecido responsabilidad penal de sus funcionarios o dependientes en el ejercicio de la función. Comprenden, respectivamente, un efecto similar a la responsabilidad civil que deben cumplir las personas jurídicas frente a la imposibilidad de cumplimiento por parte del autor del delito y las sanciones que se deben aplicar a las personas jurídicas en torno de las que se han cometido los delitos.

Si bien es cierto que las personas jurídicas no son aun centro de imputación jurídico-penal, en nuestro sistema, no menos cierto, es que éstas son objeto de sanciones en la medida que se hayan establecido la responsabilidad penal individual de sus integrantes, tal como se ha acreditado en la presente Causa.

En este mundo globalizado y frente a la teoría de la ficción (SAVIGNY), que actualmente se vive, resulta de aplicación para este caso la *Teoría de la Realidad* (GIERKE)[215] ante la constatación que la persona jurídica, está conformada por personas reales, reunidos y organizados para la consecución de fines que traspasó la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y acción nueva y superior. Así, el sentido de ésta persona jurídica encarna la individualidad propia, ya que aceptó sin reparos la existencia de un ser nuevo, autónomo, con voluntad propia y con evidente capacidad de acción volitiva[216], independiente a la de los

---

[215] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del delito*», 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

[216] COBO DEL ROSAL, M, y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

miembros que la conforman, en el sentido de expresar «que quién puede celebrar contratos también puede celebrar contratos fraudulentos o usureros»; por ende son destinatarios directos de las normas de conducta, es decir, mandatos y prohibiciones, de lo cual se puede inducir que si el legislador ha dirigido las normas a las personas jurídicas es que ellas también pueden producir los efectos exigidos por la norma, de tal modo que pueden cometer una lesión, cuando las incumplen; en consecuencia, pueden producir acciones u omisiones que se «expresan» a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son, al mismo tiempo, acciones de la persona jurídica, basados en las reglas generales de la coautoría y de la autoría mediata, toda vez que equiparan las acciones de los órganos o representantes de la persona jurídica a las acciones cometidas por el coautor y el autor mediato quienes responden por sus actos, aunque estos se realicen total o parcialmente a través de otro; por ende, los actos de la persona jurídica son acciones propias de dicho ente jurídico; tal como ha quedado demostrado a los largo del proceso.

2. La «**culpabilidad**» de la empresa Business Track-BTR ha quedado demostrada conforme a la doctrina de la «***actio liberae in causa*» *(acto libre en su causa)*** y de los delitos impropios de omisión, denominada «culpabilidad por defecto de organización» (Zugaldía); lo que implica que la persona jurídica se convierte en culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial, tanto más si estaba dedicada a una actividad muy sensible y de necesario límite entre lo lícito y lo ilegal.

Estando a la **individualización de responsabilidad penal** de sus integrantes; **la doctrina considera viable la imputación penal contra la persona jurídica respecto a la capacidad de la misma para ser objeto de una sanción penal**, teniendo fines preventivos por cuanto deberá tener cuidado de entrar en conflicto con la Ley respectiva. Pues no interesa si toda o sólo una parte de la organización de la persona jurídica se dedica a favorecer o encubrir el delito. La ley sólo requiere el empleo de la organización con dichos fines. No es importante, para establecer responsabilidad en la persona jurídica, si el favorecimiento o encubrimiento del delito es la actividad principal de la empresa o si sólo se ha producido ocasionalmente. Este último extremo influye en todo caso en la magnitud del injusto realizado,

junto a la misma gravedad del delito favorecido o encubierto y tendrá repercusiones en la clase y calidad de medida a imponerse.

En el presente caso, se ha establecido que Business Track Sociedad Anónima Cerrada es la persona jurídica debidamente constituida que sirvió, al margen de las actividades lícitas que realizaba, de punto de referencia para que en torno de ella se vinculen los acusados y adicionalmente realicen actividades delictivas, afines a las actividades lícitas que desarrollaba la persona jurídica. Demostrado esta que los acusados realizaron su actividad delictiva teniendo como punto fundamental de apoyo o referencia a la persona jurídica (Business Track-BTR), la que está directamente involucrada en estos hechos a través de la actividad, administración y organización que le imprimieron los acusados, favoreciendo y a la vez ocultando el proceder punible de los mismos, razones por las que se encuentra comprendido dentro de los alcances dogmáticos que prevé el artículo 105 del Código Penal, como veremos a continuación.

Como hemos descrito anteriormente los fines de la citada Empresa no comprendían aspectos referidos a la seguridad integral de la información, ni análisis de vulnerabilidades, sino más bien tenían como objetivo empresarial «**información y capacitación empresarial e industrial, realizando estudios, análisis que coadyuven a la obtención de conocimientos que resulten primordiales a las personas naturales y jurídicas para implementar un óptimo proceso de toma de decisiones, pudiendo importar y exportar suministros, equipos, representación de toda clase de personas y/ o empresas**» (ver ficha de matrícula en Registros Públicos fojas 2462 anexo G), sin embargo dentro de dicha descripción de sus objetivos, se derivó en actividades propias de manejo de información como han referido los acusados. Dentro de ese sesgado ámbito de desenvolvimiento se derivó en la comisión de delitos que tienen que ver con manejo de información, interceptación de teléfonos, violación de correspondencia, pero también se les imputa asociación criminal, actividades delictivas que conforme hemos evaluado en este caso han sido probados, los mismos que sin lugar a ninguna duda, han tenido a la empresa BTR SAC como referencia elemental y esencial para el cumplimiento de sus propósitos delictivos, pues constituía el medio eficaz para sus propósitos delictivos, en consecuencia corresponde en este caso si es legalmente válido aplicar o no las consecuencias accesorias que prevé la ley.

El Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de fecha trece de noviembre del año dos mil nueve establece los criterios que se deben tener en cuenta para la aplicación de estas sanciones y aun cuando en la doctrina el debate sobre la naturaleza jurídica de esta institución jurídica no es pacífica, debido a que hasta la fecha no se han puesto de acuerdo si se trata de una sanción penal especial, o son penas accesorias o simplemente son exigencias normativas que operan como condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias, debemos tener presente que más allá del carácter sancionatorio de la institución, pues no se puede considerar de otro modo la liquidación, suspensión o clausura temporal del funcionamiento de una persona jurídica, por su origen penal y derivado de la actividad que realizan quienes integran dicha persona jurídica o en torno de ella, se puede considerar como una prevención o advertencia general que ejerce la norma penal para el adecuado concurso y desenvolvimiento de las personas jurídicas y para que aquellos que gestionan o contratan con el propósito de desarrollar una persona jurídica, no lo hagan con la finalidad de utilizarla como medio o encubrimiento para actos delictivos, para que asociaciones criminales no pretendan sustituir su existencia ilegal en la legalidad y formalidad de una persona jurídica, de tal manera que su naturaleza puede derivar más bien en una fuente de advertencia social para la correcta formación y desempeño de las personas jurídicas.

Sin perjuicio de la indeterminación de su naturaleza jurídica, es preciso que se den algunas exigencias necesarias en la relación de las personas naturales con la persona jurídica para que prospere la aplicación de dichas consecuencias, en efecto en dicho plenario se ha establecido como reglas esenciales; a) que se haya cometido un hecho punible, como en el presente caso; que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito, como hemos reiterado en diversas consideraciones en este caso y c) que se haya condenado penalmente al autor, que es la consecuencia a la que hemos arribado en este caso respecto de las personas vinculadas a la persona jurídica en mención.

En efecto se ha establecido que BTR SAC, persona jurídica legalmente constituida era la Empresa que servía de referencia para que los principales involucrados Ponce Feijoo, Tomasio de Lambarri y Giannotti Grados, tuvieran relaciones con clientes o personas interesadas tanto en las actividades lícitas como ilícitas a las que se

dedicaban, además dicha empresa servía de elemento de referencia para que varias personas, además de los acusados cumplan determinadas funciones que finalmente en muchos casos tenían propósitos delictivos, estaba integrado por personas con un perfil determinado, en suma era la Empresa adecuada para sus fines tanto lícitos como ilícitos.

Probado esta que se han cometido los delitos de interceptación de teléfonos y violación de correspondencia, además de la asociación criminal, por tanto están plenamente identificados los dos primeros requisitos exigidos para la aplicación de las consecuencias accesorias y finalmente en mérito de este debate penal, han sido encontrados responsables penalmente los involucrados con la persona jurídica, por tanto son condenados penalmente, adecuándose de esta manera al cumplimiento de todos los requisitos esenciales que se exige para la aplicación de la institución jurídica.

Los derechos de las personas jurídicas de derecho privado se desprenden implícitamente del **artículo 2° inciso 17) de nuestra Carta Fundamental**, pues, mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, garantía institucional en la medida en promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales; en esta línea de ideas, resulta de **observancia obligatoria** el **Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116** su fecha 13 de noviembre de 2009, imponiendo las sanciones conforme a lo estipulado en el **artículo 104° y 105° del Código Penal**; pues el fundamento de las consecuencias accesorias aplicables a la personas jurídicas se encuentra en su peligrosidad objetiva, evidentemente en la medida que su estructura y características permiten su utilización con el afán de favorecer o encubrir la comisión de delitos, la peligrosidad objetiva de la persona jurídica radica que en manos de determinadas personas puede seguir siendo utilizada como instrumento de peligrosidad objetiva de orden jurídico-normativo en atención a la calidad de instrumento delictivo que posee y que conforme a la doctrina nacional se encuentra sujeta a los siguientes presupuestos[217]:

---

[217] PRADO SALDARRIAGA, Víctor, «Las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas: Aspectos penales y procesales». www.cal.org.pe/pdf/diplomados/consecuencias_accesorias.pdf · archivo de PDF. Consulta: 05/11/2011.

a) Que se haya cometido un delito: las medidas aplicables a las personas jurídicas son post-delictuales, carece de relevancia si el delito ha sido doloso o culposo, excluyéndose, las faltas.

b) Que la persona moral haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito: exigencia que constituye el criterio de imputación fundamental a partir del cual se determina lo cualitativo y cuantitativo de la consecuencia accesoria aplicable; pues la persona jurídica debe encontrarse plenamente constituida, descartándose del ámbito de aplicación de estas consecuencias accesorias las actuaciones en las que se hayan utilizado agrupaciones de hecho sin personería jurídica para realizar, favorecer o encubrir el delito.

c) Que se haya condenado penalmente al autor del delito: la interpretación del términos «condena» no debe ser literal, la aplicación de la consecuencia accesoria, requiere que el imputado haya sido encontrado penalmente responsable, siendo esto así, será suficiente que se imponga una reserva del fallo condenatorio o se declare exento de penal al responsable del hecho punible.

Luego de las modificaciones introducidas el año 2007 por el Decreto Legislativo 982, el **artículo 105° del Código penal** dispone preceptivamente la aplicación jurisdiccional de estas consecuencias accesorias siempre que se verifiquen los requisitos y presupuestos que dicha norma establece. Por ende corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales:

En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas –desde su actividad, administración u organización– con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos.

En segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución.

Ante al amplio catálogo de sanciones que establece la norma citada es preciso señalar que la aplicación de las consecuencias accesorias debe ser ponderado, mesurado y adecuado a las circunstancias del caso y debemos señalar en el presente, que los delitos que se imputa a las personas vinculadas a la persona jurídica, son delitos graves que afectan derechos fundamentales personalísimos y atendiendo a que el agravio es contra varias personas que en muchos casos no han sido aún determinados, debido a la importante cantidad de información que aparece de los archivos electrónicos es preciso indicar que la afectación a la seguridad y tranquilidad social es importante a partir de la inseguridad que se origina en las comunicaciones de las personas, inseguridad que adicionalmente afecta otros ámbitos de desenvolvimiento personal. Adicionalmente el agravio ha sido cometido por personas que fueron preparadas y capacitadas por el Estado inclusive dos de ellos estaban en actividad, de tal manera que es preciso tener en cuenta los criterios que establece el citado Acuerdo Plenario, referidos a prevención, gravedad, reparación, finalidad de la organización.

Se afirma en el acuerdo plenario que la disolución de la persona jurídica se aplicara siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas y en este caso hemos dicho que al parecer la persona jurídica no se formó con esos fines, sino que en el transcurso de su desenvolvimiento, sale del ámbito de sus objetivos y vira hacia el manejo indiscriminado de la información, percatándose que se trata de un rubro, seguramente más interesante crematísticamente, entonces es la persona jurídica el entorno principal dentro del cual se realiza las escuchas telefónicas y acceso a las comunicaciones privadas, por tanto literalmente no coincide con la previsión del fundamento esgrimido en el Acuerdo Plenario, siendo necesaria una explicación adicional.

Resulta bastante improbable que se geste la formación de una persona jurídica, solo con fines delictivos en cualquiera de sus modalidades, más bien es frecuente que se constituyan personas jurídicas con fines lícitos que no necesariamente tienen propósitos ilícitos, sino que en su desenvolvimiento adecuan su existencia para favorecer, facilitar o encubrir actividades ilícitas, como en este caso, pues nadie contrata con fines ilícitos, razón por la que estimamos pertinente que también se sancione con la disolución aquellas personas jurídicas que finalmente terminaron realizando cualquiera de los

supuestos antes referidos, pues solo de esa manera será viable que el Derecho Penal a través de las consecuencias accesorias resulte vigente y sirva para regular adecuadamente el funcionamiento de la sociedad, razones por las que estimamos que en el presente caso, clamorosamente reclama la persona jurídica Business Track Sociedad Anónima Cerrada, su disolución, decisión que adopta este Colegiado en cumplimiento estricto de una interpretación racional de lo que informan los artículos 104 y 105 del Código Penal .

Por último es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39° Código Penal, sino que es un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo, especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias.

Por las consideraciones expuestas el Tribunal dispone que la persona jurídica Business Track Sociedad Anónima Cerrada, su disolución, decisión que adopta este Colegiado en cumplimiento estricto de una interpretación racional de lo que informan los artículos 104 y 105 del Código Penal. En la parte resolutiva disponer la Disolución de la persona jurídica, debiendo poner en conocimiento esta decisión ante los Registros Públicos, y disponer la publicación de la medida en el diario oficial, ejecutoriada que sea la presente sentencia, para los fines legales pertinentes.

X
La prescripción

Dada la trascendencia constitucional de la institución de la prescripción de la acción penal, es imperativo remitirnos al abordaje y desarrollo que sobre dicha materia efectuó el Supremo Interprete de la Constitución, en dicha lógica resulta paradigmática la sentencia del 17 de octubre de 2005, Exp.N° 7451 - 2005 - PH/TC, Cono Norte Lima, Franklin Macedonio Alcántara Muñoz.

1. Constitución y Derecho penal

El análisis de las instituciones jurídicas que realiza el Tribunal Constitucional es un desarrollo que necesariamente debe tener su punto de partida en la propia Constitución. Ello porque es la Ley Fundamental en los actuales Estados constitucionales democráticos la que establece los principios fundamentales tanto del Derecho público como del Derecho privado. En la medida que la Constitución es una norma jurídico-política y manifestación suprema del ordenamiento jurídico, en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho, lo que Pellegrino Rossi llamaría *les têtes de chapitres*[218].

En tal sentido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentra a la vez dentro de las fronteras de la Constitución y en relación con la política criminal[219]. De ahí que en último término las bases del Derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho en general, no se han de encontrar, necesariamente en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución Política del Estado a través de sus principios, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.

---

[218] Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones del Derecho constitucional*, t. I, CEC, Madrid, 1984, p. 11.

[219] Tiedemann, Klaus, *Constitución y Derecho penal*, Palestra, Lima, 2003, p. 21.

La influencia del Derecho Constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional en tanto Supremo Intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar; las instituciones «propias» del Derecho penal y *desde* el Derecho penal sino que también determina el contenido a través de su interpretación y el de sus sentencias de las instituciones penales, haciéndolas conformes de manera concreta o abstracta con la Constitución. Es pues a través de la interpretación constitucional que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional emprende el desarrollo concreto de las instituciones jurídicas, como a continuación se hace de la institución de la prescripción de la acción penal.

2. Constitución y prescripción de la acción penal

El fundamento constitucional de la prescripción se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41°, como en el artículo 139°, inciso 13, de la Constitución. El primero de prevé que «el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado»; el segundo, que «la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada». Bajo el canon interpretativo de estas dos disposiciones constitucionales alusivas a la prescripción, se puede señalar que, en general, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de esta. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado.

Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, a la vez que el Estado autolimita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica. En concordancia con la Constitución, el Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. Así, la ley considera varias razones que permiten

extinguir la acción penal en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía).

En este orden de ideas resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesales, vinculados al derecho fundamental al debido proceso, que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando ésta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos.

Conforme a lo expuesto, la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. Es por ello que muchas de las demandas de hábeas corpus en las que se ha alegado prescripción de la acción penal han merecido pronunciamiento de fondo por parte de este Tribunal (Cfr. STC Exp. N° 2506-2005-PHC/TC; Exp. N° 4900-2006-PHC/TC; Exp. N° 2466-2006-PHC/TC; Exp. N° 331-2007-PHC/TC).

Sin embargo es preciso indicar que no obstante la relevancia constitucional de la prescripción de la acción penal, el cómputo de dicho lapso requiere, en algunas ocasiones, la dilucidación de aspectos que no corresponde determinar a la justicia constitucional. En efecto, conforme al artículo 82° del Código Penal, el cómputo del plazo de prescripción se cuenta desde la fecha en que se consumó el delito (para el delito instantáneo) o desde el momento en que cesó la actividad delictuosa (en los demás casos). Como es de verse, la determinación de la prescripción de la acción penal requerirá previamente dilucidar la fecha en la que cesó la actividad delictiva o el momento de la consumación, lo que es competencia de la justicia ordinaria.

En este sentido podrá cuestionarse ante la justicia constitucional la prosecución de un proceso penal en que el plazo de prescripción de la acción penal ya se hubiese vencido sólo en el caso de que la justicia penal hubiera determinado los elementos que permiten el cómputo del plazo de prescripción. En caso contrario, la pretensión deberá ser rechazada. Así, este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 5890-2006-PHC/TC, no obstante la relevancia constitucional

que ostenta la prescripción de la acción penal no pudo estimar la pretensión incoada, toda vez que la justicia ordinaria no había establecido la fecha de consumación del ilícito, aspecto crucial para determinar el plazo de prescripción de la acción penal y que no puede ser dilucidado por la justicia constitucional. Este ha sido el criterio adoptado por este Tribunal a través de las sentencias recaídas en los Exps. N° 2203-2008-PHC/TC (Fj. 6-9); 00616-2008-PHC/TC (f. 10-12)[220].

El Acuerdo Plenario N° 8-2008/CJ-116, del 13 de noviembre del 2009, abordó el problema a tratar incide en la implicancia cuantitativa que tienen las circunstancias agravantes previstas en los artículos 46°-A y 49°, último inciso del primer párrafo, CP a efectos de su cómputo en el plazo de la prescripción de la acción penal, por cuanto, éstas incrementan, en el primer caso: en un tercio la pena por encima del máximo legal de pena fijado para el delito cometido; y en el segundo: en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, conforme se consigna a continuación:

3. Clases de prescripción

De acuerdo con lo establecido en la ley penal material, la prescripción es un medio para librarse de las consecuencias penales y civiles de una infracción penal o una condena penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley. Por consiguiente, la prescripción igualmente constituye un supuesto de extinción de la acción penal tal como lo prevé el artículo 78°, inciso 1, del Código Penal, y la norma material reconoce también la prescripción de la ejecución de la pena (artículo 85°, inciso 1). Así, la primera prescripción, llamada de la *persecución penal*, está referida a la prohibición de iniciar o continuar con la tramitación de un proceso penal en tanto que por la segunda, llamada de la *ejecución penal*, se excluye la ejecución de una sanción penal si ha transcurrido un plazo determinado, de lo cual se infiere que la prescripción del delito extingue la responsabilidad penal, en tanto que la prescripción de la pena lo que extingue es la ejecución de la sanción que en su día fue decretada.

4. Plazos de prescripción

El artículo 80° del Código Penal establece que la acción penal prescribe «(...) en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el

[220] Exp. N° 01388-2010-PHC/TC, Pasco Cirilo Cornelio Salvador, 4 de abril del 2012.

delito, si fuera privativa de libertad. En el caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben independientemente. En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. En ningún caso la prescripción será mayor a veinte años. Tratándose de delitos con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los treinta años». Se desprende entonces que el Código Sustantivo, en el caso de la prescripción de la pena, prevé plazos más dilatados y condiciones más severas.

5. La prescripción

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que la prescripción desde un punto de vista general es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y desde la óptica penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius puniendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, orientación que se funda en la necesidad de que pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica.

Así la ley considera varias razones que permiten extinguir la acción penal, en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía).

En este orden de ideas, resulta lesivo al derecho al plazo razonable del proceso que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando ésta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida, y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos.

El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.

6. Los artículos 46° -A y 49° CP

El artículo 46°-A CP regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo –funcionario público–. El texto legal de dicha norma fue introducido por la Ley N° 26758, del 14 de marzo de 1997, modificado por el Decreto Legislativo N° 982, del 22 julio de 2007. El referido artículo 46°-A CP posibilita al Juez incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido –segundo párrafo del artículo mencionado–. Asimismo fija un límite, al precisar que ésta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29° CP –35 años–. La norma penal, que es de naturaleza *abstracta-concreta*, fija criterios adicionales propios y legitimadores del incremento de una mayor culpabilidad por el hecho –con la consiguiente agravación de la pena–. Así la ostentación de una determinada condición profesional, incrementará la culpabilidad, cuando existe una relación interna (*innere Beziehung*) entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo. Empero, no existe un principio jurídico general según el cual los integrantes de determinados grupos profesionales tengan un deber intensificado de comportarse de conformidad con la norma. [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo*, p. 4]. Acorde con dicho criterio nuestra norma penal –artículo 46°-A CP–, se sujetará a dichas exigencias: subjetivo y objetivo. Se incrementara la pena, sólo si el sujeto activo se aprovecha de su condición de *miembro* de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para *cometer* un hecho punible, o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público o cuando el sujeto haya desempeñado cargos –haber sido autoridad, funcionario o servidor público– y se aprovecha de los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. Y cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario –se entiende privado ya de su libertad–, comete en calidad

de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro (de conformidad al segundo y tercer párrafo de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 982). Aunque con los criterios fijados, se tendrá que tener especiales consideraciones con la última referencia.

El artículo 49° CP, cuyo texto fue modificado por la Ley N° 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito «continuado». Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el «delito masa». En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley –delito continuado– por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que trasgreden el mismo tipo legal [Peña Cabrera, Raúl, autor citado por Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [Ragués i Vallès, Ramon, *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, p. 126].

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, «sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro» [Fernández Carrasquilla, Juan, autor citado por Villavicencio Terreros, Felipe, *op. cit.*, p. 689].

Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada «pena de arranque» será la pena base del delito continuado [Cantarero Brandes, Rocío, autora citada por Ayala Gómez, Ignacio, «El delito masa», en Consejo General del

Poder Judicial: Unidad y Pluralidad de delitos, *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, p. 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como una «subespecie del delito continuado» [Cantarero Brandes, Rocío, autora citada por Ayala Gómez, Ignacio, *op. cit.*, p. 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un *injusto de mayor gravedad* [Ayala Gómez, Ignacio, *op. cit.*, p. 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto *plus* punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una «unidad» sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa:

a) la realización de un delito continuado; y,

b) pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

Cabe destacar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que «resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos». Se estima como tales a la vida y la salud individual (Prado Saldarriaga, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 144).

De modo que el delito masa viene a ser una circunstancia agravante específica del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

7. La prescripción de la acción penal

El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [Ramon Ragués i Vallès, *op. cit.*, p. 126]. Mediante la prescripción de la acción penal se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y,

con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [Ragués i Vallès, Ramon, *op. cit.*, p. 45]. Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80° CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual «*...al máximo de la pena -abstracta- fijada por la ley para el delito*» -prescripción ordinaria-, mientras que el artículo 83° CP reconoce la denominada prescripción extraordinaria de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente -el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquél- conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que para efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo. Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad -como consecuencia de la regulación de la prescripción-, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley. Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable,

confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, p. 330].

Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción «*...fijado por la ley para el delito*» [artículo 80° CP], es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46°-A CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49° CP).

Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Ésta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella pena-marco. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no sólo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la criminal –que exige que la conducta este prevista en la ley con suficiente precisión o determinación– y la penal –que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas–. La pena concreta, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (pena concreta), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (cuantificación de la culpabilidad) [Patricia S. ZIFFER, en *Determinación judicial de la pena* (Claus ROXIN, Mary BELOFF, Mario MAGARIÑOS, Patricia S. ZIFFER, Eduardo Andrés BERTONI y Ramón Teodoro RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas «circunstancias»

(agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta.

En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46°-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo -funcionario público- y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena -pena concreta-, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito. Sin duda, el artículo 46°-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal. Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena.

Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado -delito masa-, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49° CP, constituye ya un delito en sí -delito masa-. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto -la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

Por su parte el voto singular de los señores SAN MARTÍN CASTRO, PRADO SALDARRIAGA y PRÍNCIPE TRUJILLO, respecto del artículo 46-A CP y de la Prescripción de la Acción Penal, es el siguiente:

«§1. *Sobre la función y eficacia del artículo 46°-A CP*

1°. El artículo 46°-A CP fue introducido por la Ley N° 26758, del 14 de marzo de 1997. Inicialmente reguló una circunstancia agravante genérica, pero cualificada, que tenía como supuesto calificante la condición especial del sujeto activo quien debía ser un funcionario público. Posteriormente el contenido legal de dicha norma fue ampliado en sus circunstancias y alcances por el Decreto Legislativo N° 982, del 22 julio de 2007. Sin embargo, desde su texto original, el aludido dispositivo producía como efecto punitivo un incremento de la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido. Es decir, el efecto de la configuración de los supuestos agravantes contemplados en el artículo 46°-A CP fue siempre una modificación formal del marco de conminación de la pena prevista para el delito cometido, posibilitando y que se expresaba en un nuevo máximo legal cuyo límite final se extendía a un tercio por encima del máximo original.

Así, por ejemplo, en el delito de cohecho activo genérico, tipificado en el artículo 397° *ab initio* CP la pena conminada tiene un máximo legal original de seis años de pena privativa de libertad. Sin embargo, si dicho delito es cometido por un funcionario público aprovechándose de su condición, el nuevo máximo legal de la pena conminada, para dicho caso, será de ocho años, al extenderse aquel un tercio (dos años) por encima del límite máximo original (seis años). Igual modificación de la extensión máxima de la pena conminada se produciría de presentarse los demás supuestos de agravación regulados en el texto vigente del artículo 46°-A CP. Por ejemplo, si el agente desde un establecimiento penitenciario, donde se encuentra recluido, resulta involucrado, como autor o partícipe, en delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

§2. La prescripción de la acción penal y el artículo 46°-A CP

2°. De manera concreta, la prescripción de la acción penal puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito. No obstante, en un plano más técnico se le identifica

como la pérdida, por parte del Estado, de la facultad de ejercitar en un caso concreto el *ius puniendi*. Otros conceptos de prescripción aluden más bien a los efectos que aquella produce sobre la antijuridicidad de un hecho punible y sobre la culpabilidad o responsabilidad de su autor. Señalándose que aquella tendría la condición de circunstancia que invalida el delito y sus consecuencias.

Tradicionalmente en el Derecho penal peruano, el legislador ha elaborado un sistema normativo sobre la prescripción, en el cual se han diferenciado los plazos de extinción en función de la naturaleza de las penas conminadas y de su duración legal. Ese fue, por ejemplo, el criterio que predominó en el Código Penal de 1924, y que era coherente con la pluralidad de tipos de penas privativas de libertad que en él coexistían (Confrontar: artículos 119° y siguientes ACP). En el Código Penal de 1991 se adoptó un régimen legal diferente e inspirado en el derecho penal colombiano y alemán. Según él, la regla general dispone que para la determinación del plazo de prescripción de la acción penal debe tomarse en cuenta al límite máximo de la pena privativa de libertad conminada en la ley para el delito cometido. Esto es, dicho límite máximo de pena legal identifica al término del plazo de la prescripción ordinaria. Sin embargo, se ha establecido que, en ningún caso, dicho plazo será superior a veinte años. Ahora bien, tratándose de penas conminadas no privativas de libertad (multas, limitativas de derechos, restrictivas de la libertad), conjuntas o alternativas, el plazo ordinario de prescripción será de dos años.

3°. Estando a lo antes expuesto queda, pues, por determinar, si al plazo de vencimiento de la prescripción de la acción penal y que corresponde, según el precitado artículo 80° CP, al «*fijado por la ley para el delito*» imputado, materia del proceso penal incoado, es posible adicionarle el incremento de pena la conminada que dispone la concurrencia en el caso de una circunstancia agravante genérica y cualificada contemplada por el artículo 46°-A. CP.

Al respecto, es pertinente señalar que las circunstancias agravantes y sus efectos están también sometidos a iguales principios y garantías, que derivan del principio de legalidad (taxatividad, regulación expresa y previa, certeza en la descripción legal de sus componentes). Sobre todo aquéllas que como las reguladas en los artículos 46°-A CP modifican los estándares de la pena máxima abstracta o conminada originalmente

para el delito. Esto es, por imperio del principio de legalidad, las circunstancias agravantes cualificadas y sus efectos punitivos deben tener una presencia formal o abstracta igual que la prevista y regulada en la penalidad de cada hecho punible. Esta exigencia garantista demanda que, de antemano, el delincuente y el juez deben tener siempre previsto por la ley un espacio potencial de sanción o pena básica.

Por consiguiente, no puede haber pena concreta posterior que difiera de los límites precedentes de una pena conminada o básica. El juez sólo puede evaluar y aplicar procesalmente la pena que la ley considera (en abstracto) como posibilidad cierta y previamente regulada para el caso global imputado (delito y circunstancias). En tal sentido, si la posibilidad de extensión de la pena se amplia por las circunstancias agravantes cualificadas también debe ampliarse el plazo de persecución del delito circunstanciado cometido. Siendo así, resulta coherente y legal sostener que la presencia formal en la imputación de las circunstancias agravantes del artículo 46°-A CP crean un nuevo marco penal abstracto o conminado cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado. Por tanto, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos deberá tomarse también como base ese nuevo marco punitivo abstracto o conminado.

Ahora bien, será menester exigir que el Fiscal en su denuncia o acusación escrita refiera expresamente que le son también imputadas al procesado las circunstancias del artículo 46°-A CP, para que el juez evalué, en tales casos, la prescripción de la acción penal en función a los efectos que aquellas producen en la pena conminada del delito.

4°. Por otro lado, es del caso reiterar que similares razonamientos corresponde al artículo 49° *in fine* CP. Ambas circunstancias agravantes, por la manera como han sido reguladas por el legislador, han creado un nuevo marco penal abstracto -la pena abstracta o conminada en estos casos corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado- o del delito más grave en el delito masa cuando los actos realizados por el agente fueran de diferente naturaleza.

En tal virtud, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos debe tomarse como base dicho nuevo marco punitivo abstracto o conminado.

(...)»

8. Agravante especial por la condición funcional del agente

El artículo cuarenta y seis «A» del Código Penal regula un agravante genérico pero privilegiado que basándose en la condición especial del sujeto activo, entre otros, el ser funcionario público y el abuso de tal condición, eleva la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido[221].

Que con relación a la excepción de prescripción deducida en la fecha, la Sala estima que los actos desarrollados por el procesado en su calidad de cómplice se han extendido más allá del plazo considerado por la defensa, habiendo concluido con su intervención con posterioridad a la excarcelación del testigo, hecho ocurrido en el mes de abril. Que en relación a la aplicación del contenido del artículo 46-A del Código Penal y a los efectos de la sentencia de 31 de octubre del 2005, recaída en el Habeas Corpus interpuesto en el denominado «Caso Lucchetti», la situación procesal planteada es diferente, en tanto, los accionantes no tenía condición de funcionarios públicos, que si tiene el procesado Huertas Caballero, por tanto, la doctrina jurisprudencial establecida en dicha resolución, no es aplicable al caso subjudice. De otro lado, el contenido de la Ejecutoria Suprema de fecha 27 de enero del 2006, de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, recaída en la causa número cuatro mil ciento sesenta y seis guión dos mil cuatro, no tiene carácter vinculante en los términos que establece el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, por consiguiente, no habiéndose vencido el plazo de prescripción de la acción penal conforme a los presupuestos exigidos por los artículos 80 y 83 del Código Penal, la excepción deviene en infundada[222].

9. La agravante especial de la pena no influye en la determinación del plazo de prescripción

El artículo cuarenta y seis «A» se encuentra vinculado a la determinación judicial de la pena, es decir, a la individualización que hace el juez de la pena concreta a imponerse al condenado en la sentencia, ello en virtud de los siguientes argumentos: a) aceptar que

---

221 Ejecutoria Suprema del 27 de Mayo del 2005, R.N. N° 4039-04, Sala Penal Transitoria.

222 Sentencia del 21 de Abril del 2006, Exp. N° 007-2004, Quinta Sala Penal Especial.

la agravante genérica descrita en el artículo cuarenta y seis «A» del Código Penal influye en la determinación de los plazos de prescripción, conduciría a admitir que todas las agravaciones y atenuaciones, previstas en la ley penal (por ejemplo; el error vencible de prohibición) y aún en la ley procesal penal (por ejemplo; la colaboración eficaz) también influirían en los plazos de prescripción; **b)** de extender los efectos de la agravante genérica antes descrita se afectaría el principio de seguridad jurídica, que según nuestro Tribunal Constitucional (Expediente cero cero dieciséis - dos mil dos - AI/TC) es un derecho implícitamente reconocido en la Constitución y que 'forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho', en virtud del cual, la predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad; que, en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español declaró que la seguridad jurídica supone 'la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho' (STCE treinta y seis/mil novecientos noventa y uno, FJ cinco); c) calcular el plazo de la prescripción tomando como objeto de referencia la agravante genérica del artículo cuarenta y seis «A» del código Penal atenta contra el principio de legalidad penal sustantiva, en tanto la determinación del plazo de prescripción se funda en la pena previamente determinada por el legislador (pena abstracta), y no en una circunstancia accidental del delito (Ver: REVILLA LLAZA, Percy, «Incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de autores y partícipes», en *Código Penal comentado*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 972), que forma parte de la individualización judicial de la sanción (pena concreta) y que es fijada al final del proceso»[223].

Que, conforme ha quedado establecido en la Ejecutoria Suprema número cuarenta y uno sesenta y seis - dos mil cuatro del 27 de enero del 2006, (...) que el artículo cuarenta y seis A se encuentra vinculado a la determinación judicial de la pena, es decir, a la individualización que hace el Juez de la pena concreta a imponerse al condenado en la

[223] Ejecutoria Suprema del 27 de Enero del 2006, R.N. N° 4166-2004, Primera Sala Penal Transitoria.

sentencia, en virtud a los siguientes argumentos: a) aceptar que la agravante genérica descrita en el artículo 46 «A» del Código Penal influye en la determinación de los plazos de prescripción, conduciría a admitir que todas las agravaciones y atenuaciones, prevista en la ley penal (por ejemplo: el error vencible de prohibición) y aun en la ley procesal penal (por ejemplo: la colaboración eficaz) también influirían en los plazos de prescripción; b) de extender los efectos de la agravante genérica antes descrita se afectaría el principio de seguridad jurídica, que según nuestro Tribunal Constitucional (Exp. N° 0016-2002-AI/TC) es un derecho implícitamente reconocido en la Constitución y que «forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho», en virtud del cual, la predictibilidad de las conductas (en especial, de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad; que, en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español declaro que la seguridad jurídica supone la expectativa razonable fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho (STC treinta y seis/ mil novecientos noventiuno, FJ cinco)»; c) calcular el plazo de la prescripción tomando como objeto de referencia la agravante genérica del artículo 46 «A» del Código Penal atenta también contra el principio de legalidad penal sustantiva, en tanto la determinación del plazo de prescripción se funda en la pena previamente determinada por el legislador (pena abstracta), y no en una circunstancia accidental del delito. Que en el caso de autos, no resulta aplicable para efectos del cómputo de la prescripción de la acción penal adicionar la agravante contenida en el artículo 46 A del Código Sustantivo, conforme a los fundamentos antes glosados[224].

10. Consideraciones referentes a la aplicación de la agravante prevista en el artículo 46-A del Código Penal invocada en la acusación escrita

En la acusación escrita, como en sus ampliatorias, así como en la exposición del caso hecha por el Señor Fiscal en este juicio oral, sesión 09, de fecha 24 de mayo del 2006, así como en sesión de audiencia N° 10, de fecha 31 de mayo del 2006, invoca el artículo 46-A del Código

[224] Ejecutoria Suprema del 6 de Diciembre del 2006, R.N. Exp. N° 2163-2006, Primera Sala Penal Transitoria.

Penal a excepción para Diego Ricci Girón Ramos, Oscar López Meneses, Ernesto Prospero Díaz Chenet, Nelson Alberto Tirado Ángeles, por ser personas civiles -éste artículo contempla una agravante genérica- para solicitar una pena que excede el máximo de la pena conminada para los delitos materia de acusación.

De un simple análisis de la agravante que contempla el artículo en análisis se extraen dos conclusiones:

a) Esta agravante que se aplica cuando el sujeto activo tiene la condición de funcionario público no puede aplicarse de ninguna manera a los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos, pues en esta clase de delitos, como anuncia su nombre, el sujeto activo debe tener la condición de funcionario público, así esta condición es un elemento constitutivo del tipo penal. Tal conclusión no sólo fluye de la aplicación de una elemental lógica, sino del párrafo tercero del mismo artículo 46-A que impide su aplicación a los delitos especiales en los que el sujeto activo tiene necesariamente la condición de funcionario público. En tal sentido, en lo que respecta al delito de Peculado Doloso la pena conminada es no menor de tres ni mayor de ocho años de pena privativa de la libertad.

b) La agravante no puede aplicarse a los tipos penales en los cuales esa condición o circunstancia (funcionario público) está expresamente prevista como agravante respecto del tipo base. Tal interdicción o prohibición también está expresamente regulada en el párrafo tercero del artículo 46-A. Este es el caso del delito de Interceptación Telefónica previsto en el artículo 162° del Código Penal, el que en su segundo párrafo prevé como agravante que el agente sea funcionario público; en ese sentido respecto del delito de Interceptación Telefónica la pena conminada dentro la cual debe transitar el colegiado es no menor de tres ni mayor de cinco años de pena privativa de la libertad.

Por otro lado, respecto a los delitos de Falsificación de Documentos en General -Uso de documento Falso-, Falsedad Genérica y Encubrimiento Real, previstos en el artículo 427°, 438, 405 del Código Penal -son compatibles con la aplicación del artículo 46-A del mencionado código- se infiere sin lugar a dudas que respecto de estos delitos, el órgano titular de la acción penal ha invocado la aplicación del artículo 46-A[225].

[225] Sentencia del 9 de Febrero del 2007, Exp. N° 33-2001, Sexta Sala Penal Especial.

«Artículo 46-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas.

Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si la reincidencia se produce por los delitos previstos en los artículos 108, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos señalados en el segundo párrafo del presente artículo.»

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29604, publicada el 22 octubre 2010, cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 46-C.- Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 108, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en el párrafo anterior, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos antes señalados».

11. La reincidencia

La reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con miras a determinar la graduación de las penas. Por ello, se ha señalado que: (...) la reincidencia se ocupa de los problemas de las disposiciones legales que habilitan mayor poder punitivo en razón de que la persona, con anterioridad, haya sido condenada o sufrido pena por otro.

Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en qué consiste la pena que se le impuso, o (2) bien cuando se ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley.

El artículo 9 del Decreto Ley 25475 establece concretamente que la reincidencia se configura cuando se ha cometido un «nuevo delito». Respecto a los alcances de esta terminología, existen dos posibles interpretaciones que obedecen, al igual que en el caso anterior, a dos tendencias de política criminal para delimitar el supuesto. La primera de ellas le otorgaría el sentido de que se trata de la perpetración del mismo delito por el cual se sancionó al individuo en un primer momento. La segunda entiende que se trata de un delito distinto al cometido por vez primera, es decir, que no es preciso que el segundo delito comparta con el primero la misma tipología penal.

Este Tribunal suscribe la primera propuesta, recurriendo a la aplicación de un método interpretativo sistemático por ubicación: el dispositivo analizado no se halla inserto dentro de un régimen general aplicable a toda clase de delitos, como es el caso de los dispositivos contenidos en el Título Preliminar del Código Penal, sino en una norma que tiene una específica materia de tratamiento, un Decreto Ley que versa sobre el delito de terrorismo. En tal sentido, se entenderá que la

reincidencia se ha producido cuando existe identificación entre las tipologías penales del primer y segundo delito cometido. Por lo tanto, y considerando los alcances del artículo 9 del Decreto Ley 25475, la figura de la reincidencia consiste en la nueva comisión del delito de terrorismo, producida dentro de los diez primeros años de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por la anterior comisión de este mismo delito[226].

11.1. La reincidencia como una calificación adicional de la conducta delictiva

Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el *nomen iuris* que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de la sanciones: una sanción por la comisión *per se* del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona.

La reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado[227].

---

[226] Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

[227] Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

11.2. Compatibilidad de la reincidencia con el principio *ne bis in idem*

El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio *ne bis in idem*, ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. 2050-2002-AA/TC (fundamento 2) donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 139°, numeral 3 de la Constitución. Esta pertenencia y dotación de contenido se produce en virtud a la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la referida sentencia, se sostuvo que el principio *ne bis in idem* ostenta una doble configuración: una de carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que una persona sea objeto de dos procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la reincidencia prevé posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Este Tribunal la ha desarrollado en el fundamento 3.a de la sentencia antes aludida, en los siguientes términos: En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos -como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N° 0002-2001-AI/TC, fundamento 6- a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un

hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de en un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in idem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.

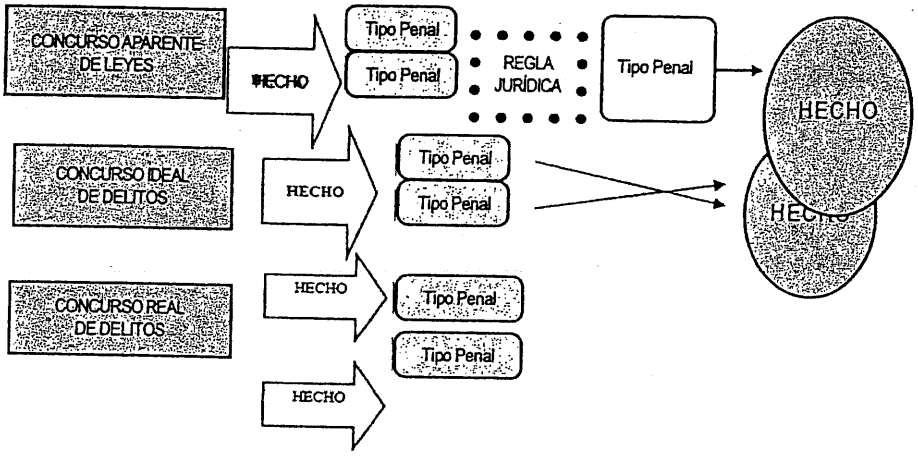
El primer delito cometido -aquel que es objeto de consideración- no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente -es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento- no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal agravante de la pena atribuible al delito no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in idem*[228].

12. Concurso aparente de leyes

El concurso aparente de leyes se presenta en aquellas situaciones en las que para la tipificación de un hecho concurren aparentemente

[228] Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

dos o más tipos penales, sin embargo una regla extraída del sistema jurídico permite determinar que el hecho se encuadre en uno de los supuestos típicos en concurso aparente[229] [230].



El autor alemán Günter STRATENWERTH define el concurso aparente como un verdadero concurso en el sentido de que la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hecho típico penales, de los cuales solo se aplica uno de ellos y el resto se deben dejar de lado, pues el contenido delictivo del hecho resulta completamente absorbido por el tipo penal que debe ser empleado en la operación de tipificación[231].

El maestro peruano Luis BRAMONT ARIAS en su obra clásica la Ley Penal, que sigue constituyendo el trabajo más extenso que en el país se ha realizado sobre el tema de concurso aparente de leyes, expresa que este se produce cuando el Juez en el proceso de subsunción de un mismo hecho debe decidir entre dos o más tipos penales que reclaman aplicación pero que se excluyen entre sí, por lo que solamente uno es el aplicable[232].

---

[229] JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 1048.

[230] WESSELS, Johannes, *op. cit.*, p. 236.

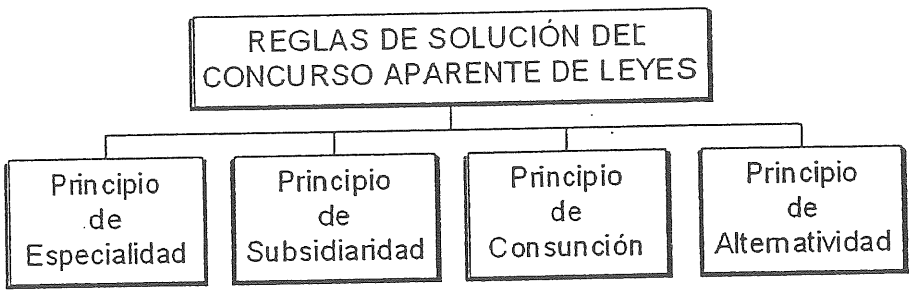
[231] STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Edersa, Madrid, 1982, p. 343.

[232] BRAMONT ARIAS, Luis, *La Ley Penal, Curso de Dogmática Jurídica*, Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1950, p. 122.

Enrique CURY URZÚA, el autor chileno, a su vez afirma que hay concurso aparente de leyes cuando un hecho parece satisfacer la exigencia de dos o más supuestos típicos, pero definitivamente solo será aplicable uno de ellos, al ser desplazados los otros por reglas lógicas o valorativas[233].

Finalmente José HURTADO POZO, el maestro peruano, dentro de la misma línea afirma que el concurso aparente de leyes se presenta cuando una acción puede adecuarse a más de un tipo penal, pero solamente uno será utilizado excluyéndose al resto debido a las relaciones existentes entre los tipos penales[234].

Conforme a la definición del también llamado concurso de normas penales, una regla de interpretación de los tipos penales permite determinar cuál de los supuestos de hecho típicos debe ser el único a utilizar en la operación de tipificación; tales reglas conforme sostiene la doctrina predominante son fundamentalmente cuatro[235]:



233 CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985, p. 290.

234 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, CESATOR, Lima, 1978. p. 423.

235 Si bien autores de la importancia de Günther JAKOBS sostienen que el concurso aparente de leyes se soluciona utilizando solamente al principio de especialidad, al examinar su *Tratado de Derecho Penal. Parte General* se aprecia que al diferenciar los diversos grupos de casos y la forma de solución del concurso impropio o concurso aparente mediante el principio de especialidad, se aprecia que le asigna a este como contenidos no sólo el que se le reconoce en el resto de la doctrina a la regla de la especialidad, sino también los asignados a los principios de subsidiariedad y consunción, por lo que se puede establecer que pese a diferencias nominativas la mejor doctrina acepta a los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción como las reglas a aplicar en caso de concurso de normas penales, pues el principio de alternatividad o de la pena superior solamente es utilizable en caso que no sea posible el empleo de alguna de las tres reglas principales en esta materia.

concurso aparente de leyes en el Código Penal. El Código Penal de 1991 no presenta un sistema de regulación expresa del concurso aparente de leyes como si lo tenía el Código Penal de 1924[236].

Pese a la ausencia de regulación en el caso del Código de 1991 la dogmática jurídica permite establecer que en la legislación penal peruana la presencia y solución del concurso aparente de leyes se fundamenta como un tema de interpretación de la ley penal, o como consecuencia de la aplicación de los límites formales de la función punitiva del Estado: principio de legalidad y principio *ne bis in idem*[237] [238] [239].

En consecuencia la vigencia del concurso aparente de leyes y su solución en los casos penales en el Perú es evidente, o por ser un resultado «natural» de la operación de interpretación de las leyes penales, o por la vigencia del principio de legalidad consagrado en el artículo 2 inciso 24 parágrafo d de la Constitución y en la norma II del Título Preliminar - Principios Generales del Código Penal; y por la vigencia del principio *ne bis in idem* reconocido en el artículo 14 inciso 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 8 inciso 4 del Pacto de San José de Costa Rica, y en el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política del Perú.

La necesidad de solución del concurso aparente de leyes, esto es, la exigencia de determinar un solo tipo penal aplicable al hecho objeto de imputación, es consecuencia de respetar el deber de adecuada tipificación que emana del principio de legalidad, y de evitar la violación de la prohibición del doble castigo por el mismo hecho que significa el principio *ne bis in idem*.

12.1. El principio de consunción como regla de solución del concurso aparente de leyes

El otorgamiento del título académico no encuadra en ningún tipo de cohecho activo porque ya se demostró la atipicidad; solamente

---

[236] El artículo 106 del Código Penal derogado al tratar expresamente una de las reglas del concurso aparente de leyes, permitían que mediante su examen dogmático jurídico se fijen el resto de reglas.

[237] CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 153 a 163.

[238] MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 538.

[239] GONZÁLEZ RUS, Juan José y otros, *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Edersa, Madrid, 2000, pp. 932 y 933.

podría encuadrar en el tipo de tráfico de influencias por aplicación de la regla de la consunción.

Dentro de los principios que establece la doctrina para solucionar los casos de concurso aparente de leyes se encuentra el denominado principio de la consunción.

Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend señalan que el criterio de la consunción existe cuando el contenido del injusto y de culpabilidad de una acción típica incluye también otro hecho o, en su caso, otro tipo; de este modo, la condena desde *uno* de los puntos de vista jurídicos que se plantean agota y expresa el desvalor del suceso en su conjunto: «lex consumens derogat legi consumptae»[240].

La profesora española Nuria Castelló Nicás, por su parte, afirma que el principio de consunción es conceptuado como aquél que interviene cuando un tipo penal determinado, absorbiendo en sí el desvalor de otro, excluye a éste de su función punitiva. La consunción provoca el desplazamiento absoluto de una de ellas, que desaparece al quedar subsumida en otra[241].

Los supuestos que se conciben inmersos en el concurso de normas penales y cuya resolución deviene por la vía del principio de consunción son, por lo general, hipótesis propias de concurso de delitos, que en virtud del citado principio se han ubicado tradicionalmente por la doctrina fuera de la teoría del concurso delictivo. Así sucede con los delitos convergentes, esto es, aquellos que intervienen en relación con el acto delictivo principal ya sea antes, con posterioridad al mismo o de forma concomitante –actos anteriores, posteriores y simultáneos–, que no se sancionan con independencia del acto delictivo principal[242].

Los actos de agotamiento del delito según la doctrina son también importantes para determinar cuáles actos posteriores a la consumación no se castigan adicionalmente.

Sergio Politoff Lifschitz, en ese sentido, afirma que la calificación de un acto como agotamiento es determinante en los casos de concursos aparentes de leyes, pues permitirá decidir qué hechos del

---

[240] Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 792.

[241] Castelló Nicás, Nuria, *El concurso de normas penales*, Comares, Granada, 2000, pp. 157 y 158.

[242] Id.

autor posteriores a la consumación, no se castigan adicionalmente (según las reglas del concurso real o ideal de delitos) y pueden estar consumidos por la precedente realización del tipo[243].

Sostiene el profesor chileno de la Universidad de Talca, además, que la no punibilidad, en virtud al criterio de la consunción, con respecto al segundo hecho que tiende a asegurar, aprovechar o materializar la ganancia obtenida por el primer hecho, supone, claro está, que el nuevo hecho pueda razonablemente considerarse meramente acompañante y sin significación autónoma respecto del primero[244].

13. La suspensión del plazo de prescripción

El Tribunal Constitucional estableció que la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la referida Ley N° 26641, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum* resultaría vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y en tal sentido sería inconstitucional su aplicación. Y es que la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría a todas luces inconstitucional. Como ya se ha señalado, el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito. En ese sentido, la Ley N° 26641, que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso (Exp. N° 4959-2008 PHC y 1279-2010-PHC).

Al respecto este Tribunal ha adoptado criterios para determinar la razonabilidad del plazo del proceso, (Cfr. Exp. N° 4124-2004-HC/TC) los que originalmente estuvieron determinados a la evaluación de la razonabilidad del plazo de la detención (cfr. Exp. N° 2915-2004-HC/TC).

Tales criterios consisten en: la ***complejidad del asunto*** (para cuya evaluación es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación

---

[243] POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 18.

[244] ID.

de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil), la *actividad procesal del interesado*, siendo relevante a este respecto distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la llamada defensa obstruccionista caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado. Finalmente, con relación a la *actuación de los órganos judiciales*, este Tribunal ha expresado que «[s]erá materia de evaluación el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad». (STC Nº 2915-2004-HC, Caso Berrocal Prudencio).

Trasladando dichos criterios a un caso concreto[245], el Supremo Intérprete de la Constitución, señaló que en cuanto a la actividad del

---

[245] En el presente caso si bien no se ha determinado de manera clara la fecha de comisión de todos los hechos delictuosos, sin embargo se tiene como una fecha exacta y última, el 25 de noviembre de 1999, en la que se intervino al recurrente recibiendo dinero de parte de los agraviados. En efecto, tal como consta a fojas 42, en el auto de apertura de instrucción del 30 de noviembre de 1999, se señala que «*(...) el día veinticinco de noviembre del presente, denunció al profesor Cirilo Cornelio Salvador como la persona que ponía notas falsas a los alumnos para cobrarles dinero y les daba tickets de parrilladas y polladas para sus notas y que incluso el día de hoy en la fecha comunicó que el alumno Marcos Daniel Malpartida Peña iba a pagar al indicado profesor dinero para que le suba sus calificaciones ... por lo que el Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Superior encargada de la gestión de Gobierno de este Distrito Judicial Doctor Armando Vergara Mallqui, designado por acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público (...) para que intervenga en el operativo pertinente levantó un acta de entrega de dinero al alumno Eleodoro Huaranga Solórzano de Treinta nuevos soles en dos billetes (...)*». Además, en la referida resolución se señala claramente el tipo penal que se le imputa: «*(...) Que, los hechos descritos así como la conducta adoptado por el denunciado se encuentra prevista y penada en el [artículo]trescientos noventa y tres del Código Penal vigente (...)*». Asimismo, no siendo necesario para el cómputo del plazo de prescripción en el presente caso, entrar a dilucidar ningún otro aspecto reservado de manera exclusiva a la justicia ordinaria, este Colegiado procederá a efectuar un análisis de fondo.

órgano jurisdiccional, del análisis de lo actuado, no se advierte dilaciones causadas por el propio órgano jurisdiccional. Respecto del criterio atinente a la complejidad del proceso se advierte que éste, por sus características no reviste mayor complejidad (un solo procesado, la probanza de los hechos materia del proceso no requiere de una compleja investigación judicial por cuanto se han acopiado y merituado los medios de prueba en la etapa de instrucción).

En relación a la actividad procesal del recurrente se advierte que no concurrió el 27 de mayo del 2008, última fecha reprogramada para la realización de la audiencia del inicio del juicio oral del proceso penal antes citado, habiendo sido notificado válidamente el 28 de marzo de 2008 en su domicilio procesal señalado en autos (fojas 206 y 206 vuelta del expediente acompañado) audiencia que no se llevó a cabo por la inconcurrencia del recurrente, motivando que el proceso aún no llegue a su fin. Debe precisarse que dicha audiencia ha tenido que ser reprogramada en varias oportunidades (16 de noviembre de 2006, 26 de abril de 2007, 28 de agosto de 2007, 25 de octubre del 2007 y 20 de marzo del 2008 (fojas 156, 168, 181, 200 y 203 del expediente

---

Se le imputa al recurrente el delito de corrupción de funcionarios- cohecho propio, previsto en el tercer párrafo del artículo 393° del Código Penal, el cual tiene como fecha exacta el 25 de noviembre de 1999 en que se denuncia al recurrente y se le interviene en un operativo dirigido por el representante del Ministerio Público, pese a que antes de dicha fecha también se habría perpetrado otros hechos similares, conforme se aprecia del auto de apertura de instrucción del 30 de noviembre de 1999, por lo que a esta fecha el ilícito era sancionado con una pena privativa de libertad no mayor a los seis años, antes de la modificatoria del referido artículo 393°, por lo que conforme con el artículo 80° del Código Penal, el plazo ordinario de prescripción sería de seis años, y el plazo extraordinario de prescripción, de nueve años, conforme al artículo 83° *in fine* del Código Penal.
Entonces habiéndose cometido el ilícito el 25 de noviembre de 1999 y siendo ésta la fecha más exacta, pues conforme al referido auto de apertura en ésta se le intervino al recurrente y se denunciaron los hechos imputados, resulta de aplicación el plazo extraordinario de prescripción de nueve años (conforme al artículo 83° *in fine* del Código Penal).
14. Cabe señalar que si bien la contabilización del plazo de prescripción corre desde el momento en que -conforme se ha determinado en el proceso penal- se cometió el hecho materia de proceso penal, por lo que el plazo extraordinario de prescripción habría vencido el 25 de noviembre de 2008, es preciso señalar que el artículo 1° de la Ley N.° 26641 dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces. En efecto, conforme consta a fojas 290 de autos, con fecha 4 de junio de 2008, se declaró contumaz al recurrente.

acompañado) habiéndosele notificado válidamente en su domicilio procesal, bajo el apercibimiento de ser declarado reo contumaz, sin embargo, tampoco concurrió a estas audiencias, exceptuándose la del 20 de marzo de 2008 que fue declarado feriado no laborable, (fojas 199, 202, 205 y 208), por lo que puede afirmarse que en el presente caso la dilación que ha sufrido el proceso es imputable al propio procesado, no configurándose una vulneración del plazo razonable del proceso.

Cabe señalar que después del 27 de mayo del 2008, el recurrente dedujo la excepción de prescripción de la acción penal y de la pena, por escrito del 3 de diciembre de 2008; presentó un informe escrito el 8 de enero de 2009; interpuso un recurso de apelación contra la resolución del 8 de enero de 2009, que se entendió como de nulidad y ante su denegatoria interpuso un recurso de queja (fojas 231, 237, 244 , 247 y 249 de autos) e interpuso la presente demanda. Sin embargo, previamente a dichos actos prestó declaración instructiva, participó en la diligencia de confrontación con una de las agraviadas y en diversas audiencias del juicio oral (a fojas 7 y 54 del expediente acompañado y 145, 148, 159, 165 y 171 de autos), por lo que tenía la obligación y el interés como procesado no sólo de conocer la tramitación del proceso sino de señalar un domicilio procesal para que se le cursen las notificaciones correspondientes, como efectivamente ocurrió; siendo en todo caso de su responsabilidad el cambio o variación de domicilio, no pudiendo por tanto alegar ausencia de notificación. Además, antes de la declaración de contumacia que cuestiona, el recurrente también se alejó intencionalmente del proceso, por lo que también se le requirió para que concurra al inicio del juicio oral y ante su inconcurrencia se le declaró reo contumaz (fojas 84, 107 y 135 de autos y 79, 83, 118 y 130 del expediente acompañado), lo que constituye una clara actitud rebelde, maliciosa y dilatoria del recurrente.

Asimismo, del análisis efectuado es posible afirmar en el presente caso que la suspensión del plazo de prescripción en virtud de la Ley N° 26641 no resulta vulneratoria del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y en tal sentido resulta aplicable al caso. Y es en aplicación de dicha suspensión del plazo de prescripción de la acción penal que el referido plazo aun no ha vencido, por lo que la pretensión debe ser desestimada[246].

---

[246] Exp. N° 01388-2010-PHC/TC, Pasco Cirilo Cornelio Salvador, 4 de abril de 2012.

En el marco del nuevo Código Procesal Penal, se estipula en el artículo 339.1 del NCPP se establece que un efecto de la formalización de la investigación preparatoria es la **suspensión del plazo de prescripción de la acción penal.** A propósito del I Pleno Jurisdiccional Supremo Extraordinario en materia penal se ha planteado la siguiente pregunta: ¿dicha norma regula un supuesto de interrupción o de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal?

Se considera que la formalización de la investigación preparatoria debe tener como efecto la **interrupción del plazo de prescripción.** Las razones son las siguientes:

- La posibilidad que tiene el Estado de ejercer la acción penal contra una persona importa para él o ella un permanente riesgo de castigo. La prescripción anula dicha posibilidad de persecución por el mero transcurso de tiempo. La prescripción se funda en la función que cumple el Derecho penal: la de ejercer o no el *ius puniendi* **por razones de necesidad.** El fundamento de la prescripción es, por tanto, que el paso del tiempo decae la *necesidad de pena.*

- La prescripción, «desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma» (Exp. 1805-2005-HC/TC). Es decir, mediante la prescripción «se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo» (Exp. 2522-2005-HC/TC).

- La prescripción es una institución propia del Derecho Penal sustantivo. Así, en el Acuerdo Plenario 8-2008/CJ-116 F.J. 10 se menciona que: «La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal». Además, en cuanto al fundamento de la prescripción de la acción penal se afirma que éste radica en «la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su

sanción» [se cita: Ragués i Vallès, Ramon, *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004, p. 45]. Asimismo, en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, F.J. 31.B se indica lo siguiente: «Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal».

De esta forma, su contenido y límites se describen en el Código Penal (arts. 80 y ss.). Por ello, cualquier duda vinculada a la aplicación de dicha institución debe resolverse utilizando como baremo la norma sustantiva.

- El art. 339.1 del CPP al utilizar el término suspensión de la prescripción penal por la mera formalización de la investigación preparatoria, se aleja de lo dispuesto por el art. 84 CP que regula los supuestos de suspensión del plazo de prescripción: «si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en *otro procedimiento*, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido». El acto de formalización de la investigación preparatoria se da durante el proceso (no en otro procedimiento) y no pretende resolver una cuestión determinante para el comienzo o continuación del mismo.

Por ejemplo: a) La cuestión previa prevista en el art 4 del CPP; b) La cuestión prejudicial prevista en el art. 5 del CPP; c) El antejuicio constitucional previsto en el art. 99 de la Constitución, y d) El desafuero previsto en el art. 93 de la Constitución». Cuando en el art. 84 CP se menciona a «otro procedimiento», se hace referencia a una vía administrativa o judicial distinta al propio proceso penal en el cual se está invocando la prescripción.

Tomás Gálvez Villegas sostiene que: «creemos que el legislador ha confundido los conceptos de suspensión con interrupción, y lo que realmente ha querido es referirse a interrupción y no a suspensión». Y es que «la actuación del Ministerio Público, en este caso, iniciando formalmente la investigación preparatoria (con lo cual da cuenta al Juez de dicha decisión) encaja claramente en el supuesto de interrupción». Afirma que habría una contradicción entre lo regulado en el art. 339.1 CPP y en el art. 83 CP: «estando ante una antinomia jurídica, se tendrá que determinar cuál es la norma aplicable al caso; y estando a que la prescripción es una institución de carácter sustan-

tivo, la norma pertinente para su regulación es el Código Penal». Ver GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y otros, *El Código Procesal Penal*, Lima, 2008, p. 673. PEÑA CABRERA FREYRE afirma que: «el legislador se ha equivocado enormemente al haber empleado el término 'suspensión'». PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Nuevo Código Procesal Penal*, tomo II, Lima, 2007, p. 268. PANTA CUEVA sostiene que: «no resultaría correcto que el art. 339.1 CPP de 2004 contemple la formalización de la investigación preparatoria como una causa de suspensión de prescripción extraordinaria, pues además la formalización no es más que la actuación del Ministerio Público que promociona la acción penal (...) lo que según el art. 83 de nuestro CP, es una causal de interrupción». Ver PANTA CUEVA, *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, Lima, 2010, p. 93.

- Lo regulado en el art. 339.1 del CPP se adscribe a un supuesto de interrupción del plazo de prescripción (art. 83 CP), el mismo que se presente ante la actuación (intra-proceso) del Ministerio Público. Esta interpretación es seguida por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia peruana.

- ¿Afirmar que lo regulado en el art. 399.1 CPP es una causal de interrupción de la prescripción de la acción penal y no de suspensión de la misma afecta el principio de legalidad y de interpretación literal de las normas penales? Está claro que si se utilizara el método literal para la interpretación de las normas penales, el margen de discusión del contenido del mencionado dispositivo legal (art. 339.1 CPP) sería nulo: se trataría de una causal de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Sin embargo, considero que real sentido de la norma (más aún si nos encontramos frente a un problema de compatibilidad con la norma penal -art. 84 CP) lo obtenemos a partir de una interpretación teleológica y sistemática de la misma. Estos métodos de interpretación nos lleva a decir que lo allí regulado es un supuesto de «interrupción» del plazo de prescripción.

En efecto, como afirmamos antes, el formalizar la disposición de investigación preparatoria no constituye una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal tal como se explica en el art. 84 del CP (interpretación sistemática), debe ser interpretada 3 como una causa de interrupción pues se fundamenta en la actuación del Ministerio Público, tal como emerge del art. 83 CP (interpretación teleológica).

- Por otro lado, a pesar que los procesos regulados por las normas del Nuevo Código son más cortos, lo cierto es que dicha característica en nada afecta o debería de afectar la normal aplicación de la prescripción. Si bien el NCPP es rígido en cuanto al control de plazos, lo cierto es que estas disposiciones atienden –entre otras razones– a la finalidad, por economía procesal, de acelerar el tiempo de los procesos. A diferencia de la prescripción que constituye un derecho para el ciudadano de no permanecer en permanente riesgo de persecución y de sanción penal (seguridad jurídica) cuando la misma ya no sea *necesaria*, limitando la potestad punitiva del Estado.

- En todo caso, en virtud de los principios que regulan la interpretación estadual (*pro homine* y *pro libertatis*), ésta debe procurar siempre una mejor protección de los derechos, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. En esa medida, lo establecido en el art. 339 del NCPP debe de ser interpretado como una causa de interrupción de la prescripción de la acción penal, conforme al art. 83 del CP, que incluye entre sus causales a las actividades del Ministerio Público, como se apuntó antes. El fundamento normativo de esta afirmación lo tenemos en el art. 139.11 de la Constitución Política del Perú: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

- La suspensión del plazo de prescripción con el solo inicio de la investigación preparatoria, desde el punto de vista político criminal, deja un mensaje ajeno a un modelo de Estado garantizador de derechos: la actividad persecutoria estatal prima sobre los derechos de las personas. Más allá que el nuevo modelo procesal penal promueva la celeridad de los procesos, el instituto de la prescripción se fundamenta en el derecho que toda persona tiene a no ser perseguido o sancionado cuando por el transcurso del tiempo se advierte la falta de necesidad de pena.

El tratadista Giammpol TABOADA PILCO, para resolver dicha antinomia, aplica el principio de favorabilidad reconocido en el artículo 103° de la Constitución, como una regla aplicable solo a materias de carácter penal, la misma que supone aplicar la norma que más favorezca al reo. Acorde a ello, el artículo VII.4° del Título Preliminar del CPP del 2004 reafirma tal principio cuando establece como regla para el operador jurídico que en caso de duda insalvable sobre la Ley

aplicable debe estarse a lo más favorable al reo. De esta manera, la manifiesta contradicción entre las proposiciones normativas del artículo 84º del Código Penal con el artículo 339.1º del CPP del 2004 sobre la misma materia, nos conduce a preferir aquella norma que más favorezca al imputado en la comisión de un delito. Tratándose de la prescripción penal, la norma más beneficiosa esta contenida en el Código Penal por adecuarse más a su naturaleza jurídica como una garantía del individuo ante la persecución penal estatal, que no puede prolongarse ad infinitum, además de favorecer dentro del marco de lo constitucionalmente posible, ciertos valores de rango constitucional, como la seguridad jurídica (Cfr. STC Nº 16-2002-PI, FF. JJ. 2-4), el derecho a la resocialización del individuo culpable y el derecho a no ser perseguido penalmente más allá de un plazo razonable. Por el contrario, la suspensión de la prescripción prevista en el CPP del 2004 no sólo vacía de contenido el derecho constitucionalmente protegido por la prescripción, sino que maximiza la persecución del Estado hasta la expedición de una sentencia firme (de absolución o condena), sin importar que la duración del proceso pueda exceder incluso el plazo legal de prescripción extraordinaria contenida en el artículo 83º, último párrafo del Código Penal, convirtiendo en la práctica cualquier delito en imprescriptible sin consideración alguna a la naturaleza o gravedad del mismo como acontece por ejemplo con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

No se trata de un problema de interpretación entre los diversos sentidos posibles de una sola norma, sino en rigor de un problema de aplicación o si se quiere de elección entre una norma penal que entiende por suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal a la espera de un pronunciamiento externo en otro procedimiento, o, de otra norma procesal que el mismo supuesto lo conecta al pronunciamiento interno que se emita en el mismo proceso penal. Estamos ante una disyunción lógica excluyente, la aplicación de una norma supone automáticamente la inaplicación o exclusión de la otra norma. Para nuestro caso, la regulación de la suspensión del Código Penal es la más favorable al ciudadano y más inherente a la razón de la prescripción como garantía de limitación al *ius puniendi* que aquella contenida en el CPP del 2004. Sin embargo, para cierto sector de la doctrina estaríamos ante una combinación de leyes, por consiguiente,

«no existe tal contradicción entre el Código Penal y el CPP del 2004, sino que el legislador con una técnica poco feliz ha introducido en ésta última una nueva causal de suspensión de la prescripción. Ambas normas deben ser interpretadas bajo una concepción unitaria del ordenamiento jurídico que procure una solución armónica»[247].

14. La suspensión en los supuestos de reos contumaces

Con motivo de la sentencia del 19 de octubre de 2011, Exp. N° 03711-2011-PHC/TC, Callao, Carlos Pacheco Ortiz, el Tribunal Constitucional aportó los siguientes referentes jurisprudenciales: en reiterada jurisprudencia que la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y desde la óptica penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Asimismo este Colegiado ha señalado que la prescripción de la acción penal goza de relevancia constitucional, en tanto se encuentra vinculada al contenido del plazo razonable del proceso.

El artículo 1° de la Ley N° 26641 dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces. Respecto a la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la referida Ley N° 26641, el Tribunal Constitucional ha señalado que en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum* resulta vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y, en tal sentido, inconstitucional su aplicación. Y es que la prosecución de un proceso penal, sin ningún

---

[247] Por lo expuesto, puntualiza el referido tratadista que: aplicando los métodos de interpretación sistemático y teleológico, así como a su naturaleza jurídica material, podemos concluir que la antinomia normativa producida por la infeliz redacción del artículo 339.1° del CPP del 2004, se soluciona con la aplicación del artículo 83° del CP, entendiéndose que la formalización de investigación constituye un supuesto de interrupción de prescripción de la acción penal por encuadrar dentro del supuesto de actuaciones del Ministerio Público, quedando incólume la proposición normativa del artículo 84° del CP en el sentido que la suspensión de la prescripción está restringido a aquellas cuestiones que deban resolverse en otro procedimiento (extra penal). En: Suspensión de la Prescripción por el Artículo 339° del Nuevo Código Procesal Penal, En Alerta Informativa, Loza Avalos Abogados.

límite temporal, resultaría, a todas luces, inconstitucional. El poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito [Cfr. Exp. N° 04959-2008-PHC/TC, *Caso Benedicto Jiménez Baca*].

En este sentido este Tribunal Constitucional ha precisado que para determinar la razonabilidad del plazo del proceso, deben tenerse en cuenta criterios como: **a)** la complejidad del asunto; **b)** la actividad procesal del interesado; **c)** actuación de los órganos judiciales [los cuales originalmente estuvieron determinados a la evaluación de la razonabilidad del plazo de la detención].

En el caso de autos en cuanto a la complejidad del proceso se advierte que éste por sus características no reviste mayor complejidad, pues se trata de un solo procesado y de un solo delito, que cuya probanza de los hechos no requiere de una investigación judicial especial; en cuanto a la actividad del órgano jurisdiccional, no se advierte dilaciones indebidas; es así que, de fojas 46, 55 y 71 de autos se advierte que el Quinto Juzgado Penal Transitorio del Callao emitió sentencia en primera instancia, las que fueron declaradas nulas (por diferentes razones) por parte de la Sala Superior conforme se aprecia de fojas 50, 63 y 76 de autos. Respecto de la actividad procesal del recurrente se advierte en los considerandos primero, tercero, cuarto, quinto y sexto de la Resolución de fecha 16 de noviembre de 2009 (fojas 65) que las diversas citaciones para la lectura de sentencia no se han podido llevar a cabo porque el recurrente solicitó en diversas oportunidades que éstas sean reprogramadas presentando para ello diversos certificados médicos, en algunos casos certificados no oficiales, mostrando con ello una conducta obstruccionista[248].

En los supuestos de responsabilidad restringida, mayor de sesenta y cinco años, el Tribunal Constitucional estableció los siguientes criterios:

---

[248] En el caso concreto, el recurrente ha señalado que la resolución de contumacia le fue notificada después de haber prescrito la acción penal, al respecto se debe señalar que los efectos de una resolución judicial no están determinados a partir de su fecha de notificación. Por consiguiente la Resolución de fecha 16 de noviembre de 2009 (fojas 65) así como su confirmatoria, Resolución de fecha 19 de enero de 2011 a fojas 6 de autos, por la que se declaró reo contumaz al recurrente y suspendió el plazo de prescripción, no vulnera ninguno de los derechos invocados puesto que es la propia actividad del interesado (como consecuencia de su renuencia a presentarse ante el órgano judicial competente) la que ha dilatado hasta el momento la duración del proceso penal llevado en su contra.

a.- La prescripción de la acción según la regulación establecida en nuestro Código Penal, puede ser contabilizada a través del plazo ordinario y el plazo extraordinario. En primer lugar, el plazo ordinario de prescripción regulado en el artículo 80° del Código Penal, es el equivalente al máximo de la pena fijada en la ley, en caso de ser privativa de libertad. En caso de que la pena no sea privativa de libertad, la acción prescribe a los dos años. Asimismo, en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica. Por otro lado, existe el plazo extraordinario de prescripción, que será utilizado en caso de que haya operado la interrupción del plazo de la prescripción que, según lo establece el artículo 83° del Código Penal, es el equivalente al plazo ordinario de prescripción más la mitad.

b.- Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81° del Código Penal, los plazos de prescripción se reducirán a la mitad si el agente tenía menos de 21 años o más de 65 al tiempo de la comisión del hecho punible. Finalmente, tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se interrumpen si es que existen evidencias irrefutables de que el acusado rehúye del proceso y hasta que se ponga a derecho, debiendo el juez declarar dicha suspensión de conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 26641, que establece que: «Interprétase por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción». En el caso de autos, la resolución judicial de fecha 22 de enero de 2004 (a fojas 34), declaró al demandante reo contumaz, situación que no ha variado según se aprecia de la resolución judicial dictada por la Segunda Sala Especializada Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima (a fojas 55), de fecha 25 de enero de 2005. Por lo tanto y de acuerdo cono lo señalado, este Colegiado considera que no existe vulneración del derecho fundamental a la libertad personal alegado por el demandante[249].

[249] Sentencia del 17 de octubre de 2005, Exp. N° 7451-2005-PHC/TC, Cono Norte de Lima, Franklin Macedonio Alcántara Muñoz.

15. De la contravención al debido proceso en los supuestos de continuación del ejercicio de la acción penal, no obstante encontrarse prescrita

La ley contempla varios supuestos de extinción de la acción penal, en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía). En este orden de ideas resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesal vinculados al derecho al debido proceso, que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando ésta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida, y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos[250].

16. De la prescripción de la acción penal y la supuesta afectación al derecho a un trato igualitario

La prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal que opera limitando el ejercicio del *ius puniendi* del Estado como consecuencia del transcurrir del tiempo, es decir extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.

De otro lado, este Tribunal ha señalado que el principio de igualdad ante la ley (artículo 2°, inciso 2 de la Constitución) también implica un derecho subjetivo que *garantiza el trato igual entre los iguales y el desigual entre los desiguales*. En ese sentido, *a efecto de determinar cuándo se está frente a una medida que implica un trato desigual, la medida diferenciadora no sólo debe sustentarse en una base objetiva*, sino debe resultar, además, razonable.

En cuanto a esta temática en el caso de autos se manifiesta una supuesta afectación al derecho a un trato igualitario del demandante respecto de sus coprocesados, ya que presuntamente a *varios de ellos se le concedió sus pedidos de prescripción de la acción penal por el delito de asociación ilícita para delinquir sin embargo al actor no se le aplicó de oficio la prescripción*; a ello se agrega que no hubo pronunciamiento judicial en cuanto a la prescripción.

---

[250] Exp. N° 4875-2006-HC/TC, Lima, Juan Felipe Ruiz Castillo, 26 de marzo de 2007.

Es oportuno advertir una cuestión legal del proceso penal sub materia, que aun cuando no resulte gravitante para la dilucidación de la controversia constitucional relacionada con la prescripción que se plantea en la demanda, es pertinente indicarla: conforme a la normativa procesal penal de la materia, la excepción de prescripción *puede* ser deducida en cualquier estado del proceso y *puede* ser resuelta de oficio por el Juez [artículo 5° del Código de Procedimientos Penales, aplicable al caso].

En este orden de ideas, y conforme a la motivación contenida en la sentencia condenatoria, se tiene que el actor del presente hábeas corpus *no se encontraba en igual condición procesal* que el resto de sus coprocesados. Así, de la fundamentación de la aludida sentencia se aprecia que el recurrente estuvo sometido a un proceso de extradición, temporalidad de dicho procedimiento en el que –conforme a lo establecido por el artículo 84° del Código Penal– se suspendió el plazo de la prescripción de la acción penal; en efecto, en el fundamento 90 de la sentencia condenatoria se señala que mediante «resolución N° 107, de fecha 11 de mayo [de 2007] (...) se suspendió el plazo de prescripción de la acción penal desde el inicio del trámite de extradición (14 de febrero de 2006...), hasta que sea puesto a disposición de la justicia peruana; lo que ocurrió el 18 de abril de [2008] (...)». Por consiguiente, habiéndose configurado una causa legal de suspensión de la acción penal, que incluso fue decretada a través de un pronunciamiento judicial (del cual el actor alega desconocimiento), mal puede dejarse entrever que a efectos de la concesión de la prescripción el recurrente se encontraba *en igualdad de condiciones* que sus coprocesados; por lo tanto, ***resulta razonable que el juzgador haya concluido en no declarar de oficio la prescripción de la acción penal respecto del delito de asociación ilícita para delinquir que se imputó al actor, no habiendo vulnerado el principio de igualdad cuya afectación se reclama, lo que se motiva de la sentencia condenatoria***[251].

17. Prescripción en el delito permanente

El delito es de carácter permanente cuando la acción antijurídica y su efecto necesario para la consumación del hecho delictivo pueden mantenerse sin intervalo por la voluntad del agente, de tal manera que cada momento de su duración debe reputarse como una prórroga

[251] Sentencia del 10 de octubre de 2011, Exp. N° 03899-2010-PHC/TC, Lima, Óscar Eliseo Medelius Rodríguez.

del estado de consumación. Es así que la prolongación de la actividad antijurídica y su efecto consiguiente, cuyas posibilidades dilatorias dependen de la acción indicada por el verbo principal empleado por el tipo penal, viene a determinar en realidad, el tiempo que dura la consumación. La finalización de éste dinamismo prorrogado puede producirse ya sea por la decisión del agente o por causas extrañas a su voluntad como sería, por ejemplo, la intervención de la autoridad policial[252].

18. Prescripción en el delito continuado

El artículo 82 del Código Penal establece textualmente 'Que los plazos de prescripción de la acción penal comienzan Inciso primero.- En la tentativa, desde el día en que ceso la actividad delictuosa. Inciso segundo.- En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó. Inciso tercero.- **En el delito continuado,** desde el día en que terminó la actividad delictuosa; e Inciso cuarto.- **En el delito permanente,** a partir del día en que cesó la permanencia[253].

---

[252] Ejecutoria Suprema del 27 de Mayo del 2005, R.N. N° 3944-2004, Segunda Sala Penal Transitoria.

[253] Ejecutoria Suprema del 27 de Mayo del 2005, Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3944-2004.

XI

El tercero civilmente responsable

En materia de constitución de una persona jurídica como Tercero Civilmente Responsable, tenemos como línea jurisprudencia la fijada por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Caso Compañía Peruana de Radiodifusión SA - Canal 4 (Exp. N° 011-2001 de la Segunda Sala Penal Especial), así como la línea jurisprudencial propia que ha venido desarrollando sobre la base del precitado Caso Canal 4 (como por ejemplo en el Caso relativo a la Empresa Andina de Radiodifusión SAC – Canal 09).

1. Ejecutoria Suprema recaída en el Caso Compañía Peruana de Radiodifusión SA - Canal 4 (Exp. de la Segunda Sala Penal Especial N° 011-2001) que fija los presupuestos para constituir a una persona jurídica como Tercero Civilmente Responsable, y como correlato, los supuestos de hecho incompatibles con aquellos

Conforme fuera señalado, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de su Primera Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad N° 3766-2006, su fecha 14 de diciembre del 2006, al pronunciarse sobre el extremo de la Constitución como Tercero Civilmente Responsable de la Compañía Peruana de Radiodifusión SA respecto de los sentenciados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, además de establecer los presupuestos que deben regir dicha constitución, estableció, como correlato de éstos, los supuestos de hecho incompatibles con aquellos. Así se tiene:

Presupuestos fijados en la Ejecutoria recaída en el «Caso Canal 4» para la constitución de una persona jurídica como Tercero Civilmente Responsable:	**Identificación de Presupuestos y Supuestos de hecho incompatibles en torno a la constitución de una persona jurídica como Tercero Civilmente Responsable:**
«... **Sexto:** Que en cuanto al Tercero Civilmente Responsable – la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal Cuatro – estando a lo dispuesto por el artículo 100° del Código de Procedimientos Penales, a efectos de determinar su inclusión legal en el proceso, debe tenerse en cuenta lo señalado por el artículo 1981° del Código Civil que regula la responsabilidad extracontractual, que textualmente establece «Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria»; es así que en esta norma se regula la responsabilidad de un tercero por un acto ajeno, esto es, la responsabilidad por daño del subordinado, en ella se fijan los presupuestos para que se configure la responsabilidad civil del tercero no interviniente en la perpetración del evento dañoso [...] del estudio de autos se verifica la no concurrencia de los elementos que describe el citado artículo, es así que: **a) no existió relación de subordinación entre los procesados José Francisco Crousillat Carreño y José Francisco Crousillat López Torres respecto de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima**; en efecto, en el desarrollo del proceso ha quedado establecido que José Enrique Crousillat López Torres era Presidente del Directorio del Canal Cuatro y José Francisco Crousillat Carreño era miembro del Directorio y Presidente Ejecutivo de la Compañía Peruana de Radiodifusión, y estando a que el Directorio no es un órgano que se encuentra en condición de subordinación –tampoco sus miembros–, por el contrario, es un órgano que cuenta con ampliar facultades decisorias al interior de la sociedad, cuyo ejercicio implica una alta dosis de independencia, autonomía y autorregulación. Los procesados eran accionistas controladores del «Canal Cuatro» – titulares del 99 % de las acciones – por ende tenían de facto el control absoluto de la sociedad, por lo que su actuación nos conduce a afirmar que lejos de encon-	***Presupuesto habilitante:** **(a) Relación de subordinación entre el autor y el tercero civilmente responsable.** ****Supuestos de hecho incompatibles:** **- Ostentación de facultades decisorias del autor al interior de la persona jurídica, pudiendo, incluso, detentar una suerte de control sobre ésta.** **- Demostración de que la actuación dañosa ni fue a pedido, ni por cuenta de la persona jurídica, sino por libre arbitrio, a título e interés particular.**

trarse en una relación de subordinación respecto del «Canal Cuatro» se encontraban en una posición de control que grafica claramente el poder de decisión que ellos tenían en la sociedad, manifestación clara de la inexistencia de subordinación, puesto que, además, ha quedado acreditado que ambos procesados, no actuaron ni a pedido, ni por cuenta, ni interés de la empresa televisora, sino a título meramente particular y según su propio arbitrio, buscando un beneficio exclusivamente personal y aprovechando su situación de control de la Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. , esto es más claro aún si tenemos en cuenta que la citada empresa no se vio beneficiada con el dinero que Vladimiro Montesinos Torres entregó a los procesados Crousillat a cambio del sometimiento de la línea del canal al gobierno de turno, lo que existió fue una instrumentalización del canal por parte de los procesados, la instrumentalización del tercero para la perpetración del evento dañoso no es un requisito contemplado en el artículo 1981° del Código Civil; precisamente porque dicha instrumentalización es la negación de la existencia de subordinación entre el autor directo y el tercero ...».	
«... b). **Los daños ocasionados por los procesados no se generaron en ejercicio de sus cargos ni en cumplimiento de un servicio;** en efecto, los procesados como miembros del Directorio del Canal, no tenían facultades para actuar individualmente en representación de la sociedad ni para obligarla, esto debido a que los Directores conforme a su estatuto –artículo 26°– si bien contaban con la facultad de celebrar toda clase de contratos requiriendo para ello firma conjunta de dos directores, no puede interpretarse que esta facultad abarca la posibilidad de celebrar cualquier tipo de contrato incluso de aquellos que perjudiquen de manera directa a la sociedad y que impliquen su instrumentalización – por el contrario, debe entenderse que esta facultad se refiere a actuaciones realizadas dentro de las funciones propias del Directorio, relacionadas con la administración, gestión y consecución de los fines de la empresa, vinculadas en términos generales a la obtención de beneficios para ella, por lo tanto, aún cuando en el presente caso actuaron dos miembros del Directorio del «Canal Cuatro», dicha actuación no se realizó en ejercicio de sus funciones como tales o en cumplimiento de de algún servicio en su condición de Directores del citado canal. Por el contrario, tal actuación no es parte de las funciones propias de los miembros del	***Presupuesto habilitante:** **(b) Los daños ocasionados por el autor deben haberse generado en el ejercicio del cargo o en cumplimiento de un servicio funcional a la persona jurídica.** ****Supuestos de hecho incompatibles:** **- Cuando el evento dañoso se origina en algún comportamiento ajeno a sus funciones o roles que le competen al autor al interior de la persona jurídica.**

Directorio, siendo que los procesados habrían actuado como extraños a las funciones como Directores del Canal les correspondían, hecho que acarrearía de ser el caso responsabilidad civil y penal de forma individual conforme lo establece los artículos 12° y 13° de la Ley General de Sociedades ...»	
«... **c). No existe relación de causalidad entre el ejercicio de las funciones de los procesados y el daño ocasionado;** habiéndose demostrado que en el presente caso la actuación de los procesados Crousillat no se llevó a cabo en el marco de la relación de subordinación respecto a la empresa televisora involucrada y que dicha actuación tampoco se dio en ejercicio de sus funciones propias del cargo de director ni en cumplimiento de ningún encargo, es imposible afirmar la existencia de una relación de causalidad entre la actuación de los procesados como dependientes del «Canal Cuatro» y el daño ocasionado al Estado, pues tal dependencia no existió en los hechos, por lo tanto, no se configura el factor de atribución establecido por el artículo 1981° del Código Civil....».	***Presupuesto habilitante:** **(c) Relación de causalidad entre el ejercicio de las funciones del autor y el daño ocasionado.** ****Supuestos de hecho incompatibles:** **- Queda automáticamente excluida de este presupuesto aquellos casos en que no se cumplen los dos anteriores (subordinación y ocasionalidad).**

2. Caso Empresa Andina de Radiodifusión SAC - Canal 9 (Exp. N° 011-2001)

La Segunda Sala Penal Especial ha delineado una jurisprudencia propia sobre la materia de constitución de persona jurídica como Tercero Civilmente Responsable, haciendo suyos los criterios que fueron fijados en la precitada Ejecutoria, particularmente, en lo relativo a los supuestos de hecho incompatibles con los presupuestos que exige dicha institución procesal. Así, de la Resolución dictada por dicho órgano en el Incidente N° 011-2001- «Z», su fecha 21 de enero del 2008, trasciende:

> «... **Noveno:** Comparado con el **supuesto de hecho anterior** a que se contrae la anotada Ejecutoria Suprema, arribamos a la conclusión que **resultan efectivamente homologables**, teniendo como premisas, fundamentalmente: (...) **a)** que el inculpado Vera Abad detentó la «calidad de Gerente de Comercialización y Televisión de Andina de Radiodifusión «Canal Nueve» actuó en el ejercicio de una carga determinante» (...); y **b)** que «el encausado no actuó a título personal, sino más bien representando a la empresa de la referencia al ejercer un puesto de decisión de mando (...) **Consideraciones por las cuales es menester adoptar los criterios plasmados en la citada ejecutoria ...».**

Dichos criterios acuñados fueron ratificados por la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Primera Sala Penal Transitoria, ello, mediante Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N° 893-2008, su fecha 21 de octubre del 2008, en la que, por lo demás, se puntualizó lo siguiente: «... [FJ Segundo.- v).] es importante enfatizar que para que responda el tercero civil obligado es necesaria que la actividad del autor del delito se halle inscrita dentro del ejercicio normal de las funciones encomendadas y en el seno de la tarea confiada al infractor, de tal manera que si el agente se extralimitó notoriamente en sus servicios o ejecutó los actos que determinaron el hecho criminal con total independencia de sus funciones asignadas y que debía desempeñar no es posible extender responsabilidad a la persona de la que el autor depende laboralmente ...».

XII
La determinación de la pena

1. Definición

La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal [PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *op. cit.*, p. 95]. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento el Juez considera el hecho acusado como típico antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena –identificación de la pena básica–, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta –individualización de la pena concreta–. Finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las «circunstancias» que concurren en el caso concreto.

Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato, y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser circunstanciado [BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*, t. I, *Derecho Penal. Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 1192]. En virtud a ello es que se señala que sólo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.

Entre las clases de circunstancias, encontramos:

a) Las «circunstancias comunes o genéricas», que son aquellas que operan en el proceso de determinación de la pena de cualquier delito –como es el caso de las previstas en el artículo 46° y el artículo 46°-A del CP–, con la salvedad de que sólo se pueden considerar dichas agravantes a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, es decir, que a veces por la propia estructura del tipo legal no se pueden aplicar. Con ello se respeta la prohibición del principio de la doble valoración del injusto y del reproche penal. En el caso específico del artículo 46° - A del CP, su aplicación es exclusivamente para delitos donde no se requiera una cualidad especial en el sujeto activo –miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público–.

b) Las «circunstancias especiales o específicas» que son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente. Así por ejemplo, las previstas en el artículo 189° CP, que operan únicamente con el delito de robo; en el artículo 186° que operan solamente con el delito de hurto; en el artículo 297° que operan solamente con el delito de tráfico ilícito de drogas; y el *«delito masa»* –regulado en el último inciso del primer párrafo del artículo 49° del CP–, que opera únicamente con el delito continuado. Y **c)** Las circunstancias denominadas «elementos típicos accidentales» son aquellas que concurren con una conducta típica. Ésta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo es el parricidio [Prado Saldarriaga, Víctor, *La determinación judicial de la pena. Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Centro de Investigaciones Judiciales, Investigación y Publicaciones, Lima, pp. 35-37].

Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales [Bustos Ramírez, Juan / Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Trotta, Madrid, 1999, pp. 396-397].

La función de las circunstancias es determinar el *quantum* de la pena, es decir, afectan su medida, ya sea para aumentarla o disminuirla. Por eso mismo, aquellas que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida [BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *op. cit.*, p. 1195].

El artículo 46° del Código Penal, modificado por el artículo 1° de la Ley 28726 de fecha 9 de mayo de 2006, para la individualización de la pena, puntualizándose que la aplicación de dichas circunstancias comunes o genéricas, están condicionadas a que éstas no hayan sido incorporadas por el legislador como elementos típicos o circunstancias especiales o específicas. Esto es, la misma circunstancia no puede ser valorada dos veces por el Juez Penal[254].

«**Artículo 46°.-** Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. Naturaleza de acción:	Debemos comenzar señalando que el uso del termino «naturaleza» de la acción, implica una alta carga naturalística o ontológica, ya que exige identificar una supuesta esencia del delito; sin embargo, para dotarle de un contenido práctico, debemos resaltar que está referido a la naturaleza material o al objeto sobre el que recae la acción, como parte constitutiva de la descripción típica. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO señala: «Objeto de acción, también llamado objeto material, es la persona, (objeto material personal) o cosa (objeto material real) sobre la que incide la acción descrita en el tipo. Por ejemplo la persona sobre la que recae la acción de matar. Objeto material y sujeto pasivo, aunque en el plano conceptual son siempre susceptibles de distinción, pueden coincidir. De hecho sucede así, por ejemplo, en el homicidio, en este caso objeto material y sujeto pasivo (titular del bien jurídicamente protegido) es la misma persona a quien se priva de la vida, es decir, sobre la que incide

[254] Ello ocurre, por ejemplo, cuando en el delito de tráfico ilícito de drogas concurre la agravante de pluralidad de sujetos, estatuida en el artículo 297 del Código Penal, circunstancia que no podrá ser valorado nuevamente como una circunstancia común o genérica del inciso 7 del artículo 46 del Código Penal, esto es, «la unidad o pluralidad de los agentes».

	la acción letal... Hay delitos con pluralidad de objetos materiales y hay por el contrario tipos que carecen de objeto material»[255]. Enrique BACIGALUPO al trabajar las diferentes especies de tipos penales señala que: «En los delitos de resultado, el resultado consiste, ante todo, en la lesión de un determinado objeto, este objeto se denomina objeto de acción y no se debe confundir con el objeto de protección o bien jurídico que puede tener también una naturaleza ideal... Todos los delitos importan una lesión material (la del bien Jurídico); sólo un número determinado de ellos requiere una lesión material (la del objeto de acción)»[256]. Un ejemplo, de la naturaleza de la acción pasible de incrementar el *quantum* punitivo, lo constituye, por ejemplo, inferir lesiones a un mismundo o inferirle lesiones a una modelo. Nuestra producción jurisprudencial aporta el siguiente análisis esencialista del delito, para establecer la operatividad de la agravante de pluralidad de sujetos en materia de tráfico ilícito de drogas: Ahora bien, el sub tipo agravado examinado, cuando exige que el hecho se cometa por tres o más personas, debe ser interpretada desde los principios de proporcionalidad y la razonabilidad. Por tanto, no sólo requiere el simple concierto de tres o más personas en el acto del transporte, que el «correo de drogas» –por ser tal– sea un coautor, pues de ser así, perdería sentido o se vaciaría de contenido los supuestos de codelincuencia, **que están en la propia esencia o expresión criminológica de un delito** como el de tráfico ilícito de drogas, y la regularidad y coherencia de la aplicación del tipo legal básico del artículo 296° del Código Penal-. Debe entenderse que la circunstancia agravante comprende necesariamente un nexo más intenso y efectivo del agente con los demás coautores en el acto de transporte y de tráfico, en general. El sujeto activo no sólo ha de realizar exclusivas labores de transporte ocasional del bien delictivo y a título individual (si en el acto de transporte, concertadamente intervienen tres o más personas, la conducta en cuestión será subsumida en el sub tipo legal agravado en cuestión) –ese el rol típico del «correo de drogas»–, sino que su Intervención en el hecho total debe expresar y concretar un vínculo más intenso y reforzado con los titulares de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, o con quienes están involucrados con cierta relevancia en todo el circuito de distribución de los mismos. El sujeto activo ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas de las propias

[255] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978, p. 275.

[256] BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Santa-Fe de Bogotá, 1994, p. 163.

	o específicas del acto singular de transporte, tales como (1) la obtención, en cualesquiera de sus variables y de manos de terceras, de los citados bienes delictivos, o (2) la determinación o ubicación autónoma de los que recibirían tales bienes; asimismo, en la realización de otras fases, esta vez no anteriores o inmediatamente posteriores al transporte, pero concomitantes, en tanto sean funcionales y de aportación no reemplazables al transporte: (3) actos de Intermediación, (4) actos de guarda previa o almacenaje, (5) actos de aportación de personas o bienes instrumentales, entre muchas conductas de similar entidad valorativa. El agente, en consecuencia, ha de haber realizado aquellas conductas que, además del mero acto de traslado de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, **significan un nexo más intenso, aún cuando ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización** del transporte, de suerte que permita concluir que su rol no es meramente periférico o marginal sino, al menos. de cierta entidad, en la finalidad y efectividad del transporte. En ese caso el agente ya no sería un mero «correo de drogas» sino un coautor incursō en el sub tipo agravado del Inciso 6) artículo 297° del Código Penal, y como tal deberá ser sancionado[257].
2. Los medios empleados:	Está referido a los supuestos en que el delito es ejecutado bajo el medio comisivo de mayor o menor intensidad, que, sin llegar a integrar los elementos típicos del delito en concreto, acentúe punitivamente, una faceta particular de modus operandi de la comisión del ilícito penal, a partir de su medio comisivo; por ejemplo, en el marco del delito de peculado, el supuesto del ingeniero, que colocó como fachada a los integrantes de la comunidad como parte del órgano ejecutor de la obras, empero, el primero de los nombrados conserva la capacidad decisoria y los otros únicamente rubrican la documentación. Por otro lado, otro indicador de la gravedad de los medios comisivos lo constituye el efecto de disminución de las posibilidades de defensa de la víctima o que se le puso en condiciones de desventaja.
3. La importancia de los deberes infringidos:	La operatividad de dicha circunstancia, que, inicialmente podría dar la impresión de abarcar por excelencia hechos punibles cometidos por funcionarios o servidores públicos –subyaciendo una infracción a sus deberes administrativos–, debe limitarse ya la trasgresión de los deberes pue-

[257] Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116, Asunto: Correo de drogas, delito de TID y la circunstancia agravante del artículo 297°.6 del Código Penal, del 18 de julio del 2008.

	de estar contenido en los elementos típicos del delito, verbigracia, peculado o colusión desleal. La prohibición de la doble valoración, impide tener en cuenta un factor agravatorio que ya fue incorporado por el legislador para configurar el tipo penal o para configurar una agravante. Un ejemplo paradigmático lo constituye la agravante del artículo 46-A del Código Penal no podría ser aplicada al culpable de cohecho pasivo propio (art. 393 CP), ni de tráfico ilícito de drogas en su forma agravada (art. 297, inc. 1), pues, en estos delitos, la vinculación y el abuso de la función está en la base de la fundamentación o agravación del injusto. En este mismo sentido, ZIFFER señala lo siguiente: «Teniendo en cuenta que el marco penal rige siempre para la totalidad del ilícito de que se trata, el juez, al determinar la pena en concreto, no puede valorar un elemento que ya ha sido tomado en cuenta «en abstracto» para calificar la gravedad del ilícito (prohibición de doble valoración). Lo mismo ocurriría con las valoraciones preventivas, dado que ya fueron consideradas en el marco penal, y si no lo fueron, quedarían fuera del ámbito de valoración judicial, ya que resultan consideraciones extrañas al hecho, por las cuales el autor no puede ser responsabilizado, como en el caso del aumento *[real o coyuntural]* de un determinado delito»[258].
4. La extensión del daño o peligro causados:	Desde la perspectiva del disvalor del resultado, puede incidir en un mayor o menor la extensión o resultados post consumativos, por ejemplo, la comisión de un delito de malversación de fondos, que no sólo afectó la función pública para el que estaba predestinado, por ejemplo la conservación del puente de la ciudad, sino que ante la falta de mantenimiento cedió en circunstancias que transitaban los vehículos del municipio, los que quedaron inutilizados. ausencia. El autor nacional GARCÍA CAVERO precisa que: este criterio específico del injusto culpable no implica una extensión a cualquier resultado desvalorado derivado causalmente de la conducta del autor. Solamente podrán considerarse aquellos resultados abarcados por el fin de protección de la norma[259].
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión:	Dichas variables, reflejan, principalmente, una dimensión mayor en el injusto, ya que el agente suele aprovecharlas para facilitar la ejecución del delito. En la legislación penal vigente encontramos varios supuestos donde se incluye de modo específico tal circunstancia. Así,

[258] ZIFFER, Patricia, «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», en *Determinación judicial de la pena*, AA. VV., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 106.

[259] GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008, pp. 719 y 720.

	por ejemplo, en los delitos de hurto y robo se considera agravante que el delito se ejecute *«Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado»* (Art. 186°, Inc. 4) o *«Durante la noche o en lugar desolado»* (Art. 189°, Inc. 2). En otros casos estos factores expresan también una actitud inescrupulosa, desafiante y audaz de parte del infractor frente a la ley y los sistemas de control penal. Ello se observa en el agravante del delito de tráfico ilícito de drogas cuando *«El hecho es cometido en el interioro en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencia!, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión»* (inciso 4 del artículo 297°)[260].
6. Los móviles[261] y fines:	La voluntad es la fase final de todo un proceso interno del hombre que surge con motivo de su capacidad que tiene para conocer el mundo exterior y su mundo interno. La voluntad se integra por los móviles, los motivos y las representaciones. Si la voluntad está contenida en el acto y aquella está integrada por móviles, motivos y representaciones es obvio que el contenido del acto está dado por dichos móviles, motivos y representaciones. No existe un «acto» especial para el Derecho Penal, carente de móviles y fines. Este acto ontológico, tiene incidencia en la determinación del quantum de la pena; en efecto, el acto tiene un contenido rico en aspectos subjetivos, que no pueden ser desconocidos, y que son pasibles de ser analizados en la culpabilidad. Ejemplo de ello, lo constituye el parricidio motivado como una reacción posterior a las continuas agresiones físicas y sexuales que sufría la hija parricida. En materia de fines, podemos referirnos a los casos de hurtos de alimentos para luego entregarlos a los niños pobres.
7. La unidad o pluralidad de los agentes:	Al respecto debemos puntualizar que la aplicación de dichas circunstancias comunes o genéricas, están condicionadas a que éstas no hayan

260 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Determinación judicial de la pena y Acuerdos Plenarios*, Idemsa, Lima, 2010, p. 150.

261 El tratadista DÍEZ RIPOLLÉS destaca el móvil «patriótico», quien de la mano del autor HUERTA TOCILDO, destaca los siguientes alcances: que: 1.- el patriotismo es el sentimiento de pertenecer a una determinada comunidad diferenciada respecto de otras que la rodean. 2.- En tanto en cuanto dicha comunidad sea auto-gobernada, coincide con el sentimiento nacionalista; 3. Puede coexistir con una estructuración interna de tipo federal con gobierno único (...), ya que la conciencia de unidad viene fundamentalmente dada por el sentimiento de autoafirmación y diferencia respecto del exterior, que no implica una homogeneidad interior; 4. No implica una aceptación de la forma de Estado ni de gobierno». DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Estudios Penales de Política Criminal*, Idemsa, Lima, 2007, p. 317.

	sido incorporadas por el legislador como elementos típicos o circunstancias especiales o específicas. Esto es, la misma circunstancia no puede ser valorada dos veces por el Juez Penal. Ello ocurre, por ejemplo, cuando en el delito de tráfico ilícito de drogas concurre la agravante de pluralidad de sujetos, estatuida en el artículo 297 del Código Penal, circunstancia que no podrá ser valorado nuevamente como una circunstancia común o genérica del inciso 7 del artículo 46 del Código Penal, esto es, «la unidad o pluralidad de los agentes».
8. La edad, educación, situación económica y medio social:	En cuanto a las coordenadas sociales y culturales, corresponde recalcar, inicialmente, de la mano del Acuerdo Plenario N° Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, del 13 de noviembre del 2009, que: «La Constitución, de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2°.19) –a través de la norma en cuestión, la Constitución, propiamente, establece un principio fundamental del Estado–. De otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: **(i)** el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89°); y **(ii)** el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149°). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2°.19 de la Ley Fundamental. En cuyo contexto, se destaca el: «A. Elemento humano. – como – Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, las Rondas Campesinas tienen este atributo socio cultural»[262]. En relación a la edad, el radio aplicativo de dicho dispositivo abarca los intervalos de tiempo entre 22 años y 65, toda vez, que el artículo 22 del Código Penal ya abarcó los supuestos en que el agente tenga más de 18 y menos de 21 años o mas de 65 años al momento de la comisión de los hechos.

[262] CANCIO MELIÁ, en el marco de la enorme variedad de sistemas de tipificación de infracciones en el ámbito sexual, puntualiza que se encuentran muy estrechamente vinculadas a las peculiaridades de la idiosincrasia de la sociedad que las han producido, de modo que la falta de conocimiento profundo de aquella puede conducir a valoraciones poco respetuosas con el medio social en el que han de aplicarse. *Estudios de Derecho Penal*, Palestra, Lima, 2010, p. 282.

9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño[263]:	Los autores alemanes Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND afirman que el comportamiento posterior al delito tiene relevancia para graduar la culpabilidad y para determinar la necesidad de prevención (la pena)[264]. Influye en la culpabilidad si el comportamiento post delictivo se realiza cuando el resultado del hecho no se considera concluido con la consumación del tipo y todavía el autor puede producir cambios suplementarios en el delito. Ejemplo, que el agente lleve al hospital a su víctima para que sea atendida.[265] Un caso especial de conducta post delictiva que influyen en la necesidad de prevención o en la determinación judicial de la pena, lo constituye la reparación del daño, ejemplo de ello lo constituye los supuestos en el que el funcionario público se apodera de sumas de dinero, pero que pos-consumación progresivamente devolvió la suma apropiada en casi su totalidad, y llegado a la sentencia aflora la data, que resta devolver una mínima cantidad de dinero.
10. La confesión sincera[266] antes de haber sido descubierto:	El comportamiento del agente entre la consumación del delito y su investigación preliminar o procesamiento penal permite establecer criterios sobre el fin de prevención especial de la pena. Así, el buen comportamiento del sujeto con posterioridad al delito puede llevar a considerar la

[263] La reparación también puede ser conceptualizada como sanción penal autónoma, algunas de las razones que explican la reparación como pena alternativa a la cárcel son: El impacto de la victimología en la década de los ochenta (impacto que a su vez quizá se explica como reacción al énfasis y primacía que la criminología crítica y liberal habían puesto en los derechos de infractor) que reclama que los intereses de la víctima, como persona perjudicada por el delito, sean satisfechos por el proceso penal. El ideal resocializador que encuentra en la reparación una sanción penal alternativa a la cárcel (y por tanto no desocializadora) que permite la resocialización del infractor, en la medida en que se le confronta al daño causado y a la víctima. J. CID / E. LARRAURI, *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 172.

[264] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, España, 2002. *Op. cit.*, p. 963.

[265] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 963.

[266] César SAN MARTÍN CASTRO, establece que la confesión es: «La declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias. En rigor, la confesión importa la admisión del imputado de haber cometido una conducta penalmente típica, aún cuando contenga alegaciones encaminadas a atenuar o excluir la pena». SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003, p. 840.
Pablo SÁNCHEZ VELARDE define la confesión como: «el acto procesal por el cual el imputado de un delito declara libre y espontáneamente ser el autor del crimen ante la autoridad judicial competente. Declaración ésta que debe ser objeto de comprobación por dicha autoridad». SÁNCHEZ VELARDE, Pablo,

	no necesidad de una vigorosa reacción penal para lograr la rehabilitación y readaptación social del autor o del partícipe[267]. De esta forma, el comportamiento procesal del agente permite, cuando ha reconocido su error por cometer un delito, pronosticar una rehabilitación y readaptación social sin problemas que hace innecesaria la imposición de una sanción penal dura[268]. Ejemplo de este tipo de circunstancia atenuante de la pena se tiene en el caso de la confesión procesal antes de haber sido descubierto. . El comportamiento procesal del agente no puede ser empleado para extraer consecuencias negativas pues ello violaría el derecho constitucional de no incriminación; por ejemplo sería anticonstitucional establecer como circunstancia agravante de la pena que el delincuente no confiese.
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente:	Sobre el presente tópico, debemos comenzar deslindado con los conocimientos especiales en el marco de la imputación objetiva, respecto de la cual, JAKOBS distingue varios casos en que pueden presentarse los conocimientos especiales, correspondiendo resaltar el supuesto de: «El caso normal», en que justamente no se incorporarían al saber del adjudicador los conocimientos especiales del autor. Cuando se trata de simple responsabilidad por organización, es decir de deberes negativos de no arrogación de organización ajena, y no hay ninguna relación que vincule al autor y a la víctima en el sentido de evitar especialmente la producción del resultado, entonces los conocimientos especiales no podrían tenerse en cuenta. La competencia que fija el rol respecto de la relación no implicaría ninguna consideración que permita activar una relación tal, que el autor se vea obligado a usar de

Manual de Derecho Procesal Penal, Idemsa, Lima, 2004, p. 672.
La confesión no tiene por objetivo el reconocimiento de tipicidad o culpabilidad. Es inexacto considerar que la confesión por parte del imputado implique el reconocimiento del contenido criminal, de la tipicidad, la culpabilidad o la responsabilidad del sujeto. La confesión del imputado se encuentra exclusivamente referida a los hechos y sus circunstancias, resultando totalmente exacta la afirmación hecha por el reconocido procesalista argentino Eduardo JAUCHEN: «Carecen de toda validez, en consecuencia, los juicios de valor que exprese el imputado en su declaración. También **resulta irrelevante la autoincriminación de una calificación delictiva haciendo alusión a una figura jurídica determinada**, como asimismo el mero reconocimiento de responsabilidad sin que esté acompañada de un relato expreso y pormenorizado de cómo se desarrollaron los hechos». (Resaltado del recurrente) JAUCHEN, Eduardo M., *La prueba en ·· ıteria penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1992, p. 64.

267 ID.

268 JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, pp. 963 a 965.

	todo su saber para evitar la configuración del resultado. JAKOBS lo presenta como el caso normal, pero si se miran los ejemplos que da, son casos en los que confluyen elementos mucho más específicos que en las otras categorías. Esto sucede en particular, como se explicará, en el caso del estudiante politécnico que realiza una práctica, y que siguiendo órdenes lleva a cabo una mezcla deficiente de materiales. Aquí, pese a que sabía del error y del posible resultado lesivo consecuente, no se le podría imputar ningún accidente, pues no sería de su competencia[269]. También lo presenta así en el caso del estudiante de biología que advierte la presencia de una hierba venenosa en una ensalada y que, no obstante, la sirve.
12. La habitualidad del agente al delito (incorporado por la Ley N° 28726):	El Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, Asunto: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena, del 18 de julio de 2008, destaca que: «(...) la reincidencia y la habitualidad, como circunstancias cualificadas de agravación, deben aplicarse tomando en cuenta su función represiva diferenciada, así como la distinta construcción normativa y de efectividad punitiva que a cada una de ellas las ha dado el legislador. Sin embargo, el juez debe también, en lo posible, armonizar la eficacia de tales circunstancias con la que legalmente corresponde a las demás disposiciones del Código Penal preexistentes y posteriores a la Ley N° 28726. (...) 12°. La reincidencia es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social. El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio.Desde una perspectiva general se puede calificar de reincidente a quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el plus de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva. Los requisitos para la calificación de reincidencia, en función a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46° B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69° del citado Código, en su versión establecida por la Ley N° 28730, del trece de junio de dos mil seis, son los siguientes: 1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de

269 JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 251.

libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva.
2) Los delitos –se excluyen las faltas– antecedente y posterior han de ser dolosos. El delito posterior debe de cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.
3) No hace falta que el delito posterior esté en el mismo Título del Código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica.
4) El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad –condición básica para calificar de reincidente a un delincuente–, es de cinco años. Para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46° C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpetrarse «*...en un lapso que no exceda de cinco años*».
5) Es una circunstancia personal e incomunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos. El primero, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva –que establece la fecha exacta de la excarcelación–; en defecto de uno o ambos documentos regístrales, ha de contar con copla certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El segundo, como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales. Por tanto, no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresiva que vulneraría el principio de contradicción.Respecto de la medida de la pena al reincidente es de indicar lo siguiente;
A. La especialidad de la agravación de la pena por reincidencia se fundamenta básicamente, como ya se indicó, por razones de prevención especial –vida del autor anterior al delito– y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho –no representa una causa de aumento de culpabilidad– (Choclan Montalvo, José Antonio: Individualización judicial de la pena, Editorial Colex, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página ciento noventa y siete). Si la culpabilidad es un principio estruc-

	tural básico del Derecho penal, una de sus consecuencias es la función limitadora de la pena que debe cumplir dicho principio. B. Establecida la calidad de reincidente del agente, y como la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado, el órgano jurisdiccional deberá determinar hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad concreta –primera operación adicional–. Es evidente que las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué empezar y, en su caso, agotar el tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. El marco penal adecuado a la culpabilidad por el hecho debe ir referido necesariamente a un concreto autor y a las circunstancias del hecho realizado; y, hasta dicho límite, no hay ya razones para excluir las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor, esto es, evitar su recaída en el delito (Jaén Vallejo, Manuel: Justicie penal contemporánea, Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2002. página cincuenta y nueve). C. Dentro del marco establecido por la culpabilidad: determinación de un marco, necesariamente ampliado en sus posibilidades legales en virtud del artículo 46° B del Código Penal, tiene lugar la segunda operación adicional –efectos punitivos concretos de la reincidencia–, con la que culmina la individualización de la pena. En este nivel se ha de tener en cuenta que la culpabilidad por el hecho pudo agravarse por haberse rebelado el autor contra normas sociales cuya validez le queda clara por medio de una condena anterior por un nuevo delito doloso. Sin embargo, la agravación de la pena sólo se producirá cuando el sujeta manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídica afectada y que no ha sido impresionado por la pena anterior, al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena [así, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del dieciséis de enero da mil novecientos sètenta y nueve, BVerfGE 50, 125 y ss.]. 13°. Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en tomo a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación: a) Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes. Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que

	corresponden a una .circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción pana del delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional. b) Sobre la eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación judicial de la pena concreta. La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijado por el artículo 46° B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo original). c) Sobre la operatividad de la agravante cualificada del artículo 46° C frente a tres reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos. Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los limites punitivos fijados por los artículos 50° y 51° del Código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco arios de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concursa corresponde cadena perpetua, sólo se aplicará esta sanción excluyéndose las demás). d) Sobre los elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46° B y 46° C, se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total da pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el artículo 111° del Código Penal de mil novecientos veinticuatro. Además resulta similar al considerado por el artículo 46° C del Código Penal vigente para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente. En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellas en dicho plaza. Además la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia índica la habituación delictiva del

	agente y justifica su mayor punibilidad. e) Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de circunstancias cualificadas del artículo 46° A, con las previstas por los artículos 45" B, 46" C. Si concurrieran las agravantes cualificadas del artículo 46° A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las de reincidencia o habitualidad se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el artículo 46" A del Código Penal (de treinta y cinco años de privación de libertad). f) Límites de las penalidad(sic) derivada de las agravantes de los artículos 46° B y 46° C. En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29°, 46°A, 50° y 51° del Código Penal, en ningún caso la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicará dicha pena. g) Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los artículos 46° B y 69° in fine. La reforma del artículo 69° del Código Penal, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo tugar mediante la Ley N° 23730, del trece de mayo de dos mil seis. Esto es, cuatro días después que la Ley N° 28726 que introdujo el artículo 46° B del Código Penal sobre la agravante de reincidencia. Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así el párrafo *in fine* del nuevo texto del artículo 69°, donde se dispone que 'La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena», derogó el párrafo final del artículo 48° B del Código Penal que establecía que «A todos efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados». De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley N° 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta. Ahora bien, esa excepción sólo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del numeral 69° del Código Penal. En todo caso, cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación (ver literal 'd'), operará definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por esa condena».

13. La reincidencia (incorporado por la Ley N° 28726):	La ***reincidencia,*** bien considerándola como circunstancia agravante, es uno de los elementos que se utiliza para incrementar la duración de la prisión o de la privación de libertad del que ha cometido ya anteriormente uno o varios delitos. La agravante de reincidencia, y la más específica de habitualidad en el mismo delito, tienen además como consecuencia el que no se pueda aplicar la suspensión condicional de la pena, o por lo menos que no se pueda conceder automáticamente. Lo menos que se puede decir de todas estas propuestas, es que adoptan una Política criminal y penitenciaria puramente negativa, de control y aseguramiento del reincidente, sin preocuparse lo más mínimo de su reinserción social. Al margen de las muchas objeciones que se han formulado contra la agravante de reincidencia, de las que aquí ahora no podemos ocuparnos, se olvida también aquí el principio normativo de la proporcionalidad, pues la agravación nada tiene que ver con la gravedad intrínseca del delito últimamente cometido, sino con una especie de temibilidad o peligrosidad que se supone tiene el sujeto que ya ha delinquido varias veces. Por lo demás, los resultados de esta agravación de la pena para los reincidentes no han sido demasiado positivos en la disminución de la criminalidad, y precisamente la llamada «multirreincidencia», que obliga a una mayor agravación de la duración de la pena cuando el sujeto ha sido condenado ya anteriormente al menos por tres delitos de la misma naturaleza, demuestra que las anteriores condenas en las que ya se aplicó la agravante simple de reincidencia no tuvieron ningún efecto para acabar con la carrera criminal del sujeto otra vez condenado. Por estas razones, no es extraño que sean los delincuentes reincidentes, multirreincidentes y habituales los que ocupen una buena parte de la actividad de los Tribunales de Justicia y constituyan un número importante de la población reclusa en los centros penitenciarios. La reincidencia tiene unas causas sociales profundas, a veces enraizadas también en defectos de la personalidad, que difícilmente serán erradicadas con un simple incremento del rigor punitivo, que es, en definitiva, lo único que parece preocupar a los que hacen las normas penales. La reincidencia tiene, sin embargo, una problemática específica cuando se refiere a hechos delictivos contra la vida o la libertad sexual. En casos como el 4 y el 5 mencionados al comienzo de este capítulo, es evidente la preocupación que suscita que un «serial killer» o un violador tengan que ser puestos en libertad des-

	pués de haber cumplido la pena que le fue impuesta por sus anteriores delitos. La razón de esta preocupación no es tanto la desaprobación del hecho (o hechos) que ya cometieron en el pasado, sino el miedo a que vuelvan a realizarlo. En los casos 4 y 5, lo que realmente conmueve a la opinión pública y crea un sentimiento de inseguridad y alarma social es que la pena no dure lo suficiente y que cuando el sujeto condenado por algún grave delito salga de nuevo en libertad vuelva a cometerlo[270].

2. Criterios básicos de determinación

Los criterios básicos que orientan la determinación concreta de la pena son de tres órdenes:

a. Culpabilidad
b. Preventivo general
c. Preventivo especial

2.1. El criterio de culpabilidad

Sirve la culpabilidad para fundamentar y limitar la pena. Es un logro garantista; pues mitiga (excluye) criterios de 'peligrosidad', 'personalidad' o 'responsabilidad por el carácter'.

2.2. El criterio preventivo general

Es importante la estabilidad de la norma. La contingencia aversiva en que consiste la pena fiabiliza la tesis llegada al ciudadano de que el Derecho penal objetivo es uno de advertencia.

La pena cumplirá un papel instructivo conforme las propuestas del aprendizaje observacional o vicario del que ya hemos dado cuenta. Se activa en el ciudadano el sentido de la *pena* ya condicionada en él por lo de la *pena naturalis*.

BUSTOS RAMÍREZ lo dice a su modo «la pena es autoconstatación del Estado (protección de su sistema, por eso en definitiva protección de los bienes jurídicos) y su finalidad al imponerse, es buscar alternativas de dignificación del sujeto de aumentar su capacidad de libertad, de ser actor social»[271]. Añadiendo nosotros que, así se fortalece el funcionamiento de un Estado liberal y democrático de Derecho.

---

[270] HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 192.

[271] BUSTOS RAMIREZ, *Manual deDerechopenaL Parte general*, cit., p. 395.

2.3. Criterio preventivo especial

Al imponerse la pena, ella tomará en cuenta las necesidades de reeducación o resocialización del infractor[272].

Esto de la resocialización sin embargo deberá tener contenido concreto conforme el que se deriva de las modernas teorías del aprendizaje y de los hallazgos experimentales en materia de comportamiento humano.

Hablar de 'Humanidad de las penas', de 'capacidad de libertad'[273] del sujeto, 'desarrollo de su personalidad', etc., sin asociar estos puntos con programas concretos de modificación conductual implica admitir que el Derecho penal es un instrumento de 'descontrol social'.

3. Las etapas de la determinación judicial de la pena

La determinación judicial de la pena, junto con la tipificación y la valoración de la prueba, son las tres operaciones fundamentales que el juez debe realizar dentro del proceso penal.

Mediante la operación de determinación judicial de la pena el juez fija las consecuencias jurídicas del delito; elige la sanción penal y en su caso la suspensión condicional de la pena[274].

El proceso de determinación de la pena tiene tres fases[275] [276] [277] [278] [279] [280] [281].

---

[272] *Ibidem*, p. 396.
[273] Loc. cit.
[274] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 938.
[275] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, pp. 944 a 950.
[276] Prado Saldarriaga, Víctor, *op. cit.*, p. 100.
[277] JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.*, pp. 1194 a 1197.
[278] GRACIA MARTÍN, Luis, obra colectiva, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 172.
[279] ZIFFER, Patricia, obra colectiva, *Determinación judicial de la pena - Consideraciones acerca de la problemática de la individualización judicial de la pena*, pp. 105 a 109, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.
[280] DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad Salamanca, España, 1999, pp. 46 a 48.
[281] MIR PUIG, Carlos, *El Sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 257 a 271.

FASES DE LA OPERACIÓN DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA
1.- **La determinación de los fines de la pena:** Se tiene que fijar que la imposición de la dosis de pena debe realizar los fines de retribución, prevención especial y prevención general.
2.- **La fijación de los factores que influyen en la determinación de la pena:** La ubicación de las diversas circunstancias que presenta el caso penal, que por su relación con los fines de la pena, son relevantes para la determinación de la sanción penal. Ejemplo: el móvil, el estado de ebriedad, el estado emocional, el monto de lo apropiado, los antecedentes del encausado, etc.
3.- **Examen de los considerandos en los que se fundamenta la determinación de la pena:** La valoración y ponderación de los factores que influyen en la determinación de la pena, combinando de modo racional, libre de contradicciones, los mismos, con los fines de la pena.

Fijadas las tres etapas del proceso de determinación judicial de la pena, corresponde desarrollar, brevemente, cada una de las mismas.

A) La determinación de los fines de la pena

El proceso de determinación judicial de la pena se inicia con la fijación de los fines de la pena en el ordenamiento jurídico nacional, su conocimiento permitirá que el Tribunal Penal Especial Superior ubique los hechos probados en el proceso penal que servirán para determinar la dosis o cantidad, la forma de la sanción penal a imponer a los acusados.

La prevención especial es el fin constitucional de la pena, al así establecerlo el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú, el artículo 10 incisos 1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 5 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos.

La Norma IX del Título Preliminar - Principios Generales del Código Penal de 1991 reconoce a la prevención especial como función de la pena.

El fin de prevención especial tiene por objeto que la pena permita la rehabilitación y readaptación social del delincuente. Exige que en el proceso de determinación judicial de la pena, el juez fije la dosis y la forma de la sanción penal considerando que debe permitir la reincorporación del hombre que delinque a la sociedad; para lo cual se tiene que valorar los efectos de la pena en la vida futura del sentenciado.

Por ejemplo, el fin de prevención especial exige apreciar el comportamiento post delictivo del agente a efecto de establecer la dosis de pena necesaria para lograr su rehabilitación y readaptación social.

El fin retributivo y el fin de prevención general no tienen reconocimiento expreso en la norma constitucional, sí en la norma ordinaria o infra constitucional. El fin retributivo de la pena tiene su fundamento

en las Normas IV y VII del Título Preliminar - Principios Generales del Código Penal; el fin de prevención general en las Normas I y IX del mismo cuerpo normativo.

El fin retributivo se considera en la operación de dosimetría judicial (determinación judicial de la pena) para garantizar que la sanción penal sea la retribución justa del injusto penal y de la culpabilidad del agente. Tal exigencia se logra interponiendo la pena en proporción a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad del sujeto activo.

Así, por ejemplo, a mayor lesión del bien jurídico, mayor pena, o ante la disminución de la capacidad de culpabilidad del agente por eximente incompleta, menor pena.

Finalmente, el proceso de determinación judicial de la pena también debe considerar al fin de prevención general, ya que la dosis de pena a asignar al delincuente tiene que generar en la comunidad un efecto de intimidación ante las consecuencias del delito (prevención general negativa), y el restablecimiento de la confianza en la eficacia del ordenamiento jurídico (prevención general positiva).

Respecto al fin de prevención general la doctrina discute la función que tiene en la pena, así JESCHECK y WEIGEND afirman que sirve para fundamentarla, esto es para determinar porque es necesario sancionar, pero no para fijar la dosis ni la forma de la sanción penal. Explican los autores alemanes, en contra de una doctrina mayoritaria que la necesidad de un efecto intimidatorio o de estabilización de la norma no puede ser considerada para establecer la dosis de pena o si procede la suspensión de su ejecución; la pena se impone al hombre solamente por lo que hizo, por lo que es, no por lo que necesita la sociedad; la prevención general sirve en consecuencia como fundamento de la pena pero no como criterio de su determinación judicial[282].

Lo cierto es que así no se acepte la posición presentada y se asuma que la prevención general también es un criterio de determinación judicial de la pena, valorándosela para fijar la dosis de sanción por ejemplo teniendo en cuenta la estadística social de comisión del delito (si se comete mucho en la sociedad), su ponderación tendrá que ser combinada e incluso supeditada a los otros fines de la pena. La consideración de la prevención general en la dosimetría judicial, como se explicará más adelante, está limitada por la prevención especial y la retribución.

---

[282] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, pp. 945 y 946.

B) Factores que influyen en la determinación de la pena

En esta etapa del proceso de determinación de la pena, la Sala Penal Especial Superior fijará en función de los fines de la pena las diversas circunstancias que en el caso judicial tienen significado para la determinación de la dosis de pena a imponer a los procesados.

Así por ejemplo, el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado y el grado de participación criminal son factores de determinación judicial de la pena desde el punto de vista del fin retributivo, ya que permiten considerar a la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad, respectivamente.

C) El examen de los considerandos en los que se fundamenta la determinación de la pena

En esta tercera y última etapa del proceso de dosimetría judicial se fija la forma cómo valorar y ponderar los factores de determinación de la pena en función de sus fines.

El objetivo de este momento del proceso de determinación de la pena es el lograr que la Sala Penal Especial Superior combine de manera racional y suficiente, sin contradicciones, los factores de influencia en la determinación de la pena, siempre en relación a los fines de ésta.

La exigencia es la de alcanzar un punto de equilibrio, que la dosis de pena sea el resultado de la aplicación de la función retributiva, la función de prevención especial y la función de prevención general de la pena.

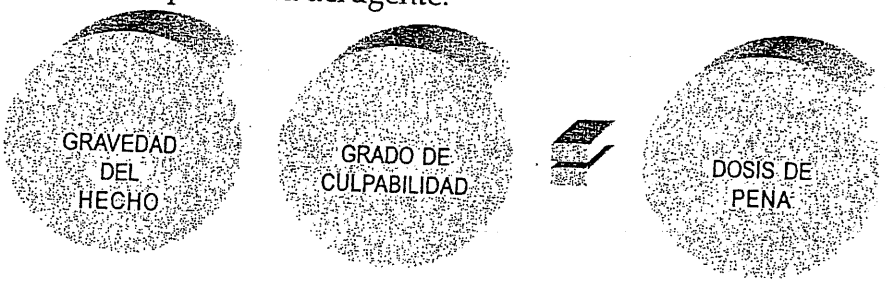
El equilibrio de los fines de la pena es difícil de alcanzar por las llamadas antinomias de los fines de la pena, en muchos casos la necesidad de retribución colisiona con la necesidad de prevención general.

Un ejemplo de esta colisión se tuvo en el caso del «Velero Karisma»; la Sala Anticorrupción A ante la necesidad de prevención general impuso por el delito de asociación ilícita una pena de 15 años de privación de la libertad a pesar que la necesidad de retribución exigía considerar la gravedad del hecho como tope de sanción, esto es, que el objeto de la asociación ilícita era la realización de delito contra la función jurisdiccional y no de delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad pública, contra el Estado y la defensa nacional, etc., lo que motivó a que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema corrija el error de dosimetría judicial y reduzca la pena de los condenados.

Para superar las antinomias o contradicciones de los fines de la pena se han elaborado reglas, o si se prefiere pautas valorativas que

permitan aplicar las tres funciones de la pena en la valoración de los hechos que influirán en la dosis de pena a imponer al sujeto que delinque.

El Tribunal Penal Superior determina la pena teniendo como marco el injusto penal culpable, es decir, la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad del agente.



Dentro del marco que establece el fin retributivo, es decir, la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad, la Sala Penal Especial Superior determina la pena considerando a los fines de prevención especial y prevención general; los criterios de readaptación social, de necesidad de intimidación social o de estabilización de las normas son empleados en la fijación de la dosis de penal dentro de los límites de la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad del agente.

COMBINACIÓN DE LOS FINES DE LA PENA

GRAVEDAD DEL HECHO { ***PREVENCIÓN ESPECIAL*** ***PREVENCIÓN GENERAL*** } **GRADO DE CULPABILIDAD**

MAXIMO **DOSIS DE PENA** **MINIMO**

El rol limitativo de la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad respecto de los fines de prevención de la pena, admite una excepción, en cuanto a la posibilidad de reducir la pena por debajo del límite mínimo que determinan la gravedad del hecho y el grado de culpabi-

lidad, cuando así lo reclama el aspecto de la prevención especial, de la rehabilitación y readaptación social del delincuente.

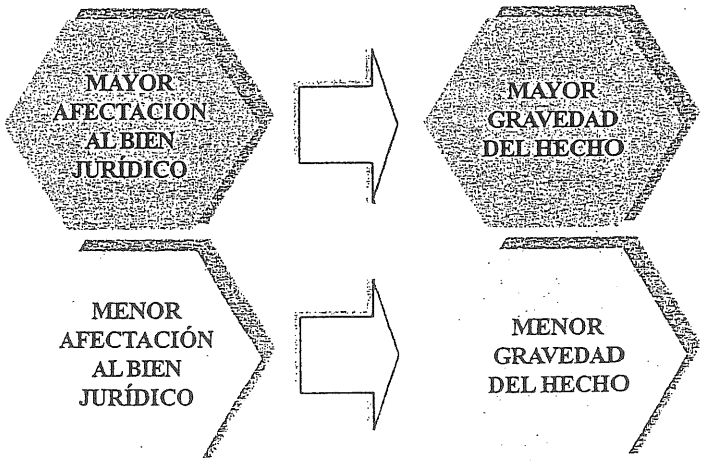
La aplicación del fin retributivo de la pena, que supone la valoración de la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad, conforme explica el maestro Claus ROXIN, debe ceder, cuando así lo exige la necesidad de asegurar que la pena imposibilite la vida futura del delincuente. El castigo no puede destruir al castigado[283].

Dicha excepción respecto a la posibilidad de fijar una dosis de pena por debajo del límite establecido por la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad, a mi modesto entender, tiene asidero en el ordenamiento jurídico peruano, cuando la Constitución Política del Perú, en su artículo 139, inciso 22, privilegia el fin de prevención especial de la pena.

4. La gravedad del hecho

La gravedad del hecho se establece de acuerdo a la magnitud de la afectación al bien jurídico protegido[284] [285].

Para examinar este punto se tiene presente, por ejemplo, que el peculado presenta el marco de sanción mayor, superior al que corresponde al cohecho pasivo y a la asociación ilícita simple; por lo que se fija a continuación cómo se determina la gravedad del hecho en el caso del peculado doloso por apropiación.



[283] ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, Civitas, Madrid, 1997, p. 103.
[284] JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.*, vol. 2, pp. 1207 y 1208.
[285] CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Individualización judicial de la pena*, Colex, Madrid, 1997, p. 181.

La afectación al objeto de tutela penal depende de su naturaleza; así por ejemplo la lesión del bien jurídico vida se da con su destrucción y del bien jurídico libertad ambulatoria con su suspensión o restricción.

El bien jurídico tutelado por el tipo penal de peculado tiene dos aspectos: **a)** la violación de un deber de función vinculado al patrimonio del Estado; y **b)** el menoscabo del patrimonio del Estado[286] [287] [288] [289].

Manuel ABANTO VÁSQUEZ advierte sobre la fuerte crítica que existe actualmente sobre la reducción del objeto de tutela en el caso del tipo penal de peculado al deber del cargo, es decir, la infracción del deber de función no basta en un estado social y democrático de derecho para justificar la intervención del derecho penal, por lo que se requerirá además de la violación del deber de función la afectación del patrimonio del Estado, en el sentido que explican acertadamente los autores españoles Norberto DE LA MATA y Xavier ETXEBARRÍA; la lesión del bien jurídico se producirá cuando se perjudique el buen funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la gestión patrimonial, o sea, cuando la conducta de peculado impida que el patrimonio público satisfaga la finalidad a la que estaba destinado[290] [291].

Considerando el aspecto del menoscabo patrimonial del objeto jurídico protegido por el supuesto típico del artículo 387 del Código Penal, se puede apreciar que en este caso penal la restitución del íntegro del dinero al Tesoro Público impide calificar que su apropiación produjo un grave daño al Estado Peruano, por el contrario, se debe concluir que tal no existió conforme lo demuestra la falta de prueba de perjuicio económico por la Parte Civil.

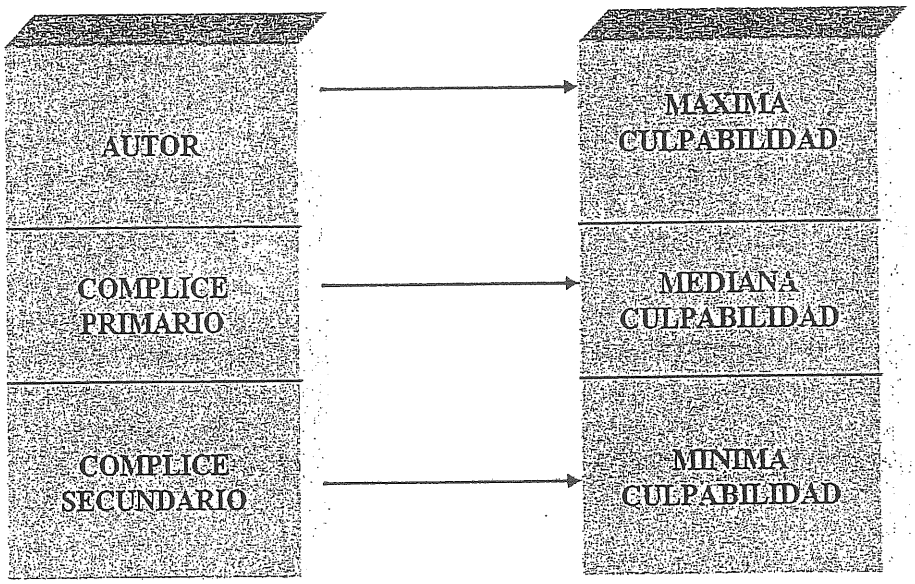
La consideración de la gravedad del hecho es indispensable que sea debidamente valorada por el Colegiado Sentenciador, pues si en el caso de la mayor devolución de fondos públicos realizada en el sistema de justicia anticorrupción, se determina que corresponde imponer la pena máxima de 8 años de privación de la libertad; entonces **¿qué pena se aplicará en los casos donde no se restituyó un solo nuevo sol?**

---

[286] ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 327.
[287] Manuel Abanto Vásquez, obra citada, páginas 331 a 333.
[288] DE LA MATA, Norberto J. / Etxeberría, XABIER, *Malversación y lesión del patrimonio público*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, pp. 114 y 115.
[289] Roca Agapito, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1999, p. 77.
[290] Abanto Vásquez, Manuel, *op. cit.*, pp. 332 y 333.
[291] DE LA MATA, Norberto J. / Etxeberría, XABIER, *op. cit.*, pp. 114 y 115.

5. El grado de culpabilidad

Los grados de intervención en el delito determinan los grados de culpabilidad; así el autor por tener el mayor grado de intervención en el delito tiene el mayor grado de culpabilidad y el cómplice secundario por corresponderle el menor grado de intervención tiene el menor grado de culpabilidad.



A partir de los distintos grados de culpabilidad que existe entre el autor y el cómplice primario debe interpretarse el artículo 25 del Código Penal; «será reprimido con la pena prevista para el autor» no significa la imposición de una misma dosis de pena para el autor y el cómplice primario, sino que la sanción a éste último se tiene que determinar del marco de pena que corresponde al autor.

Los límites a la función punitiva del Estado, principio de protección de bienes jurídicos y principio de culpabilidad previstos en las Normas IV y VII del Título Preliminar Principios Generales del Código Penal, exigen interpretar al artículo 25 estableciendo la siguiente regla:

El autor y el cómplice primario tienen el mismo marco de pena pero distinta dosis de pena.

6. Supuestos específicos para la determinación de la pena

Aparte de los criterios generales (culpabilidad y prevención) que han de tomarse en cuenta, se dan los siguientes supuestos:

6.1. Tentativa

La tentativa da lugar a que el juez disminuya prudencialmente la pena (artículo 16[s] del Código Penal). Subyace al criterio de determinación, el Principio IV del Título preliminar, de 'lesividad'. Lo mismo para el caso de la tentativa inidónea y desistimiento (artículos 17e y 18e del Código Penal respectivamente).

Sobre el presente tópico resulta ilustrativo remitirse a los postulados arribados por la tratadista Elena Farré Trepat, quien luego de efectuar un análisis comparativo entre la legislación alemana y española, destaca que: ¿En relación a la *punibilidad del delito intentado,* se plantean dos cuestiones distintas. La primera de ellas hace referencia al ámbito de la punición del delito intentado. La segunda cuestión se refiere a la medida de la pena aplicable a la tentativa en los supuestos en que la misma se encuentra amenazada con una pena. En relación a ambas cuestiones, nuestro Código Penal reserva para el delito intentado un tratamiento distinto al del delito consumado.

Con respecto a la *medida de la punición de la tentativa,* se han propuesto tres soluciones distintas: la total equiparación de la pena de la tentativa y de la consumación, la atenuación facultativa de la pena de la tentativa y la atenuación obligatoria de la pena con respecto a la consumación.

Generalmente se ha considerado que la teoría subjetiva conduce irremisiblemente a la total equiparación de la pena de la tentativa, la frustración y la consumación, en tanto que la lógica consecuencia de la teoría objetiva es la atenuación obligatoria de la pena de las formas de imperfecta ejecución con respecto a la pena de la consumación. Sin embargo, la equiparación total de la pena en estas figuras ha sido mantenida excepcionalmente por algún autor subjetivista, mientras que *la atenuación de la pena de la tentativa y aun de la frustración, con respecto a la consumación, es y ha sido en todo momento la posición defendida por la teoría subjetiva.* Esto nos pone de relieve que la teoría subjetiva no se conforma, para la medición de la pena de la tentativa, con la concurrencia de una voluntad delictiva manifestada; si así fuera, no habría ciertamente motivo para la atenuación de la pena del delito

intentado, puesto que la voluntad de infringir la norma se manifiesta por igual en este delito y en el consumado. Se tiene en cuenta no sólo la voluntad antinormativa, sino también su intensidad y el grado de realización de la misma. De esta forma es posible y consecuente la defensa de la atenuación obligatoria de la pena de la tentativa con respecto a la de la consumación, ya que la misma se caracteriza por la realización sólo parcial de la voluntad delictiva.

Muy discutible es, por el contrario, la segunda consecuencia que han extraído algunos viejos subjetivistas españoles, exigiendo también la atenuación obligatoria de la pena de la frustración, al entender que la voluntad delictiva es en ella siempre menos intensa que en la consumación, factor que se demuestra por el hecho de haber quedado el delito en fase de frustración. Dicha afirmación, aun siendo correcta en algunos casos, no lo es de forma general, ya que la frustración puede ser en muchas ocasiones producto de la casualidad, como puede denominarse a aquellos factores imprevisibles.

Contrariamente, se ha considerado en todo momento que la consecuencia lógica de la teoría objetiva es la atenuación obligatoria de la pena de las formas de imperfecta ejecución. Ésta ha sido efectivamente la posición mantenida por los objetivistas al considerar, en la actualidad generalmente, *el desvalor del resultado como cofundamentador del injusto* y cuya falta determina, por consiguiente, la menor antijuridicidad y punibilidad del hecho.

Así, pues, *en relación a su grado de antijuridicidad es posible establecer un tratamiento diversificado de la penalidad de las formas de imperfecta ejecución.* En relación a las acciones constitutivas de tentativa, que son estrictamente las estudiadas en este trabajo, puede afirmarse que, puesto que la acción permanece todavía en una fase anterior a su completa realización, el peligro de producción del resultado en todo caso es menor que si se hubiera realizado por completo. Es posible, pues, afirmar de forma general que las conductas constitutivas de tentativa comportan siempre una menor peligrosidad *ex ante.* Consecuentemente, *atendiendo a la antijuridicidad del hecho, podría exigirse una atenuación obligatoria de la pena para la tentativa de delito.*

En cambio, la solución podría ser distinta en relación a las conductas constitutivas de frustración, en las que se ha desarrollado una conducta capaz de producir el resultado. Por ello podría acudirse en estos casos al marco de la penalidad del delito consumado.

No obstante, la efectiva producción del resultado puede jugar un papel importante en relación a la *punibilidad* del hecho. Constituye una cuestión aceptada que en muchas ocasiones la acción que no ha conducido a la efectiva lesión del bien jurídico, a pesar de haberse realizado por completo, no causa en la sociedad tanta conmoción como aquella que ha producido el resultado. Aun pudiendo ser estas acciones igualmente peligrosas, lo cierto es que la producción del resultado creará normalmente en la comunidad mayor inseguridad y aumentará la sensación de que el Derecho debe intervenir, que en aquellos casos en los que «no ha pasado nada». Por ello, la función de prevención que cumple la pena, tendiente a estabilizar la conciencia jurídica general, evitando la producción de nuevos atentados a los bienes jurídicos, se hace en estos casos menor. Esto no afecta al injusto si se concibe como prohibición, pero sí a la punibilidad del hecho, al estimar la necesidad de pena a imponer[292].

Por consiguiente, en los casos en los que no se ha producido la lesión del bien jurídico, es convente la disminución de la pena.

6.2. Concurso real de delitos

Estamos en este supuesto cuando se han protagonizado distintos e independientes conductas, realizando los tipos penales en momentos diferentes. Antes de la modificatoria del artículo 50° del Código Penal, se aplica la pena del delito más grave; con la entrada en vigencia la Ley N° 28730 del 13 de mayo de 2006, se produce un giro de ciento ochenta grado, dado que se sumaran las penas privativas de libertad que fijará el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de los delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 703].

[292] Farré Trepat, Elena, *La tentativa del delito - Doctrina y Jurisprudencia*, BdeF, Buenos Aires, 2011, p. 608.

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo. El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponde a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos. Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de delitos independientes.

C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto–, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [García Cavero, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008, p. 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado «principio de acumulación». El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito –límites mínimo y máximo o pena básica– en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión –pena concreta parcial–. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de èsos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave). Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51° CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo ajuicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este*

nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública. Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185° CP), falsedad documental (artículo 427° CP) y lesiones graves (artículo 121° CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves. Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de delitos.
B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.
C. Unidad de autor.

En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General* I, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, p. 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51° CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50° CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51° CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso)[293].

La casuística sobre la materia es ilustra nuestra posición; en efecto, resulta pertinente citar la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de

[293] Acuerdo Plenario N° 4- 2009/CJ-116, Determinación de la Pena y Concurso Real, del 13 de Noviembre del 2009.

Nulidad (Asuntos varios) número trece - dos mil cuatro -Caso Briones Dávila y otros-, en el que esta Suprema instancia ya ha emitido pronunciamiento **en cuanto al concurso real existente entre los delitos de rebelión y secuestro**, en efecto, en dicha resolución se declaró, entre otros extremos, NO HABER NULIDAD en la sentencia materia de grado -expedida por la Sala Penal Especial- que condenó a JUAN ABRAHAM BRIONES DÁVILA, por el delito contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional - rebelión en agravio del Estado; y, del delito Contra la Libertad - secuestro en agravio de Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez y otros, decisión que ha adquirido calidad de cosa juzgada y que nos sirve como referente para el presente pronunciamiento. Ejecutoria cuya base fáctica se encontraba integrada por varios *factum* dotados de autonomías, **configurándose el delito de secuestro al privarse de libertad o limitar la libertad ambulatoria de opositores políticos a fin de no ver revertido el ejecutado plan de rebelión, esto es, constituyen comportamiento posteriores y consolidadores del gobierno de «emergencia y reconstrucción nacional»**. Ilustran lo expuestos los siguientes párrafos:

> «De las pruebas y diligencias actuadas queda claro, en consenso y sin cuestionamiento alguno que el 5 de abril de 1992, se produjo un quebrantamiento del orden constitucional, que consistió en la intervención de las principales Instituciones Públicas del Estado, interfiriendo el accionar de órganos que por disposición de la ley debían permanecer autónomos e independientes. El hecho más tangible en relación a esta situación se expresó en la disolución del Congreso de la República, lo que se evidencia del pronunciamiento público realizado por el ex Presidente a través de los medios de prensa el mismo día 5 de abril de 1992. Al respecto el encausado Alberto Fujimori Fujimori en ningún momento ha negado estos actos, por el contrario en todo momento ha tratado de justificarlos dentro de una perspectiva dirigida a **instaurar un nuevo Gobierno al que denominó de Emergencia y Reconstrucción Nacional**».

«Las intervenciones efectuadas a las personas que resultaban peligrosas para el régimen».

«las denominadas «detenciones» de los agraviados se produjeron para evitar que éstos pudieran neutralizar los propósitos de los insurgentes».

Esto es, cabe diferenciar –temporal, espacial y subjetivamente– de la dinámica comisiva del delito de rebelión, una privación de la libertad dolosa que responda a otros fines ajenos a la ejecución del hecho punible de rebelión, como sucede en la casuística anotada que tiene como elemento definidor la afectación de la libertad ambulatoria de los opositores políticos a fin de no ver neutralizados los logros obtenidos, que sí amerita una lectura fragmentada y naturalista de los hechos, con la consiguiente y suficiente autonomía delictiva, vía la figura del concurso real de delitos.

6.3. El delito continuado

Aquí se da una continuidad de acciones lesionantes. Se trata de acciones sucesivas integradas en delito único por haberse lesionado una misma norma en distintas ocasiones dentro de una sola determinación criminal.

EL Tribunal Constitucional en la sentencia del 10 de diciembre de 2010, EXP. N° 02348-2010-PHC/TC, LIMA, Jorge López Paredes, destacó que «El artículo 9 del Código Penal señala que el momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca.». Asimismo, «El artículo 49 del Código Penal establece que cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza sean cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, mediante actos ejecutivos de la misma resolución criminal, estas serán consideradas como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave».

Por su parte, en el Acuerdo Plenario N° 8-2008/ CJ-116, Asunto: La Prescripción de la Acción Penal en el artículo 46-A y 49 del Código Penal, del 13 de noviembre de dos mil nueve, estableció que:

> «El artículo 49° CP, cuyo texto fue modificado por la Ley N° 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito «continuado». Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el «delito masa». En este

último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley -delito continuado- por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que trasgreden el mismo tipo legal [PEÑA CABRERA, Raúl, autor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima, 2006, p. 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, p. 126].

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, «sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro» [FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, autor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 689].

Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada «pena de arranque» será la pena base del delito continuado [CANTARERO BRANDES, Rocío, autora citada por AYALA GÓMEZ, Ignacio, El delito masa. En *Consejo General del Poder Judicial: Unidad y Pluralidad de delitos*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, p. 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como una «subespecie del delito continuado» [CANTARERO BRANDES, Rocío, autora citada por AYALA GÓMEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un injusto de mayor gravedad [Ignacio AYALA GÓMEZ, Obra citada, página 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto plus punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una «unidad» sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa».

6.4. El concurso real de faltas

La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50°-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según este artículo: «Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado».

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de faltas independientes.

C. Pluralidad de personas perjudicadas.

D. Unidad de autor.

Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente «... infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza...».

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50°-A CP: «... será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado.» Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50° y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una *«pena privativa de libertad prevista»*, la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta

regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440°.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440° CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441° CP o contra el patrimonio del artículo 444° CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia -pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes- que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales. Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50°-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley N° 29407 y que era el siguiente: «Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado». La redacción proyectada aludía, pues, a un «delito» y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

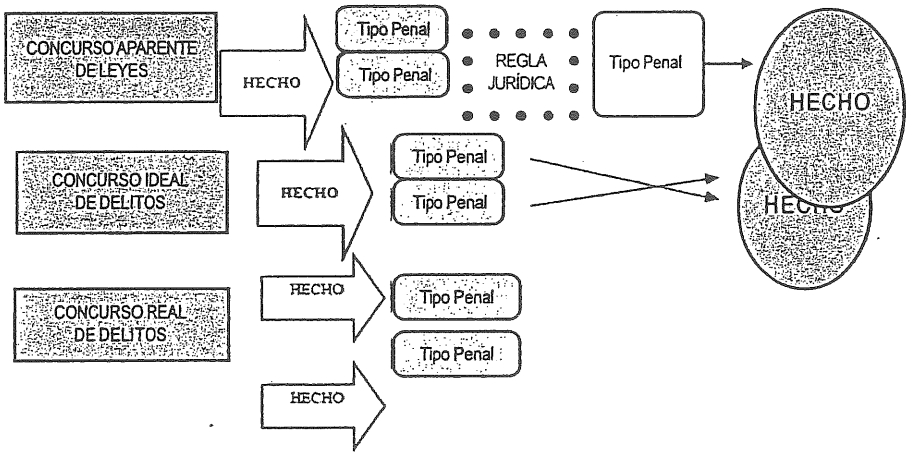
Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50°-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial El Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, p. 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: «Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado'».

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para

que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad. En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34° CP *(ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales)* y 440°.4 CP *(ciento ochenta días-multa)*, respectivamente[294].

6.5. Concurso aparente de leyes

El concurso aparente de leyes se presenta en aquellas situaciones en las que para la tipificación de un hecho concurren aparentemente dos o más tipos penales, sin embargo una regla extraída del sistema jurídico permite determinar que el hecho se encuadre en uno de los supuestos típicos en concurso aparente[295].



[294] Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, Determinación de la Pena y Concurso Real, del 13 de Noviembre del 2009.

[295] JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 1048.

El autor alemán Günter STRATENWERTH define el concurso aparente como un verdadero concurso en el sentido de que la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hecho típico penales, de los cuales solo se aplica uno de ellos y el resto se debe dejar de lado, pues el contenido delictivo del hecho resulta completamente absorbido por el tipo penal que debe ser empleado en la operación de tipificación[296].

El maestro peruano Luis BRAMONT ARIAS en su obra clásica la Ley Penal, que sigue constituyendo el trabajo más extenso que en el país se ha realizado sobre el tema de concurso aparente de leyes, expresa que este se produce cuando el Juez en el proceso de subsunción de un mismo hecho debe decidir entre dos o más tipos penales que reclaman aplicación pero que se excluyen entre sí, por lo que solamente uno es el aplicable[297].

Enrique CURY URZÚA afirma que hay concurso aparente de leyes cuando un hecho parece satisfacer la exigencia de dos o más supuestos típicos, pero definitivamente solo será aplicable uno de ellos, al ser desplazados los otros por reglas lógicas o valorativas[298].

Finalmente, José HURTADO POZO, dentro de la misma línea, afirma que el concurso aparente de leyes se presenta cuando una acción puede adecuarse a más de un tipo penal, pero solamente uno será utilizado excluyéndose al resto debido a las relaciones existentes entre los tipos penales[299].

Conforme a la definición del también llamado concurso de normas penales, una regla de interpretación de los tipos penales permite determinar cuál de los supuestos de hecho típicos debe ser el único a utilizar en la operación de tipificación; tales reglas conforme sostiene la doctrina predominante son fundamentalmente cuatro[300]:

---

296 STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I - El Hecho Punible*, Edersa, Madrid, 1982, p. 343.

297 BRAMONT ARIAS, Luis, *La Ley Penal, Curso de Dogmática Jurídica*, Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1950, p. 122.

298 CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985, p. 290.

299 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Cesator, Lima, 1978, p. 423.

300 Si bien autores de la importancia de Ghünter JAKOBS sostienen que el concurso aparente de leyes se soluciona utilizando solamente al principio de especialidad, al examinar su *Tratado de Derecho Penal. Parte General* se aprecia que al diferenciar los diversos grupos de casos y la forma de solución del concurso impropio o concurso aparente mediante el principio de especialidad, se

Reglas de solución del concurso aparente de leyes:

a) Principio de Especialidad
b) Principio de Subsidiaridad
c) Principio de Consunción
d) Principio de Alternatividad

El Código Penal de 1991 no presenta un sistema de regulación expresa del concurso aparente de leyes como si lo tenía el Código Penal de 1924[301]. Pese a la ausencia de regulación en el caso del Código de 1991 la dogmática jurídica permite establecer que en la legislación penal peruana la presencia y solución del concurso aparente de leyes se fundamenta como un tema de interpretación de la ley penal, o como consecuencia de la aplicación de los límites formales de la función punitiva del Estado: principio de legalidad y principio *ne bis in idem*[302] [303] [304].

En consecuencia la vigencia del concurso aparente de leyes y su solución en los casos penales en el Perú es evidente, o por ser un resultado «natural» de la operación de interpretación de las leyes penales, o por la vigencia del principio de legalidad consagrado en el artículo 2 inciso 24 parágrafo d de la Constitución y en la norma II del Título Preliminar - Principios Generales del Código Penal; y por la vigencia del principio *ne bis in idem* reconocido en el artículo 14 inciso 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 8 inciso 4 del Pacto de San José de Costa Rica, y en el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política del Perú.

---

aprecia que le asigna a este como contenidos no sólo el que se le reconoce en el resto de la doctrina a la regla de la especialidad, sino también los asignados a los principios de subsidiariedad y consunción, por lo que se puede establecer que pese a diferencias nominativas la mejor doctrina acepta a los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción como las reglas a aplicar en caso de concurso de normas penales, pues el principio de alternatividad o de la pena superior solamente es utilizable en caso que no sea posible el empleo de alguna de las tres reglas principales en esta materia.

301 El artículo 106 del Código Penal derogado al tratar expresamente una de las reglas del concurso aparente de leyes, permitían que mediante su examen dogmático jurídico se fijen el resto de reglas.

302 CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 153 a 163.

303 MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 538.

304 GONZÁLEZ RUS, Juan José y otros, *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Edersa, Madrid, 2000, pp. 932 y 933.

La necesidad de solución del concurso aparente de leyes, esto es, la exigencia de determinar un solo tipo penal aplicable al hecho objeto de imputación, es consecuencia de respetar el deber de adecuada tipificación que emana del principio de legalidad, y de evitar la violación de la prohibición del doble castigo por el mismo hecho que significa el principio *ne bis in idem*.

6.6. El principio de consunción como regla de solución del concurso aparente de leyes

Dentro de los principios que establece la doctrina para solucionar los casos de concurso aparente de leyes se encuentra el denominado principio de la consunción. Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend señalan que el criterio de la consunción existe cuando el contenido del injusto y de culpabilidad de una acción típica incluye también otro hecho o, en su caso, otro tipo; de este modo, la condena desde *uno* de los puntos de vista jurídicos que se plantean agota y expresa el desvalor del suceso en su conjunto: «lex consumens derogat legi consumptae»[305].

La profesora española Nuria Castelló Nicás, por su parte, afirma que el principio de consunción es conceptuado como aquél que interviene cuando un tipo penal determinado, absorbiendo en sí el desvalor de otro, excluye a éste de su función punitiva. La consunción provoca el desplazamiento absoluto de una de ellas, que desaparece al quedar subsumida en otra[306].

Los supuestos que se conciben inmersos en el concurso de normas penales y cuya resolución deviene por la vía del principio de consunción son, por lo general, hipótesis propias de concurso de delitos, que en virtud del citado principio se han ubicado tradicionalmente por la doctrina fuera de la teoría del concurso delictivo. Así sucede con los delitos convergentes, esto es, aquellos que intervienen en relación con el acto delictivo principal ya sea antes, con posterioridad al mismo o de forma concomitante -actos anteriores, posteriores y simultáneos-, que no se sancionan con independencia del acto delictivo principal[307].

---

[305] Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., , Comares, Granada, 2002, p. 792.

[306] Castelló Nicás, Nuria, *El concurso de normas penales*, Comares, Granada, 2000, pp. 157 y 158.

[307] Id.

Los actos de agotamiento del delito según la doctrina son también importantes para determinar cuáles actos posteriores a la consumación no se castigan adicionalmente.

Sergio Politoff Lifschitz, en ese sentido, afirma que la calificación de un acto como agotamiento es determinante en los casos de concursos aparentes de leyes, pues permitirá decidir qué hechos del autor posteriores a la consumación no se castigan adicionalmente (según las reglas del concurso real o ideal de delitos) y pueden estar consumidos por la precedente realización del tipo[308].

6.7. Casuística: El delito de rebelión y otros hechos punibles

En los votos de los señores Jueces Supremos Javier Villa Stein y Josue Pariona Pastrana, recaído en el Exp. N° 890-2010, se recalcó que: «el Código no se refiere a cuáles son los delitos cometidos en o con motivo de la rebelión que quedan absorbidos por ella. Es cierto que podíamos referirnos a las coacciones, a las amenazas, al atentado, a la resistencia, así hasta referir un elenco casi inabarcable. Sin embargo, más que referir las conductas típicas, creo que se puede partir de la hipótesis de que existe una relación de consunción entre el delito de rebelión y los tipos cuya realización represente un fenómeno, por lo general, concurrente o conminante al de la rebelión»[309].

a.- En esta línea de ideas, en lo concerniente al **delito de sustracción o arrebato de arma de fuego** previsto en el artículo 279-B del Código Penal, se configura el concurso aparente de delitos[310], toda vez, que, la base fáctica que se postula para configurar el delito de sustracción o arrebato de arma de fuego se encuentra subsumida dentro de la dinámica comisiva del delito de rebelión; efectivamente,

---

308 Politoff Lifschitz, Sergio, *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 18.

309 Córdova Roda, Juan / García Arán, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo IV, Aranzadi, Barcelona 2010, p. 2367.

310 «Y decimos «aparentemente» porque no pueden ser aplicadas todas o parte de ellas, sino que la aplicación de una excluye a las demás. En este sentido, es jurisprudencialmente reiterada que el punto de partida para discernir si estamos ante un concurso de normas o ante un concurso de delitos, consiste en efectuar una valoración jurídica por la que si la aplicación de una norma fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible». López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Civitas, 2010, p. 1135.

la doctrina destaca que «*Es imprescindible aclarar entonces que las armas, municiones y materiales explosivos, con que los imputados efectuaron el copamiento (...) **fueron tomados en su mayor parte de la sala de armas existentes en el lugar, y justamente esa acción fue el comienzo de ejecución de la rebelión, por lo que no existió una tendencia previa distinta a la acción de rebelarse por parte de los acusados***»[311].

En efecto, ilustra lo expuesto las declaraciones a nivel preliminar del Sub Oficial de Tercera José Efraín Berrocal Cartolin, obrante a fojas cuatrocientos setenta y nueve del expediente principal, el Teniente PNP Larry Cesáreo Fernández Purisaca, obrante a fojas cuatrocientos ocho del expediente principal, el Sub Oficial Técnico de Tercera PNP Jorge Chacón Luna, obrante a fojas cuatrocientos veintiocho del expediente principal, el Sub Oficial de Tercera PNP Ciro Uberlando Rojas Porroa, obrante a fojas cuatrocientos sesenta y cuatro del expediente principal, el Sub Oficial PNP Máximo Justino Mauricio Diestra, obrante a fojas quinientos uno del expediente principal; y el Sub Oficial Técnico de Segunda PNP Placido Palomino Lazo, obrante a fojas quinientos siete y quinientos diez del expediente principal; **quienes coinciden en referir que se encontraban presentes en el momento que la Comisaría Sectorial de Andahuaylas fue tomada por un grupo de personas «etnocaceristas», los cuales los despojaron de sus respectivas armas de reglamento y particulares, y en todo momento preguntaban en dónde se encontraba el almacén de las armas asignadas a dicha Comisaría, que finalmente logran ubicar, rompiendo las puertas respectivas, a efectos de sustraer dicho armamento policial que fue repartido entre dichas personas.**

b.- Acorde a la metodología de encuadre típico, en lo concerniente al **delito de tenencia ilegal de armas**, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal –modificado por el Decreto Legislativo número ochocientos noventa y ocho–, sanciona a «El que, ilegítimamente fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su perpetración (...)»; debe tenerse en cuenta el sustento fáctico de la acusación fiscal por dicho delito contra el encausado Antauro Igor Humala Tasso, esto es, que «portando un arma de fuego en forma ilegal, organizó, planificó, y

[311] DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II-C, Buenos Aires, 2008, p. 456.

bajo sus órdenes se ejecutó la toma violenta de la Comisaría de Andahuaylas (...)»; así como el contexto de los hechos investigados en el presente caso, la tenencia de armas, constituye el elemento objetivo necesario para que se configure el tipo penal del delito de rebelión, referido al «alzamiento en armas»; por lo que el delito de tenencia ilegal de armas imputado en el presente caso al encausado Antauro Igor Humala Tasso **se subsume en el delito de rebelión.**

c.-En cuanto **al delito de secuestro y daños agravados** regulados en los incisos 3ero del artículo 152 y artículo 205 e inciso 3ero del artículo 206 del Código Penal, respectivamente, debemos relievar que la base fáctica se encuentra subsumida dentro de la dinámica comisiva del delito de rebelión, toda vez, que los hechos forman una unidad inescindible de sentido normativo dirigida a «deponer al gobierno legalmente constituido» - **excluyéndose una lectura naturalística o fenoménica** -, efectivamente, la doctrina destaca que «*la conducta o dinámica comisiva típica consiste en la acción o comportamiento de alzarse violentamente y públicamente (...) ha de entenderse como la actitud amenazadora del agente de usar la fuerza si preciso fuere para conseguir la finalidad*»[312]. Agregando que: «*una conducta de alzamiento sólo puede, por lo regular, ser estimada si ha tenido lugar una actuación que ha durado a lo largo de un cierto espacio cronológico*», puntualizando como tarea para los órganos judiciales «*indagarse si el injusto correspondiente a uno de los dos hechos perpetrados debe entenderse consumido por el otro*»[313]. Así que, en virtud de la relación de consunción de conformidad con los artículos 48 y 50 del Código Penal una acción típica alcanza, incluyéndolo, absorbiéndolo, a otro hecho o a otro tipo, de suerte que la condena, basada en un solo punto de vista jurídico, ya expresa, de forma exhaustiva, el disvalor de todo el proceso»[314].

A mayor abundamiento, la doctrina puntualiza que: «*quedan excluidos del concurso y absorbidos por la rebelión (...) los delitos de coacciones y/o amenazas. También resultan absorbidos por el tipo básico los estragos (...)*»[315].

---

312 BENEYTEZ MERINO, Luís, *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 2007, p. 4406-4407.

313 CÓRDOBA RODA, J., COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL, Ariel, pp. 423 y 425.

314 ARCE AGGEO, Miguel Ángel, *Concurso de Delitos en materia penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 188.

315 CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 2007, p. 3335.

6.8. Participación

La instigación y la complicidad son dos modalidades de participación en un delito que pueden acarrear equiparación de pena con las del autor o su disminución prudencial (artículos 24° y 25° del CP).

En el caso del instigador el marco de pena abstracta, por expresa disposición del artículo 24, es el mismo que para el autor, con la precisión que **la dosis de pena tiene que ser distinta** afin de no lesionar el límite material de la prohibición de exceso. El autor y el instigador tienen el mismo marco de pena abstracta, pero diferente dosis de pena, o pena concreta[316].

El principio de prohibición de exceso es uno de los límites materiales de la función punitiva del Estado; su exigencia de proporcionalidad es la que determina que la pena concreta del autor y del instigador no pueda ser la misma. La gravedad del hecho varía según el nivel de afectación del bien jurídico.

El autor y el instigador no lesionan al objeto de tutela penal con igual intensidad, pues no tienen el mismo grado de intervención. El autor realiza el delito, el instigador no; determina a que el autor realice el ilícito penal. Los marcos de pena abstracta de la parte especial del Código Penal corresponden a los autores de delitos consumados, no a los partícipes y a los grados de ejecución imperfecta; salvo expresa remisión como en el caso del instigador.

El autor español Miguel Angel BOLDOVA PASAMAR expresa que «cuando la ley establece una pena se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada»[317]. El autor alemán Günther JAKOBS afirma que la equiparación de la pena del inductor y el autor es incorrecta, y opta por una disminución de la pena del instigador[318].

---

[316] El principio de prohibición de exceso es uno de los límites materiales de la función punitiva del Estado; su exigencia de la proporcionalidad es la que determina que la pena concreta del autor y del instigador no pueda ser la misma, pues la gravedad del hecho varía en ambos casos por el nivel de afectación del bien jurídico; el autor y el cómplice primario no lesionan al objeto de tutela penal con igual identidad.

[317] BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, obra colectiva, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 192.

[318] JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 810.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA advierte los problemas de fundamentación que tiene la equiparación de la penalidad del autor con el inductor, porque este no realiza el delito al ser un partícipe[319].

La mayor culpabilidad del instigador a pesar de no haber cometido el delito solamente se alcanza cuando disminuye la culpabilidad del autor por cualquiera de las siguientes razones: a.- Capacidad de culpabilidad restringida, b.- Conciencia de la antijuridicidad restringida, y c.- Exigibilidada de otra conducta relativa. En este orden de ideas, la orden manifiestamente ilegal no produce en el autor ninguna disminución de culpabilidad; por el contrario genera un deber de desobediencia o resistencia frente al acto arbitrario.

6.9. Determinación de la Pena del Empresario beneficiario del delito de peculado, bajo el título de cómplice primario

En la sentencia del recaída en el Exp. N° 011-2001, se postuló el siguiente razonamiento para justificar una pena de ocho años para el partícipe: Como marco general de la determinación de la penal se argumentó que: De igual modo consideramos importante señalar que las Teorías de la Pena son puntos de vista que intentan explicar racionalmente la existencia del derecho penal, que permite que unos ciudadanos (los jueces) en nombre de la sociedad, causen a sus semejantes el daño o mal que supone el sufrimiento de la pena, teniendo dicha teoría como función la sistematización y racionalización de la pena.

Ahora bien, existen varias teorías que tratan este tema, a saber, las tesis absolutas, las preventivas y las de la unión, siendo ésta últimas las que desarrollan un punto de vista intermedio, procurando articular las ideas de culpabilidad y de prevención para el logro de una pena que resulte, a un mismo tiempo, justa y útil. Estas inciden fundamentalmente de manera práctica en el tema de los criterios que se deben tener en cuenta para llevar a cabo la individualización de la pena, es decir para determinar, dentro del marco legal, la pena concreta que debe imponerse al autor de un determinado delito.

Se entiende que partiendo de la base abstracta del principio de proporcionalidad de las penas, los Códigos Penales conminan los hechos delictivos con penas cuya duración puede tener un mínimo y siempre un máximo.

---

[319] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, obra colectiva, Artículo 28, Comentarios al Código Penal dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, tomo III, Edersa, Madrid, 2000, p. 155. *Derecho Penal. Parte General*, tomo III, Leynfor, España, 2001, p. 438.

Esta teoría de la Unión, a su vez adopta dos versiones diferentes, según se dé primacía a las exigencias de la justicia o de la prevención en caso de conflicto entre ambas, a saber, una la teoría de la unión aditiva, caracterizada porque da prioridad a las exigencias de la justicia sobre las de prevención, y la otra la teoría de la unión dialéctica, que por el contrario da prioridad a las exigencias de la prevención sobre las de la justicia.

Nos adscribimos ahora a la teoría de la unión aditiva, por lo cual partiremos de considerar que, en el marco de la pena legalmente establecida, el juez ha de buscar, en primer lugar, un nuevo marco: el de la pena justa, esto es la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor o adecuada al mal uso de su libertad. Dentro de ese marco, en segundo término el juez podrá moverse libremente atendiendo a las exigencias de la prevención y elegir la pena útil para ese autor concreto. El principio de culpabilidad juega así una función de garantía como fundamento de la pena ya que la única pena lícita sería aquella que resulta adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor[320].

Habiéndose establecido la responsabilidad penal del acusado José Enrique Crousillat López Torres, corresponde realizar la determinación de la pena de manera individualizada en atención a lo que informan los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal para el efecto debemos considerar que las penas que establece el código sustantivo son indicadores abstractos de determinación punitiva que el Juez debe establecer con precisión en cada caso especifico en función a diversos factores que la ley enunciativamente indica.

Al respecto JESCHECK precisa que la «determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de inimputabilidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como las consecuencias accesorias.

---

[320] ZUGALDIA ESPINAR, José María, en *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. Teorías de la Pena y de la ley penal - introducción teórico práctica a sus problemas básicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 82 y ss.

En contra de lo que parece indicar su designación, no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de multa, entre otras. Se trata de un acto complejo, en el cual según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible.

Ahora bien, para la determinación de la pena, se debe tener en cuenta la naturaleza de la acción; los medios empleados; la importancia de los deberes infringidos; la extensión del daño o peligro causados; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; los móviles y fines; la unidad o pluralidad de los agentes; la edad, educación, situación económica y medio social; la reparación espontánea que hubiere hecho del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente, siendo pertinente indicar:

Que la acción ilícita desplegada por el agente fue especialmente grave, pues no solamente no valoró la importancia de su papel principal como propietario de un medio de comunicación masiva, más aun en una época como la que nos toca vivir, en la cual el acceso a la información es mediático; advirtiéndose de su comportamiento que estuvo al servicio no de intereses colectivos, ni constructivos, sino delictivos, pues sin remordimiento alguno entregó la línea editorial de su canal de televisión a cambio de fortísimas sumas de dinero de procedencia estatal; siendo especialmente grave esta situación, pues se trata de dinero proveniente de los impuestos nacionales y de la cooperación internacional; tal es la importancia de los deberes infringidos por el agente que amerita una respuesta punitiva severa acorde a la magnitud del daño causado, dada la connotación y relevancia del agente, de las circunstancias en que se realizaron las conductas ilícitas, los fines perniciosos y egoístas procurados, aprovechando las deficiencias en los sistemas de control estatal, complotando y asociándose con sus co-inculpados para cometer el delito, y así procurarse ganancias económicas fáciles a costa del país, todo ello hace necesario que la magnitud de la pena sea proporcional;

más aun si tomamos en cuenta que estamos ante un hombre adulto, de educación superior, con solvencia económica, quien no se interesó en reparar en lo más mínimo el daño que con su conducta ilícita causó a la sociedad peruana, sino que procuró evadirla y no sólo ello, sino que en todo momento no ha evidenciado arrepentimiento alguno, ni pesar, ni tan siquiera conciencia de ilicitud en su proceder, menos aun aceptación de algún tipo de responsabilidad, sino que en todo momento negó los cargos, intentó justificar su accionar como ajeno al delito y en el colmo del cinismo intentó atribuir la responsabilidad que le alcanza en estos hechos, para achacárselos a su hijo y cómplice en este proceso.

Finalmente, cabe poner en relieve, que su conducta procesal no ha sido la más correcta a lo largo del proceso, pues desde un inicio se ha intentado sustraer a la acción de la justicia, aprovechando las deficiencias en los procedimientos judiciales; luego de salir del país, se fue a Estados Unidos, donde al ser ubicado por las autoridades de Interpol motivó el inicio de la extradición, la misma que no concluyó dado que éste ciudadano se fue hacia Argentina, donde también fue requerido vía extradición activa, y luego de un largo procedimiento tedioso y moroso, en el cual evidenciaron su nula voluntad de someterse a las autoridades judiciales del país, pues hasta el último momento resistió su extradición, hasta que ésta fue concedida al Estado peruano a efectos de que sea juzgado.

Finalmente cabe acotar que nuestro país, durante la década pasada ha experimentado una época de serio deterioro axiológico y moral, que ha generado en la población una sensación de que el delito y el fraude es lo normal; que quien comete un crimen no solamente no es sancionado ejemplarmente, sino que es «protegido» por el propio sistema que se ha visto perjudicado con la conducta dolosa del agente. Asimismo en el presente caso es más que evidentemente que el perjuicio también fue económico y de gran envergadura, por lo que se requiere una respuesta ejemplar por parte de la Justicia, que permita hacer percibir a la Nación en su conjunto que el sistema de impartición de Justicia es recto y responde debidamente a las circunstancias de grave deterioro moral que atraviesa el país, dado que el fenómeno criminal de la corrupción ha venido socavando los fundamentos de nuestra sociedad y del sistema democrático de gobierno, requiriendo una respuesta digna y directa por parte del Estado.

6.10. Contravención del plazo razonable y determinación de la pena

La consecuencia de la afectación al plazo razonable, como lo explica Pastor, debe ser necesariamente la pérdida de la potestad punitiva por parte del Estado. Sin embargo, dos razones impulsan la inclusión de este factor atenuante (más propia de una tesis compensatoria correctamente desechada por el autor): es posible imaginar supuestos en los que sin llegar a ese plazo se produzca una aproximación que amerite la atenuación[321].

En nuestro medio, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 10 de agosto del 2010, Exp. N° 05350-2009-PHC/TC, Lima, analiza las Consecuencias jurídicas en caso de afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, recalcando que:

> «(...)
>
> 34. Con relación a las consecuencias jurídicas que genera la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por dilaciones indebidas o demoras injustificadas, el Tribunal estima pertinente destacar que la jurisprudencia comparada no es uniforme al momento de establecer las consecuencias.
>
> Por esta razón, el Tribunal, con la finalidad de evaluar el mantenimiento o racionalización de la solución procesal establecida en la STC 3509-2009-PHC/TC para el presente caso, considera necesario reseñar brevemente las soluciones procesales que nos ofrece la jurisprudencia comparada.
>
> 35. Sobre este punto, el Tribunal considera oportuno destacar que los instrumentos–fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prevén consecuencia o sanción alguna en caso de que se vulnere el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.
>
> Tampoco regulan alguna solución en caso de que se compruebe la violación del derecho y no exista una sentencia firme y definitiva que resuelva el proceso penal.
>
> En la práctica, la Corte IDH se ha limitado a reconocer que el Estado denunciado ha violado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable previsto en el inciso 1) del artículo 8° de la

[321] Zulita Fellini, *Derecho de ejecución penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 384.

Convención Americana sobre Derechos Humanos y a condenarlo a pagar una indemnización por el daño ocasionado. En buena cuenta, se trata de una solución netamente declarativa y compensatoria, sin ninguna eficacia restitutiva.

En sentido similar, el TEDH, cuando constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable previsto en el inciso 1) del artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, se limita a reconocer la violación producida y a condenar al Estado denunciado a que pague una indemnización al denunciante como forma de compensar el daño ocasionado por las dilaciones indebidas.

36. En Alemania existen dos posiciones jurisprudenciales sobre las consecuencias jurídicas que produce la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por dilaciones indebidas. La primera posición considera que la excesiva duración injustificada del proceso penal constituye un impedimento procesal que ocasiona la conclusión del proceso penal por sobreseimiento, en virtud de los §§ 206 I a 260 III StPO (Ordenanza Procesal Penal alemana) [Cfr. AMBOS, Kai, *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 28-29; y PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pp. 172-176].

A decir del Tribunal Supremo Federal alemán, en casos aislados muy extraordinarios de violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por una dilación indebida, el juez y el tribunal de casación de oficio deberán tener en cuenta dicho impedimento procesal para declarar la conclusión del proceso. En buena cuenta, se considera que cuando se sobrepasa el plazo razonable, se debe prescindir de la pena, porque las consecuencias de las dilaciones indebidas ya significan para el autor un castigo suficiente.

La segunda posición, denominada «solución de la medición de la pena» o «solución de determinación de la pena», proclama que la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por una dilación indebida constituye una causa de atenuación de la pena en virtud del §§ 153 y ss. StPO. Según esta posición, en la atenuación de la pena se puede encontrar el medio

adecuado para reaccionar contra los retrasos irrazonables o dilaciones indebidas del proceso penal.

37. En España, el Tribunal Constitucional considera que la inejecución inmediata de la sentencia condenatoria no constituye una medida idónea para reparar las consecuencias negativas que ha generado la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, también llamado como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Dicha posición jurisprudencial fue precisada en la STC 25/1994, en la que el Tribunal Constitucional señaló que «el recurrente pretende incluir (...) no la ejecución inmediata de la Sentencia, su inejecución como medida para reparar las consecuencias negativas que para él ha tenido la dilación indebida en la tramitación del proceso, judicialmente declarada. Ante esta pretensión cabe avanzar ya que la medida propuesta ni puede incluirse en el ámbito del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ni, en otro orden de consideraciones, está consagrada en nuestro ordenamiento como instrumento para reparar las consecuencias de su vulneración».

Ello debido a que, para el Tribunal Constitucional español –según la sentencia citada– el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas posee una doble faceta: De un lado, una prestacional, consistente en el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable. De otro lado, una faceta reaccional, que actúa también en el marco estricto del proceso y consiste en «el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas».

Por estas razones, el Tribunal Constitucional español considera que las medidas para reparar los efectos de la violación al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas son de naturaleza sustitutoria o complementaria para cuando no pueda restablecerse la integridad del derecho o su conservación. Entre las medidas sustitutorias figuran la exigencia de responsabilidad civil y aun penal del órgano judicial, así como la responsabilidad civil del Estado por mal funcionamiento de la administración de justicia. Y entre las medidas complementarias pueden situarse, por ejemplo, el indulto o la aplicación de la remisión condicional de la pena.

Es más, puede destacarse que el Tribunal Constitucional español en uniforme y reiterada jurisprudencia ha precisado que «el derecho

a que el proceso se tramite, resuelva y ejecute en un plazo razonable es plenamente independiente del juego de la prescripción penal» (SSTC 255/1988, 83/1989 y 25/1994)».

6.11. Los comportamientos post delictivos como circunstancias atenuantes de la pena

Los autores alemanes Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND afirman que el comportamiento posterior al delito tiene relevancia para graduar la culpabilidad y para determinar la necesidad de prevención (la pena)[322] [323].

a.- Influye en la culpabilidad si el comportamiento post delictivo se realiza cuando el resultado del hecho no se considera concluido con la consumación del tipo y todavía el autor puede producir cambios suplementarios en el delito. Ejemplo, que el agente lleve al hospital a su víctima para que sea atendida[324].

b.- Influye en la necesidad de prevención cuando el comportamiento post delictivo se realiza entre la consumación del delito y el procesamiento penal del agente[325].

El comportamiento del agente entre la consumación del delito y su procesamiento penal permite establecer criterios sobre el fin de prevención especial de la pena; el buen comportamiento del sujeto con posterioridad al delito puede llevar a considerar la no necesidad de una vigorosa reacción penal para lograr la rehabilitación y readaptación social del autor o del partícipe[326].

Existen dos casos especiales de conducta post delictiva que influyen en la necesidad de prevención o en la determinación judicial de la pena:

a) La conducta del agente durante el proceso penal.

b) La reparación del daño.

El comportamiento procesal del agente permite, cuando ha reconocido su error por cometer un delito, pronosticar una rehabilitación

---

[322] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002. *Op. cit.*, p. 963.

[323] JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. 2, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1981, pp. 1212 y 1213.

[324] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 963.

[325] ID.

[326] ID.

y readaptación social sin problemas que hace innecesaria la imposición de una sanción penal dura[327] [328]. Ejemplo de este tipo de circunstancia atenuante de la pena se tiene en el caso de la confesión procesal.

El comportamiento procesal del agente no puede ser empleado para extraer consecuencias negativas pues ello violaría el derecho constitucional de no incriminación; por ejemplo sería anticonstitucional establecer como circunstancia agravante de la pena que el delincuente no confiese.

6.12. La confesión del artículo 136 del Código de Procedimientos Penales y del artículo 5 de la Ley N° 28122

Existen dos formas de confesión como comportamiento post delictual:

a) La confesión como manifestación del denominado arrepentimiento pasivo regulada por el artículo 46 inciso 10 del Código Penal.

b) La confesión como comportamiento procesal regulada por el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales y por el artículo 5 de la Ley 28122.

César San Martín Castro, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, establece que la confesión es: «La declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias. En rigor, la confesión importa la admisión del imputado de haber cometido una conducta penalmente típica, aún cuando contenga alegaciones encaminadas a atenuar o excluir la pena»[329].

Pablo Sánchez Velarde define la confesión como: «el acto procesal por el cual el imputado de un delito declara libre y espontáneamente ser el autor del crimen ante la autoridad judicial competente. Declaración ésta que debe ser objeto de comprobación por dicha autoridad»[330].

---

[327] Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, *op. cit.*, pp. 963 a 965.

[328] Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, p. 1213.

[329] San Martín Castro, César, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003, p. 840.

[330] Sánchez Velarde, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 672.

La confesión no tiene por objetivo el reconocimiento de tipicidad[331] o culpabilidad[332]. Es inexacto considerar que la confesión por parte del imputado implique el reconocimiento del contenido criminal, de la tipicidad, la culpabilidad o la responsabilidad del sujeto. La confesión del imputado se encuentra exclusivamente referida a los hechos y sus circunstancias, resultando totalmente exacta la afirmación hecha por el reconocido procesalista argentino Eduardo JAUCHEN:

> «Carecen de toda validez, en consecuencia, los juicios de valor que exprese el imputado en su declaración. También **resulta irrelevante la autoincriminación de una calificación delictiva haciendo alusión a una figura jurídica determinada,** como asimismo el mero reconocimiento de responsabilidad sin que esté acompañada de un relato expreso y pormenorizado de cómo se desarrollaron los hechos»[333]. (Resaltado del recurrente).

a.- El momento de la confesión procesal

La confesión procesal regulada por el artículo 136 del Código de 1940 y por el artículo 5 de la Ley 28122, es un acto de investigación o de prueba, según la fase del proceso penal en la que se produzca, a través del cual el imputado manifiesta judicialmente su intervención en hechos de posible relevancia jurídico- penal.

Los fundamentos de la confesión procesal, de la función de prevención especial de la pena y el criterio de utilidad, determinan que carezca de sentido fijarle límites temporales. La confesión puede producirse en cualquier estado del proceso penal, siempre que favorezca la función de prevención especial de la pena y el criterio de utilidad probatoria.

Incluso la confesión se perfecciona en el juicio oral, de allí que el reconocido profesor de San Marcos y Vocal Supremo Víctor PRADO SALDARRIAGA sostenga que la «sede natural de la confesión es la audiencia»[334].

La doctrina judicial ha establecido los requisitos de la confesión procesal a efecto que opere como circunstancia atenuante de la pena

---

331 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, p. 840.

332 ID.

333 JAUCHEN, Eduardo M., *La prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1992, p. 64.

334 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 123.

privilegiada; como por ejemplo se aprecia en las Ejecutorias Supremas del 10 de mayo de 2004 (Sala Penal Permanente, R.N. N° 3574-2003, Callao), del 04 de mayo de 2004 (Sala Penal Permanente, R.N. N° 3664-2003, Madre de Dios).

i) Espontaneidad de la confesión.- La confesión es espontánea cuando el imputado la brinda libremente, sin coacción, sugestión o engaño.

ii) Uniformidad de la confesión.- La uniformidad implica que el confeso en las diversas declaraciones que ha brindado en el proceso judicial, incluyendo el preliminar, mantenga la misma versión o sentido.

iii) Veracidad y coherencia de la confesión.- La veracidad y la coherencia se determinan por la integración de la confesión al tejido probatorio.

iv).- La utilidad de la confesión.- La utilidad la determina la función probatoria que tenga la confesión en el proceso penal.

6.13. La reparación del daño

El artículo 46 inciso 9 del Código Penal considera a la reparación espontánea del daño como una circunstancia atenuante de la pena por constituir una forma de compensación positiva de la culpabilidad, permitiendo disminuir los niveles de reprochabilidad del comportamiento.

Víctor PRADO SALDARRIAGA, Vocal Supremo y el autor nacional más importante en el tema de la determinación judicial de la pena, comenta que la reparación del daño es una conducta del agente posterior al delito que revela una actitud positiva que debe valorarse favorablemente con un efecto atenuante. La espontaneidad es entendida como reparación voluntaria y anterior a la sentencia[335].

José Antonio CHOCLÁN MONTALVO afirma que siguiendo a la doctrina de la reparación los actos del sujeto de reparación del daño ocasionado a la víctima o de disminución de sus efectos compensa una parte de la culpabilidad por el hecho y determina una menor necesidad de pena[336].

---

335 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 119.

336 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Individualización judicial de la pena*, Colex, Madrid, 1997, pp. 189 a 191.

La reparación del daño disminuye el castigo por tres razones: a) el autor muestra el reconocimiento de su culpabilidad; b) la vigencia social de la norma antes infringida pues ya no es necesaria la pena al restablecerse ésta por el comportamiento del agente; y c) la falta de necesidad de una respuesta penal fuerte a fin de alcanzar la rehabilitación y readaptación social del delincuente[337].

Razones de la atenuación de la pena por reparación del daño:

a) Reconocimiento de la culpabilidad del autor.
b) Vigencia social de la norma por el comportamiento del agente.
c) Falta de necesidad de una respuesta penal «fuerte» para alcanzar rehabilitación y readaptación social.

La Sala Penal Especial Suprema en el «Caso de la CTS a Montesinos de 15 Millones de Dólares», igualmente reconoció a la restitución de los fondos públicos al Estado como un acto de reparación del daño constitutivo de la circunstancia atenuante de la pena señalada en el artículo 46 inciso 9 del Código de 1991 y como justificación de la opción de condena condicional (Considerando Segundo del Apartado IX Determinación de la Pena y la Reparación Civil)[338].

7.14. La sentencia anticipada y la determinación de la pena

En la Ejecutoria del 12 de octubre de 2011, R.N. N° 3105-2010, Lima, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, efectuó un análisis detallada y paradigmático sobre el presente tópico, en efecto, analizó si la determinación e individualización de la pena que les impuso Tribunal de Instancia en la indicada sentencia conformada o anticipada resulta proporcional a la entidad del injusto cometido y a la culpabilidad por el hecho típico perpetrado: que a tales efectos, previamente resulta conveniente tener en cuenta algunos aspectos: i) la imposición de la pena privativa de libertad tiene que ver no sólo con cuestiones de legalidad ordinaria, sino con el respeto de garantías y principios constitucionales de la administración de justicia, como es el deber de motivar las resoluciones judiciales –inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política–; ii) en un Estado de

[337] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 966.
[338] La sentencia de la Sala Penal Especial Suprema fue objeto de sentencia no anulatoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de fecha 14 de diciembre del 2005.

Derecho respetuoso de la vigencia de los derechos fundamentales, en especial de la libertad personal tan importante como la misma declaración de culpabilidad es la precisión del tantum motivado de la pena concreta, especialmente cuando se trata de una pena privativa de libertad; iii) tanto el imputado como la sociedad tienen derecho a conocer por qué se impone una clase de pena y no otra y, sobre todo, tratándose de una pena privativa de libertad, las razones por las que se escoge una concreta dosis de pena dentro del marco penal abstracto fijado por el legislador; iv) el primer paso de la determinación e individualización de la pena implica tomar partido acerca del fundamento y sentido de la pena estatal; así, la teoría de la pena permite establecer la razón y la finalidad de la sanción jurídico-penal y su aplicación al caso concreto al imprimir a la legislación y a la aplicación y ejecución de la pena, una determinada orientación, esto es, que debe ponderar la defensa de la sociedad y la protección de la persona humana; v) la pena debe cumplir un fin eminentemente preventivo dentro de la sociedad, facilitando la reconciliación normativa del autor con el orden jurídico, afianzando el respeto de las normas por parte de los ciudadanos; es decir, que junto a los fines preventivos generales positivos la pena estatal debe buscar un efecto preventivo especial positivo con el fin de incidir favorablemente en la personalidad del infractor y cuando esto no fuera posible debe evitar que la pena desocialice o empeore la situación del culpable]; que, todo ello, supone entender que la pena estatal genera efectos sociales positivos en la medida que respeta y se mantiene dentro de los límites del principio de proporcionalidad; vi) la pena no puede actuar según las demandas sociales o mediáticas de punibilidad, al margen de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pues dentro de un Estado de Derecho la reacción estatal contra el delito –y en especial la determinación judicial de la pena– se funda sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias y la culpabilidad del agente; que, por consiguiente, estos son los criterios que se deben valorar para medir e individualizar la pena en el caso concreto.

En efecto, una vez acreditada la comisión del delito, la consecuencia lógica-jurídica es la imposición de una pena para el responsable del mismo, la cual deberá graduarse en función de la gravedad de los hechos, la responsabilidad de cada uno de los agentes y sus carencias sociales y económicas, teniéndose en cuenta que mientras las primeras condiciones citadas se encuentran ligadas al principio de

proporcionalidad de las penal, la última se encuentra sujeta al principio de humanidad, conforme al cual el Estado debe asumir su corresponsabilidad en la comisión de los delitos por parte de sus ciudadanos.

El Acuerdo Plenario número uno - dos mil ocho/CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, establece que «en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico», pues el legislador solo señala un mínimo y un máximo de pena que corresponde a cada delito y es el órgano jurisdiccional el que se encarga de determinar la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por este, con ello el Juez llene un arbitrio relativo para moverse dentro del marco fijado por el legislador para determinar la pena para el caso concreto, arbitrio que como bien señala Mir Puig no debe confundirse con la arbitrariedad, pues el Juez al momento de establecer la pena para el caso concreto deberá hacerlo conforme a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad y en estricta observancia del deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales; que, estando a lo expuesto y de conformidad con el derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales, previsto en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, como ya se expuso en los fundamentos jurídicos precedentes, el Juez Penal no sólo tiene el deber de motivar una sentencia respecto al juicio de subsunción de los hechos y la responsabilidad de la persona imputada, sino también deberá exponer las razones por los cuales impone una determinada pena», para ello deberá determinar lo peno básica -mínimo y máximo fijado por el legislador- y luego individualizar la pena concreta, evaluando para ello diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal -pena concreta parcial o pena concreta final, dependiendo de las circunstancias y del caso particular en análisis-, las cuales no sólo sirven para atenuar la pena cerca al mínimo legal sino también, como circunstancias agravantes que posibilitan alcanzar el máximo de la pena fijada por el legislador: que, del mismo modo, existen las circunstancias cualificadas agravantes como la prevista en el artículo cuarenta y seis - A del Código Penal o las circunstancias cualificadas atenuantes como las reguladas en el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales o el beneficio premial por acogimiento a la conclusión anticipada del

juicio oral que servirá esencialmente para disminuir la pena, incluso por debajo del mínimo previsto por el legislador para el tipo penal objeto de sanción; que, asimismo, es importante tener en consideración que los criterios señalados respecto a la determinación de la pena no se encuentran en b dogmática penal, sino que han sido expresamente reconocidos en reiterada jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema que por imperio del artículo trescientos uno - A del Código de Procedimientos Penales su observancia resulta obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales a nivel nacional.

En este orden de ideas, en nuestro ordenamiento jurídico penal para efectos de determinar e individualizar la pena a imponer se toman en cuenta las circunstancias descritas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; el primero prevé las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen; y por otro lado, el segundo contempla los factores para la medición o graduación de la pena a los que se recurre atendiendo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del mismo o modificatorias de la responsabilidad; que, en consecuencia, se debe tener en cuenta, de conformidad con lo estatuido por el artículo cuarenta y seis del Código Penal, los límites punitivos (mínimo y máximo) fijados para el delito de defraudación tributaria previsto y sancionado en los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve del Código Penal y los artículos uno y cuatro inciso a) del Decreto Legislativo número ochocientos trece.

Siendo así, para graduar la pena a imponer, el Juez debe tener en cuenta el tipo del ilícito como la culpabilidad, pues el análisis de los factores que los agravan o atenúan debe ser realizado en forma amplia; en efecto, el ilícito culpable es la base de la determinación de la pena, pues la sanción penal debe ser proporcional al ilícito cometido, de lo que se infiere que la medida de la pena se gradúa, fundamentalmente, de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad y, en este sentido, los factores generales y los individuales son decisivos para la determinación del grado de culpabilidad y la gravedad de la pena.

En el caso de autos, el Tribunal de Instancia al determinar la pena, además de los factores previstos en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, estimó tener en cuenta los

fundamentos jurídicos establecidos en el numeral seis del Acuerdo Plenario número cinco - dos mil ocho/CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, en cuanto señala: «lo expuesto permite concluir que todo conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero», en tanto todos los encausados aceptaron desde el inicio de las investigaciones los cargos imputados en su contra y señalaron el modo, forma y circunstancias como consumaron su designio criminal, por ello, se valoró como agentes excepcionales con efectos atenuatorios de la pena la conformidad procesal establecida en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós y la confesión sincera con arreglo a lo previsto por el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales: que, asimismo, de modo correcto el Tribunal de fallo tuvo en consideración el grado de participación criminal de cada uno de los procesados en los hechos delictuosos imputados –la forma de ejecución del delito, su lógica planificada y intervención de una pluralidad de personas que hacen más disvaliosa la conducta por el modo, forma y circunstancias de la comisión del delito de defraudación tributaria– y la conducta procesal que mostraron cada uno de ellos, es decir, no se advierte una debida motivación de la determinación de la pena sino que la individualizó de modo específico tomando en cuenta lo antes señalado; que, en efecto, más allá de algunos factores que encarecen la pena concreta, se advierte la concurrencia de circunstancias excepcionales de atenuación de la responsabilidad penal, que contrarrestan o compensan su efecto agravatorio, y que determina que la concreta dosis de pena privativa de libertad impuesta por el Colegiado Superior resulta adecuada al injusto cometido y la culpabilidad del agente: que, en tal sentido, este Supremo Tribunal siguiendo la línea argumentativa del Colegiado Superior advierte que en el caso de los encausados Keller Olcese y Sfrobach Revilla, si bien por el hecho de ser los deudores tributarios asumen su responsabilidad a título de autores del delito incriminado, cabe precisar la presencia de una espontánea, veraz y reveladora confesión sincera desde un inicio de las investigaciones, su carencia de antecedentes policiales, judiciales y penales, y que ambos se acogieron a la conclusión anticipada de los debates orates, incluso en el caso del segundo encausado se valoró de modo adecuado el

hecho de haberse acogido a los alcances del Decreto Legislativo Número ochocientos quince, y, asimismo, que la información que proporciona sirvió para lograr la detención de su coencausado; que, del mismo modo, en relación al encausado Schulz Álvarez -cómplice primario-, quien si bien es la persona que organizó todo el sistema de venta de facturas falsas y creación de empresas con personas que tenían la calidad de testaferros y sin cuyo aporte no se hubiere perpetrado el delito sub materia, se valoró el hecho relevante de la espontánea admisión de cargos desde que se incorporó al proceso lo cual culminó con su acogimiento al beneficio atenuatorio de la pena previsto en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós; que, por lo demás, también se valoró de modo adecuado la falta de antecedentes penales y judiciales, que demuestran su no proclividad al delito y que nos induce a no considerar una pena superior a la impuesta por el Tribunal de Mérito para garantizar sus fines preventivos y resocializadores, prescritos en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Punitivo; que, además, se justifica la imposición de una pena privativa de libertad con el carácter de suspendida dado que ésta debe responder a las circunstancias de la comisión del injusto, su naturaleza y alcances y las condiciones personales del encausado, como a las preocupaciones de la política criminal contemporánea tendiente a reducir y humanizar los espacios de aplicación de las penas privativas de libertad mediante la aplicación de medidas alternativas a imputados de poca peligrosidad, como es el caso que nos ocupa, a diferencia de quienes han cometido hechos delictuosos de mayor gravedad como los delitos de lesa humanidad, genocidio, homicidios calificados, tráfico ilícito de drogas, violaciones sexuales de menores de edad y otros; que, en este orden de ideas, en la Exposición de Motivos del Código Penal vigente, en el apartado referido a las penas, se sostiene que la pena privativa de libertad, debe ser una respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves, debiendo buscarse medidas sancionadoras alternativas para ser aplicables a los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva, por lo que, en atención a las circunstancias del hecho y la personalidad del agente se asume por este Supremo Tribunal un pronóstico favorable sobre la conducta futura del citado condenado, fundamento que también alcanza a los encausados, quienes intervinieron como cómplices secundarios en

razón a que participaron en la venta de facturas falsas y en algunos casos intervinieron en calidad de testaferros para la conformación de las empresas que suministraban los documentos contables en mención, pues desde la investigación judicial admitieron su responsabilidad penal y también se acogieron a la conclusión anticipada de los debates orates; que, en consecuencia, luego de recorrer el marco penal abstracto del tipo legal en toda su extensión, examinando desde la perspectiva de los hechos formulados en la acusación fiscal y admitidos los aspectos concretos del hecho realizado por los referidos encausados y sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias, así coma la culpabilidad del agente, es de considerar el principio de proporcionalidad que impide que las penas sean tan gravosas que superen la propia gravedad del delito cometido, y también que sean tan leves que entrañen una intrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos; que, por consiguiente, al existir circunstancias excepcionales de atenuación corresponde afirmar que la pena privativa de libertad a imponer a los citados encausados debe ser con el carácter de suspendida como así ocurrió en el presente caso, por ello, este extremo de la recurrida se encuentra arreglado al mérito de lo actuado y a ley, tanto más, si se tiene en cuenta que en el presente caso han transcurrido más de diez años desde que se dio inicio a este proceso penal sin que se haya resuelto el fondo del asunto, por ende, también abona en su favor tal circunstancia procesal respecto del plazo razonable –reducción de la pena– tal y conforme lo ha indicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

XIII
Pena de inhabilitación

Al respecto el Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116, del 13 de noviembre del 2009, relievó que:

El Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos -personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades -públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad -pena principal o accesoria-, dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.

Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente -aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional- o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas.

Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermenéutica, está vinculado con el párrafo 15° del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: «La

ejecución de la pena de inhabilitación [...] requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. [...] A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución...». También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9° del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que «El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme».

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad– sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales de 1940 –en adelante, ACPP–, como en el artículo 403°.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–.

El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto–. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412°.1 NCPP–, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación.

Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal –en adelante, CP– se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme. En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

B. Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede «*...entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política*» –así lo precisa el artículo 331° *in fine* ACPP–. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio.

En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP– se ejecuta provisional-

mente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes.

Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución -el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial- para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

XIV
La reparación civil

El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales, acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil. El objeto del proceso penal, entonces, es doble: el penal y el civil. Así lo dispone categóricamente el artículo 92° del Código Penal, y su satisfacción, más allá del interés de la víctima –que no ostenta la titularidad del derecho de penar, pero tiene el derecho a ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión del delito–, debe ser instado por el Ministerio Público, tal como prevé el artículo 1° de su Ley Orgánica. El objeto civil se rige por los artículos 54° al 58,225°.4, 227° y 285° del Código de Procedimientos Penales y los artículos 92° al 101 ° del Código Penal –este último precepto remite, en lo pertinente, a la disposiciones del Código Civil.

A partir de esas normas, nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales: la protección de la víctima y aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito, en cuya virtud garantiza «...la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección» (Asencio Mellado, José María, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 27).

1. Definición

La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar es la existencia de un daño civil

causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con 'ofensa penal' –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente– [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ***ex delicto, infracción / daño, es distinta***]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.

Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (1) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial–; cuanto (2) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existencialismo patrimoniales –tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas– se afectan, como acota ALASTUEY DOBÓN, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno– (Conforme ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, 2002, pp. 157/159).

2. La reparación civil y los delitos de peligro

Los delitos de peligro –especie de tipo legal según las características externas de la acción– pueden definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar [el peligro es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], sea cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión –peligro concreto– o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido –peligro abstracto– (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 223). Los primeros son, siempre, delitos de resultado, y los otros son delitos de mera actividad.

A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre el recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados.

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos– se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual–. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo] (conforme: ROIG TORRES, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 124/125).

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía[339].

[339] Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, Asunto: Reparación civil y delitos de peligro, del 13 de octubre de 2006.

XV
Derecho de gracia

1. Origen histórico

Dado el origen histórico del que proviene el derecho de gracia, resulta necesario el establecer sus funciones y límites dentro de un estado democrático y constitucional de derecho. Como lo ha puesto de manifiesto GARCÍA MAHAMUT:

> «...la discusión sobre el sentido de la prerrogativa de gracia en el estado moderno no resulta, ni mucho menos, agotada. En este sentido, tanto la obra del legislador en el Derecho comparado como la doctrina *ius publicista* ponen de relevancia que, tratándose de institutos de rancia tradición histórica que cobraban especial virtualidad en un Estado no Democrático de Derecho, hoy, necesitan de nuevos engarces jurídicos, que, guiados y homologados bajo los principios constitucionales y los valores superiores del ordenamiento jurídico que informan al Estado constitucional social y democrático de Derecho, respondan en términos netos a los fines que guían a la propia comunidad política y que no son otros que la búsqueda y protección de la libertad, la justicia , la igualdad y el pluralismo»[340].

Tal necesidad de revisar en sentido constitucional la institución de la gracia presidencial pasa, en primer lugar, por relacionar la pretendida inaplicación por parte de la Sala superior demandada de la gracia presidencial concedida al recurrente como una manifestación de la garantía jurisdiccional de la Constitución, así comò por establecer los límites constitucionales de la gracia presidencial.

---

[340] GARCÍA MAHAMUT, Rosario, *El indulto, un análisis jurídico constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 22.

2. Definición

Respecto del Derecho de Gracia, cabe precisarse que la Constitución Política de mil novecientos setentinueve establecía como facultad Presidencial la de indultar y conmutar penas, sin embargo, el texto fundamental de mil novecientos noventa y tres amplió dicha facultad presidencial al incorporar el ejercicio denominado Derecho de Gracia, estableciéndola en su artículo ciento dieciocho, inciso veintiuno; y, siendo así, no obstante que no está en discusión, queda claro que el Derecho de Gracia es una expresión de la discrecionalidad de la actuación de la Administración Pública a través del Presidente de la República, quien tiene la libertad de decidir sobre un asunto concreto, debido a que la norma constitucional habilitante no exige más requisitos de forma para su actuación y ejecución. Asimismo, también podemos precisar que esta expresión de discrecionalidad política, relativa a la dirección y marcha del Estado, que se personifica en el Presidente de la República como titular del Poder Ejecutivo, Jefe del Estado y personificación de La Nación, no se encuentra restringida por concepto jurídico alguno, por lo que el Presidente tiene, en estos casos, la libertad de actuar plenamente, asumiendo, claro está, responsabilidades de índole política[341].

3. Estado constitucional y Supremacía Normativa de la Constitución

El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún

[341] Auto del 21 de Febrero del 2007, Inc. N° 018-2004-Z, Segunda Sala Penal Especial.

acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente. (Cfr. Exp. N° 5854-2005-AA/TC).

4. La gracia presidencial y la garantía jurisdiccional de la Constitución. La inexistencia de zonas exentas de control constitucional

Conforme a lo anteriormente expuesto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. (Cfr. Exp. N° 5854-2005-AA/TC). Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares.

En este orden de ideas, siendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de todos los actos, una clara consecuencia de la supremacía constitucional, no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impida ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales, máxime si, como se advierte de la resolución cuestionada, son también razones de orden constitucional las que motivaron la decisión de no aplicarla.

Y es que, en efecto, parece haber un conflicto entre la potestad presidencial de conceder el derecho de gracia, (artículo 118 de la Constitución) y las razones esgrimidas por la sala emplazada para dejar de aplicar la misma (todas ellas de orden constitucional). Al respecto, no puede soslayarse el hecho de que, tanto como las razones humanitarias que inspiran la concesión de la gracia presidencial como los fines preventivo generales de las penas que se pretende proteger a través de la persecución penal gozan de cobertura constitucional.

Y es que, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, no sólo la función preventivo especial de la pena tiene fundamento, también sus funciones preventivo generales, las que derivan del deber estatal de «*(...)proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la*

justicia(...)» (artículo 44° de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en su dimensión objetiva. (Cfr. Exp. N° 0019-2005-PI/TC funds. 38-40). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general.

En atención a ello, se afirma que una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no sólo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho (Cfr. Exp. N° 0019-2005-PI/TC). Tal como lo señaló este Tribunal Constitucional:

> «...ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer «a toda costa» la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.
>
> (...)
>
> En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho» (Exp. N° 0019-2005-PI/TC).

En este orden de ideas, la gracia presidencial podrá ser materia de control jurisdiccional, en atención a la protección de otros bienes de relevancia constitucional. Cabe señalar dentro de un contexto paralelo al que es materia de autos, que este Tribunal Constitucional ha establecido los límites formales y materiales de la amnistía, otra institución reconocida en nuestra Constitución que permite -del mismo modo que la gracia presidencial- extinguir al acción penal.

5. La gracia presidencial y sus límites constitucionales

El artículo 118, inciso 21 de nuestra Constitución Política vigente reconoce la potestad presidencial de:

Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. Asimismo, según el artículo 78, inciso 1 del Código Penal, modificado por Ley N° 26993, la gracia presidencial constituye una causal de extinción de la acción penal.

Cabe recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto de la amnistía, la cual -al igual que la gracia presidencial- extingue la acción penal. Al respecto, según lo estableció la jurisprudencia de este Tribunal, la amnistía tiene límites tanto formales como materiales (Cfr. Exp. N° 0679-2005-PA/TC).

Así, el Supremo Intérprete de la Constitución señaló que constituyen límites formales a dicha facultad congresal, que la misma sólo puede formalizarse en virtud de una ley ordinaria. Ello implica que además de respetar los principios constitucionales que informan el procedimiento legislativo, debe observarse los criterios de generalidad y abstracción exigidos por el artículo 103 de la Constitución. Igualmente, las leyes de amnistía deben respetar el principio-derecho de igualdad jurídica, lo que impide que, previsto el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, el legislador pueda brindar un tratamiento diferenciado que no satisfaga las exigencias que impone el principio de proporcionalidad.

Tampoco la amnistía puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución. En este sentido el Tribunal Constitucional determinó que cualquiera que sea la competencia constitucional de que se trate, el ejercicio de la labor del legislador debe estar orientado a garantizar y proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y a servir a las obligaciones derivadas del artículo 44 de la Ley Fundamental, esto es, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Del mismo modo, es de señalarse que para el caso de la gracia presidencial, es claro que constituyen límites formales de la misma, los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21

de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución).

En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. (Cfr. Exp. N° 019-205-PI/TC). Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado.

En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial.

Por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que el que la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger.

6. Presupuestos

Siendo que los únicos presupuestos para la concesión de este beneficio es que se trate de un procesado cuya etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria; y, como bien ha dicho la defensa del recurrente, el que la Constitución prevea la verificación de algunos presupuestos para su concesión, como el referido al plazo, no supone que el acto de decisión del Presidente

deje de ser discrecional, pues dicha exigencia está más referida a la excepcionalidad de la actuación discrecional que a la propia decisión en sí[342].

7. Su condición de acto de gobierno

Sobre la calidad de Actos de Gobierno del Derecho de Gracia, la revisión histórica de esta institución da cuenta de que ello es así; así tenemos que el tratadista FIERRO, Guillermo, *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 68 y 76, indica que «... como se ha visto, los autores antiguos, de acuerdo a los conceptos que prevalecían en sus respectivas épocas, en su mayoría tratan el tema bajo la expresión genérica del derecho de gracia, dándole un sentido de prerrogativa política que de institución jurídico penal (...). El derecho de gracia tiene una doble legitimación: como complemento del derecho de administrar la justicia y como medio de gobierno». Y, siendo así, estando ante un Acto de Gobierno, entonces, a modo de ilustración resulta pertinente citar la jurisprudencia por el Tribunal Constitucional español relacionada al tema materia de análisis. Así tenemos que en su sentencia de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa, recaída en la causa número ciento noventa y seis/noventa, con ocasión de la discusión sobre la fiscalización de los actos de gobierno, se estimó que se trataban [los Actos de Gobierno] de materias sustraídas al control judicial contencioso/administrativo, cuando el Gobierno actuaba como órgano político y no de la Administración. [al respecto, LÓPEZ GUERRA, Luis, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000, pp. 439 y ss.][343].

8. Restricciones en su fiscalización

Se colige que no existe la posibilidad de fiscalizar el Derecho de Gracia ejercido por su único y legítimo titular, quien obviamente queda sujeto a todo tipo de control político posterior. Al respecto, cabe recordar que en nuestro medio, el tratadista Mario CASTILLO FREYRE, *Todos los poderes del Presidente*, vol. IV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 196 y siguientes] distingue entre la actividad

---

342 Auto del 21 de Febrero del 2007, Inc. N° 018-2004-Z, Segunda Sala Penal Especial

343 Auto del 21 de Febrero del 2007, Inc. N° 018-2004-Z, Segunda Sala Penal Especial.

ejecutiva administrativa y la actividad ejecutiva gubernamental, siendo que la primera es pasible de revisión jurisdiccional que varía según los sistemas, y que ello genera recursos jurídicos protectores de los derechos y aún de los intereses legítimos de los individuos o, más precisamente, del administrado; en tanto que la segunda, se ejerce sin otro contralor que el político, y la responsabilidad que ella genera es política. En tal sentido, habiéndose determinado tal imposibilidad de fiscalización, corresponde ahora analizar si dicha decisión suprema ha sido motivada o no, a efectos de predicar su legitimidad constitucional y, por ende, resolver el núcleo de la presente impugnación. Al respecto, la Resolución Suprema número cero noventa y siete guión dos mil seis guión JUS, publicada en el diario oficial «El Peruano» el catorce de junio del dos mil seis, que concedió el Derecho de Gracia al procesado Alfredo Jalilie Awapara y veintitrés procesados internos más, señala expresamente que el mismo se fundamenta en la opinión favorable de la Comisión de Alto Nivel para la Concesión del Derecho de Gracia para Internos Procesados, y en lo dispuesto en el artículo ciento dieciocho, inciso veintiuno, de la Constitución Política, que reconoce como atribución del Presidente de la República, el conceder el Derecho de Gracia[344].

9. Motivación

Sobre la motivación, cabe recordar que nuestro Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias ha establecido que: «Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una

[344] Auto del 21 de Febrero del 2007, Inc. N° 018-2004-Z, Segunda Sala Penal Especial.

determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.» [por todas, sentencia de fecha 20 de Junio del 2002, recaída en la causa N° 1230-2002-HC/TC. Caso: César Humberto Tineo Cabrera]. Concepto de motivación que si bien en dicha sentencia se estableció para el ámbito judicial, empero, por tratarse de una garantía fundamental, también es exigible a los actos de gobierno, lo que de ninguna manera implica su fiscalización; por lo que tal exigencia es válida y legítimamente trasladable a este tipo de decisiones discrecionales, a efectos precisamente de predicar que cuenta con respaldo constitucional.

Que, siendo constitucionalmente válida la motivación por remisión, entonces, no se puede sostener como insuficiente de dicha exigencia constitucional, el hecho de que solamente se haya hecho mención a la opinión favorable de la precitada comisión de alto nivel, pues, lo contrario, es decir, ausencia de motivación, solamente se podría predicar si es que no se hubiese identificado debidamente al organismo que emitió la opinión favorable y/o si tal opinión tuviera la calidad de secreto o no se tuviera acceso a ella. Y, si a lo expuesto se agrega que en la Resolución Suprema se hace mención expresa a la norma que otorga la facultad para conceder el Derecho de Gracia, entonces, no queda duda de que los únicos parámetros de motivación constitucionalmente exigidos por nuestro sistema jurídico, que le otorgan la calidad de medida discrecional excepcional, han sido observados y respetados por el titular del mismo.

Que, a mayor abundamiento, sobre la existencia de una debida motivación, debe indicarse que en autos obran copias certificadas del expediente del Derecho de Gracia tramitado por ante la Comisión de Alto Nivel para la Concesión del Derecho de Gracia para Internos Procesados. Advirtiéndose que a folios trescientos trece obra la solicitud de otorgamiento del Derecho de Gracia Presidencial; a folios trescientos diecisiete y siguientes obra un informe de naturaleza constitucional, sobre el Derecho de Gracia, presentado por la defensa del encausado Jalilie Awapara; y de folios trescientos cuarenta y seis a trescientos cincuenta y tres obran las actas de las sesiones desarrolladas por la Comisión, donde expresamente se detallan los acuerdos que

previamente se adoptaron, a efectos de resolver la solicitud, entre ellos, solicitar información a las instancias judiciales donde venía siendo procesado Jalilie Awapara, analizar caso por caso a efectos de denegar o aprobar lo solicitado, lo cual implicaba la evaluación de expediente por expediente y no en conjunto como en un principio fue presentado, comprendiendo dichos acuerdos, inclusive, un informe previo de la defensa del procesado solicitante; y, por último, a folios trescientos cincuenta y cinco, obra la ficha técnica de la evaluación correspondiente a la presente causa penal, donde se señala que no habían impedimentos ni observaciones, se hacía referencia a la conducta del interno y a su edad, se daba cuenta de la fecha de la sesión y de la opinión favorable a que arribó la Comisión. Infiriéndose de la lectura de tales documentos que ni siquiera la decisión de la Comisión fue arbitraria e inmotivada, pues, por el contrario, actuaron y decidieron en base a un debido proceso, decidiéndose la opinión favorable por mayoría, con el voto discordante de uno de los miembros de la Comisión, lo que da cuenta de la calidad de la discusión, y elimina, por ende, cualquier tipo de cuestionamiento relacionado a un posible apresuramiento en la decisión o antelada predisposición a favor de la Gracia solicitada; de ahí que, conforme se desprende de autos, en ningún momento se ha cuestionado el proceso llevado a cabo por los integrantes de la Comisión, ni su decisión final, consistente en recomendar al Presidente que le otorgue el Derecho de Gracia al recurrente, e inclusive, de veintitrés internos más[345].

[345] Auto del 21 de Febrero del 2007, Inc. N° 018-2004-Z, Segunda Sala Penal Especial.

Parte Especial

I

Del diseño constitucional de los Delitos contra la Administración Pública

1.1. Derecho Penal y Constitución

El Tribunal Constitucional ha reiterado que la existencia de una constitución normativa limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso penal. Y es que en el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. (Exp. N° 0012-2006-PI). Conforme a lo expuesto, el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que puedan resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución. Entre ellos, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado como legalidad o lesividad, así como no limitar derechos fundamentales u otros bienes constitucionales de modo desproporcionado.

Así, en la medida que la intervención penal supone una restricción de derechos fundamentales (vgr. libertad personal), ello autoriza la intervención de la justicia constitucional a efectos de evaluar la restricción de derechos. De este modo, existen una serie de principios limitadores de la potestad punitiva estatal. De otro lado, cabe señalar que no sólo gozan de cobertura constitucional los derechos fundamentales y los principios limitadores de la potestad punitiva sino también aquello que el legislador pretende proteger a través del Derecho penal.

Es así que el Colegiado Supremo en anteriores oportunidades ha destacado la relevancia constitucional de las funciones preventivo generales de la pena, las que derivan del deber estatal de «*(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)*»(artículo 44°

de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en su dimensión objetiva (Cfr. Exp. N° 0019-2005-PI/TC fund. 38-40). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general.

En atención a ello, podemos afirmar que una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no sólo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho (Cfr. Exp. N° 0019-2005-PI/TC). Tal como lo señaló este Tribunal Constitucional:

> «...ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer «a toda costa» la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material. (...).
>
> En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho» (Exp. N° 0019-2005-PLCPC).

Conforme a lo expuesto, estaremos ante una actuación inconstitucional del legislador cuando la norma penal contenga una intervención excesiva en un derecho fundamental, pero también se presentará una situación inconstitucional si la norma penal no prevé una protección suficiente de los bienes constitucionales que pretende proteger. Al respecto, resulta pertinente citar lo ya referido por este Tribunal en el sentido de que:

> «(...) el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización

de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados». (Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento 35).

1.2. Estado constitucional y margen de acción del legislador

Ahora bien, no se trata tampoco de que la sola existencia de un bien jurídico a ser protegido genere per se la necesidad de recurrir a la sanción penal para protegerla. Ello no solo porque la sanción penal es la *ultima ratio*, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas, sino también porque el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad dentro de lo constitucionalmente posible (Exp. N° 4235-2010-HC, fundamento 33), lo contario, es decir, que la propia justicia constitucional termine decidiendo en todos los casos si se debe o no penalizar, resultaría atentatorio del principio democrático, por desconocer el margen de discrecionalidad del que goza el legislador.

Al respecto, cabe reiterar que lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario, lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y Io que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible. (Exp. N° 4235-2010-HC, fundamento N° 33).

Así por ejemplo cuando se cuestionó en esta sede la decisión del legislador de proscribir la concesión de indulto a los condenados por el delito de violación de menor, y este Tribunal confirmó su constitucionalidad, ello no se dio en virtud de considerar que se trataba de un imperativo para el legislador derivado de la norma constitucional, sino una posibilidad válida dentro del constitucionalmente posible. (Exp. N° 012-2010, fundamentos 48-49). Ello resulta especialmente relevante para el caso de autos en que este Tribunal se ve frente a cuestionamientos respecto de decisiones del legislador que a la fecha han sido dejadas sin efecto. De este modo, si el Colegiado Supremo confirma la constitucionalidad de alguna de las disposiciones cuestionadas ello no significa automáticamente la inconstitucionalidad de su posterior modificación. Del mismo modo, la inconstitucionalidad de los supuestos impugnados no comporta

necesariamente la validez constitucional de los nuevos supuestos legales, los que no han[1] sido materia de cuestiónamiento constitucional.

En suma, el poder del Legislador para configurar tipos penales no es absoluto sino que debe respetar el marco constitucional. Por ello es que este Tribunal ha señalado que el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de un razonable margen de discrecionalidad pero se encuentra vinculado por los principios y valores de la constitución, lo que posibilita el control constitucional.

1.3. Fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción

La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el «correcto funcionamiento de la administración pública». A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (vgr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal «De la Función Pública».

Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que «...los *funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación*», subyace el principio de «*buena administración*» (Cfr. Exps. N°s 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que «(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación», tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° OO8-20D5-AI, fundamento N° 14). A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (Cfr. Exp. N° 1271-2008-11C; 019-

2005-AI), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. En esta misma línea el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción establece que:

> «Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley» (subrayado agregado).

A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39° y 41° de la Constitución. (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N° 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N° 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que: «la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio».

De modo análogo, cabe señalar que al Tribunal Constitucional para el caso del tráfico ilícito de drogas ha derivado de la obligación constitucional de combatir dicho delito la necesidad de una política nacional para la erradicación absoluta de este flagelo (Exp. N° 020-2005-A1, fundamento 117/118), del mismo modo, el interés constitucional de combatir la corrupción viene reforzado desde la Constitución.

Más allá de los fines de índole constitucional que sustentan de modo general la criminalización de los delitos contra la Administración Pública de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad. En este

sentido, resulta relevante la disposición constitucional contenida el artículo 76 de la Constitución:

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Al respecto, este Tribunal ha señalado que la contratación estatal tiene un cariz singular e la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar 'comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. (Exp. N° 020-2003-AI, fundamento 11). De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública –que se derivan de la citada disposición constitucional– la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores:

> «12. La función constitucional de esta disposición (artículo 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos». (...)
>
> «16.(...)la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis

[artículo 76 *de la* Constitución]» (Exp. N° 020-2003-AI, fundamentos N° 12 y 16).

En este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384° del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores.

2. El fenómeno de la corrupción desde una óptica sociológica[1]

2.1. Criterios que subyacen a la definición de corrupción

En esta línea de trabajo y sobre la base de lo antes expuesto, entendemos que los criterios que subyacen a la conceptualización del fenómeno de la corrupción son de lo más variados dependiendo del contexto en el que se le encaje. Pero fundamentalmente consideramos que abordar los criterios jurídicos, políticos, económicos y sociales aportarán a la discusión y al debate un mayor análisis y entendimiento que permitirán captar la real dimensión del problema, y nos ofrecerá no solo un mayor conocimiento del trabajo, sino que nos dará un mayor margen de maniobra para entenderlo y atacarlo.

Todas las definiciones de corrupción y las aproximaciones a este tema son en principio válidas. Sin embargo, no es una cuestión de gusto el elegir una u otra, como tampoco lo es la manera de estudiar la corrupción en un determinado lugar, en un determinado tiempo. Dependiendo de cómo se realice el diagnóstico (qué es la corrupción y qué magnitud -sí se puede decir así- alcanza), se establece la prescripción y la terapia.

2.2. La corrupción en el marco de los poderes económicos y políticos

Para nadie resulta innegable aceptar que el debate actual en el que el problema de la corrupción se desarrolla es el vinculado a la amplia parcela de casos relacionados con la obtención de beneficios particulares en el marco de las relaciones entre el poder económico y el político, y en esa vertiente entran a tallar los intereses públicos, en donde lo «público es considerado como propio», es decir, se le da a lo público un uso particular. Es probablemente en ese ámbito en donde se desarrolla la mayor parte del debate actual en torno al concepto de corrupción.

---

[1] Ítem sistematizado del «Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción», 2006-2011, Perú, Ministerio de Justicia, Junio de 2006.

2.3. La corrupción en el marco de los poderes públicos

El abanico de conductas que pueden subsumirse bajo esta sencilla caracterización es amplísimo. Desde la simple «coima» hasta la concesión, a través del soborno, de obras o servicios públicos multimillonarios; desde la corruptela administrativa hasta la corrupción política, frecuentemente interconectadas; desde la práctica corrupta hasta la corrupción sistémica, dependiendo de cuál sea su grado de consolidación y desarrollo en la sociedad sobre la que se despliega. Analizadas en términos económicos, sin embargo, todas ellas comparten un perfil bastante semejante, erigiéndose la corrupción como mecanismo de distribución de recursos escasos en aquellos mercados ilegales que surjan como reacción frente a la acción de los poderes públicos: autorizaciones administrativas, asignación de beneficios, adjudicación de contratos, expedición de documentos, etc. En tal sentido, la corrupción sería la consecuencia inevitable de todo intento estatal por controlar las fuerzas del mercado[2].

Aun siendo mucho más restringido, tampoco el marco de lo público nos permite definir la corrupción en términos jurídico-positivos. La falta de uniformidad legal lo impide. Sin embargo, parece claro que nos encontramos ante una variedad de conductas que, bajo diferentes denominaciones y modalidades -corrupción, cohecho, concusión, tráfico de influencias, malversación de caudales, etc.-, comparten un contenido material semejante, orientado a la protección de la administración pública.

2.4. Los negocios entre el sector público y el sector privado: una mirada a la contratación pública

Uno de los temas vinculados a los escándalos de corrupción es el que se refiere a las contrataciones y licitaciones públicas[3]. Se estima en

---

[2] FABIAN, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 17-18.

[3] Al respecto la importante participación de Transparencia de Paraguay en las negociaciones entre la empresa paraguaya y la argentina: Caso de la entidad binacional (Paraguay-Argentina), Proyecto Aña Cuá. *Vid.* Transparencia Paraguay, en marzo de 2005, firmó un Convenio Marco de Cooperación con el Poder Ejecutivo, el cual se encuentra en ejecución y adjunto al mismo. En ese sentido: «Licitación Pública Internacional Nº 321-Contrato Y-CAC/01 «Central Hidroeléctrica del Brazo de Aña Cua-Construcción y Puesta en Servicio». Al detalle: «(...)la propuesta del proyecto fue el resultado de una

algunos casos que la corrupción de esta índole puede llegar a representar más del 30% de los costos gubernamentales recurrentes de los procesos de licitación o de contratación pública[4]. Lo cierto es que resulta lamentable que a pesar de los escándalos que se suscitan, se hable más sobre el asunto que lo que se haga al respecto. Es por ello que en el Plan Nacional Anticorrupción una de las estrategias de trabajo que se debe considerar en la lucha contra la corrupción es combatir los mecanismos que favorecen la realización de dichas prácticas.

Una licitación coloca de un lado de la mesa a políticos y/o funcionarios públicos, y, del otro, a proveedores que se disputan entre sí el derecho de proveer el bien o el servicio pretendido. El modo como esa interacción es regulada, controlada y sujeta a escrutinio público es un factor determinante para una mayor o menor vulnerabilidad de la sociedad y la corrupción en este terreno[5].

2.5. La gestión de intereses: Lobbying[6]

Los enunciados sobre lobbying usan expresiones como «intervenir para influenciar», «ejercer presiones», «tratar de convencer», «intentar

---

Iniciativa Privada, algo excepcional en Paraguay; falta equidad : la empresa iniciadora originaria de Argentina, en caso de presentarse a la licitación tendría, por ley, la posibilidad de presentar un precio de un 8% más que el resto de las empresas, lo que, desde un principio hace que las otras posibles oferentes decidan no participan; falta de soberanía: las autoridades argentinas fueron las únicas consultadas, quedando fuera las paraguayas. Además, los beneficios para Paraguay no son claros: el gobierno estaría aumentando su deuda en 400 millones de dólares y no se cuenta con estudios que respalden el beneficio económico que esta nueva hidroeléctrica podría significar para Paraguay. Estas declaraciones de TP han llevado a crear debate: la sociedad paraguay ha protestado, el Parlamento Paraguayo ha exigido explicaciones al gobierno y de igual manera en el Parlamento paraguayo ha exigido explicaciones al gobierno y de igual manera en el Parlamento argentino lo ha pedido al suyo que aclare el tema». *Vid.* transpar@telesurf.compy

4 LOZANO, J./ MERINO, V. (cmps.), *La hora de la transparencia en América Latina*, Granica/CIEDLA, Buenos Airs, 1998, p. 132.

5 *Vid., op. cit.*, pp. 132 y ss.

6 En 1956, John Kennedy decía a sus representantes:
«Los lobbyists son en la mayoría de los casos técnicos expertos y capaces de explicar temas complejos y difíciles de una manera clara y comprensible. Sostienen diálogos personales con miembros del Congreso en los cuales explican en detalle la razón de las posiciones que defienden [...] preparan resúmenes, análisis de leyes, proyectos y memoranda para uso de los legisladores y de las comisiones. Son necesariamente maestros en sus temas y, de

neutralizar», «obtener una inflexión», coincidiendo en que es una actividad orientada a la persuasión de quienes ostentan alguna forma de poder público, encaminada a influir sobre sus decisiones.

Así, Frank FARNEL[7] define el lobbying como «una actividad consistente en proceder a intervenir para influenciar directa o indirectamente los procesos de elaboración, aplicación o interpretación de medidas legislativas, normas, reglamentos y, generalizando, de toda intervención o decisión de los poderes públicos».

El lobbying ha sido asimilado a los grupos de presión en tanto actúa sobre la opinión y los poderes públicos sin que sea un partido político, siendo para algunos la diferencia entre ambos que el partido político tiene por objeto la conquista del poder, mientras que el grupo de presión busca influir sobre quienes lo ostentan. Esta identificación con los grupos de presión es rechazada por quienes involucran en el presionar -como ejercicio de apremio o coacción- la práctica de un delito y prefieren considerarlo un «grupo de persuasión».

También se ha considerado al lobbyng como uno de los modos de la comunicación, olvidando que el lobbista difiere del comunicador porque su función no es informar sino utilizar la información como medio para obtener resultados específicos favorables a su cliente, actividad por la cual recibe un pago de honorarios. Tampoco entienden la función del lobbying quienes la generalizan extendiéndola a todo aquello que suponga defender un interés sectorial o particular.

El lobbista argentino Armando ALONSO[8] ha defendido que la única base sólida del lobbying es el conocimiento, descartando de él la fuerza

---

hecho, casi siempre proveen estadísticas útiles e información difícil de obtener. [...] hablan en nombre de los varios intereses económicos, comerciales y otros de tipo funcional de esta nación, sirven a un útil propósito y han asumido un importante papel en el proceso legislativo».
Cuando Kennedy dijo esto, la mayoría de los lobbies representaban intereses económicos, principalmente de empresas productoras y de sindicatos. Desde la década del 60 se expandieron hacia la promoción de otras causas favorecidos por la propia participación del gobierno federal en asuntos como derechos civiles, medio ambiente, la seguridad y protección del consumidor, el cuidado de la salud y otros. *Vid. Temas de Democracia, publicación electrónica del Servicio Informativo y cultural de Estados Unidos (USIS)*, vol. 3, Nº 2, junio de 1998, p. 61.

7 FARNEL, Frank J., *Le Lobbying*, Paris, Les Editions Organisation, 1994; cit por XIFRA, 2000, p. 23.

8 ALONSO PIÑEIRO, A., *El Quinto Poder: Teoría y práctica del loobying*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1992, 137; p. 35-37.

y la riqueza porque estas implican «la idea perturbadora de la posible corrupción o de la presión indebida». Conocimiento por parte de los operadores de la materia que se requiere transmitir y del sector sobre el que se desea influir. Este fundamento constituye -para ALONSO- la diferencia entre un lobbista y un negociador, el cual siempre tiene que estar dispuesto a ceder en algo para poder alcanzar su objetivo. El lobbista puede llegar a veces a concertar pero éste no es su campo específico, en cambio sí lo es (señala el autor), «la transmisión inteligente y persuasiva de conocimientos específicos sobre un tema determinado», con la cual le basta para hacer entender al legislador o al funcionario los efectos perjudiciales que un instrumento legal puede acarrear en determinados estamentos de la comunidad.

Desde el empresariado, el lobbying ha sido criticado por suponer «que la capacidad de ejercer influencia sobre decisiones oficiales puede reemplazar a la verdadera capacidad empresarial». Para tales críticos, este supuesto, que sirve de fundamento a la actividad, surge de la creencia en que «gestionar es más importante que trabajar», con lo cual se desvirtúa el acercamiento de la empresa a los poderes públicos al transformarlo solo en un medio para el ejercicio de influencias. Otras críticas, desde el mismo sector, toman en consideración los efectos de los lobbies sobre el desarrollo económico y los definen como «grupos de acción colectiva organizada que presionan sobre el gobierno para obtener ventajas para sí, como determinantes de estancamiento y de retroceso de los países». El modelo de Murray[9] pone en relación el mundo empresarial con los poderes públicos para medir la legitimidad del lobbying. Esta legitimidad se sustentaría en tres elementos:

a) El grado de congruencia o de conflicto existentes entre los valores defendidos por el mundo empresarial y los preconizados por los poderes públicos.

b) El nivel de distribución del poder y la capacidad respectiva de cada una de las dos partes de influir sobre la otra y de asumir una posición dominante en el proceso de toma de decisiones.

c) Como son percibidas por el cuerpo social las relaciones entre el mundo de los negocios y el de los poderes públicos, tal cual están determinadas por los dos factores anteriores El grado de legitimación del lobbying aumentará cuando haya más confluencia de valores, una

---

[9] XIFRA TRIADU, Jordi, *El loobying: Como influir eficazmente en las decisiones de las Instituciones pùblicas*, Barcelona, Gestión, 2000, 1998, 308, pp. 33-34.

posición dominante del mundo de los negocios sobre el gubernamental en la toma de decisiones y una percepción social positiva de estas relaciones negocios/poder político.

Sobre la nomenclatura, habría que decir que, debido a la peculiaridad de este procedimiento y a la dificultad de encontrar un término en español que refleje su contenido, se recomienda conservar el origen inglés de su denominación reservando, como lo sugiere Walter F. Carnota[10], los términos lobby para la oficina o agencia, lobbying para la actividad específica, lobbyist o lobbista para el agente, y lobbies como plural de la actividad.

2.6. La corrupción desde la mirada de la economía

Uno de los temas actuales y necesarios de análisis en la lucha contra la corrupción es el referido al tema del costo-beneficio de la corrupción. En ese sentido, lo importante es resaltar que para cierto sector de la doctrina la presencia de ciertas cuotas de corrupción hace que el funcionamiento de la administración pública logre su objetivo de ofrecer un servicio, y no se paralice. Lo cierto es que entendemos que dicha propuesta de trabajo, elaborada por los funcionalistas norteamericanos, no siempre recibe buenas críticas; por el contrario, se entiende que dichos «lubricantes» solo son paliativos que si no son controlados, pueden convertirse en mecanismos de funcionamiento institucionalizados[11].

Otro enfoque que entendemos debemos de considerar es el referido al fenómeno de la llamada economía informal y en donde dicho fenómeno lo podemos relacionar al alto costo de la legalidad[12], situación clara y evidente en el entorno de los países en desarrollo; siendo este el caso de este fenómeno en el que se admite la corrupción en sentido conceptual y como consecuencia de la mala economía de la ley frente a un sistema institucional excesivamente costoso[13]. No

---

[10] Carnota, Walter F., «La expansión de los «loobbies» en Estados Unidos y en Europa Occidental», en *El Derecho*, 8 de julio de 1991.

[11] Sánchez Girao, Mónica, «Caso Fujimori/Montesinos. Binomio de criminalidad organizada y corrupción: un quiebre de la democracia», en *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, p. 58.

[12] Ghersi, E., «El costo de la Legalidad», en *Estudios Públicos*, N° 30, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1998, pp. 83-110.

[13] Ghersi, E., «Economía de la Corrupción»Centro de la Divulgación del Conocimiento Económico, CEDIDE, Monografía 73, Caracas, Venezuela, pág. 12. www.cedico.org.ve/archivos/ghersi3.doc

podemos negar que existen centenares de millones de personas en los países en desarrollo a las que no les queda otro camino que el de ponerse al margen de la ley para desarrollar, fuera de ellas, sus actividades económicas y sociales. Lo evidente es que el alto costo de la ley los obliga a ponerse en esa situación. En tal sentido, ante la pregunta de si realmente los informales desean funcionar al margen de la ley, asumimos que la respuesta es negativa, pero lo cierto es que esa es la realidad y, en el caso peruano, ello significa un alto porcentaje que vive bajo dicha situación. Resulta evidente que se trata en su mayoría de gente pobre a la que el alto costo de la ley la ha empujado hacia la ilegalidad[14]. Así, podemos advertir que existen personas que por la calidad de las cosas que hacen (que ciertamente no se nos presentan como corruptos), en la lógica económica se corrompen para llevar a cabo aquella acción que está legalmente prohibida.

Desde luego, el alto costo de la legalidad no justifica dicho comportamiento; en tal sentido habría que preguntarse cuál es el costo social en ese mismo sector. Podemos entender que tales comportamientos desincentivan a la mediana y pequeña empresa, que son finalmente las que compiten con ese sector.

Es por ello que una de las propuestas que debemos considerar es la referida a la reducción del costo de la legalidad[15]como una herramienta para la lucha contra la corrupción y para fomentar la competitividad de las empresas en general. En ese juego de relaciones lo cierto es que no podemos soslayar el hecho de que en no pocos casos las empresas legítimamente creadas y que funcionan bajo los lineamientos legales, se suelen enfrentar a empresas que se mueven bajo el manto de la ilegalidad, y en ese juego de competencias muchas veces las legales son las que pierden.

2.7. En el camino de la globalización

Desde hace ya algunos años se viene hablando con cierta naturalidad de la globalización, entendiendo este fenómeno como la

---

[14] DE SOTO, H. /GHERSI, E. / GHIBELINI, M., *El otro sendero*, El Barranco, Lima, 1986.

[15] En ese sentido y profundizando en el tema el trabajo de: *Vid.* GHERSI. E., *Economía de la Corrupción*, Centro de Divulgación del conocimiento Económico, CEDIDE, Caracas, Monografía 73, WWW.CEDIDE.org.ve/archivos/ghersi3.doc

inexorable integración de los mercados, de los estados-naciones y de las tecnologías a un nivel nunca antes visto, de forma que permite a las personas, a las empresas y a los estados-naciones llegar a los sectores más apartados de una forma más rápida y profunda, tal como nunca antes las personas, las empresas y los países habían llegado.

La globalización es un proceso en permanente movimiento. Si pudiera hablarse de ella como un logro, como el resultado de un proceso, la situación social, económica y política habría de caracterizarse por su completa universalidad, por una absoluta generalización que significaría una plena igualdad de oportunidades para todos los habitantes de la «aldea global». Sin embargo, estamos aún muy lejos de llegar a ese punto. Los continuos procesos de integración se manifiestan en torno a diversos núcleos regionales o a determinadas tecnologías[16].

El entendimiento de la globalización como un proceso que evoluciona, y que es parte integrante en la actualidad de los propios convenios internacionales, nos hace pensar por ejemplo en la Convención Interamericana contra la Corrupción. En su Preámbulo, se señala que unos de los medios para combatir la corrupción en nuestros países es crear conciencia y estar convencidos de la gravedad del problema; además, se dice que por causa de la globalización la corrupción trasciende las fronterasl, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente[17].

Por su parte, la Convención de Lucha contra la Corrupción de las Naciones Unidas, documento novedoso e importante, expresa en su Preámbulo la convicción de que la corrupción ha dejado de ser un problema nacional para convertirse en un problema internacional. Lo cierto es que se ha vuelto un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace necesaria una mayor cooperación internacional[18].

---

16 Fabián, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 29.

17 Convención Interamericana contra la Corrupción, edición oficial-Ministerio de Justicia del Perú, Resolución Legislativa Nº 26757, p. 6.

18 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en *Vid.* Sánchez Girao, Mónica, *Manual para Funcionarios Públicos y ciudadanos: La Corrupción en el Perú: Tratamiento de la Corrupción y de la Transparencia: Manifestaciones y Mecanismos de Control, Comisión Nacional Anticorrupción*, Lima, 2005, p. 117.

2.8. La corrupción en el contexto de la globalización

La progresiva interconexión política y económica genera grandes ventajas, pero también acarrea problemas de importancia. En este marco, la corrupción trasciende las fronteras, se internacionaliza y crece de forma paralela a como lo hacen el comercio y la ampliación de los cauces financieros.

La internacionalización de las conductas corruptas ha generado, a su vez, una cadena de hipótesis delictivas relacionadas con la transferencia de fondos necesarios para comprar voluntades. De este modo, con frecuencia se utilizan terceros países que sean especialmente condescendientes con el dinero negro -por lo general, paraísos fiscales- para la constitución de fondos ajenos a toda legalidad contable, destinados al pago de sobornos. Producido este previo ocultamiento, se practican tales pagos, iniciándose así el proceso complementario de blanqueo de activos.

Con todo, y aunque resulte paradójico, la apertura internacional también puede ayudar a luchar más eficazmente contra la corrupción en cada país, así como obtener mayores espacios de intercambio en todos los niveles de relación, al tiempo que permite identificar con más facilidad los lugares que gozan de niveles más altos de seguridad y transparencia. En la actualidad, en el caso peruano la cooperación por parte de los estados en la apertura de vías para el rastreo y la identificación de las cuentas en los denominados paraísos fiscales viene siendo de mucha utilidad para la recuperación de activos provenientes de la red de corrupción de la década pasada.

En este contexto, se ha valorado muy especialmente el gran desarrollo de la revolución informática y, especialmente, del Internet, instrumento que permite a los ciudadanos un fácil acceso a la información, reduciendo con ello el riesgo de concentración de poder y facilitando la democracia participativa. La incorporación de datos relativos a la gestión pública permite a los usuarios conocer mucho más de cerca la administración pública y su funcionamiento, limitando sus potenciales abusos e impidiendo que los funcionarios eliminen las huellas de sus conductas ilícitas. Desde luego, esta es una propuesta de trabajo que se debe considerar dentro del Proyecto de Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción.

Por ello, en la era de la globalización, los Estados que se preocupen por sus variables macroeconómicas deberán cuidar sus espacios de

corrupción, adoptando medidas para controlarla. Sin embargo, para ello deberán atender a las nuevas realidades tecnológicas que los propios actores de la corrupción también utilizan en esta época.

2.9. La corrupción en el sector de las empresas privadas: su actual presencia como respuesta del mundo globalizado

En la actualidad, la corrupción de las empresas privadas es un fenómeno que se ha convertido en uno de los mayores problemas con los cuales los países tienen que enfrentar. El mundo globalizado en el que nos encontramos nos permite darnos cuenta de la importancia que vienen ganando las empresas multinacionales en el mercado económico y de sus vínculos con la corrupción.

La corrupción de funcionarios públicos es explícita e implícitamente ilegal en cualquier país que tenga un sistema legal, y por eso no debería ser una opción abierta para ninguna empresa nacional o extranjera del sector privado. Los directores de las empresas tienen la responsabilidad específica de asegurarse de que la empresa acate las leyes. Muchas empresas, particularmente aquellas que están involucradas en negocios internacionales, tienen sus propios códigos de conducta, que en la mayoría de los casos incluyen cláusulas en contra de la corrupción.

Cuando existen estos códigos, es importante que los mismos se hagan cumplir, si no se desea que todas las reglas internas sean vistas como laxas. La aceptación interna de la práctica de sobornar puede conducir a un balance falseado, a falsas declaraciones de impuestos y a «comisiones» para el personal de la empresa.

II
Delito de colusión desleal

1. De la discusión y diseño a nivel constitucional

1.1. Del cuestionamiento al elemento típico patrimonial

Con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el fiscal de la Nación, contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal, la disposición legal cuestionada establecía que:

«Artículo 1 de la Ley N° 29703 en el extremo que modifica los artículos 384 del Código Penal (colusión)

Modifícanse los artículos (...) 384 (...) del Código Penal, con los textos siguientes:

(...) Artículo 384. Colusión

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

El Fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29703, la que modificó el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública. Asimismo, solicita que una vez que se declare fundada la demanda se emita sentencia interpretativa-manipulativa reductora suprimiendo la frase «patrimonialmente» del delito de colusión.

Alega que la disposición impugnada contraviene los artículos 3 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción,

como parte del bloque de constitucionalidad de los artículos 43, 44 y 76 de la Constitución. En este sentido, sostiene que los referidos tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, señala que en la sentencia recaída en el Exp. N° 019-2005-PI el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción en el sentido de que «*la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos*». Sostiene que los referidos tratados internacionales constituyen normas interpuestas del artículo 44 de la Constitución Política en tanto que hacen posible la efectividad del bienestar general a través de la sanción de los actos de corrupción que podrían socavarla. También ha señalado que las normas contenidas en los referidos tratados internacionales son normas interpuestas del artículo 43 de la Constitución Política, en la medida que establecen los parámetros generales de carácter internacional de determinación de los actos de corrupción que contravienen las reglas de un Democrático de Derecho y por consiguiente lo ponen en peligro.

A su vez, señala que las referidas normas internacionales constituyen normas interpuestas del artículo 76 de la Constitución: «Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades».

Al respecto, señala que el Tribunal Constitucional ha considerado que la función de esta disposición constitucional es determinar y a su vez garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento especial que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y trato justo e igualitario a los potenciales proveedores (Exp. N° 020-2003-AI). Así, la contravención a los principios que se tienden a proteger en las adquisiciones del Estado (transparencia, imparcialidad, libre competencia, trato justo e igualitario) no precisa

de un perjuicio patrimonial al Estado. En ese sentido, alega que los referidos tratados internacionales contienen normas de desarrollo constitucional en la medida que establecen que no es requisito indispensable el perjuicio patrimonial para la configuración de los delitos de corrupción, entre ellos, colusión (artículo 384 del Código Penal). Además, la parte demandante afirma que la lucha contra la corrupción constituye un mandato constitucional que se desprende los artículos 39 y 41 de la Constitución, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la resolución de fincha 23 de abril de 2007, recaída en el Exp. N° 006-2006-PC.

Por otro lado, el Profesor Yvan MONTOYA VIVANCO destaca que son tres son las modificaciones que se han producido en la redacción de este tipo penal. En primer lugar, se aprecia una simplificación del elemento contextual. Como se sabe, la concertación fraudulenta que sanciona el delito de colusión no se produce en cualquier circunstancia sino en el contexto de un proceso de provisión o asignación de bienes o servicios para o desde el Estado u operaciones semejantes. El tipo penal derogado presentaba una lista amplia de modalidades de contratación estatal (contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios y cualquier otra operación semejante), las que permitían entender a esta contratación como un proceso que podía comprender desde las fases inmediatamente previas a la contratación pública (por ejemplo, el momento del requerimiento del servicio por la Unidad de Logística de una determinada entidad estatal) hasta las fases finales relacionadas con la ejecución o liquidación del contrato público. La reforma simplifica este elemento contextual con la expresión «en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos». En nuestra consideración esta simplificación no debería llevar a un cambio en la comprensión del elemento contextual como un proceso. En efecto, la expresión permite entender que se trata de actos de concertación fraudulenta que puede realizarse en alguna fase del proceso de contratación o negocios con el Estado.

En segundo lugar, la reforma del delito de colusión ha eliminado, respecto de la redacción anterior, la fórmula que denotaba los actos en los cuales la concertación fraudulenta se podría concretar (convenios, ajustes, liquidaciones o suministros). Esta fórmula reforzaba la comprensión del elemento contextual en el sentido de un proceso, tal como lo hemos mencionado en el párrafo anterior. Ello en razón que se

hacía alusión no sólo a los convenios sino a los ajustes, liquidaciones o suministros, es decir, a actos relacionados con la ejecución o liquidación del contrato público. La supresión de este aspecto del tipo penal podría permitir interpretar, equivocadamente, que la concertación fraudulenta sólo puede producirse al momento de la suscripción del contrato público y en dicho documento, dejando fuera del tipo penal concertaciones fraudulentas ocurridas con anterioridad al contrato público (al momento del requerimiento por ejemplo) o con posterioridad al mismo (por ejemplo al momento de las liquidaciones).

Reiteramos que tales interpretaciones resultarían inaceptables porque vaciarían de contenido al delito de colusión desleal y porque la redacción del tipo penal actual permite todavía una interpretación más amplia.

Finalmente, la actual figura de colusión añade un nuevo elemento al resultado defraudatorio que se describía en el tipo penal derogado. Este debe ser ahora una defraudación *patrimonial*. Algunos críticos a la reforma indican que este elemento adicional exigiría que se demuestre la existencia de una lesión efectiva al patrimonio del Estado, de tal manera que si éste no se produce, el comportamiento colusorio sería impune o, en el mejor de los casos, sólo podría ser sancionado como una forma de tentativa. A pesar que este elemento adicional podría entenderse en dicho sentido, con el consiguiente riesgo de obstaculizar la persecución penal de este delito, nosotros consideramos que ésta posibilidad interpretativa ha estado presente con la redacción derogada. En efecto, la jurisprudencia penal con relación al término «defraudación al Estado» ha oscilado entre tres significados posibles: i) lesión efectiva del patrimonio, ii) peligro concreto de lesión al patrimonio del Estado (especialmente la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de fecha 22 de julio de 2004 –recurso de nulidad N° 1480-2003–) y iii) concertación fraudulenta como conducta abstractamente peligrosa.

En su concepto, el elemento adicional (defraudación patrimonial) no ha fijado el sentido interpretativo del tipo penal. Este debería ser definido próximamente por la Corte Suprema de la República a través de un acuerdo plenario. Consideramos que un sentido ponderado de este término debería respetar, tanto su comprensión común como las garantías del principio de lesividad. Desde estos presupuestos, la defraudación patrimonial del Estado debería entenderse como una

conducta (concertación con los interesados) que ponga en peligro o, al menos, sea idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido, es decir, el patrimonio administrado por el Estado. No se requiere, a mi juicio, acreditar una lesión efectiva de dicho patrimonio[1].

1.2. Análisis constitucional del elemento patrimonial

La demanda cuestiona que la ley impugnada en la parte que se refiere al delito de colusión haga referencia expresa a que la defraudación deba tener carácter patrimonial.

El funcionario o servidor público que (...) mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley...» (subrayado agregado).

Conforme a la redacción de la disposición en la versión anterior a la modificación cuestionada, así como en la que la reemplazó, el tipo penal no preveía dicho vocablo. Así, mientras la versión anterior a la modificatoria en cuestión establecía:

> «El funcionario o servidor público que (...) defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados».

La modificatoria posterior a la ley impugnada, ha previsto la configuración de los actos de corrupción a través de dos párrafos. En el primero ya no está previsto el vocablo patrimonialmente» introduciendo con una distinta redacción la idea primigenia:

> «El funcionado o servidor público que (...) concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)».

Dicha modificatoria en el segundo párrafo incluye nuevamente el término patrimonialmente para supuestos previstos con una mayor sanción penal:

> «El funcionario o servidor público que (...) mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)».

La disposición contenida en la Ley N° 29703 es cuestionada por considerar inconstitucional la exigencia de perjuicio patrimonial que de ella se deriva. Al respecto, este Tribunal considera imperativo hacer

---

1 «Breves Comentarios a la Reforma de los Delitos contra la Administración Pública», Proyecto Anticorrupción - IDEHPUCP.

notar que mientras la disposición cuestionada prescribe textualmente «defraudare patrimonialmente", el sentido interpretativo propuesto por la parte demandante sugiere que ello implica necesariamente un perjuicio patrimonial, aspecto que –de manera previa a valorar la constitucionalidad de la disposición– merece alguna reflexión por parte del Tribunal Constitucional.

Como se sabe, una misma disposición legal puede, por lo general ser interpretada válidamente de diversas maneras, lo que ha llevado a este Tribunal a distinguir entre disposición y norma, siendo la primera el enunciado legal y la segunda, el sentido interpretativo (Exp. N° 0I 0-2010-AI, fundamento 34). No corresponde a este Tribunal, en principio, determinar cuál es la mejor interpretación de la norma legal, siendo ello competencia de la justicia ordinaria y de la doctrina penal. Sin embarg, sí le es posible advertir cuándo estamos ante una interpretación de la norma penal que resulta inconstitucional. En el ámbito de la aplicación de las normas penales –como ya ha sido referido– será la protección de un bien constitucional lo que autoriza la restricción de la libertad personal a través de la persecución penal. De este modo, resultará contrario a la Constitución poner en funcionamiento la persecución penal sin que ello se vea reflejado en la protección de bienes constitucionales.

El Tribunal Constitucional, conforme a lo advertido líneas arriba sobre los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de colusión ilegal, reitera que de modo genérico los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39° de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de «buena administración», a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico los principios constitucionales que rigen la contratación pública (imparcialidad y trato igualitario a los postores). En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública.

A su vez no debe perderse de vista el hecho de que el legislador al momento de decidir si recurre a la sanción penal para combatir actos de corrupción tiene ante sí no solo principios constitucionales a ser protegidos como el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que dicha necesidad de represión de actos de corrupción viene reforzada desde la Constitución (ver *supra* fundamentos N° 16 y 17).

En este orden de ideas, en cuanto al término «defraudar», éste ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial. (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la Administración Pública*, Palestra, Lima, 2003, p. 313). En efecto, si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial. Al respecto, resulta sintomático que un sector de la doctrina penal haya entendido el término «defraudación» en otros ámbitos como el de la defraudación tributaria en términos distintos a los de perjuicio patrimonial (Cfr. QUERALT, Joan, *Derecho Penal español. Parte Especial*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1987, p. 349; MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 549.

Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término «patrimonialmente» puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual: «*Para la aplicación de la*

Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado».

En este contexto, la pretensión postulada por la parte demandante en el sentido de cuestionar la modificatoria del artículo 384 del Código Penal resulta atendible, y en tal sentido debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término «patrimonialmente», a fin de -sin alterar en lo sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislador- orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública.

Es pertinente precisar que en el presente caso el control constitucional constituye un caso atípico en el que la ley cuestionada tuvo vigencia muy breve, la misma que habiendo sido publicada el 10 de junio de 2011 fue reemplazada por una nueva ley del 21 de julio del mismo año, que elimina el vocablo «patrimonialmente» del supuesto básico y que lo incluye únicamente en el supuesto agravado. De manera tal que la decisión del Colegiado Supremo contenida en la presente sentencia está confirmando una decisión ya adoptada por el legislador.

Finalmente, en relación a los efectos de la presente sentencia, el Supremo Intérprete de la Constitución estableció que: Si bien el control constitucional de normas legales que han sido derogadas pero producen efectos no resulta inusual en la jurisprudencia constitucional, es preciso que este Tribunal Constitucional despeje cualquier duda que pudiera surgir en los operadores judiciales sobre los efectos de la presente sentencia. Como se sabe: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley (...)». A su vez, ello se ve complementado por la retroactividad benigna de la ley penal. Desde luego, ello está sujeto a que la norma cuya aplicación se solicita sea válida, conforme se dijo en el fundamento 52 de la STC N° 00019-2005-P1/TC, «la retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos». En consecuencia, conforme a lo dispuesto en la presente sentencia, cuando, en el marco de un proceso penal resulte de aplicación el artículo 384° del Código Penal en su versión modificada por Ley N° 29703, los jueces

del Poder Judicial podrán apirear dicha disposición siempre que -conforme a lo previsto en la presente sentencia- no se incluya el término «patrimonialmente» en dicho texto normativo.

2. Discusión y ausencia de consenso sobre los elementos típicos y alcances del delito de colusión desleal

Los señores Jueces Supremos, con motivo de los acuerdos plenarios del año 2009, abordaron el delito de colusión, sin embargo, dicha discusión no arribó a un acuerdo; empero, a efectos interpretativos y desde una perspectiva acorde a los principios que inspiran el Derecho penal, exponen los siguientes criterios interpretativos.

2.1. Antecedentes

a.- Las Salas Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencial penal.

b.- En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el delito de colusión: artículo 384 del Código Penal -en adelante, CP-. En ellas se advierten, por lo menos, dos líneas jurisprudenciales contradictorias en orden a la naturaleza jurídica del delito de colusión ilegal que es del caso unificar. De un lado, la necesidad de que la conducta delictiva importe un perjuicio efectivo al Estado o entidad u organismo del Estado, acreditado debidamente (Ejecutorias Supremas número 1070-2004/Lima, del 20 de mayo de 2005, y 3136-2004/Lima, del 14 de enero de 2005). Y, de otro lado, la consideración que sólo se requiere un perjuicio potencial, tendencialmente idóneo para afectar al Estado o entidad u organismo del Estado (Ejecutorias Suprema número 1404-2004/Cusco, del 17 de febrero de 2005, y 3250-2005/Ayacucho, del 3 de febrero de 2006).

c.- La aproximación que a ello se realiza no sólo se circunscribe a la contraposición de tesis divergentes a nivel teórico -doctrinalmente irreconciliables-, sino que la pertenencia de su estudio se efectúa,

además desde una óptica procesal penal, esto es, a partir del desarrollo progresivo del *thema probandum* revestido bajo los alcances del hecho punible de colusión desleal, y en este orden de ideas, concordarlo con la efectivización del derecho de defensa ejercitada por los sujetos procesales. Adelantamos que los ítems esbozados no han sido tratados integralmente por parte de la doctrina, más inclinada a considerar aspectos netamente teóricos, sin un referente empírico *–acorde con la idea básica de que un litigio surge de ciertos hechos y se basa en ellos–*, esto es, a espaldas de cómo se gesta y construyen nuestros procesos penales en torno al delito de colusión desleal, contrario a ello reparamos en el desenvolvimiento de la pretensión punitiva del delito sub examine.

d.- En esta línea argumental, adelantamos, a modo de ejemplo, que, en varios procesos penales –los construidos, por ejemplo, a partir de las licitaciones y contrataciones celebrados por la Caja de Pensiones Militar Policial con privados– fueron gravitantes las pericias de valorización evacuados por la CONATA, que arrojaron sobrevalorización de los precios de los bienes, y por ende, un perjuicio patrimonial para el «Estado», proposiciones empíricas que conllevaron la instauración de procesos penales, y cuya refutación por los sujetos procesales se centró en rebatir dicha sobrevalorización, por ejemplo, mediante pericias emanadas por los órganos jurisdiccionales y de parte. Ante dicho panorama de litigación, devendría en arbitrario sacar de la discusión procesal penal el perjuicio patrimonial, verbigracia por sobrevalorización, bajo un prurito teórico, de espaldas a nuestra realidad procesal penal, más aún, si dicha extracción unilateral implica colateralmente una grave afectación al derecho de defensa, por cuanto su ejercitación focalizada en rebatir un desmedro patrimonial, no resultó gravitante para la resolución del proceso penal.

e.- La argumentación de las posiciones en colisión han sido recogidas jurisprudencialmente de la siguiente forma:

EXIGENCIA PROBATORIA ESTABLECIDA RESPECTO A UNA IMPUTACIÓN POR DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL FIJADA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:	
Necesaria acreditación del elemento perjuicio patrimonial en contra del Estado u organismo a través de la prueba pericial:	No necesariedad de acreditación del elemento perjuicio patrimonial en contra del Estado u organismo a través de la prueba pericial:

Ejecutoria Suprema N° 1402-2002 del 04 de Julio del 2002 se señala: «[...] Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384 del Código Penal, contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros... siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, **que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas entre otras**». (Ver en Fidel Rojas Vargas: «Delitos contra Administración Pública. Editora Jurídica Grijley. Edición 2007. Pág. 416.)	La **Ejecutoria Suprema** del 22 de Julio del 2004 recaída en el **R.N. N° 1480-2003** establece que: «[...] propiamente, **la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial –potencial o real– para la administración**».
Ejecutoria Suprema 5305-2006 de fecha 26 de Marzo del 2008 ha establecido en su Quinto Considerando lo siguiente: «(...) para este tipo de delitos (contra la administración pública) constituye ya una orientación o lineamiento jurisprudencial definido, el hecho de considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación de la pericia valorativa porque permite determinar: I) la existencia de los bienes; II) posibilita apreciar el destino de los mismos; y III) permite establecer diferencias entre lo que ha ingresado con las salidas; y pues **si la pericia técnica no arroja el perjuicio económico para los intereses patrimoniales no estará acreditado el delito**».	La **Ejecutoria Suprema** emitida en el R.N. N° 1296-2007 –Segunda Sala Penal Transitoria del 12 de Diciembre del 2007 establece que «[...] la defraudación–, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación –que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico– con el eventual resultado. Asimismo tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la **producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos**»..

Ejecutoria Suprema 3342-2003 de fecha 10 de Noviembre del 2004 ha establecido en su considerando tercero: «Que el tipo penal exige que se produzca la defraudación de los intereses del Estado a través de la concertación, la que puede realizarse mediante diversas modalidades confabulatorias, pactos ilícitos o arreglos en perjuicio de los intereses estatales, **lo cual debe reflejarse en un perjuicio económico (...) obra el hallazgo de auditoría, este resulta ser genérico mas no técnicamente determinado»**	La **Ejecutoria Suprema R.N. 1464-2004** de fecha 17 de Febrero del 2005 ha establecido en el considerando quinto: «El núcleo rector del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por este, mediante concertación con los interesados (...) en el fraude se manifiesta el «Perjuicio patrimonial» potencial o real para la administración. No puede haber «fraude» si este perjuicio no formara parte de la concertación por más que sea indebida. **Pero esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume. El tipo penal mismo dice que ese «fraude» debe consistir en la concertación ilegal misma; es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar** económicamente a la administración pública».
Ejecutoria Suprema 2742-2006 de fecha 15 de Enero del 2008 ha establecido en el considerando cuarto que: **«aun más cuando no se ha probado el desmedro patrimonial, el cual en un inicio sirvió como base de imputación a esta conducta delictiva»**	

EXIGENCIAS PROBATORIAS ESTABLECIDAS RESPECTO A UNA IMPUTACIÓN POR DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL FIJADA POR LAS FISCALÍAS SUPERIORES ANTICORRUPCIÓN Y LAS SALAS PENALES ANTICORRUPCIÓN: NECESARIA ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO AL ESTADO VÍA PRUEBA PERICIAL.

***EN EL CASO DE LA CAJA DE PENSIONES MILITAR POLICIAL - EXP. 04-2004.- De la Resolución de fecha 14.09.2009 mediante la cual la Primera Sala Penal Especial aprobó el Retiro de la Acusación solicitada por la Primera Fiscalía Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios se desprende:**

1. POSICIÓN DE LA PRIMERA FISCALÍA PENAL SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS.-	
Retira Acusación por delito de Colusión Desleal tras reconocer no haberse acreditado perjuicio patrimonial en contra del Estado, pese a tenerse por hecho probado el direccionamiento de la buena pro a determinadas empresas favorecidas.	«... 10.- (...) se ha llegado a determinar la vinculación de los funcionarios de la CAJA, entre sí y su relación con la familia o grupo Venero, quienes resultaban favorecidos con los contratos de las obras otorgadas por la CAJA, a su empresa, Corporación Oeste, o empresas que eran contactadas para participar, como Constructora ELUC y WAIT SAC, sin embargo, no se ha llegado a probar el perjuicio económico material o potencial (...). Que en consecuencia no se ha probado la responsabilidad penal en los procesados Vladimiro Montesinos Torres, César Enrique Victorio Olivares, David Moisés Mendoza Nieto, Kenny Dante Valverde Mejía, César Humberto Chávez Jones, Víctor Manuel Barrenechea Del Pozo, Luis Venero Garrido, Wilfredo Venero Garrido, Juan Silvio Valencia Rosas, David Jesús Castilla Martínez, Néstor Alexander Rojas Godínez, Ricardo Walter Mendoza Nieto y Evaristo Luciano Cárdenas Pillaca, por el delito de Colusión Ilegal investigado, siendo pertinente el Retiro de la Acusación Fiscal, solicitando por ende, al Colegiado, el archivo de la presente causa».
2. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL SUB-SISTEMA JUDICIAL ANTICORRUPCIÓN: C2.1. La imputación de un delito de Colusión debe importar como sustento fáctico una Defraudación con perjuicio patrimonial.	«... a.- El elemento «defraudación» tiene un carácter patrimonial. Cesar San Martín Castro señala al respecto «La conducta defraudatoria está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal; incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. (...). Ese es el ámbito de la conducta colusoria de claro contenido económico y compromiso de fondos públicos; consecuentemente, están al margen del tipo penal toda conducta colusoria mediante concierto que no importe tal contenido y compromiso [se cita Sentencia de la Sala Penal Especial de fecha 3 de Agosto del 2005 recaída en el Exp. 25-2003-A.V. -Caso Saucedo Sánchez.] ...»

2.2. La imputación de un delito de Colusión debe importar como sustento fáctico el que las empresas supuestamente favorecidas no hayan ejecutado la prestación a las hayan ejecutado defectuosamente.	**«... Del análisis de estas contrataciones,** esta Sala Penal coincide con las conclusiones presentadas por el Ministerio Público, en el sentido de no haberse acreditado la existencia de un perjuicio a la Caja de Pensiones Militar Policial ni efectivo ni potencial, en tanto que **las obras se cumplieron ...»** «... A mayor abundamiento de las actas de conformidad citadas y no cuestionadas por la parte civil y la declaración del Colaborador Moisés David Mendoza Nieto dada en la sesión trece de fecha 29 de Abril del 2008, se puede constatar que las obras no solo se cumplieron sino que fueron recibidas en conformidad por la parte contratante, no advirtiéndose indicios de que el servicio prestado fue inidóneo ...».
2.3. La imputación de un delito de Colusión debe importar como sustento probatorio una pericia que determine la sobre-valoración de las especies adquiridas.	**«... con la nueva prueba producida en el acto oral, como es la pericia** (...) suscrita por las peritos Ana Alvarado Milla y Enma Dora Ausejo Caraza (...) **se ha determinado que no hubo sobrevaloración de precios, sosteniendo las peritos que no se ha podido establecer el monto defraudado ...»**
2.4. La imputación de un delito de Colusión debe importar como sustento probatorio una pericia que determine que las mismas especies adquiridas pudieron haber sido adquiridas a menor costo o con mayores ventajas.	«... Conforme se ha sostenido en líneas precedentes la provocación de un posible perjuicio debe ser explicado en términos económicos, es decir, es necesario acreditar que en el momento de la contratación la Administración de la Caja de Pensiones Militar Policial pudo haber adquirido de manera segura y regular el mismo servicio en mejores ventajas al haber tenido a su disposición alternativas menos gravosas o claramente más ventajosas y las despreció sin justificación razonable, lo que evidentemente no ha ocurrido en autos al no haberse acreditado la existencia real de esas mejores ventajas y alternativas ...».
2.5. Para imputar delito de Colusión no es suficiente atribuir la vulneración de determinadas normas administrativas sino que es necesario acreditar vía	«... Conforme se ha señalado la sola omisión de trámites como fue la convocatoria de tres postores no es suficiente para acreditar el «perjuicio potencial», pues este exige probar que efectiva-

pericial que en el contexto temporal de la adquisición cuestionada se pudo acceder a la misma adquisición a través de otras empresas del mercado en mejores condiciones que las de las empresas supuestamente favorecidas.	mente pudieron existir en el mercado otras entidades que ofrecían servicios más idóneos y a menores precios y que estas no fueron consideradas con el fin de favorecer a la empresa citada, situación que tampoco se acreditado y muy por lo contrario las peritos contables sostienen que en los Registros del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) no están registrados los servicios complementarios como son los contratados a la empresa Constructora ELUC S.R.L. que permitan realizar una comparación de precios y calidad con los del mercado de aquella época ...».

2.2. Fundamentos jurídicos

a.- El artículo 384 CP, modificado por la Ley número 26713, prevé el delito de colusión. Este tipo legal está regulado en la Sección Segunda «Concusión» del Capítulo Segundo «Delitos cometidos por funcionario públicos» del Título XVIII «Delitos contra la Administración Pública» del Libro Segundo «Parte Especial - Delitos» del Código Penal.

Prescribe la citada norma que: «*El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesadas en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido...*».

b.- El delito de colusión, como todos los que están recogidos en el citado Título XVIII de la Sección Segunda del Libro Segundo del Código Penal, tiene como objeto genérico o común de protección -el bien o interés jurídico atacado- el buen o correcto funcionamiento de la Administración Pública, de las distintas actividades públicas, en el marco de una Administración sometida al Derecho y a los principios constitucionales que ordenan su funcionamiento [MORALES PRAT, Fermín / RODRÍGUEZ PUERTA, Oscar, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1163].

El objeto jurídico específico es la regularidad de la actuación del funcionario público en la disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública -en un negocio jurídico de contenido económico-.

Así, siendo una premisa no controvertida del delito de colusión su presupuesto fáctico de lesividad al patrimonio del Estado, tal connotación económica del mismo la diferencia de otras figuras penales evitando la verificación de situaciones anómalas de concursos aparentes y/o riesgos de sobre criminalización. En tal sentido, predicar la suficiencia de la probabilidad o de mero peligro de un perjuicio para imputar el delito de colusión desleal importa en buena cuenta sustraer el elemento perjuicio patrimonial efectivo y real para adelantar la barrera de punibilidad. El adelantamiento de la barrera de punibilidad en contextos de contratación del Estado sustrayendo el elemento perjuicio concreto supone la introducción de otros reproches sustancialmente ajenos al objeto de protección del tipo penal en referencia, haciendo prevalecer otros fines tales como por ejemplo la búsqueda de un respeto efectivo a la competencia de las empresas postoras o de neutralizar la predisposición de favorecimiento a determinadas empresas independientemente de su móvil crematístico o no, sustratos estos últimos propios de **un delito de negociación incompatible con el cargo**, mas no de un delito de defraudación patrimonial como lo constituye el de colusión desleal.

c.- Entre las características fundamentales que definen la naturaleza jurídica y funcionalidad procesal del delito de colusión identificamos:

c.1.- Es un delito especial propio. El círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial. El tipo legal exige una relación funcional específica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en la **negociación** de contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir. No necesariamente el funcionario público –en el sentido fijado por el artículo 425 CP, modificado por la Ley Número 26713– ha de pertenecer al Estado o entidad u organismo del Estado objeto de defraudación mediante concierto. Basta que intervenga en razón de su cargo o en virtud de una comisión especial –por delegación normativa o de otro orden–, y debe presentarse una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva a cabo. **En consecuencia, no resulta plausible la instauración de procesos**

penales bajo proposiciones fácticas circunscritas en la mera celebración o regularización de documentación, dotar de visos de legalidad o de comportamientos verificados en la etapa de ejecución de los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante.

c.2.- La colusión es un delito de participación necesaria – concretamente de encuentro– que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*. Ésta demanda que el agente público –el *intraneus*– se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicada en un contrato o acto –los interesados– que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública –ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica–.

El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la «privatización» de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares [REYNA ALFARO, Luis Miguel, «Estructura típica del delito de colusión», *Actualidad Jurídica*, 130, 2004, p. 69]. **En este orden de ideas, no resulta plausible la instauración de procesos penales sin la presencia del particular y con la respectiva fijación de la base fáctica que dé cuenta de la concertación entre ambos sujetos; acorde a ello, tampoco, cabe pretender incorporar al particular recién en la sentencia, ordenando la remisión de copias al Ministerio Público para que se investigue.**

c.3.- Es un delito **cuya construcción no debe girar en la mera constatación o verificación de irregularidades en la negociación de contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, sino, que a partir de la casuística necesariamente se requiere se produzca un perjuicio patrimonial efectivo al Estado o entidad u organismo del Estado;** en esta línea argumental, un aspecto vital del proceso penal por delito de colusión, en orden a su debida acreditación, es la necesidad de una prueba pericial, que acredite meridianamente la configuración del injusto típico. La actividad pericial puede estar desarrollada ya en el Informe Especial de la Contraloría General de la República –de haberse observado en su gestación los necesarios espacios para incorporar los contra argumentos de los investigados– o pericias oficiales de otras instituciones públicas –pericias institucionales– o nombrados por el

órgano jurisdiccional según las disposiciones legales vigentes; en este orden de ideas, pueden ordenarse pericias contables, financieras, económicas, de tasación, mecánicas, grafo técnicas, etcétera. La exacta definición del ámbito técnico que debe cubrir la pericia –su idoneidad y utilidad– estará determinada por las características y naturaleza del objeto o punto materia de dilucidación, en el que incida la conducta colusoria objeto de imputación.

En ese orden de ideas, cierto es, que este presupuesto fáctico sólo puede tener una expresión concreta y no hipotética. Una expresión hipotética es inimaginable en un tipo penal cuyo injusto encierra todas aquellos supuestos de afectación al Estado en su dimensión patrimonial circunscritos a un contexto de contratación con éste. En efecto, una expresión hipotética o de mero peligro es imposible en estos contextos fácticos, dado que un peligro potencial es inconmensurable, no aprehensible y contradice la nota definitoria del delito de colusión, cual es la identificación y cuantificación de lo que el Estado ha tenido como daño real producido o perjuicio concreto dejado de percibir, al haber contratado con determinada empresa y no con otra. Una expresión hipotética es incompatible con la idoneidad de las pericias destinadas precisamente a determinar y cuantificar ambas posibilidades de perjuicio.

c.4.- La defraudación consiste en la realización de maniobras que, por lo general, tienen un carácter clandestino –subrepticio o simulado– o están destinados a presentar una operación con visos de legalidad o con apariencia de actitudes legítimas, distintos a aquellos actos ex post, como los destinados a la regularización, ajuste y encubrimiento de los actos colusorios. Desde esta perspectiva el funcionario público debe quebrantar las obligaciones inherentes al cargo o comisión que desempeña, asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses económicos de la Administración Pública. Dado la característica definitoria de la defraudación, esto es, subrepticia o de carácter oculta, **deviene en un concepto derivado** –salvo casos excepcionales de prueba documental (videos)– cuya construcción en sus diferentes modalidades confabulatorias, pueden concretarse en la formulación de precios simulados –sobrevaluados o subvaluados–, en la admisión de calidades inferiores a las requeribles por los productos o servicios pactados, todas estas, solventada por la respectiva prueba pericial.

3. Estructura típica del delito de colusión desleal

La composición típica de colusión desleal se determina mediante el examen dogmático jurídico del artículo 384.

ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL DEL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO DE 1991	
BIEN JURÍDICO El correcto funcionamiento de la administración pública mediante la protección del patrimonio del Estado a través del cumplimiento de los deberes de imparcialidad y lealtad en la realización de los negocios jurídicos administrativos[2][3][4][5][6].	
1.- Sujetos: Autor es el funcionario o servidor público que actúa en razón de su cargo o comisión especial; en contratos, suministros, licitaciones, concursos públicos, subastas y cualquier otra operación semejante[7][8]. Sujeto pasivo es el Estado.	*1.- Dolo:Conocimiento y voluntad de defraudar al Estado mediante la concertación con el interesado en el negocio jurídico administrativo en el que se interviene por razón de la función o comisión especial.*
*2.- Acción típica:*La concertación, esto es, la celebración del acuerdo colusorio entre el autor y el interesado (proveedor) en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas, o en cualquier otra operación semejante, defraudando al Estado, es decir, produciéndole perjuicio económico[9][10][11][12][13][14][15].	

2 RODRIGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal español, Parte Especial*, 19ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 1191.

3 ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos cometidos por los Funcionarios Públicos en el Nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 258 y 259.

4 MIR PUIG, Carlos, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 335 y 336.

5 CATALÁN SENDER, Jesús, *Los Delitos Cometidos por Autoridades y Funcionarios Públicos en el Nuevo Código Penal*, Bayer Hnos. S.A., Barcelona, p. 358, 1999.

6 EXTEBERRÍA ZARRABEITIA, Xavier, *Obra colectiva, Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, España, p. 205, 1997.

7 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, p. 408, 2007.

8 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, p. 310, 2003.

9 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, pp. 410 a 417.

10 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis / OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 406, 2005.

11 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 310 a 313.

12 MIR PUIG, Carlos, *op. cit.*, p. 337.

13 ALONSO PÉREZ, Francisco, *op. cit.*, p. 259.

14 EXTEBERRÍA ZARRABEITIA, Xavier, *op. cit.*, p. 212.

15 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATEUS ACUÑA, Gian Pierre / RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 498, 2004.

4. El autor de la colusión desleal

La colusión desleal corresponde a un tipo penal cualificado por el agente; no cualquier persona puede ser autor, sino exclusivamente los funcionarios públicos, que por razón de su cargo, representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos señalados en el artículo 384 del Código de 1991[16-17].

Para ser autor de colusión desleal no basta la condición de funcionario público; además debe verificarse el nexo funcional entre aquél con el proceso o contrato administrativo en el que interviene por razón del cargo.

AUTOR DE COLUSIÓN DESLEAL:	
Funcionario público	Nexo funcional

En el caso del coautor, como bien explica Fidel Rojas Vargas, todos los funcionarios a los que se atribuye la condición de coautores tienen que cumplir los requisitos de funcionario público y nexo funcional[18], es decir, intervenir en representación del Estado, por ejemplo, en el proceso administrativo de selección del proveedor y en el contrato de compra venta.

COAUTORÍA DE COLUSIÓN DESLEAL:	
Coautor – Coautor	Coautor – Coautor
NEXO FUNCIONAL:	

5. La acción típica de colusión desleal

La acción típica de colusión desleal es el concierto, la celebración de un acuerdo colusorio entre el autor y el interesado (proveedor), en los procesos administrativos de selección de proveedor de bienes y servicios, o en la celebración y ejecución de los contratos administrativos que prevé el tipo penal abierto del artículo 384, produciendo la **defraudación al Estado**, esto es, perjuicio económico[19 20 21 22 23].

---

16 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 408.
17 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 310.
18 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 408.
19 *Ibidem*, p. 410.
20 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 310.
21 MIR PUIG, Carlos, *op. cit.*, p. 337.
22 EXTEBERRÍA ZARRABEITIA, Xavier, *op. cit.*, p. 212.
23 ALONSO PÉREZ, Francisco, *op. cit.*, p. 259.

La colusión desleal es lo que se denomina un delito de pluralidad de actos, es decir la acción típica no se produce con un solo acto, como el homicidio, sino mediante dos o más actos[24] [25].

La acción típica de la colusión desleal se realiza a través de 3 actos:

Actos con los que se realiza la acción típica de colusión desleal:	
1.- El concierto o acuerdo colusorio entre el autor o interesado (proveedor)	2.- El proceso o contrato administrativo.
3.- La defraudación al Estado.	

De estos tres actos que forman la acción típica de colusión desleal, es necesario precisar el contenido de dos:

5.1. El concierto o acuerdo colusorio entre el autor y el interesado-proveedor

El acuerdo colusorio entre el autor y el interesado-proveedor tiene dos características:

a.- La violación de los deberes de función por el autor en el proceso o contrato administrativo en cual interviene en razón de su cargo en representación del Estado. El autor de la colusión desleal realiza el acto administrativo o contractual beneficiando los intereses del particular y en perjuicio del Estado.

b.- Las cláusulas colusorias, esto es, términos del convenio en perjuicio del Estado, por razones como por ejemplo: la indebida selección del postor; de bienes o servicios defectuosos; la aceptación de sobreprecios; o de condiciones desfavorables para el Estado, en el plazo, forma de pago, garantías, etc.

El Poder Judicial ha elaborado doctrina sobre la estructura típica del delito de colusión desleal reconociendo al acuerdo colusorio como uno de los elementos de la acción típica del también denominado fraude al Estado.

La Corte Suprema de Justicia en la Ejecutoria Suprema del 14 de enero del 2000 emitida en el proceso penal signado con el Nº 5201-99

---

[24] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 285.

[25] MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tecfoto, Barcelona, p. 204, 1998.

Loreto; la Ejecutoria Suprema del 17 de octubre del 2006 emitida en el proceso penal signado 46-2003; y la Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre del 2006 emitida en el proceso penal signado 31-2003; establece como elemento del tipo objetivo del artículo 384 el siguiente: «a) el acuerdo o concertación clandestino[26] entre dos o más personas para lograr un fin ilícito».

La Segunda Sala Penal Especial en la sentencia del 11 de agosto del 2006 expedida en el proceso penal seguido al ex Comandante General del Ejército Nicolás de Bari Hermoza Ríos por el delito de colusión desleal, desarrolló ampliamente la estructura típica del delito de fraude al Estado, reconociendo igualmente como elemento de la parte objetiva del tipo al acuerdo colusorio, al señalar lo siguiente:

> «34.5. La concertación del sujeto activo con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego. Se puede concertar ilícitamente para presentar precios simulados, para admitir calidades inferiores a las requeridas, o para directamente derivar de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines y mediante diversas modalidades confabulatorias. El término «interesados» abarca a todos los particulares, sean personas naturales o jurídica, que negocian con el Estado»[27].

5.2. La defraudación al Estado

El tipo penal del artículo 384 exige que el acuerdo colusorio produzca la defraudación al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos previstos en la fórmula típica.

El Legislador de 1991 ha considerado que no basta el acuerdo colusorio para la afectación del bien jurídico objeto de tutela penal mediante el artículo 384; exige que el acuerdo colusorio entre el autor y el proveedor produzca la defraudación del Estado en el proceso

---

[26] Por la naturaleza clandestina, oculta o disfrazada de cómo opera la dinamia del delito de colusión ilegal la doctrina recuerda la necesidad de recurrir cada vez con más insistencia a la prueba de indicios o prueba de presunciones. GARCÍA CAVERO, Percy / CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de colusión*, Grijley, Lima, p. 188, 2008.

[27] SEGUNDA SALA PENAL ESPECIAL, Exp. N° 038-2004 seguido a Nicolás de Bari Hermoza Ríos y Renzo Edgardo Jesús Rejas Olivares por delito de colusión desleal, Sentencia del 11 de agosto del 2006, p. 15.

administrativo de selección de un proveedor de bienes o servicios, en la celebración o ejecución de un contrato administrativo.

El acuerdo colusorio y la defraudación del Estado en el proceso o contrato administrativo componen el tipo objetivo de la colusión desleal; siendo el dolo el elemento del tipo subjetivo.

Discrepamos de la posición minoritaria que en la doctrina nacional representa Manuel ABANTO VÁSQUEZ, quien sostiene que la defraudación no integra el tipo objetivo del artículo 384, sino solamente el acuerdo colusorio, influenciado por la doctrina española[28].

El derecho penal español no puede servir de base para la ubicación de la defraudación en el derecho penal peruano porque el tipo penal del artículo 436 del Código Penal español de 1995, que describe el delito de colusión desleal, también llamado «fraude al Estado», solamente considera en la parte objetiva del tipo al acuerdo colusorio; la defraudación no forma parte del tipo objetivo, es la finalidad que persigue el autor, por tanto pertenece al tipo subjetivo. En resumen, mientras que en el artículo 384 del Código Penal peruano la defraudación es un «elemento objetivo del tipo»; en el artículo 436 del Código Penal Español es un «elemento subjetivo del tipo».

ROJAS VARGAS, el autor nacional más importante en el ámbito de los delitos contra la administración pública, señala que el perjuicio económico es un elemento esencial a la defraudación, su componente material, en otros términos la defraudación del tipo penal del artículo 384 se materializa a través del perjuicio económico que el autor ocasiona al Estado en el proceso o contrato administrativo como consecuencia del acuerdo colusorio celebrado con el proveedor[29].

Luis Miguel REYNA ALFARO, dentro de la posición predominante en la doctrina nacional, también se refiere al perjuicio patrimonial al Estado como componente de la acción típica al señalar «que el desvalor del resultado en el delito de colusión adquiere su plenitud con la lesión del patrimonio estatal. Es que sin éste perjuicio patrimonial no existe delito de colusión, pues no existe fraude»[30].

---

28 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 310 y 311.

29 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 412.

30 REYNA ALFARO, Luis Miguel, «Estructura atípica el delito de colusión», en *Actualidad Jurídica*, tomo 130, Gaceta Jurídica, septiembre, Lima, p. 69, 2004.

La Jurisprudencia peruana ha asumido la posición predominante en la doctrina. La Corte Suprema en la Ejecutoria del 17 de octubre del 2006 dictada en el proceso penal N° 46-2003 y en la Ejecutoria del 21 de diciembre del 2006 dictada en el proceso penal N° 31-2003, fija como uno de los elementos del delito de colusión desleal: «c) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, como consecuencia de estos tratos irregulares».

La Segunda Sala Penal Especial en la sentencia del 11 de agosto del 2006 en el proceso penal N° 038-2004, en el considerando 34 determinó el significado del acto de defraudar:

> «34.3 ... además de ello cabe resaltar que un segundo elemento de naturaleza material es el referido al perjuicio que se ocasiona a los intereses estatales (patrimoniales, de expectativas de mejoras, de ventajas, etc.).
>
> 34.4 Tal perjuicio es un elemento intrínseco a la defraudación, es un componente material, el que lo objetiviza y diferencia del simple engaño. Este tiene que ser producto del concierto o confabulación con los interesados, y además deberá ser determinado o verificado de manera clara y directa mediante informes y dictámenes técnicos, teniendo importancia capital»[31].

El Primer Juzgado Penal Anticorrupción el 11 de septiembre del 2003 en el procedimiento preliminar judicial signado con el número 34-03 seguido contra diversos integrante de la comisión liquidadora del Fonavi y la empresa Luz del Sur, dictó auto de no procesamiento penal por considerar que la denuncia penal no estaba acompañada de suficientes actos investigatorios que permitan establecer causa probable respecto de los elementos típicos de la colusión desleal; concertar y defraudar, pues no existía evidencia mínima del concierto ilícito de los funcionarios públicos con los interesados, ni perjuicio patrimonial para la Administración Pública.

El auto de no procesamiento penal fue confirmado por auto de vista de la Sala Penal Especial B el 16 de abril del 2004, siendo el ponente el actual Presidente de la Segunda Sala Penal Especial.

---

[31] SEGUNDA SALA PENAL ESPECIAL, Exp. N° 038-2004 seguido a Nicolás de Bari Hermoza Ríos y Renzo Edgardo Jesús Rejas Olivares por delito de colusión desleal, Sentencia del 11 de agosto del 2006, p. 15.

6. Insumos jurisprudenciales en relación al perjuicio

Parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, como correlato de la exigencia típica de la **defraudación**, destaca la exigencia probatoria del presupuesto material del perjuicio patrimonial al Estado, ello, tal y como se desprende de las siguientes Ejecutorias Supremas:

En la **Ejecutoria Suprema N° 1402-2002** del 04 de Julio del 2002 se señala: «[...] Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384 del Código Penal contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros... siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, **que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas entre otras**». (Ver en ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra Administración Pública*, Grijley, 2007, p. 416.).

La **Ejecutoria Suprema** del 22 de Julio del 2004 recaída en el **R.N. N° 1480-2003** establece que: «[...] propiamente, **la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial -potencial o real- para la administración**».

La **Ejecutoria Suprema** emitida en el R.N. N° 1296-2007, Segunda Sala Penal Transitoria del 12 de Diciembre del 2007 establece que «[...] la defraudación: debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación -que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico- con el eventual resultado. Asimismo tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la **producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos**».

La Corte Suprema de Justicia de la República en la **Ejecutoria Suprema 5305-2006** de fecha 26 de marzo del 2008 ha establecido en su Quinto Considerando lo siguiente: «(...) para este tipo de delitos

(contra la administración pública) constituye ya una orientación o lineamiento jurisprudencial definido, el hecho de considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación de la pericia valorativa porque permite determinar: I) la existencia de los bienes; II) posibilita apreciar el destino de los mismos; y III) permite establecer diferencias entre lo que ha ingresado con las salidas; y pues **si la pericia técnica no arroja el perjuicio económico para los intereses patrimoniales no estará acreditado el delito**».

Acorde a ello, la **jurisprudencia del sub-sistema anticorrupción**, tanto a nivel de Ministerio Público como de Salas Superiores exigen la acreditación de este presupuesto material del perjuicio patrimonial al Estado, elemento exigible como correlato de la exigencia típica de la **defraudación**.

7. De la progresión probatoria de la persecución penal, y de la insuficiencia de la base indiciaria que sirvió para aperturar instrucción, de cara a transitar a la etapa del juicio oral, vía la acusación escrita

Es ilustrativa al respecto la Ejecutoria Suprema del 19 de junio del 2008, recaída en el Recurso de Nulidad N° 819-2008 Lima, caso «*Salvataje del Banco Wiese*», en el que se estableció:

a.- «Que, concluida la etapa de instrucción, el señor Fiscal Superior en su dictamen de fojas ticéis mil novecientos dos, es de opinión que no hay mérito para pasar a juicio oral, por estimar, que de la compulsa **de las diligencias actuadas en el transcurso de la investigación no existe elemento probatorio suficiente que sustente la primigenia imputación**, subsistiendo sendos informes de asesores financieros que coinciden en señalar que durante el año mil novecientos noventa y siete se enfrentó un crisis económica nacional que hacía necesaria la intervención del Estado para evitar el colapso financiero del país, dificultad en la cual estaba inmersa el Banco Wiese, que dejó al Estado sólo dos alternativas, dejar que el banco sea liquidado con la consecuente afectación de los ahorros de una parte importante de la población económicamente activa, debido a la dimensión de la entidad financiera, lo cual no sólo le haría perder directamente una suma aproximada de mil millones de dólares americanos, sino también, desatender su obligación constitucional de fomentar y garantizar el ahorro; o en su defecto, tratar de salvar el banco, iniciativa que se

ejecutó a través de la expedición del Decreto de Urgencia número cero treinta y cuatro -noventa y nueve - EF *(cuya validez no fue cuestionada, ni por el Congreso de la República, ni por el Tribunal Constitucional)*, así como de otros reglamentos, resoluciones, acuerdos y transacciones extrajudiciales vinculadas a la primera norma legal, que en el fondo no acarrearon responsabilidad administrativa, ni perjuicio económico al Estado, en tanto el banco Nova Scotia Sociedad Anónima Cerrada renunció al aval ofrecido por el ente estatal; asimismo, el señor Fiscal Superior señaló que **la celeridad con la que se habría emitido esta normatividad legal y administrativa, que inicialmente fue tomada como indicio de la confabulación, también ha sido descartada, pues era una obligación de los funcionarios públicos actuar con el mayor margen de discrecionalidad, rapidez, eficiencia y confidencialidad a fin de evitar la quiebra del banco y el efecto dominó** que este hecho iba a tener, pues todos los ahorristas intentarían retirar su dinero de las entidades financieras; igualmente, asevera que no existe evidencia alguna que permita siquiera demostrar indiciariamente que Susana María de la Puente Wiese y Martín Salvador Fariña Von Buchwald hubieran intervenido en la elaboración de las normas que dieron lugar al proceso de salvataje financiero».

b.- En el referido caso, para clausurar el proceso penal, se esgrimió el Principio Acusatorio, señalándose que «integra el contenido esencial del derecho de todo justiciable a un debido proceso, siendo por ello una de las garantías esenciales del proceso penal, pues imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características, como son el hecho, que no puede existir juicio sin acusación, y que ésta debe ser formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador; asimismo, no puede condenarse por hechos distintos de los acusados, ni a persona distinta de la acusada, además, no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad. Que, la primera de las características guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Estado, siendo por ello, exclusiva su potestad de incoar la acción penal y de acusar, asumiendo el monopolio exclusivo de la postulación de los hechos presuntamente delictivos y la imputación de responsabilidad de los autores y partícipes, cuya descripción fáctica no podrá ser inobservada por el órgano jurisdiccional al momento de resolver. (...). Que, en este contexto, y aun cuando a

fojas veintiocho mil quinientos sesenta y siete, el Procurador Público expone las razones por las cuales no se encuentra conforme con la resolución que declara no haber mérito para pasar a juicio oral, corresponde sólo al Ministerio Público la persecución del delito; por lo tanto, no es posible que este Supremo Tribunal, valorando el fondo del asunto, y en caso de discrepancia, ordene que se formule acusación, menos aún asumir un rol activo y de oficio *(declarando la nulidad de un proceso para actuarse otras diligencias)*, no sólo por el hecho de encontrarse imposibilitado de hacerlo, puesto que, se vulneraría el Principio Acusatorio que disuade al órgano jurisdiccional de asumir funciones acusatorias, reservadas constitucionalmente sólo al Ministerio Público, sino porque también, se lesionaría el ámbito propio de las atribuciones de esta institución (...)»[32].

---

[32] El Procurador formuló como agravios que la Sala Penal Superior al emitir su resolución por mayoría no ha tenido en cuenta que para la configuración del delito de colusión no solamente importa la acreditación del perjuicio económico, sino que el funcionario público cumpla con su deber positivo de proteger los intereses del Estado cuando a su nombre realice un acto le negociación, no obstante ello, los encausados permitieron que el monto de la ayuda estatal fuera impuesta por el Grupo Wiese y Grupo Sudameris, sin existir una verificación de las cifras propuestas; más aún, si la operación bancaria denominada «*Salvataje del Banco Wiese*» era un acto que resultaba idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado, pues comprometía indebidamente sus recursos al asumir las pérdidas del banco; asimismo, tampoco se ha valorado que todos los informes merituados fueron presentados por los propios encausados, los que obviamente al constituir opiniones de favor, justificaban el proceso de salvataje haciéndola aparecer como una operación lícita y necesaria, por dicha razón resulta indispensable que se recabe otra pericia, que debería ser practicada por especialistas idóneos; concluye indicando, que no se ha valorado debidamente el Decreto de Urgencia número cero treinta y cuatro - noventa y nueve, su reglamento operativo, así como la Resolución Ministerial número ciento cuarenta y cuatro - noventa y nueve - EF - setenta y siete.
Se abrió instrucción en contra del procesado José Fernando Lituma Agüero, en su calidad de ex-Director General de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas, José Luis Miguel de Priego Palomino, en su condición de ex-Gerente General del Banco de la Nación, Carlos Eduardo Paredes Lanatta, en su calidad de ex-Jefe del Gabinete de Asesores del Ministerio de Economía y Finanzas, en su calidad de autores, por haberse coludido con los procesados Manuel Ernesto Custodio Poémape, Augusto Felipe Wiese de Osma, Gonzalo Antonio de la Puente Wiese, Víctor Hugo Miró Quesada Watjens, Gino Augusto José Sangalli Ratti, Jorge Beingolea Solís, Carlos Rojas Santisteban, Gonzalo de la Puente y Lavalle, Javier Ducassi Wiese, Juan Carlos Martín Cuglievan Balarezo, Carlos Alberto Neuhaus Tudela, Eugenio

8. De la necesidad de definir la naturaleza de los fondos y de la sostenibilidad por parte del Estado

En el marco de los delitos de colusión, se generó una prolongada discusión, no zanjada plausiblemente, sobre la naturaleza jurídica de la Caja de Pensiones Militar Policial, discusión que cabe esquematizar de la siguiente forma:

8.1. Planteamiento del problema

El tipo penal de Colusión Desleal requiere entre otros presupuestos, que la defraudación sea *al Estado o entidad u organismo del Estado y que obviamente el patrimonio afectado sea estatal,* por lo que, resulta necesario determinar la naturaleza jurídica tanto de la Caja de Pensiones Militar Policial (en adelante CPMP), así como de los fondos que administra[33].

Efectivamente, el tipo penal de colusión desleal, regulado en el artículo 384 del Código Penal, prescribe que: *El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón*

Bertini Vinci, Susana María de la Puente Wiese, Martín Salvador Fariña Von Buchwald, Remy Félix Kauffman Winter, Enrico Meucci Castellano, Raúl Barrios Orbegozo y Carlos Enrique Ambrosio Palacios Rey, quienes se desempeñaban como altos funcionarios de las empresas vinculadas a los grupos económicos Wiese y Sudameris, para defraudar al Estado en las operaciones efectuadas durante el denominado proceso de Salvataje Financiero del Banco Wiese Limitado, esto es, la compra-venta de acciones preferentes, suscripción de acciones comunes y aval otorgado por el Estado peruano a la citada entidad financiera, con dicho propósito, éstos habrían contado con la participación de los procesados Susana María de la Puente Wiese y Martín Salvador Fariña Von Buchwald, funcionarios del Banco de Inversión J.P. Morgan, quienes habrían asesorado a los funcionarios del Banco Wiese Limitado y el Grupo Sudameris para proponer la estrategia sobre la concreta intervención estatal en dichas operaciones.

33 Esto no ocurre, en otros supuestos delictivos vinculados a la administración pública. Por ejemplo el Peculado, en él no importa la naturaleza del bien que se apropia o utiliza indebidamente, el bien puede ser público o privado, lo importante es que el bien se encuentre dentro del ámbito de competencia funcional del sujeto activo y que este incumpla deberes especiales propios de la función. En el caso de la malversación, por el contrario, interesa no solo que sea funcionario público (para efectos penales) sino que el bien sea del Estado. En el caso de la colusión ilegal, interesa no sólo que el sujeto activo sea funcionario público, sino que se defraude «al Estado o *entidad u organismo del Estado*» y que se produzca afectación al patrimonio del Estado.

de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 15 años.

El tipo penal en estudio no sólo requiere que el agente sea funcionario público, sino que se *defraude al Estado y que se produzca la afectación al patrimonio del Estado*. En tal sentido, se debe determinar:

- Si los fondos que administra la Caja de Pensiones Militar Policial son públicos o privados
- Si la Caja es un organismo que depende del Estado
- Cuál es el órgano de control de la Caja de Pensiones Militar Policial
- Si los funcionarios de la Caja implicados en el proceso tienen la calidad de funcionarios públicos.

8.2. Argumentos utilizados para la apertura de instrucción

1. Según el auto de apertura de instrucción, son parte agraviada el Estado y la Caja de Pensiones Militar Policial.

Los funcionarios de la Caja implicados en el proceso son:

- DAVID MOISES MENDOZA NIETO. Procesado como autor, tiene orden de detención. Cargo en la CPMP: Gerente de Inversiones
- KENNY DANTE VALVERDE MEJIA. Procesado como autor, tiene orden de detención. Cargo en la CPMP: Asesor Legal
- JAVIER MANUEL REVILLA PALOMINO. Procesado como autor, tiene orden de detención. Cargo en la CPMP: Gerente General. Fue quien firmó el contrato de compra venta en representación de la Caja.
- MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ HUERTA. Procesado como autor, tiene mandato de comparecencia restringida. Cargo en la CPMP: Presidente del Comité de Inversiones y del Consejo Directivo de la Caja.
- DIEGO LA ROSA JAIMEZ. Procesado como cómplice primario, tiene orden de comparecencia restringida. De acuerdo a la denuncia fiscal habría realizado la pericia de tasación en 1996, a través de su empresa EDIFICA.

2. El Juzgado señaló en su resolución:

... una de las instituciones públicas más afectadas con estos actos de corrupción fue la Caja de Pensiones Militar Policial, Persona Jurídica de Derecho Público Interno.... sujeta a la acción de la Contraloría General de la República, según los artículos 1° y 5° del DL 21021, y artículos 7, 11 y 30 de su Reglamento - D.S. 005-75-CCFA, modificado por D.S. 005-GU-SGMG, habiéndose ***reiterado su sujeción a la Contraloría en el año 1995****, según el artículo 5 del reglamento de Control y Supervisión de Derramas y Cajas de Beneficios entre ellos la Caja de Pensión Militar (D.S. 160-9-EF) donde si bien se establece el control y supervisión de la Caja, por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros, también se deja expresa constancia que la acción se realizará* ***sin perjuicio de la que corresponda llevar a cabo a la Contraloría General de la República.***

3. Las normas consideradas por el Juzgado son:

DECRETO LEY 21021. LEY DE CREACIÓN DE LA CPMP

Art. 1: Créase la Caja de Pensiones Militar Policial, como Persona Jurídica de Derecho Público Interno, destinada a:

a. Administrar el régimen de pago de las Pensiones y Compensaciones de sus miembros, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 19846.
b. Administrar los recursos de la Caja con la finalidad de incrementarlos; y
c. Administrar otros fondos y prestar otros servicios que se aprueben por Decreto Supremo, refrendado conjuntamente por los Ministros de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del Interior.

Art. 5: La Caja de Pensiones Militar Policial queda sujeta a la acción de la Contraloría General de la República.

DECRETO SUPREMO 005-75-CCFA. REGLAMENTO DEL DL 21021.

Art. 7: La Caja es un organismo de Derecho Público Interno, con personería jurídica y patrimonio propio

Art. 11: La Caja está sujeta a la acción de la Contraloría General de la República, la que actuará como órgano de Control Externo de acuerdo al Sistema Nacional de Control.

Art. 30: La inspectoría del Consejo Directivo es el órgano de control que ejercerá sus funciones en el ámbito de la Caja, de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y las disposiciones pertinentes.

DECRETO SUPREMO 160-95-EF. REGLAMENTO DE CONTROL Y SUPERVISIÓN DE DERRAMAS, CAJAS DE BENEFICIO LEY 26516.

Art. 5: Las acciones que la SBS realice en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, se efectuarán sin perjuicio de las que en virtud de la Ley del Sistema Nacional de Control, Ley Nº 26162, corresponda llevar a cabo a la Contraloría General de la República.

4. Sin embargo, no ha tenido en consideración normas como las siguientes:

- Decreto Ley 23191 modificó el art. 20 de la Ley de Creación de la Caja (DL 21021) disponiendo que: *La inspectoría es el órgano encargado de realizar el control en el ámbito de la Caja, de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y disposiciones pertinentes...*
- Art. 2 del DL 21021, que dispone: *La CPMP goza de autonomía administrativa, económica y financiera y se rige por el presente Decreto Ley y por su Reglamento, sin quedar sujeta a las normas legales y administrativas que regulan el funcionamiento de las entidades del Sector Público. Depende directamente de los Ministros de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del Interior, constituidos en Consejo de Supervisión.*
- Art. 2 del D.S. 160-95-EF. Reglamento de Control y Supervisión de Derramas Cajas de Beneficios-Ley 26516: *La SBS controlará y supervisará la Caja de Pensiones Militar Policial creada por el DL 21021,...*
- Art. 3 del D.S. 160-95-EF. Reglamento de Control y Supervisión de Derramas Cajas de Beneficios-Ley 26516: *El control y supervisión a que se refiere el artículo precedente, se efectuará únicamente sobre aquellos aspectos propios de los fondos de pensiones de cesantía y jubilación.*
- Art. 4 del D.S. 160-95-EF. Reglamento de Control y Supervisión de Derramas Cajas de Beneficios -Ley 26516-: ... *la SBS tendrá como función principal la de cautelar la solidez*

económica y financiera de los planes de pensiones de jubilación, cesantía, similares o adicionales, que permita el pago de los beneficios que otorgan, conforme a los dispositivos legales y normas estatutarias que rigen a cada fondo.

8.3. Naturaleza jurídica de la C.P.M.P.

Puntos a tratar necesariamente para iniciar proceso penal por el hecho punible es siguiente el ejemplo, dilucidar:

a. La Caja es una persona jurídica de derecho público interno.
b. Fondos que administra la Caja.
c. Órgano de control y supervisión.
d. Calidad de funcionarios de los miembros de la Caja.

8.3.1. Persona jurídica pública no estatal

La naturaleza jurídica de la CPMP y en general de toda institución sujeta a evaluación sobre su pertenencia o vinculación al sector estatal o público se establece en base a dos criterios fundamentales:

a) El de la ley de su creación
b) El de su destino o finalidad.

La CPMP ha sido creada por el Decreto Ley N° 21021, artículo 1°, que dispone: «Crearse la Caja de Pensiones Militar Policial como Persona Jurídica de Derecho Público Interno...»; por tanto, es una entidad pública.

En tal sentido, dado que la Ley señala literalmente la naturaleza de ésta, no cabe incidir en mayor abundamiento con respecto a si es o no un órgano público, porque la Ley lo dice en forma expresa y porque esta Ley no ha sido modificada en este sentido.

DROMI[34], respecto al Derecho Público Interno, señala que: «es un régimen jurídico de la función administrativa *de ejercicio estatal o no estatal nacional,* vale decir, que es Derecho interno de cada Estado».

Las contradicciones que existen respecto a la naturaleza jurídica de la CPMP radican en el desconocimiento de los tipos de personas jurídicas públicas que existen.

Al respecto debemos informar que doctrinariamente las personas jurídicas públicas se clasifican en:

---

[34] DROMI, José Roberto, *Introducción al Derecho administrativo*, Grouz, p. 114.

- Personas jurídicas públicas estatales y
- Personas jurídicas públicas no estatales.

En el caso concreto de la CPMP, ateniendo a los caracteres jurídicos que establece la doctrina para las personas jurídicas No Estatales, con personalidad jurídica concedida por el Estado, que son: a) creación estatal o no estatal; b) tener personalidad jurídica propia; y c) patrimonio no estatal, se concluye que la **Caja de Pensiones Militar Policial es una persona jurídica de Derecho Público Interno No Estatal.**

Ello, por cuanto concurren los 3 elementos para tener tal calidad de **persona pública no estatal:**

a) Por haber sido creada por Ley (Decreto Ley N° 21021), vigente; su creación es estatal.

b) Porque goza de personalidad jurídica que le confiere individualidad específica y la posibilidad de titularizar por sí derechos y deberes, atribuciones y competencias. La CPMP, a mérito de lo establecido en el artículo 2° del Decreto Ley N° 21021, modificado por el D.L. 23191, para el ejercicio de sus actividades **goza de autonomía administrativa, económica y financiera; se rige por su propia Ley** y por su Reglamento; y, **no le son de aplicación las normas legales y administrativas que regulan el funcionamiento de las entidades del Sector Público;** se extrae del régimen del derecho público, es decir es una entidad con personalidad jurídica propia otorgada por el Estado.

No pertenece, orgánicamente hablando, al Estado, toda vez que por Ley *depende directamente de los Ministros de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del Interior, constituidos en un Consejo de Supervisión,* el cual formula y dirige la política de la Caja y la supervigila; no es un Organismo Público Descentralizado del Ministerio de Defensa; no percibe fondos públicos ni recursos públicos porque no forma parte del Sector Público; no constituye un Pliego Presupuestario[35] del Gobierno Central;

[35] «**Pliego Presupuestario:** Son las Entidades del Sector Público a las que se le ha aprobado una Asignación Presupuestaria en la Ley Anual de Presupuesto...». Glosario de Términos del Sistema de Gestión Presupuestaria del Estado, aprobado por el MEF por Resolución Directoral N° 007-99-EF/76.01.

no se le aprueba ninguna asignación en el Presupuesto Anual de la República; no financia gastos estatales; no goza de los beneficios de inafectación con relación al Impuesto a la Renta o privilegios tributarios porque como contribuyente no forma parte del Sector Público Nacional; no recibe ni ha recibido aportes del Estado distintos al 6% a los que el Estado está obligado legalmente a aportar como Empleador; y no está obligado a cumplir la legislación aplicable al Sector Público Nacional.

c) Patrimonio No Estatal: Porque la CPMP percibe y administra única y exclusivamente fondos privados, generados por aportaciones de los miembros de la Caja (artículo 33° del la Ley N° 21021), que constituye patrimonio propio de la Caja de acuerdo al artículo 7° del Reglamento de la Ley N° 21021, aprobado por D.S. N° 005-75-CCFA del 22.08.75, modificado por D.S. 005-GU-SGMG del 06.05.81; por ello, su patrimonio no pertenece al Estado, ni minoritariamente, al no haber recibido transferencias por conceptos distintos al aporte (6%) a que está obligado como Empleador.

En los entes públicos no estatales, el capital o patrimonio de la entidad no pertenece a la persona pública Estado, al menos mayoritariamente. Cuando la entidad recibe aportes estatales en concepto de ayuda supletoria, subsidio o subvención, o el Estado integre parte de su patrimonio, será siempre minoritariamente, pues de lo contrario, deviene en entidad pública estatal.

Existe Jurisprudencia, con relación a las cajas de jubilaciones y cajas nacionales de previsión, que señala que: «administran fondos que constituyen un patrimonio común y exclusivo de sus beneficiarios»[36]. (CSJN, «Reyes», *Fallos*, 224:554)

Efectivamente, en cuanto a su destino o ámbito de competencias funcionales, al establecer el artículo segundo del Decreto Ley 21021 que se halla destinada a administrar el régimen de pago de Pensiones y Compensaciones de sus miembros, administrar los recursos de la Caja con la finalidad de incrementarlos, y subsidiariamente administrar otros fondos y prestar otros servicios(...), nos está precisando el citado cuerpo

[36] DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 5ª ed., Ediciones Ciudad Argentina, p. 465, 1996.

normativo su contenido de actividades administrativas-gerenciales circunscritas a un ámbito específico de beneficiarios, *sin que de ello se desprenda que la administración del régimen de pago de pensiones sea una función pública, en el sentido estatal.* Tratándose más bien aquí de lo que DROMI llama instituciones de organización semiprivada denominadas personas públicas no estatales (*Derecho Administrativo*, 3ª ed., Ediciones Ciudad Argentina, Madrid, 1994, p. 61).

Lo anterior permite colegir que si bien la CPMP es una entidad que pertenece al sector público interno, ello aún no es suficiente para indicar que se trate estrictamente de una entidad estatal, ya que esto último se halla en íntima relación con los fines sociales (económicos, culturales, científicos, de salud, etc.) que tenga que cumplir; en el comprendido que lo público tiene un carácter comprensivo y que abarca lo estatal, lo para estatal y los gobiernos locales. Pero lo que es realmente gravitante en este punto se halla referido a la **misión o rol desempeñado por la Caja**: si su misión consiste en administrar pago de pensiones y administrar recursos, se entiende de los miembros integrantes de las fuerzas armadas y policiales, la misma se halla fuera de los alcances de las funciones públicas estatales, las que por naturaleza se proyectan al conjunto de la colectividad (verbigracia función legislativa, económica, educativa, diplomática, militar, policial, municipal, etc.) y no específicamente a un segmentado sector de la población. Al tratarse de los militares y policías no en cuanto instituciones sino en tanto personas individualizadas que son dueños de sus pensiones administradas temporalmente por la Caja, estamos ante un contexto de destino particular no predicable al contenido y finalidades de la función pública. Por lo mismo desde el criterio fundamental de destino de la institución *no nos hallamos ante una entidad estatal que desempeñe funciones públicas, de lo que se deriva que la Caja no constituye propiamente un organismo estatal.*

De esta forma, **la CPMP es un ente público, No Estatal.**

Dicha interpretación legal es ratificada mediante diversos pronunciamientos, que a nombre del Estado, han sido emitidos por entidades y organismos públicos, conforme a su particular atribución y facultad legal, en el ejercicio de su competencia funcional, tales como:

a.- FONAFE, mediante Oficios Nos 498-2000-FONAFE del 22.03.2000 (fs. 4316, Tomo VII) y 744-2001/DE-FONAFE DEL

02.04.2001 (fs. 4315 Tomo VII), ha determinado que la CPMP no forma parte de la actividad empresarial del Estado, por lo que al amparo de las disposiciones legales vigentes, **no se encuentra bajo el ámbito de control de FONAFE.**

b.- El **MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS** en su Oficio N° 220-2002-EF/76.10 del 01-09-2000, señala que reitera lo precisado en el Oficio N° 032-2000-EF/76.10.

Invoca además el artículo 7°[37] de la Ley N° 27209, para señalar que a la Caja de Pensiones Militar Policial no se le aprueba ninguna asignación en el presupuesto anual. Asimismo, entre los Organismos Públicos Descentralizados que se ubican bajo el ámbito del Ministerio de Defensa, no se encuentra la Caja de Pensiones Militar-Policial, en consecuencia no se puede considerar a dicha entidad como un Organismo Público Descentralizado, todo ello de conformidad con el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 434 - Ley Orgánica del Ministerio de Defensa.

Teniendo en cuenta la normatividad precisada, **la Caja Militar Policial constituye una entidad pública, pero no constituye un Pliego Presupuestario ni un Organismo Público Descentralizado.** c.- **La SUNAT** emitió el Informe N° 029-2001-SUNAT-RC0000-ABR (Tomo Q, Exp. 048-01, Sec. Mora) del 15.05.2001 **para determinar si el contribuyente CPMP forma parte del Sector Público Nacional,** y gozaría de inafectación con relación al Impuesto a la Renta, para lo cual, sustentada en el Oficio N° 032-2000-EF/76.10 del 31.01.2000 y el Oficio N° 225-2000-EF/76.10, ambos del MEF, que informan que la Caja de Pensión Militar Policial no constituye un pliego presupuestario, ni un organismo público descentralizado; y amparada en el artículo 2° del Decreto Ley N° 21021, sustituido por el artículo 1° del Decreto Ley N° 23191, que señala que la CPMP no se encuentra sujeta a las normas legales y administrativas que regulan el funcionamiento de las entidades del Sector Público; concluye **que al no encontrarse la**

---

[37] **Ley de Gestión Presupuestaria del Estado: «Constituyen Pliegos Presupuestales, las Entidades del Sector Público a las que se le aprueba una asignación en el Presupuesto Anual, para el cumplimiento de las Actividades y/o Proyectos a su cargo, de acuerdo a los objetivos institucionales determinados para un Año Fiscal. Igualmente constituyen Pliegos Presupuestarios las Municipalidades Provinciales y Distritales. Por Ley se autoriza la creación o supresión de los Pliegos Presupuestarios».**

CPMP dentro de los alcances de las normas citadas, tiene la calidad de sujeto del Impuesto a la Renta. Es decir, **contrario sensu, la CPMP no forma parte del Sector Público Nacional.**

d.- El MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS por Informe N° 055-2002-EF/76.14 del 20.02.2002 (fs. 4536 Tomo VII) señala que el Director General de Administración por Oficio N° 272-2002-EF/43.60 ha informado que el Pliego 009 Ministerio de Economía y Finanzas **no ha transferido recurso alguno para la Caja de Pensiones** y que a través del Decreto de Urgencia N° 030-2001 del 10.03.2001, el Supremo Gobierno autorizó al MEF a emitir Bonos del Tesoro Público hasta por S/. 119 225 380,05 que fueron entregados como aporte del Estado; precisando por Informe N° 38-2002-EF/75.22 del 04.03.2002 (fs. 4538 Tomo VII) que fueron como pago de la deuda que por aportaciones (6%) tenía el Estado con la mencionada CPMP, **por deuda por remuneraciones no pensionables de setiembre 1991 a noviembre 1999,** planilla de personal Militar Policial víctimas por actos de terrorismo y las bonificaciones de escolaridad y vacaciones.

e.- La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, con Oficio N° 041-2002-CG/SC del 16.01.2002 (fs. 3652 Tomo VII) en respuesta al Oficio N° 30-2001 del 20.12.2001 mediante el cual se le solicitara emita pronunciamiento respecto a si el aporte del que realiza el Estado como empleador a la Caja de Pensiones Militar- Policial **implica una transferencia presupuestal y si dichos fondos son de carácter públicos,** respondió que dicha consulta **constituye un asunto de índole presupuestal, cuya competencia ha sido confiada por la normativa a la Dirección General del Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas;** razón por la cual, existiendo reserva de competencia para abordar este asunto a favor de la citada Dirección Nacional, se estima plantear dicha solicitud directamente a dicho organismo.

f.- El MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, en su Informe N° 097-2002-EF/76.10 del 08.03.2002 (fs. 4424 Tomo VII), establece que el aporte (6%) del Estado a la Caja Militar Policial, en su condición de empleador, **no representa una transferencia de carácter presupuestal, ni constituye recursos públicos una vez efectuado el aporte a dicha Caja,** en la medida que los mismos (recursos) ya no forman parte del Presupuesto Institucional de los Ministerio de Defensa y Ministerio del Interior.

g.- **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA,** mediante Oficio N° 447-2001-CG/SC del 04.04.2001 (fs. 4306 Tomo VII) e Hoja Informativa N° 020-2001-CG/OATC del 03.04.2001 (fs. 4308 Tomo VII) señala que la CPMP **no se encuentra sujeta a las normas legales y administrativas que regulan el funcionamiento de las entidades del Sector público, para el ejercicio propio de sus funciones, manejo de sus recursos, adquisiciones y contrataciones,** en cuya virtud, por mandato de la Ley –no derogada hasta la fecha– la CPMP no estaba obligada hasta 1997 al cumplimiento del RUA y el RULCOP, y, a partir de 1998, a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ni Ley de Presupuesto.

En lo que respecta **al aporte del 6% a cargo del Estado, se precisa que lo efectúa el Estado en calidad de empleador, conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley N° 22595 de 30.06.79. El otorgamiento de las pensiones de cesantía y jubilación se encuentran bajo el control y supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros, de acuerdo a la Ley N° 26516 del 04.08.95,** que cautela la solidez económica y financiera de los planes de pensiones de jubilación y cesantía que permita el pago de los beneficios que otorgan, conforme a dispositivos legales y normas estatutarias que rigen el fondo, **estando facultada la SBS** para dictar normas complementarias y reglamentos que permitan evaluar la situación del fondo de pensiones de la CPMP **en cuanto a sus aportaciones y disponer la realización de auditorías externas y establecer normas para la elaboración de los estados financieros e información complementaria.**

Dado que la CPMP **se encuentra exceptuada** de las normas legales y administrativas que regulan el funcionamiento de las entidades del Sector público, **cualquier proyecto o actividad dirigida al funcionamiento de la Caja en cumplimiento de sus fines, debe sujetarse a las disposiciones de su Ley y su Reglamento, así como a la normativa interna que sobre el particular hayan dispuesto sus órganos directivos,** siendo responsabilidad de los citados órganos de acuerdo a su competencia, el cumplimiento de dicha normativa.

h.- **El COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA,** a través del Informe del Dr. Arturo Bouroncle Peralta, aprobado en Sesión de Junta Directiva del 27.03.2002, el cual constituye **opinión institucional,** señala que si por el D.L. 21021 la CPMP es una persona jurídica de Derecho Público Interno, **tal calidad ha devenido en nominal, al sustraerla de la normativa aplicable a las entidades del Sector**

Público, de la Ley de Presupuesto, normas sobre contratación de adquisición de bienes y servicios del Sector Público y del control de la Contraloría General y privilegios tributarios de los que están dotados las entidades del Sector Público.

Por dichas consideraciones, **los integrantes del Consejo Directivo de la CPMP desempeñan el cargo de tales a título personal y encargo de confianza y no como funcionarios públicos**, asimismo, por no estar la CPMP en ningún Pliego Presupuestal y no estar ni ser sus directivos registrados como tales en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) que tienen las entidades públicas y como tal no existe en la CPMP, por desempeñar la función y percibir la retribución que se paga por ello, sin que ésta tenga efectos pensionables, que su desempeño no reúne ninguno de los requisitos que presupone el ejercicio de una función pública. Ni estar considerados en los supuestos que en relación a la función pública puntualiza la Constitución Política en sus artículos 39° y 42°.

Respecto a los fondos que administra la Caja, se afirma **el carácter privado de los mismos**, incluso de aquellos que por diferente causa aporte el Estado al CPMP, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso «i», del artículo 33° de la Ley.

8.4. Régimen a que está sujeto la persona jurídica - LA CPMP

La CPMP es una entidad pública No Estatal; por decisión gubernamental (Ley) no está sometida al régimen jurídico del derecho público, es decir, al cumplimiento de las normas legales de Derecho Público, entre éstas, las Leyes Anuales de Presupuesto, las disposiciones del Reglamento Único de Adquisiciones (RUA)[38], del 10.07,85; al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP)[39] del 21.10.80 y la vigente Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del 30.07.97, que establece en su art. 1:

---

[38] RUA, D.S. N° 065-85-PCM, artículo 1.1.1 «El presente Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales, que en adelante se denominará RUA, establece las disposiciones **que deben cumplir los organismos del Sector Público**, al efectuar la compra venta, arrendamiento y/o locación de servicios, con cualquier fuente de financiamiento» .

[39] **RULCOP. D.S. N° 034-80-VC artículo 1.1.2 «Están obligados a cumplir el presente Reglamento, el Gobierno Central, las Instituciones, Empresas y** Entidades del Sector Público Nacional, **los Gobiernos Locales, el Instituto Peruano de Seguridad Social y las Sociedades de Beneficencia Pública.**

«La presente Ley establece las normas **que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios u obras** y regula las obligaciones y derechos que se deriven de los mismos. Dichos procesos comprenden la compra y suministro de bienes, el arrendamiento, la contratación para la ejecución de obras y la contratación de servicios de toda naturaleza y de consultoría».

En tal sentido, la CPMP como persona jurídica de derecho público interno, conforme a lo dispuesto en el artículo 76° del Código Civil, se rige por la Ley de su creación; sus reglamentos; y por su Directiva N° 001/CPMP-CS-94 que establece la política de la Caja de Pensiones Militar Policial y dicta las normas relacionadas con la dirección y supervisión de la misma por parte del Consejo de Supervisión; y, depende directamente de los Ministros de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del Interior, *constituidos en Consejo de Supervisión*, el cual formula y dirige la política de la Caja y la supervigila.

8.5. Respecto a si la persona jurídica administra fondos públicos o privados

En principio, recordemos que el Estado creó la CPMP mediante el D.L. N° 21021, como persona jurídica de Derecho Público Interno, la que, por sus caracteres jurídicos, es No Estatal.

Dentro de esa concepción legal, la Ley de creación no le estableció asignación presupuestal o transferencia de fondos o recursos públicos como capital o patrimonio para cumplir sus fines y objetivos; la Caja percibe y administra única y exclusivamente fondos privados, que se generan de las aportaciones de sus miembros (artículo 33° de la Ley N° 21021) y constituyen patrimonio propio de la CPMP (artículo 7° del Reglamento), que de acuerdo a la Jurisprudencia, tal como se ha ya referido, **constituyen patrimonio común y exclusivo de sus beneficiarios.**

La CPMP, durante su funcionamiento, en aplicación del literal «i», del artículo 33°, del D.L. 21021, que establece que constituyen

---

Asimismo, están obligadas a cumplir el presente Reglamento, las Empresas de Patrimonio del Estado y las Empresas en las que el Estado tenga más del 50 por ciento del capital social, y cualquier otra entidad que ejecute obras con utilización de fondos públicos...».

recursos, los aportes que pueda recibir del Estado, no ha recibido transferencias de fondos públicos[40].

Por ello, **el capital o patrimonio de la CPMP es No Estatal, no pertenece al Estado**, ni minoritaria ni mayoritariamente, al no haber recibido transferencias por conceptos distintos al aporte del 6% a que está obligado como Empleador.

En efecto, si revisamos el fin específico de la CPMP (artículo 1°), es:

«**Administrar** el régimen de pago de las Pensiones y Compensaciones de sus miembros, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 19846».

«**Administrar** los recursos de la Caja con la finalidad de incrementarlos...».

«**Administrar** otros fondos y prestar otros servicios que se aprueben por Decreto Supremo...».

Actividad que no es prerrogativa de una entidad pública estatal, ni inherente al Estado en forma exclusiva y excluyente; caso contrario, no existirían las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), que son entidades privadas, legalmente constituidas; y la naturaleza de los **fondos privados** que administra, se establece, en principio, del artículo 3° del D.L. N° 21021, toda vez que los recursos administrados, provienen del Personal Policial Militar, que son miembros de la Caja, y, del artículo 33° que señala que constituyen recursos de la Caja **el descuento legal con que se afecta**, para el Fondo de Pensiones, **las remuneraciones personales**, pensiones, pensiones de sobrevivientes, importe de compensaciones no cobradas, importe de pensiones suspendidas o perdidas **de los servidores de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales**; es decir, aportaciones previsionales, de carácter

[40] Téngase en cuenta que desde 1991 a 1999, el Estado dejó de aportar el 6% que le correspondía según ley, tal como se puede ver del Informe N° 038-2002-EF/75.22 del 4 de marzo del 2002, en el cual el Sr. Vice-Ministro de Hacienda Kurt Burneo Farfán, comunica que el Estado no aportaba a la CAJA la obligación provisional que se halla contenida en el art. 35 inc. «i» de la Ley 21021 entre setiembre de 1991 y noviembre de 1999, por lo que a través del Ministerio de Economía y Finanzas se autorizó la emisión de bonos del tesoro público hasta por la suma de s/. 119´225,380.05 o su equivalente a dólares americanos. En ese sentido mediante DU 030-2001 del 10 de marzo del 2001 modificado por DU 038-2001 del 27 de marzo del 2001, el MEF emitió bonos del tesoro público por US$ 33´756,000.00 dólares americanos.

personal de los referidos trabajadores; y, entre otros, los aportes que pueda recibir del Estado (literal «i»), que no se han producido.

La CPMP, tal como lo señala la Superintendencia de Banca y Seguros, órgano de control y supervisión de la Caja de Pensión Militar Policial, en su Informe N° 021-2002-ISB del 22.01.2002: « ... *la Caja no tiene fines públicos en general ya que brindan prestaciones solamente a beneficiarios concretos, lo que la desvincula del concepto genérico de la acción o gestión estatal y, además, se basa en el aporte de sus integrantes, uno de los cuales, el Estado, adquiere la calidad de aportante por mandato legal y sólo en tanto es empleador de los servidores beneficiarios del Fondo*».

Respecto al artículo 7° del Reglamento del D.L. 21021, modificado por el D.S. N° 005-GU-SGMG, que señala que la Caja es un organismo de Derecho Público Interno con **patrimonio propio,** la Superintendencia de Banca y Seguros, en el referido Informe N° 021-2002-ISB del 22.01.2002, ratifica este concepto al señalar que: « ... *tanto los aportes a cargo del Estado, como los provenientes del descuento legal con que se afecta la remuneración pensionable de los servidores de las fuerzas armadas y policiales, constituyen recursos de la Caja, los que una vez recaudados ingresan a su patrimonio...*».

El capital o el patrimonio de las entidades de derecho público interno no estatales no son de pertenencia o propiedad del Estado. En este punto, DROMI acota que puede ocurrir sin embargo que la entidad reciba aportes estatales en concepto de ayuda supletoria, subsidio o subvención, o que el Estado integre parte del patrimonio, pero siempre minoritariamente, pues de lo contrario la entidad sería pública estatal». Precisa DROMI, que la jurisprudencia argentina al referirse a las asociaciones dirigidas (obras sociales, caja de jubilaciones, cajas nacionales de previsión) ha señalado que administran fondos que constituyen un patrimonio común y exclusivo de los beneficiarios»

Por ello, la CPMP administra fondos privados que constituyen el patrimonio común y exclusivo de los beneficiarios, que son los miembros de la Caja.

La Ley N° 27209, Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, artículo 10°, señala: «Constituyen ingresos del Estado los inherentes a su acción y atributos, los cuales se denominan Recursos Públicos. Sirven para financiar gastos de los Presupuestos Anuales y se clasifican a nivel de Fuentes de Financiamiento»; por ello, al no constituir la

CPMP sus recursos financieros con transferencias o Presupuesto del Gobierno Central o endeudamiento externo contraído por el Estado, sino con fondos privados, **no pueden estos fondos ser conceptuados como recursos o fondos públicos.**

Y debido a que el Pliego 009 Ministerio de Economía y Finanzas no ha transferido recurso alguno para la CPMP, tal como se establece del contenido del Informe N° 055-2002-EF/76.14 del 20.02.2002, del MEF, **este carácter privado de los fondos que administra la CPMP se mantiene en absoluto.**

Tampoco constituye aporte de fondos públicos el aporte del Estado a la CPMP por S/. 119 225,380.05, mediante Bonos del Tesoro Público autorizados por Decreto de Urgencia N° 030-2001 del 10.02.2001, realizado como pago de la deuda por remuneraciones no pensionables de setiembre 1991 a noviembre 1999. **Dichos aportes son también de propiedad de los miembros de la CPMP.**

En efecto, tal como se precisa en el Informe N° 097-2002-EF/76.10 del 08.03.2002, del Ministerio de Economía y Finanzas, el referido aporte del 6% del Estado a la Caja Militar Policial, en su condición de empleador no representa una transferencia de carácter presupuestal, ni constituye recursos públicos una vez efectuado el aporte a dicha caja, en la medida que los mismos (recursos) ya no forman parte del Presupuesto Institucional de los Ministerio de Defensa y Ministerio del Interior.

De lo expuesto, fluye con claridad que **los recursos que administra la CPMP son fondos privados y no públicos, patrimonio de la Caja,** no exentos de fiscalización, pues están sujetos al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, organismo que por mandato de la Ley estuvo y está obligado, a través de sus mecanismos de control y Auditorías Externas, a someterlo a control y supervisión, estando los incumplimientos, infracciones legales o ilícitos penales regidos por su Ley especial y, en general, por el ordenamiento jurídico vigente.

8.6. Organismos que ejercen control sobre la persona jurídica

Mediante Ley 26516 del 08.08.95, se incorporó a la supervisión y control de la Superintendencia de Banca y Seguros, a la Caja de Pensiones Militar Policial; y, de acuerdo al artículo 4° del «Reglamento de Control y Supervisión de Derramas, Cajas de Beneficios - Ley N° 26516», aprobado por Decreto Supremo N° 160-95-EF, la

Superintendencia, en cuanto a los recursos recaudados por la Caja, se centra únicamente sobre aspectos propios de los fondos de pensiones de cesantía y jubilación, **cumpliendo la función principal de cautelar la solidez económica y financiera del Plan de Pensiones de Jubilación que permita el pago de los beneficios que otorgan conforme a los dispositivos legales** y normas estatutarias que rigen el fondo. La Ley establece las responsabilidades emergentes por incumplimiento funcional.

Sobre la CPMP no puede recaer ni ejercerse el Control Gubernamental que efectúa el Estado a través de la **Contraloría General de la República**, regulada por el Decreto Ley N° 26162, Ley del Sistema Nacional de Control, por lo siguiente:

a) Si bien el Decreto Ley N° 21021 crea a la CPMP como persona jurídica de derecho público interno es una entidad pública No Estatal, y se excluye del control gubernamental porque los fondos que administra son privados.

b) La misma Ley, en su artículo 5°, dispone que la CPMP queda sujeta a la acción de la Contraloría General de la República (artículo modificado por el D.L. 23191)[41], pero tal acción sobre una entidad pública no estatal, colisiona con el fin de la Contraloría, determinado por la Constitución Política (artículos 81° y 82°)[42] y su propia Ley (D.L. 26162)[43], toda vez que dicho

---

41 El Decreto Ley 23191 modificó el artículo 20° del D.L. 21021, disponiendo que: «La Inspectoría es el órgano encargado de realizar el control en el ámbito de la Caja, de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y disposiciones pertinentes...».

42 Constitución Política de 1993 - Artículo 81°: «La Cuenta General de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General, es remitida por el Presidente de la República al Congreso en un plazo que vence el quince de noviembre del año siguiente al de ejecución del presupuesto...» Artículo 82°: «La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su Ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control...».

43 D.L. N° 26162, artículo 1°: «Esta Ley regula el Sistema Nacional de Control, con el objeto de supervisar la correcta, útil, eficiente, económica y transparente utilización de los bienes y recursos públicos y el ejercicio de las funciones de los servidores y funcionarios públicos, en relación a los resultados obtenidos y al cumplimiento de la normatividad...».

control se ejerce sobre: i) entidades públicas estatales, ii) que administran recursos públicos, iii) conducidas por funcionarios públicos, iiii) reguladas por la normatividad legal aplicable al Sector Público; presupuestos legales que no se dan en el caso de la CPMP; por lo tanto no es una entidad auditable.

c) Esta imposibilidad técnico-legal de auditar a la CPMP, se evidencia más en función al objeto de la Ley, esto es: supervisar la correcta, útil, eficiente, económica y transparente utilización de los bienes y recursos públicos (artículo 1° del D.L. 26162), que utiliza como parámetro los resultados obtenidos y verifica y comprueba el **cumplimiento de la normatividad legal aplicable al Sector Público Nacional, normativa de la cual está exceptuada, por Ley, la CPMP** (artículo 2° del D.L. 21021).

De transferir el Estado fondos públicos a la CPMP, de naturaleza diferente al aporte del 6% a que está obligado como Empleador, de acuerdo al D.L. 26162, la Contraloría estará obligada a fiscalizarla mediante auditorías o exámenes especiales. Tal como lo ha expresado dicho Organismo por Oficio N° 090-97-CG/SNC-DSE del 06.04.97, en el que se señala: «... **La Contraloría General de la República, en todo caso, está facultada para revisar los fondos presupuestales públicos que pudieran asignarse».**

Es más, la Contraloría General de la República, mediante Oficio N° 447-2001-CG/SC del 04.04.2001 e Hoja Informativa N° 020-2001-CG/OATC del 03.04.2001 ya se ha pronunciado en el sentido que la CPMP **no se encuentra sujeta a las normas legales y administrativas que regulan el funcionamiento de las entidades del Sector público, para el ejercicio propio de sus funciones, manejo de sus recursos, adquisiciones y contrataciones.** Lo que excluye a la CPMP del control gubernamental

Respecto al tema de que si deben o no inscribirse a nombre del Estado los bienes inmuebles de propiedad de la CPMP, se estima que, en concordancia con los fundamentos legales y doctrinarios expuestos, la Caja es una entidad pública No Estatal, con recursos propios, su patrimonio es común y exclusivo de sus beneficiarios, que son fondos privados que no pertenecen, **no son propiedad del Estado,** aún cuando el Estado haya hecho aportaciones en su calidad de Empleador, debido a que una vez ingresados éstos a su patrimonio se desprenden del ámbito de propiedad del Estado; en este sentido, no

corresponde al Estado celebrar actos jurídicos sobre bienes inmuebles que no son de su propiedad.

La CPMP como entidad pública no estatal, con personalidad jurídica propia, puede titularizar por sí misma, derechos y obligaciones, atribuciones y competencias, lo que significa que siendo titular de sus derechos, no le compete a ninguna otra persona natural o jurídica realizar actos jurídicos propios de la Caja.

Frente a la existencia de bienes de propiedad de la CPMP a nombre del Estado u otra entidad, la acción que tendría que interponer la Caja como titular del derecho de propiedad, sería la que le concede el artículo 2013° del Código Civil, que señala:

> «El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez».

Por lo cual el interesado que discrepe sobre el contenido de un registro, deberá recurrir al órgano jurisdiccional, para que mediante proceso judicial pruebe la rectificación o la nulidad del acto contenido en la inscripción.

Es decir, que la inscripción de un bien a nombre de un tercero, se tramita como nulidad del acto jurídico, lo que supone que dicha inscripción conservará su valor jurídico hasta que se dicte lo contrario mediante sentencia judicial que lo rectifique, la misma que deberá declarar la nulidad e invalidez del acto jurídico y consecuentemente la nulidad de la inscripción registral.

Al respecto la Jurisprudencia refiere: **«En el sistema peruano, la inscripción registral no es convalidante del título, pues es posible que los asientos de inscripción sean rectificados o anulados, tal como lo establece el artículo 2013° del Código Civil» Casación N° 2210-99.**

8.7. Respecto a si el personal directivo son o no funcionarios públicos

En principio, funcionario público, según Fidel ROJAS VARGAS[44]: «... es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o

[44] *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª ed., GrijLey, p. 33, enero, 2001.

elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal, o como señala BIELSA, «funcionario público» es todo aquel que, en virtud de designación especial y legal, y de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público».

El artículo 4° del D.S. N° 005-90-PCM[45] señala: «Considérese funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley».

Para Manuel FRISANCHO y Raúl PEÑA CABRERA[46] «Funcionario público es quien actúa por delegación del Estado en las relaciones externas de la administración con los administrados, expresando, ante éstos, la voluntad de aquél...» (Estado); y «... es el individuo que ejerce función pública, esto es, mando al interior del órgano a su cargo; y representación al exterior, este ejercicio acaece en el marco de un proceso orgánico, pues el ejercicio de dicha función no resulta de un acto único; sino que es el producto de la acción de muchos individuos, ubicados en **Cargos Públicos**, todos los cuales serán funcionarios públicos, en la medida que participen de la decisión única del poder público .... Es, básicamente, en la función ejecutiva, donde devienen los planes de Gobierno y Administración...».

En síntesis, bajo nulidad del acto administrativo de designación o nombramiento, existen requisitos esenciales a observar, desde la designación en el cargo, hasta el ejercicio efectivo del cargo, para determinar si un ciudadano tiene la calidad de funcionario público, tales como: ser designado por órgano competente de acuerdo al ordenamiento legal, estar ubicado y desempeñar un Cargo Público, ejercer función pública, ejecutar la voluntad del Estado, que se dirige hacia la realización de un fin público.

Al respecto, la CPMP, acorde al artículo 2° del Decreto Ley 21021, modificado por el D.L. 23191, depende directamente de los Ministros

[45] Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa, Decreto Legislativo N° 276.
[46] *Delitos contra la Administración Pública*, FECAT, pp. 28,29, 1999.

de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del Interior, constituidos en **Consejo de Supervisión**, el cual, formula y dirige la política de la Caja y la supervigila (artículo 7° de la Ley), asimismo, la dirección de la Caja está a cargo de un **Consejo Directivo (Órgano de Dirección)** (artículo 12° de la Ley), de (8) miembros, conformado por oficiales generales en actividad de cada uno de los Institutos de las Fuerzas Armadas designados por los ministros respectivos y (2) oficiales generales en actividad de las Fuerzas Policiales, designados por el Ministro del Interior y de acuerdo al artículo 13°, son nombrados por resolución suprema refrendada por los Ministros de Guerra, Marina, Aeronáutica y del Interior; y la **Gerencia General (Órgano Ejecutivo)** es la más alta autoridad ejecutiva y es responsable directo de la marcha administrativa de la Caja (artículo 21° de la Ley).

Llegado a esta temática, debemos delimitar si los funcionarios de la CAJA (directivos y cuadros gerenciales) desempeñan función pública. En tal sentido, debemos observar que tenemos 2 órdenes de funcionarios cumpliendo actividades en la CAJA:

a. Aquellos incorporados con anterioridad a la Administración Pública estatal, entre los cuales se encuentran los Generales y demás oficiales, y
b. Aquellas personas incorporadas luego de la creación legal de la CAJA

Los primeros, a no dudarlo son funcionarios públicos por origen, que tienen asignados por la titularidad de sus grados toda una gama de funciones y servicios, todos en el marco de la función militar y policial; pero que a su vez pueden dedicarse a actividades que no necesariamente admiten rango de función pública; lo cual permite entender que no exista problema en admitir funcionarios públicos por origen o incorporados que desempeñan actividades administrativas de interés para los integrantes de sus respectivas instituciones. Se produce así en este caso una calidad matizada: Todos los oficiales directivos de la CAJA son funcionarios públicos por origen, pero al hallarse al frente de la dirección de dicho organismo asumen roles de administración y gerenciamiento en actividades de utilidad para el personal militar policial, vale decir para un sector concreto de servidores y funcionarios. Lo que aquí no debe confundirse en relación al Consejo Directivo de la CPMP es que por el hecho de desarrollar éstos labores de dirección-gerenciamiento (dirigir las actividades

administrativa, económicas, financieras, administrar recursos, aprobar la ejecución de proyectos de inversión, disponer el abono de pensiones), estén cumpliendo funciones públicas de orden estatal, incluso es discutible que desplieguen funciones públicas, *tratándose propiamente de funciones administrativas no estatales.*

En lo que concierne al funcionario técnico, que no posee titularidad de origen, al cumplir éste labores de gerenciamiento de naturaleza ejecutiva y de interés para la Caja de Pensiones, no puede señalarse que pueda cumplir funciones públicas en tal contexto.

Estamos así frente a funcionarios que desarrollan actividades de administración y de gerenciamiento, las mismas que pueden ser categorizadas a título de función administrativa, inherentes a los intereses de sus miembros, *no observándose aquí ejercicio de función pública estatal, no adquiriendo tampoco la calidad de funcionarios públicos estatales,* vista dicha calidad desde los roles destinados por Ley a la Caja de pensiones Policial Militar y en perspectivas de enfoque jurídico penal.

En conclusión, la Caja de Pensiones Militar Policial no es una entidad estatal, ni sus directivos ni cuadros gerenciales desempeñan función pública.

Roberto DROMI[47] es de por sí ilustrativo cuando indica que «las personas públicas pueden ser estatales y no estatales, es decir no pertenecer, orgánicamente hablando, al Estado, ni integrar la administración pública, aunque ejerzan función administrativa (...) Ha sido superada la doctrina clásica, que sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por y para el Estado. No toda persona pública es necesariamente estatal».

Efectivamente, tal como lo hemos mencionado, en lo que atañe al cargo de Consejeros o Directivos de la CPMP, si bien dichos ciudadanos son servidores públicos por venir prestando servicios al Estado, en las Fúerzas Armadas y Fuerzas Policiales respectivamente; conforme a los atributos exigidos por la doctrina y la Ley, enunciados en los párrafos del 1° al 4°, para ser considerados funcionarios de la Caja, la resolución suprema que los designa, no basta para calificarlos como tales.

---

[47] En *Derecho Administrativo*, 3ª ed., Ediciones Ciudad Argentina, Madrid, 1994, p. 60.

Bajo sanción de nulidad, se requiere que las designaciones se efectúen de acuerdo al ordenamiento legal, entre otros, que el Cargo Público esté previsto en el Cuadro para Asignación de Personal (CAP) y su plaza financiada en el Presupuesto Analítico de Personal (PAP) de la entidad pública estatal, instrumentos técnicos que sustentan el pago de remuneraciones y obtención del Presupuesto del Gobierno Central para atender la Planilla Única de Pago del Personal Nombrado de la entidad pública, lo que para el caso concreto de la CPMP no se da porque es una entidad pública No Estatal y maneja fondos privados.

De acuerdo al artículo 31° de la Ley, el Personal de Trabajadores que presta servicios en la Caja está bajo el régimen laboral correspondiente a la actividad privada.

Para verificar si los Consejeros ejercen función pública, revisamos las atribuciones establecidas por la Ley (D.L. N° 21021, artículo 16°), que entre otras, son: dirigir las actividades administrativas, económicas y financieras de la Caja, en armonía con la política que determine el Consejo de Supervisión; administrar los recursos, gravar los bienes y disponer de ellos sólo a título oneroso; aprobar la ejecución de los proyectos de inversión, así como la colocación de los fondos; disponer el abono de las pensiones o compensaciones, etc.; y apreciamos que las mismas no se distinguen de las actividades que realiza cualquier empresa privada u organización privada, incluyendo las Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP), sujetas a las normas del Derecho Privado. Por lo que se estima, no se cumple con el requisito de ejercer función pública, por parte del órgano público que ejecute la voluntad del Estado, dirigida hacia la realización de un fin público.

A este punto, cabe recordar que la Superintendencia de Banca y Seguros, órgano de control y supervisión de la Caja de Pensión Militar Policial, en su Informe N° 021-2002-ISB del 22.01.2002, ha señalado que: «... *la Caja no tiene fines públicos en general* ***ya que brindan prestaciones solamente a beneficiarios concretos****, lo que la desvincula del concepto genérico de la acción o gestión estatal y, además, se basa en el aporte de sus integrantes...*».

Cabe precisar que la función administrativa es inherente al Estado, y, tal como señala DROMI: «***Función administrativa***[48] ***son todos los***

[48] *Introducción al Derecho Administrativo*, Grouz, Madrid, 1986, p. 149.

modos por lo que se canaliza la actividad estatal que se exterioriza por actos del poder: actos de administración, actos gubernativos, políticos o institucionales, legislativos y actos jurisdiccionales...».

En cuanto al Órgano Ejecutivo de la CPMP, constituido por la Gerencia General (artículo 21° de la Ley), el Gerente General es la más alta autoridad ejecutiva y es responsable directo de la marcha administrativa de la Caja, es el representante legal de la Caja, concurre con voz, pero sin voto a las sesiones del Consejo Directivo. Es nombrado y removido por acuerdo del Consejo Directivo (artículo 22°). La normativa relacionada a sus actividades se encuentran desarrolladas del artículo 36° al 40° del Reglamento aprobado por D.S. N° 005-75-CCFA.

El artículo 39° del Reglamento señala que para ser Gerente de la Caja se requiere ser profesional colegiado en Ciencias Actuariales, Económicas, Administración de Empresas o Contabilidad Pública.

Los actos y decisiones del Gerente serán tomados por medio de resoluciones de Gerencia (artículo 40° del Reglamento)

Al respecto, el Gerente General de la CPMP no ha sido designado por resolución suprema; sino que su vínculo con la CPMP es puramente contractual, brindando a la entidad sus servicios profesionales, percibiendo en contraprestación, la retribución económica pactada con la CPMP, que no es entidad estatal; por lo tanto dichos gastos no son atendidos con dineros del Tesoro Público, sino con recursos propios de la Caja.

Asimismo, y lo que es substancial, es que la CPMP no es una entidad pública estatal, los fondos que administra no son públicos, sino privados, que realiza, en sujeción a su propia Ley de creación, con autonomía administrativa, económica y financiera, estando facultada para celebrar los actos y contratos que requiera el desarrollo y buen funcionamiento de su institución, al margen de las normas legales y administrativas aplicables al Sector Público.

En tal sentido, los fundamentos expuestos, se estima, que siendo la CPMP una entidad pública No Estatal que no administra fondos públicos, exceptuada de las normas legales y administrativas que regulan el funcionamiento de las entidades del Sector Público, cuyo desarrollo de actividades no constituyen obrar administrativo, el accionar de los miembros del Consejo Directivo, ni del Gerente General, recaen en la esfera de la función pública y, no reúnen todos los requisitos para ser considerados funcionarios públicos.

8.8. Conclusiones

a) La Caja de Pensiones Militar Policial, por sus caracteres jurídicos, de acuerdo a la doctrina y la Ley, es una persona jurídica de derecho público interno no estatal (no es del Estado) ya que sus fondos no son de propiedad del Estado, sino de sus afiliados. La Caja sólo los administra.

b) La Caja posee patrimonio propio y exclusivo de sus beneficiarios, los mismos que constituyen fondos privados, opinión que ha sido ratificada por diversas entidades públicas y organismos del Estado, como el FONAFE, MEF, SBS, SUNAT, Contraloría General, etc.

c) El Gerente General de la Caja no es funcionario público, porque la Caja no es una entidad pública estatal y no administra fondos o recursos del Estado.

d) Orgánicamente, la CPMP no pertenece al Estado, no es un organismo público descentralizado del Ministerio de Defensa; no percibe fondos públicos ni recursos públicos porque no forma parte del sector público.

e) La CPMP no constituye un pliego presupuestario del Gobierno Central, por cuanto no se le aprueba ninguna asignación en el presupuesto anual de la República ni financia gastos estatales.

f) La CPMP no goza de los beneficios de inafectación con relación al Impuesto a la Renta o privilegios tributarios porque como contribuyente no forma parte del Sector Público Nacional.

g) Finalmente, la CPMP percibe y administra única y exclusivamente fondos privados generados por aportaciones de sus miembros que constituyen patrimonio propio de la CPMP.

9. Que debe probar el Ministerio Público

9.1. El juicio oral como escenario central de la práctica de la prueba en materia de colusión desleal

El juicio oral se configura como el escenario natural de la práctica de la prueba, como destaca en la doctrina española el profesor RAMOS MÉNDEZ[49]. Por lo que, sólo la prueba presentada y discutida en el juicio

[49] RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 147.

oral es válida para fundamentar la sentencia. Toda la prueba lícitamente recogida en etapas anteriores sólo será eficiente a los fines de fundar la acusación y dictar la apertura del juicio, exceptuando de dicha regla general, los supuestos de declaraciones de coacusados, testigos impropios o víctimas en materia de violación sexual. En esta línea, el tratadista y magistrado español Andrés Ibáñez nos dice que la fase de investigación debería ser sólo momento de elaboración de hipótesis e individualización de fuentes de prueba, idealmente destinadas a ser objeto de una evaluación provisional del posible rendimiento; para en función de éste, en su caso, ser propuestas y en su día llevadas al juicio de la manera más genuina, para, dentro de él, ser sometidas a una valoración contradictoria[50].

Postulados recogido, por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema Modelo del 25 de mayo del 2012, Exp. N° A.V.27-2003, al excluir toda forma remisiva a los elementos de prueba, preexistentes al juicio oral, así se recalco que: este Supremo Tribunal considera que la sentencia recurrida vulnero tanto el derecho a la prueba como el deber de motivación de las resoluciones judiciales –componentes del debido proceso–, en atención a que no existió pronunciamiento alguno en el fallo respecto a las pruebas ofrecidas por los recurrentes, **–las mismas que fueron admitidas y actuadas en el juicio oral–** (...)

En esta misma línea de evaluación de la sentencia recurrida, advertimos que igualmente se decanta de manera genérica por la responsabilidad de los procesados, **haciendo mención a la actividad desarrollada en la fase previa al juicio oral, pues bajo el título «Información Probatoria»**, se menciona, reseña y sintetiza un conjunto de actuaciones judiciales de diversa índole, sin efectuarse sobre ellas ningún juicio de valor, advirtiéndose que dichas actuaciones textualmente son las mismas que (...) se citan en la acusación fiscal.

Resulta evidente que la simple enumeración, enunciación o listado de la prueba a título –en este caso– de **«información probatoria», no satisface la exigencia de motivación de la sentencia.** Afirmar que la decisión de condena objeto de análisis se encuentra respaldada con las pruebas que únicamente se han indexado o inventariado, implicaría admitir como motivación válida un discurso meramente ilativo,

---

[50] Andrés Ibáñez, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 133-134.

circular, tautológico, sin la profundización de análisis que compete a la decisión de fondo».

De esta forma, resulta incompatible al juicio oral y con mayor razón a la etapa decisoria del proceso penal, con la expedición de la sentencia, la mera *reproducción burocratizada* de lo realizado durante la instrucción o lo acopiado a nivel preliminar.

9.2. ¿Qué debe producir o probar el Ministerio Público en el marco de una imputación por delito de colusión desleal, cometido hipotéticamente por una pluralidad de sujetos, cuyos actores ya han sido identificados y condenados previamente? ¿Qué debe producir o probar el Ministerio Público en materia de colusión desleal?

Es el Ministerio Público a quien le corresponde traducir en clave jurídico-probatoria los elementos típicos del delito de colusión desleal, en concreto los elementos típicos concertación con los particulares y defraudación patrimonial. Por ello la actuación del Ministerio Público en el acto del juicio oral no es algo que pueda dejarse a la improvisación sino que, por el contrario, debe estar perfectamente diseñada en clave probatoria, para acreditar o no los elementos típicos del delito juzgado. El Ministerio Público debe someter su hipótesis fáctica al test de confrontación en que se traduce el juicio oral posibilitando así que la defensa pueda poner de relieve sus debilidades o inconsistencias, conforme efectuaremos a continuación.

Qué debe probar y *cómo debe probarlo* son cuestiones que los fiscales deben plantearse siempre no solo en el momento del juicio oral sino con carácter previo en el momento de formalización de su escrito de acusación. De esta manera, la requisitoria oral, debe contener la proposición de las pruebas producidas en el juicio oral; la pertinencia, utilidad y relevancia de las pruebas; y congruencia con las proposiciones fácticas de la acusación con los elementos típicos, en particular con la concertación con los particulares y la defraudación patrimonial, esto a lo menos a nivel probatorio, dado que opera en lo procesal como indicio en algunos casos, necesarios. Ello responde a una regla de la más estricta racionalidad que los jueces no resolverán los conflictos de acuerdo a la sola afirmación o negación de las partes y sus respectivas argumentaciones o simpatías que estas les inspiren, porque no son meros árbitros, sino que deben formar su convicción

fundamentalmente con las demostraciones que efectúen las partes, es lo que corresponde a un estado de derecho, a la consideración del imputado como sujeto de derecho y a la presunción de inocencia que le alcanza. Lo contrario es pura arbitrariedad, conforme lo desterró expresamente la Sala Penal Suprema Transitoria revisora, al afirmar que: «*resulta evidente que nos encontramos ante una decisión con una motivación aparente y radicalmente insuficiente, que no toma en cuenta la totalidad de los elementos ofrecidos para la dilucidación de los hechos ni da respuesta a las diversas posturas presentadas por las partes*»[51].

Efectivamente, todo aquel que afirme algún hecho o circunstancia debe probarlo para lograr la convicción judicial. En el proceso penal rige esta regla absolutamente y la carga corresponde al representante del Ministerio Público. Como principio desde lo general el objeto de la prueba son los hechos afirmados y contradictorios sobre los que se va a discutir en un proceso. Es decir el objeto son los hechos.

Función monopólica que el autor y Fiscal Supremo, Alcides Chinchay Castillo, recae sobre «el acusador», recalca dicho autor que, «*si el impulsor de la acción penal no ha considerado una prueba como «con claro contenido incriminatorio», ¿qué derecho tiene el juez (neutral, imparcial) de calificar a un elemento con «con claro contenido incriminatorio»? ¿Cómo puede un juez pretender decidir de manera imparcial sobre una causa, si –antes (o fuera en este caso) del debate contradictorio– ha decidido ya que un elemento tiene «claro contenido incriminatorio»? Refulge con fuerza desmoralizante la idea del juez como tutela de la verdad, que el gran tratadista, hoy vocal supremo, señalaba como ajena al rol constitucional del juzgador: si ellos no se han dado cuenta, es mi deber darme cuenta y así declararlo; lo que menos importa en tal caso es si las partes lo han invocado o no. c. ¿Hay que ser demasiado lúcidos para notar el puerto a donde tan peligrosa embarcación lleva? ¿Cuánto tendremos que esperar para que un juez diga que ante la negativa del fiscal a acusar, una resolución judicial remplazará la acusación cumplidamente? Los señores vocales supremos acaso digan que jamás, que se trata de dos cosas distintas. Pues no, señores magistrados: ambas invasiones en los campos de la acusación y de la lucha jurídica de adversarios en el proceso, tienen la misma índole y portan el mismo veneno que emponzoña la lucha por el estado de derecho y por la naturaleza misma de un proceso judicial*

[51] Ejecutoria Suprema del 25 de mayo del 2012, Exp. N° A.V.27-2003.

dado en un contexto democrático, republicano y con autoridades que no pretendan ser los cumplidores de un rol constitucionalmente bien delimitado, sino los paternalistas padres que –es bien seguro y con especial énfasis en la tautología– no es bueno tener»[52].

En el momento de la requisitoria oral el Ministerio Público debe relacionar las pruebas actuada con el relato de hechos objeto de imputación articulados sobre la base de los elementos típicos. Para ello, el Ministerio Público debe analizar no solo los elementos de cargo o de contenido incriminatorio obtenidos durante el juicio oral sino, también, los elementos de descargo, pues el fiscal no se encuentra obligado a acusar a ultranza. La objetividad e imparcialidad que debe presidir la actuación del fiscal impiden que pueda presentarse una acusación que carezca del suficiente soporte indiciario y se pueda calificar de no fundamentada.

En la doctrina española GIMENO SENDRA define los escritos de acusación como actos de postulación mediante los cuales las partes acusadoras fundamentan y deducen la pretensión punitiva y, en su caso, de resarcimiento, calificando los hechos punibles investigados, determinando el *tema de la prueba* y efectuando la primera delimitación del objeto del proceso sobre el que ha de recaer la actividad decisoria del Tribunal[53].

En cuyo contexto, la descripción de los hechos adquiere una singular importancia, pues fija el objeto del proceso en sus aspectos fácticos, de tal modo que en el juicio oral no puede llevarse a cabo una modificación o alteración sustancial de los mismos, que provoque una situación de indefensión para el acusado. Una descripción fáctica excesivamente ambigua, o formulada en términos equívocos, o carente de detalle.

Acorde a ello el señor Fiscal de la Nación en la Disposición de la Fiscalía de la Nación del 26 de septiembre del 2012, ya desde un estadio embrionario de la formación de la persecución penal correspondiente a los Órganos de Control, y con mayor razón tratándose de una

---

[52] CHINCHAY CASTILLO, Alcides, *La crisis del Principio Acusatorio a propósito de la declaración de nulidad por parte de la Corte Suprema de la Republica*, Instituto de Ciencia Procesal Penal.

[53] GIMENO SENDRA, V. / MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 307.

acusación o requisitoria oral, dejó en claro que: « (...) **Quinto:** Que es por ello que al momento de calificar las denuncias, los Órganos de Control **deben de proceder con exhaustividad, rigor y profesionalismo**; de tal manera que, de disponerse la apertura de una Investigación Preliminar, **es menester se precise el marco de Imputación a fin de no afectarse, en modo alguno, el derecho de defensa de las partes. Fijar el marco de imputación implica necesariamente realizar una descripción precisa, concreta y clara del hecho atribuido, una relación circunstanciada, temporal y espacial, y, asimismo, una calificación jurídica provisional del mismo, precisándose los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.**

La importancia que se encuentre precisada la imputación, contra la persona sujeta a indagación, ha sido destacada por el jurista argentino Julio Maier, cuando anota: «En primer lugar, para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo táctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación. **El núcleo de esa Imputación es, según ya se ha observado, una hipótesis fáctica acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico, atribuida al imputado, la cual a juicio de quien la formula conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible.**

De esta forma, como se ha delineado en los considerandos anteriores (...) la imputación «no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado [...] por el contrario, **debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto**, singular de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento que se supone real con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionen su materialidad concreta».

9.3. ¿Qué «pruebas de cargo» produjo el Ministerio Público durante el juicio oral y su complementación?

La Sala Suprema Transitoria en la Ejecutoria Suprema modelo antes citada, censuró y cuestionó supuestos en los que el representante del Ministerio Público y la Sala Penal Especial no sortearon el umbral de la sospecha o hipótesis, llegando a un mero conocimiento probabilístico, insuficiente para condenar, así afirmo que: *«en efecto, la condena por el delito de colusión se asienta fundamentalmente en la declaración del testigo impropio Vladimiro Montesinos Torres –prueba trasladada– en las declaraciones de los testigos Duthurburu Cubas y Venero Garrido y en la referencia ilativa a que firmaron los Decretos de Urgencia, sin establecer una conexión lógica entre lo declarado por Vladimiro Montesinos Torres y la prueba actuada; omitiendo señalar cuál es el juicio deductivo que le hace arribar a tal conclusión, no se aprecia en este sentido un discurso justificativo que atribuya de manera individualizada primero, e integrada después, valor reconstructivo o no, a los diferentes medios que integran el cuadro probatorio.*

La enunciación del contenido de la declaración de Vladimiro Montesinos Torres no es suficiente para validar una conclusión, ni la cita a las declaraciones de los testigos Duthurburu y Venero, pues si bien sus declaraciones en el proceso de reconstrucción de los hechos son relevantes, no se advierte un ejercicio conectivo entre lo declarado por estos y la infracción de deber con contenido colusorio respecto a cada uno de los encausados; de ahí que advirtamos la ausencia de un estándar minimalista en la valoración y el control de la racionalidad y calidad cognitiva de la decisión del Tribunal de Juzgamiento.

Solo a modo de ejemplo –pues resultara inconducente señalar cada medio de prueba no sin valorarlo– tenemos que la tesis defensiva del procesado Camet Dickmarrti se asentó en que no intervino en la contratación estatal por razón de su cargo ni comisión especial, que no existió perjuicio alguno y que, por el contrario, obtuvo un descuento significativo en la compra de bienes efectuada por el Estado: En igual sentido, la línea defensiva del inculpado Pandolfi Arbulu decanto por su actuación en el proceso contractual del Estado bajo el principio de confianza y por ausencia de imputación objetiva por aplicación del principio de prohibición de regreso, argumentos centrales de defensa a las que no se «dieron respuesta en la sentencia venida en grado».

Para un mejor orden e ilustración vaciaremos los elementos de prueba de «cargo» que fueron declarados insuficientes para sustentar

una sentencia condenatoria por parte de la Sala Penal Suprema Revisora, en el siguiente cuadro probatorio indiciario:

Hecho inicial-indicio (El hecho base o hecho indiciario):	**Inferencia lógica, enlace o razonamiento deductivo** (a partir de una relación de causalidad)[54] Conexión racional «incriminante»: Debe haber un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado[55].	**Hecho final - delito[56] (hecho consecuencia o hecho indiciado): EN EL CASO LA SUPUESTA CONCERTACIÓN CON LOS PARTICULARES.**
La declaración del testigo impropio Vladimiro Montesinos Torres –prueba trasladada– en las declaraciones de los testigos Duthurburu Cubas y Venero Garrido	La Sala Suprema Revisora censuró dicho accionar aseverando que se: «Omitió señalar cuál es el juicio deductivo que le hace arribar a tal conclusión, no se aprecia en este sentido un discurso justificativo que atribuya de manera individualizada primero, e integrada después, valor reconstructivo o no, a los diferentes medios que integran el cuadro probatorio».	
La referencia ilativa a que firmaron los Decretos de Urgencia.	La Sala Suprema Revisora censuró dicho accionar aseverando que: La enunciación del contenido de la declaración de Vladimiro Montesinos Torres no es suficiente para validar una conclusión, ni la cita a las declaraciones de los testigos Duthurburu y Venero, pues si bien sus declaraciones en el proceso de reconstrucción de los hechos son relevantes, no se advierte un ejercicio conectivo entre lo declarado por estos y la infracción de deber con contenido colusorio respecto a cada uno de los encausados.	

[54] Deben tenerse en cuenta los principios de normalidad y oportunidad.

[55] En definitiva se trata de una operación lógica, consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflejarse en la sentencia. Sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985, 229/1988, 197/189, 124/1990, 78/1994 y 175/1995. CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 863.

[56] Al respecto Leone señala que la correlación lógica entre el indicio y el hecho a probar debe ser entendida en un doble sentido: en primer lugar, en sentido positivo, los indicios deben desembocar en una única conclusión; y en segundo lugar, en un sentido negativo, deben excluir radical y absolutamente cualquier otra conclusión. Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 244.

Observaciones: Debe explicitarse los medios probatorios que lo acreditan. El TC puntualiza que debe estar plenamente probado.	**Observaciones:** Debe explicitarse la máxima de experiencia aplicable. El TC, relieva que, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.	**Observaciones:** Se debe explicitar que elementos de la estructura típica o título de participación se configuró. Precisamente el TC recalca que: no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que lo contiene.

De esta forma, queda evidenciado un déficit en el razonamiento respecto a la relación de las pruebas ofertadas con los hechos y circunstancias que se pretendan probar, a los efectos de justificar su pertinencia y utilidad, en el marco de acreditar la supuesta concertación. Esta necesidad de justificación debe actuar, además, como mecanismo de autocontrol del Ministerio Público en su oferta probatoria, debiéndole llevar a descartar aquellos contra indicios que refutan su hipótesis acusatoria.

En efecto, una de las características esenciales de los escritos de acusación debe ser, por tanto, la riqueza descriptiva de los hechos, siempre y cuando el juicio oral llevado a cabo haya permitido conocer tales extremos; a mayor riqueza, mayor precisión en el lenguaje que debe utilizarse, lo que obliga a prescindir de términos excesivamente ambiguos, generales o con una escasa capacidad descriptiva de la realidad.

Dicha descripción fáctica condiciona el tipo de pruebas que deben ofertarse, pues solo aquellas que sean objetivamente idóneas para acreditar las diferentes proposiciones fácticas descritas en el escrito de acusación superaran el filtro de admisibilidad judicial. En otras palabras, la prueba ofertada debe guardar congruencia o correspondencia con las proposiciones fácticas que integran la descripción del hecho típico, en nuestro caso, la supuesta concertación.

9.4. La prueba indiciaria como sustento de la Acusación Fiscal y Requisitoria Oral, y su refutación por: i.- ausencia de indicios plurales o necesarios, ii.- ausencia del conectivo lógico, y iii.- la configuración de contraindicios

Desde un plano analítico, el fiscal debe descomponer el relato de hechos objeto de acusación en diferentes proposiciones fácticas para, a continuación, identificar la prueba o pruebas que les sirven de fundamento. Esta exigencia de correspondencia y congruencia deriva del propio concepto de prueba procesal. La prueba se traduce en una actividad de comparación que lleva a cabo el Juez entre las afirmaciones iniciales que las partes realizan en sus escritos y las afirmaciones instrumentales obtenidas de su práctica en el juicio oral[57].

Un ejemplo nos puede servir para ilustrar mejor esta idea. Si el Ministerio Público sostiene en su escrito de acusación que el imputado fue el autor material del crimen, ocasionado la muerte de la víctima al propinarle varias puñaladas que alcanzaron el corazón, debe estar en condiciones de poder acreditar esta hipótesis fáctica en el acto del juicio oral, bien mediante una prueba directa, como por ejemplo, la declaración de un testigo presencial de los hechos que vio como el acusado asestaba dichas puñaladas, bien mediante una prueba indirecta, esto es, a través de un conjunto de indicios (*hechos base*), lo suficientemente concordantes y convergentes, de los que pueda inferirse, en términos de *conclusividad*, que el acusado fue el autor de la agresión mortal.

Por ello, el Ministerio Público no debe incluir, descartándolas, aquellas proposiciones fácticas que no esté en condiciones de poder acreditar en el acto del juicio oral mediante la práctica de la prueba. Lo expuesto nos sitúa inexorablemente en la denominada prueba indirecta o indiciaria, para la cual nos remitiremos a la producción jurisprudencial vinculante emanada de los Salas Supremas y Tribunal Constitucional[58].

---

[57] Sobre el concepto de prueba como actividad de comparación véase Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 29 y ss.

[58] Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22, y Sentencia del 13 de Octubre del 2008, Exp. N° 00728-2008-PHC/TC.

9.5. Esquema de la estructura de la prueba por indicios formulada por el fiscal supremo y los contraindicios

El indicio[59]:	La inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia[60] (deben tenerse en cuenta los principios de: normalidad, causalidad y oportunidad):	Hecho consecuencia[61]:
1.- Hechos básicos incriminadores: 1.1.- El procesado ha sido Ministro de Economía entre el ocho de enero de mil novecientos noventa y tres y el veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y ocho, y como ya expresé, sobre su persona pesa el cargo de colusión ilegal, **lo que se centra alrededor y básica y directamente por dos Decretos de Urgencia».** 1.2.- «La imputación **asienta su material probatorio alrededor de los actos de tratativas** que hizo el procesado para la compra de estos aviones, **para lo cual – como ya se estableció en el proceso– realizó un viaje tras lo cual se efectuó este proceso de adquisición».**	**1.-Inferencia o conexión racional «incriminante»:** Debe haber un enlace preciso y directo según las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.	**1.-** Acreditación del verbo típico, concertación.

[59] Letra «a)» del inciso 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal, prescribe que: La prueba por incidíos requiere: a) **Que el indicio esté probado.** Para un mejor abordaje global y objetivo, por parte del Juez sentenciador, debe bifurcarse en: 1.- Hechos básicos incriminados, y 2.- Hechos básicos no incriminadores o contra indicios.

[60] Letra «b)» del inciso 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal.

[61] Al respecto LEONE señala que: la correlación lógica entre el indicio y el hecho a probar debe ser entendida en un doble sentido: en primer lugar, en sentido positivo, los indicios deben desembocar en una única conclusión; y en segundo lugar, en un sentido negativo, deben excluir radical y absolutamente cualquier otra conclusión. Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal, op. cit.*, p. 244.

1.3.- «La necesidad ficticia, y como ya lo ha remarcado el Ministerio Público estas necesidades ficticias no se refieren a la dolorosa guerra contra Ecuador en la última década del milenio pasado, y que haya sido inventada por el Ministerio Público con la truculenta finalidad».		
2.- Contraindicios o hechos básicos no incriminadores[62], identificados por el propio ente persecutor en su requisitoria oral: 2.1.- «la contra argumentación contra esta proposición fáctica del Ministerio Público básicamente se ha centrado alrededor de que no hubo un sobreprecio». 2.2.- «la contra argumentación señala que su intervención produjo un descuento considerable; entonces de acuerdo a la teoría del caso (...) esta puesta de acuerdo habría sido más bien para favorecer al erario y no para perjudicarlo». **2.3.- «hubo paralelamente a este por este mismo material fáctico sobre sujetos no aforados, ha fluido que fue a iniciativa de Vladimiro Montesinos Torres haber formado estas empresas y haberlas puesto en contacto**	2.-No verificación de la inferencia o conexión racional «incriminante», que puede configurarse por la presentación de indicios consistentes.	2.-No acreditación del verbo típico, concertación.

[62] Por así exigirlo la sentencia del 8 de Agosto del 2005, Exp. N° 4831-2005-PHC/Tribunal Constitucional, donde se puntualiza que: de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de **no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso** (...). (el subrayado es nuestro). La letra «c)» del inciso 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal, recalca la verificación negativa de los contraindicios de cara a la configuración de la prueba por indicios.

con Bielorrusia para que ellas terminaran intervinieron, y que la única finalidad de la aparición de estas empresas habría sido favorecer una suerte de comisión ilícita por parte de Montesinos Torres». 2.4.- «no hubo una compra adecuada, y esta proposición fáctica en primer lugar habría que atribuirla a los funcionarios del Estado peruano que tuvieron alguna competencia técnica al respecto, básicamente a funcionarios de la Fuerza Aérea del Perú (FAP)». 2.5.- «entonces no se trata solo de medir el precio de cada avión y decir que por lo menos el precio de cada avión era adecuado, en términos del mercado si esto pudiera ser afirmado, y hasta eventualmente el precio podría ser beneficioso avión por avión».		
Regla: Debe explicitarse los medios probatorios que lo acreditan[63].	**Regla:** Debe explicitarse la regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en que se sustenta la inferencia.	**Regla:** Superado los estadios anteriores, se debe explicitar que elementos de la estructura típica o título de participación se infirió.

Partiendo la admisión de la prueba indirecta o indiciaria, en el presente proceso penal como prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia, corresponde recalcar que no se cumplen sus presupuestos, tales como:

a.- La no concurrencia de una pluralidad de indicios, y menos de indicio necesario; por lo que, la afirmación base debe estar integrada por una pluralidad de indicios de los que inferir la existencia del hecho

[63] El dato fáctico surgirá de los dichos del testigo, de la declaración del imputado, de un dictamen pericial, de una inspección judicial o cualquier otro medio. JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 583.

delictivo o la participación del acusado, ello porque, la culpabilidad del imputado será necesaria la concurrencia de varios indicios, como demuestra la práctica forense.

b.- Por otro lado, lo realmente importante no es el aspecto meramente cuantitativo, a modo de constatación de una simple suma aritmética de indicios, sino su capacidad *indicativa*, esto es, su idoneidad para ser fuente de la afirmación presumida que se pretende acreditar, esto es, la concertación. Exigencia que el Fiscal Supremo debe fundamentarla y argumentarla.

c.- La ausencia de contraindicios, lo que no acaece, ya que siguiendo el caso típico, como lo resalta el propio ente persecutor se identifican, por lo menos, los siguientes contraindicios: **1.-** «la contra argumentación contra esta proposición fáctica del Ministerio Público básicamente se ha centrado alrededor de que no hubo un sobre pecio». **2.-** «la contra argumentación de la defensa ha sido recurrente en señalar que fue todo lo contrario, que más bien hubo un descuento que se logró gracias a la gestión del procesado; entonces de acuerdo a la teoría del caso (...) esta puesta de acuerdo habría sido más bien para favorecer al erario y no para perjudicarlo». **3.-** «**hubo paralelamente a este por este mismo material fáctico sobre sujetos no aforados, ha fluido que fue a iniciativa de Vladimiro Montesinos Torres haber formado estas empresas y haberlas puesto en contacto con Bielorrusia para que ellas terminaran intervinieron, y que la única finalidad de la aparición de estas empresas habría sido favorecer una suerte de comisión ilícita por parte de Montesinos Torres**». **4.-** «**no hubo una compra adecuada, y esta proposición fáctica en primer lugar habría que atribuirla a los funcionarios del Estado peruano que tuvieron alguna competencia técnica al respecto, básicamente a funcionarios de la Fuerza Aérea del Perú (FAP)**» y **5.-** «entonces no se trata solo de medir el precio de cada avión y decir que por lo menos el precio de cada avión era adecuado, en términos del mercado si esto pudiera ser afirmado, y hasta eventualmente el precio podría ser beneficioso avión por avión».

9.6. Contravención de los criterios de interpretación vinculante, contenidos en los fundamentos jurídicos 33 y siguientes de la sentencia del 29 de abril del 2005, Exp. N° 1805-2005-HC/TC

Los criterios de interpretación vinculantes, contenidos en los fundamentos jurídicos 33 y siguientes de la sentencia del 29 de abril del 2005, Exp. N° 1805-2005-HC/TC, son:

«33. El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva; la autoría y la participación.

El artículo 23° de Código Sustantivo establece que «[E]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción». A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros.

34. La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a «[a] aquel que **mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo**». Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive.

En tanto que el *partícipe* está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho.

35. Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución. (...)».

Ellos son inobservados, en los supuestos en que no se explicita si el procesado es coautor o autor, y fundamentalmente con qué particular concertó para perjudicar al estado, omisión que en reiterados casos se ve agravado si el propio ente persecutor en su requisitoria oral recalcó e identificó la concertación en sujetos no aforados, de los que el procesado fue totalmente ajeno; en efecto señalo el Fiscal Supremo que: **«hubo paralelamente a este por este mismo material fáctico sobre sujetos no aforados, ha fluido que fue a iniciativa de**

Vladimiro Montesinos Torres haber formado estas empresas y haberlas puesto en contacto con Bielorrusia para que ellas terminaran intervinieron, y que la única finalidad de la aparición de estas empresas habría sido favorecer una suerte de comisión ilícita por parte de Montesinos Torres (...)»

En esta misma línea argumental, en el caso del coautor, como bien explica Fidel ROJAS VARGAS, todos los funcionarios a los que se atribuye la condición de coautores tienen que cumplir los requisitos de funcionario público y nexo funcional[64], es decir, intervenir en representación del Estado, por ejemplo, en el proceso administrativo de selección del proveedor y en el contrato de compra venta.

COAUTORÍA DE COLUSIÓN DESLEAL:	
Coautor - Coautor	Coautor - Coautor
NEXO FUNCIONAL:	

La acción típica de colusión desleal es el concierto, la celebración de un acuerdo colusorio entre el autor y el interesado (proveedor), en los procesos administrativos de selección de proveedor de bienes y servicios, o en la celebración y ejecución de los contratos administrativos que prevé el tipo penal abierto del artículo 384, produciendo la **defraudación al Estado**, esto es, perjuicio económico[65] [66] [67] [68] [69].

A lo anterior se abona, que el delito de colusión desleal es lo que se denomina **un delito de pluralidad de actos**, es decir la acción típica no se produce con un solo acto, como el homicidio, sino mediante dos o más actos[70] [71].

---

[64] ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 408.
[65] *Ibidem*, p. 410.
[66] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 310.
[67] MIR PUIG, Carlos, *op. cit.*, p. 337.
[68] EXTEBERRÍA ZARRABEITIA, Xavier, *op. cit.*, p. 212.
[69] ALONSO PÉREZ, Francisco, *op. cit.*, p. 259.
[70] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, p. 285, 2002.
[71] MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tecfoto, Barcelona, p. 204, 1998.

La acción típica de la colusión desleal se realiza a través de 3 actos:

Actos con los que se realiza la acción típica de colusión desleal:	
1.- El concierto o acuerdo colusorio entre el autor o interesado (proveedor)	2.- El proceso o contrato administrativo.
3.- La defraudación al Estado.	

De estos tres actos que forman la acción típica de colusión desleal, es necesario precisar el contenido de dos:

El concierto o acuerdo colusorio entre el autor y el interesado-proveedor. El acuerdo colusorio entre el autor y el interesado-proveedor tiene dos características:

a.- La violación de los deberes de función por el autor en el proceso o contrato administrativo en cual interviene en razón de su cargo en representación del Estado. El autor de la colusión desleal realiza el acto administrativo o contractual beneficiando los intereses del particular y en perjuicio del Estado.

b.- Las cláusulas colusorias, esto es, términos del convenio en perjuicio del Estado, por razones como por ejemplo: la indebida selección del postor; de bienes o servicios defectuosos; la aceptación de sobreprecios; o de condiciones desfavorables para el Estado, en el plazo, forma de pago, garantías, etc.

El Poder Judicial ha elaborado doctrina sobre la estructura típica del delito de colusión desleal reconociendo al acuerdo colusorio como uno de los elementos de la acción típica del también denominado fraude al Estado. La Corte Suprema de Justicia en la Ejecutoria Suprema del 14 de enero del 2000 emitida en el proceso penal signado con el N° 5201-99 Loreto; la Ejecutoria Suprema del 17 de octubre del 2006 emitida en el proceso penal signado 46-2003; y la Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre del 2006 emitida en el proceso penal signado 31-2003; establece como elemento del tipo objetivo del artículo 384 el siguiente: «a) el acuerdo o concertación clandestino[72] entre dos o más personas para lograr un fin ilícito».

[72] Por la naturaleza clandestina, oculta o disfrazada de cómo opera la dinámica del delito de colusión ilegal la doctrina recuerda la necesidad de recurrir cada vez con más insistencia a la prueba de indicios o prueba de presunciones. GARCÍA CAVERO, Percy / CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de colusión*, Grijley, Lima, p. 188, 2008.

10. Discusión sobre la Defraudación Patrimonial a nivel probatorio y sustantivo

El tipo penal del artículo 384 exige que el acuerdo colusorio produzca la defraudación al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos previstos en la fórmula típica. El Legislador de 1991 ha considerado que no basta el acuerdo colusorio para la afectación del bien jurídico objeto de tutela penal mediante el artículo 384; exige que el acuerdo colusorio entre el autor y el proveedor produzca la defraudación del Estado en el proceso administrativo de selección de un proveedor de bienes o servicios, en la celebración o ejecución de un contrato administrativo.

Dentro de esta línea de argumentación se entiende el porqué en la colusión desleal la defraudación se traduce en el perjuicio económico que el funcionario público representante del Estado, le ocasiona por violar los deberes inherentes a su función. ROJAS VARGAS, el autor nacional más importante en el ámbito de los delitos contra la administración pública, señala que el perjuicio económico es un elemento esencial a la defraudación, su componente material, en otros términos la defraudación del tipo penal del artículo 384 se materializa a través del perjuicio económico que el autor ocasiona al Estado en el proceso o contrato administrativo como consecuencia del acuerdo colusorio celebrado con el proveedor[73].

Luis Miguel REYNA ALFARO, dentro de la posición predominante en la doctrina nacional, también se refiere al perjuicio patrimonial al Estado como componente de la acción típica al señalar «que el desvalor del resultado en el delito de colusión adquiere su plenitud con la lesión del patrimonio estatal. Es que sin este perjuicio patrimonial no existe delito de colusión, pues no existe fraude»[74].

La Jurisprudencia peruana ha asumido la posición predominante en la doctrina. La Corte Suprema en la Ejecutoria del 17 de octubre del 2006 dictada en el proceso penal N° 46-2003 y en la Ejecutoria del 21 de diciembre del 2006 dictada en el proceso penal N° 31-2003, fija como uno de los elementos del delito de colusión desleal: «c) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, como consecuencia de estos tratos irregulares».

---

[73] ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 412.

[74] REYNA ALFARO, Luis Miguel, «Estructura atípica el delito de colusión», en *Actualidad Jurídica*, tomo 130, Gaceta Jurídica, septiembre, Lima, 2004, p. 69.

En la **Ejecutoria Suprema N° 1402-2002** del 04 de julio del 2002 se señala: «[...] Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384 del Código Penal contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros... siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, **que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas entre otras**». (Ver en ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra Administración Pública*, Grijley, 2007, p. 416).

La **Ejecutoria Suprema** del 22 de Julio del 2004 recaída en el **R.N. N° 1480-2003** establece que: «[...] propiamente, **la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial –potencial o real– para la administración**».

La **Ejecutoria Suprema** emitida en el R.N. N° 1296-2007- Segunda Sala Penal Transitoria del 12 de Diciembre del 2007 establece que «[...] la defraudación, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación –que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico– con el eventual resultado. Asimismo tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la **producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos**».

La Corte Suprema de Justicia de la República en la **Ejecutoria Suprema 5305-2006** de fecha 26 de marzo del 2008 ha establecido en su Quinto Considerando lo siguiente: «(...) para este tipo de delitos (contra la administración pública) constituye ya una orientación o lineamiento jurisprudencial definido, el hecho de considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación de la pericia valorativa porque permite determinar: I) la existencia de los bienes; II) posibilita apreciar el destino de los mismos; y III) permite establecer diferencias entre lo que ha ingresado con las salidas; y pues **si la pericia técnica no arroja el perjuicio económico para los intereses patrimoniales no estará acreditado el delito**».

11. La concertación con el proveedor-particular

La colusión desleal del tipo penal del artículo 384 constituye un caso de los denominados delitos de encuentro; que ABANTO VÁSQUEZ define como aquellos en los cuales la conducta típica es realizada por varias personas con una finalidad común, pero intervienen desde «direcciones diferentes y de manera complementaria»[75].

Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND afirman que en los delitos de encuentro las actividades de los intervinientes se dirigen al mismo objetivo pero desde lados distintos, de modo que las acciones «en cierto modo, acaban por encontrarse»[76].

En el tipo penal del artículo 384 se establece claramente el delito de encuentro, al considerarse la acción del funcionario o servidor público que interviene en el negocio jurídico administrativo en representación del Estado y la conducta del interesado, esto es, del postor o proveedor, que se encuentran en el acuerdo colusorio.

Es claro que si no hay la convergencia del funcionario aforado con el interesado, no podría establecerse colusión desleal. Por tal razón no se puede determinar el interesado que exige el tipo penal del artículo 384 para vincularlo a nuestro defendido y justificar su condena.

El término «interesados» es una locución que engloba a todos quienes contratan (vía las diferentes negociaciones u operaciones nominadas o innominadas establecidas en el tipo) con el Estado, sean estos contratistas *extraneus* absolutos (extraños a la Administración Pública) o relativos, en este último caso cuando los contratistas son empresas estatales o mixtas[77].

Los interesados pueden ser las empresas privadas ya sean nacionales o internacionales, aunque también en determinados casos de selección pueden ser sujetos particulares, que se presentan a las convocatorias públicas de licitaciones para realizar obras de interés nacional, regional, municipal; de igual forma, pueden ser las firmas comerciales que intentan proveer vía licitaciones, adjudicaciones directas o de menor cuantía de bienes diversos a las distintas entidades

---

75 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 68.

76 JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., p. 751, Comares, Granada, 2002.

77 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002, p. 415.

de la Administración Pública, así como todos aquellos que participen con sus propuestas en los remates públicos de bienes, como los que acudan a concursos públicos para brindar servicios o consultorías[78].

La noción jurídico penal de «interesados» abarca a quienes hayan calificado y obtengan los acuerdos que siguen a los procesos de selección a través de las licitaciones, suministros, concursos públicos, subastas y otras operaciones semejantes; no comprendiéndose en dicho componente del tipo de colusión defraudatoria, quienes en general, pese a participar en las convocatorias no resultan beneficiados con los observaciones que se le formulara en su oportunidad, por lo que declaraban su conformidad a la obra y procedían a su recepción, pese a que las observaciones formuladas primigeniamente no habían sido subsanadas en su totalidad; que si bien los citados acusados han alegado que suscribieron dicha acta de favor pues se les informó que las observaciones habían sido subsanadas, dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados y el contratista a fin de hacer aparecer como cabalmente ejecutada una obra que no se ajustó a los acuerdos previamente adoptados con la entidad contratante, encontrándose acreditada de esta manera la culpabilidad de los recurrentes».

12. Exigencias probatorias vía la prueba pericial[79]

POSICIÓN DE LA PRIMERA FISCALÍA PENAL SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS.-	
Retira Acusación por delito de Colusión Desleal tras reconocer no haberse acreditado perjuicio patrimonial en contra del Estado, pese a tenerse por hecho probado el direccionamiento de la buena pro a determinadas empresas favorecidas.	**«... 10.- (...) se ha llegado a determinar la vinculación de los funcionarios de la CAJA, entre sí y su relación con la familia o grupo Venero, quienes resultaban favorecidos con los contratos de las obras otorgadas por la CAJA, a su empresa, Corporación Oeste, o empresas que eran contactadas para participar, como Constructo-**

[78] *Ibidem.*

[79] Caso de la Caja de Pensiones Militar Policial - Exp. Nº 04-2004.- De la Resolución de fecha 14.09.2009 mediante la cual la Primera Sala Penal Especial aprobó el Retiro de la Acusación solicitada por la Primera Fiscalía Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Funcionarios.

	ra ELUC y WAIT SAC, sin embargo, no se ha llegado a probar el perjuicio económico material o potencial (...) Que en consecuencia no se ha probado la responsabilidad penal en los procesados Vladimiro Montesinos Torres, César Enrique Victorio Olivares, David Moisés Mendoza Nieto, Kenny Dante Valverde Mejía, César Humberto Chávez Jones, Víctor Manuel Barrenechea Del Pozo, Luis Venero Garrido, Wilfredo Venero Garrido, Juan Silvio Valencia Rosas, David Jesús Castilla Martínez, Néstor Alexander Rojas Godínez, Ricardo Walter Mendoza Nieto y Evaristo Luciano Cárdenas Pillaca, por el delito de Colusión ilegal investigado, siendo pertinente el Retiro de la Acusación Fiscal, solicitando por ende, al Colegiado, el archivo de la presente causa».
C2. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL SUB-SISTEMA JUDICIAL ANTICORRUPCIÓN.	
C2.1. La imputación de un delito de Colusión debe importar como sustento fáctico una Defraudación con perjuicio patrimonial.	«... a.- El elemento «defraudación» tiene un carácter patrimonial. Cesar San Martín Castro señala al respecto «La conducta defraudatoria está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal; incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. (...). Ese es el ámbito de la conducta colusoria de claro contenido económico y compromiso de fondos públicos, consecuentemente, están al margen del tipo penal toda conducta colusoria mediante concierto que no importe tal contenido y compromiso.[se cita Sentencia de la Sala Penal Especial de fecha 3 de Agosto del 2005 recaída en el Exp. 25-2003- A.V -Caso Saucedo Sánchez.] ...»
C2.2. La imputación de un delito de Colusión debe importar como sustento fáctico el que las empresas supuestamente favorecidas no hayan ejecutado la prestación a la hayan ejecutado defectuosamente.	«... Del análisis de estas contrataciones, esta Sala Penal coincide con las conclusiones presentadas por el Ministerio Público, en el sentido de no haberse acreditado la existencia de un perjuicio a la Caja de Pensiones Militar Policial ni efectivo ni potencial, en tanto que las obras se cumplieron ...» «... A mayor abundamiento de las actas de conformidad citadas y no cuestionadas por la parte civil y la

	declaración del Colaborador Moisés David Mendoza Nieto dada en la sesión trece de fecha 29 de Abril del 2008, se puede constatar que las obras no solo se cumplieron sino que fueron recibidas en conformidad por la parte contratante, no advirtiéndose indicios de que el servicio prestado fue inidóneo ...»
C2.3. La imputación de un delito de Colusión debe importar como sustento probatorio una pericia que determine la sobre-valoración de las especies adquiridas.	«... **con la nueva prueba producida en el acto oral, como es la pericia** (...) suscrita por las peritos Ana Alvarado Milla y Enma Dora Ausejo Caraza (...) **se ha determinado que no hubo sobrevaloración de precios, sosteniendo las Peritos que no se ha podido establecer el monto defraudado** ...»
C2.4. La imputación de un delito de Colusión debe importar como sustento probatorio una pericia que determine que las mismas especies adquiridas pudieron haber sido adquiridas a menor costo o con mayores ventajas.	«... Conforme se ha sostenido en líneas precedentes la provocación de un posible perjuicio debe ser explicado en términos económicos, es decir, es necesario acreditar que en el momento de la contratación la Administración de la Caja de Pensiones Militar Policial pudo haber adquirido de manera segura y regular el mismo servicio en mejores ventajas al haber tenido a su disposición alternativas menos gravosas o claramente más ventajosas y las despreció sin justificación razonable, lo que evidentemente no ha ocurrido en autos al no haberse acreditado la existencia real de esas mejores ventajas y alternativas ...»
C2.5. Para imputar delito de Colusión no es suficiente atribuir la vulneración de determinadas normas administrativas sino que es necesario acreditar vía pericial que en el contexto temporal de la adquisición cuestionada se pudo acceder a la misma adquisición a través de otras empresas del mercado en mejores condiciones que las de las empresas supuestamente favorecidas.	«... Conforme se ha señalado la sola omisión de trámites como fue la convocatoria de tres postores no es suficiente para acreditar el «perjuicio potencial», pues, este exige probar que efectivamente pudieron existir en el mercado otras entidades que ofrecían servicios más idóneos y a menores precios y que estas no fueron consideradas con el fin de favorecer a la empresa citada, situación que tampoco se acreditado y muy por lo contrario las peritos contables sostienen que en los Registros del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) no están registrados los servicios complementarios como son los contratados a la empresa Constructora ELUC S.R.L. que permitan realizar una comparación de precios y calidad con los del mercado de aquella época ...»

De esta forma la defensa técnica debe incidir en la corporización del elemento típico «defraudación» mediante el referente: perjuicio patrimonial al Estado, lo que nos autogenera un amplio espacio de litigación vía la prueba pericial. Sobre este tópico debemos estar atentos a los intentos del órgano decisor o revisor de modificar los estándares típicos y probatorio observados desde la etapa postulatoria del proceso penal, en esta línea argumental, hemos identificados sendos procesos penales por delito de colusión desleal en los que uno de los indicios lo constituye un supuesto de sobrevalorización del precio de los bienes inmuebles, sustentada, por ejemplo, mediante el informe de la extinta CONATA, lo que sirvió –más la concurrencia de otros indicios– para colegir de ello un supuesto acuerdo colusorio; bajo dicho derrotero la defensa técnica desplegó una estrategia tendiente a refutar dicho informe desde distintos flancos –inidoneidad de los peritos, metodología e información utilizada por los peritos, por ejemplo– refutando dicha sobrevalorización; sin embargo, parte de los integrantes de las Salas Penales Supremas al conocer de la causa vía el recurso de nulidad y bajo el rotulo de que estamos ante un delito de infracción de deber, pretende minimizar dicho referente material y situar en un segundo plano la actividad probatoria desplegada por la defensa técnica que refutó o cuestionó el indicio o hecho base que sirvió para denunciar e instaurar proceso penal. Ello quedó evidenciado en las posiciones sobre el elemento típico: defraudación que se repelieron con motivo de los Acuerdos Plenarios del 2009, donde no se alcanzo consenso.

La jurisprudencia en materia de colusión demuestra que no obstante haberse tenido por hechos acreditados las irregularidades en la elección de la empresa contratante (concertación), la insuficiencia probatoria que ha estado dando lugar a archivamientos de las causas judiciales a nivel de etapa intermedia e incluso a nivel de juicio oral deriva de la no acreditación por parte del Ministerio Público del perjuicio real o potencial que desde el punto de vista eminentemente económico y patrimonial y vía pericial hayan entrañado las licitaciones o adquisiciones estatales judicializadas. Que el nivel indiciario o meramente probabilístico de una denuncia no debe confundirse con exoneración en absoluto de sustentar uno de los elementos típicos del delito denunciado; esto es, el de la defraudación al Estado.

Por lo que se sugiere que el correlato de la exigencia probatoria perjuicio patrimonial derivada de la exigencia típica de la defraudación

en el delito de Colusión, debe conllevar a la exigencia desde la investigación preliminar de prueba pericial que acredite el perjuicio respectivo; ello a fin de evitar la distracción de recursos en causas judiciales carentes desde un principio del sustento probatorio correspondiente al delito imputado.

La Segunda Sala Penal Especial en la sentencia del «Caso del Comandante General del Ejército» estableció que no es suficiente para condenar por delito de colusión desleal la comprobación de vulneraciones al procedimiento administrativo si «en modo alguno se ha llegado a determinar la ocurrencia o generación de perjuicio económico»[80].

Agrega la Sala Penal: «Este último asunto es a criterio del colegiado el determinante al momento de establecer la comisión o no del delito de colusión desleal, pues al margen de las irregularidades administrativas que deben ser sancionadas y corregidas oportunamente, ello en modo alguno importa ilicitud penal sino se verifica la producción de perjuicio para el Estado, y el perjuicio debe ser económico dada las particularidades que presenta el tipo penal y estando a una interpretación sistemática a partir de su ubicación dentro del ordenamiento penal vigente»[81].

El Tribunal Penal Especial establece, en la Sentencia comentada, una exigencia probatoria a cumplir por el Fiscal Superior Penal para lograr condena por el delito de colusión desleal: «La única manera de determinar el perjuicio es mediante un informe o evaluación pericial que lo establezca o descarte, y en el presente caso los peritos no han podido determinar ello, por lo cual éste Colegiado si bien tiene algunos elementos que indican que ha habido irregularidades en el desenvolvimiento de los sujetos acusados, no ha podido llegar a la convicción de la realización del delito por insuficiencia probatoria, pues como lo señalamos anteriormente, no se ha acreditado de manera cierta o por lo menos posible que se haya causado perjuicio al Estado».

Ninguna de las pruebas ofrecidas en la acusación; el peritaje contable extrajudicial, el peritaje contable judicial, la pericia en

---

80 SEGUNDA SALA PENAL ESPECIAL, Exp. N° 038-2004 seguido a Nicolás de Bari Hermoza Ríos y Renzo Edgardo Jesús Rejas Olivares por delito de colusión desleal, Sentencia del 11 de agosto del 2006, p. 17.

81 *Ibidem*, p. 17.

ingeniería informática de oficio, la pericia en ingeniería informática de parte, y el informe de la Contraloría General, constituyen la pericia o el informe que la Segunda Sala Penal Especial ha establecido acertadamente como la prueba de cargo idónea para desvanecer la presunción de inocencia, al adicionar a la demostración de un proceso administrativo irregular, el perjuicio económico para el Estado.

13. No se puede atribuir ser autor de colusión desleal sin establecer la acusación al proveedor con el que se celebró el pacto colusorio

La colusión desleal del tipo penal del artículo 384 constituye un caso de los denominados delitos de encuentro; que ABANTO VÁSQUEZ define como aquellos en los cuales la conducta típica es realizada por varias personas con una finalidad común, pero intervienen desde «direcciones diferentes y de manera complementaria»[82].

Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND afirman que en los delitos de encuentro las actividades de los intervinientes se dirigen al mismo objetivo pero desde lados distintos, de modo que las acciones «en cierto modo, acaban por encontrarse»[83].

En el tipo penal del artículo 384 se establece claramente el delito de encuentro, al considerarse la acción del funcionario o servidor público que interviene en el negocio jurídico administrativo en representación del Estado y la conducta del interesado, esto es, del postor o proveedor, que se encuentran en el acuerdo colusorio.

Es claro que si no hay interesado con quien el autor se encuentre en el pacto colusorio, no podría establecerse colusión desleal.

En la praxis se identifican acusaciones en las que se considera por ejemplo, un único vendedor MARUBENI CORPORATION a través de su representante Naotoshi Kimura, único ejecutivo de la persona jurídica procesado penalmente. Empero, en las páginas 107 y 108 de la requisitoria la Fiscalía ha determinado los hechos por los que acusa a Naotoshi Kimura, y en ninguna parte de los cargos, se le atribuye haber sido representante de MARUBENI CORPORATION en la

---

[82] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 68, Palestra, Lima, 2003.

[83] JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 751.

celebración de un pacto colusorio, ni con el Director General, ni con alguno de los funcionarios que actuaron en la adjudicación directa o en la celebración del contrato.

Por tal razón no se puede determinar el interesado que exige el tipo penal del artículo 384 para vincularlo a nuestro defendido y justificar su condena.

14. Derrotero resolutivo en materia de tipicidad y prueba aplicable al Delito de Colusión Desleal

1.- Exp. N° 1318-2009PUNO, del 6 de Agosto del 2010.	1.- Tópicos abordados: Estándar probatorio en materia de colusión desleal, aplicable al caso en concreto: 1.2.- Sub tópicos: 1.2.1.- De la insuficiencia de la pericia. 1.2.2.- La negativa persistente del procesado - no sindicación de co procesados. 1.2.3.- Operatividad de la duda a favor del procesado. Desarrollo: 1.2.1.- De la insuficiencia de la pericia:» (...) *Tercero:* Que toda sentencia condenatoria debe sustentarse en suficientes elementos de prueba que acrediten de forma clara e indubitable la responsabilidad del acusado, por lo que a falta de tales elementos procede su absolución; que, en el caso sub *examine*, el único elemento de incriminación es la Pericia Contable de fojas ochenta y siete, ratificada a fojas noventa y tres y ciento ochenta y siete, que determinó como pagos indebidos realizados a la Empresa Contratista –durante la ejecución de la obra– de setenta y nueve mil novecientos ocho punto ochenta y nueve nuevos soles; (...)». 1.2.2.- La negativa persistente del procesado – no sindicación de co procesado: «(...) que, sin embargo, frente a dicha sindicación existe la negativa coherente, uniforme y constante de los acusados Álvarez Delgado, Condori Mamani, Trinidad Macedo e Ingaluque Flores, quienes en sus instructivas de fojas ciento veintisiete, doscientos cuarenta y cuatro y doscientos cincuenta, así como en las declaraciones plenarias de fojas setecientos noventa y cuatro, ochocientos treinta y uno, ochocientos cuarenta y cinco y ochocientos veintisiete, negaron haberse coludido para beneficiarse económicamente con dinero de la municipalidad, y que el pago de setenta y nueve mil novecientos ocho punto ochenta y nueve nuevos soles fue por concepto de obras adicionales. Cuarto: Que lo expuesto se refrenda con el acta de diligencia de Inspección Judicial

	–fojas setenta y cinco– llevado a cabo en el jirón Lima, así como en el pasaje Grau de la ciudad de Huancané, donde se constató que la obra principal y adicionales estaban concluidas; que el Informe Pericial Técnico –fojas un mil setenta y cuatro– concluyó que según la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado las obras adicionales no necesariamente deben contar con otro contrato, en tanto que el monto no exceda el quince por ciento del valor original contratado; que, de esta manera, se observa que la obra ejecutada está en servicio con toda su infraestructura; que, asimismo, el segundo Peritaje Contable –fojas novecientos cincuenta y uno– determinó que financieramente el total de fondos utilizados en la obra *«Pasaje Peatonal Jirón Lima y Alameda Grau»* de la ciudad de Huancané asciende a cuatrocientos cuarenta y ocho mil seiscientos cincuenta punto veintisiete nuevos soles, suma que debe ser comparada con el Informe Pericial Técnico –véase el Informe Final de Obra de fojas novecientos setenta y tres– en el que se consignaron lios adicionales de obra por los montos de veintiún mil seiscientos noventa y uno punto cincuenta, veinte mil trescientos veintiocho punto treinta y uno, y diecisiete mil trescientos cuarenta y seis punto cincuenta y dos nuevos soles, por conexiones domiciliarias de desagüe, redes distritales secundarias eléctricas, y jardines en la Alameda Grau; que, además, los reajustes estipulados en el contrato fueron pactados por la modalidad de costos unitarios –ver el contrato de obra número cero cero uno - noventa y nueve de fojas catorce, del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y nueve, cuya cláusula cuarta estableció que el monto ofertado de la obra se rige bajo el Sistema de Licitación a precios unitarios–; que, por lo demás, según el acta de recepción de obra –fojas novecientos ochenta y cuatro– se verificó que ésta estaba concluida y se procedió a su recepción.(...)». **1.2.3.- Operatividad de la duda a favor del procesado:** ***«(...)Quinto:*** Que al no existir elemento de prueba que corrobore la primigenia incriminación que sirvió de fundamento para la pretensión del Fiscal Superior –peculado, concusión y colusión–, **la duda creada en el Colegiado sobre la responsabilidad penal** de los acusados Juan José Álvarez Delgado, Carlos Pineda Hinojosa, Arnaldo Diógenes Trinidad Macedo, Felipe Mamani Chambi, Hermes Antonio Condori Mamani y Walter Ingaluque Flores respecto a los tipos penales acusados encuentra coherencia; que, en consecuencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales la absolución declarada a su favor se encuentra conforme a ley. Por tales fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia absolutoria **(...)».**

2.- Exp.R.N. N° 54-2009, ICA, del 9 de Agosto del 2010:	2.- Tópicos abordados: El Principio Acusatorio - Nulidad por Ampliación del Hecho Imputado en la Requisitoria Oral, aplicable al caso en concreto: 2.1.- Sub tópicos: 2.1.1.- El Principio Acusatorio. 2.1.2.- El Principio de motivación de resoluciones. «(...) que, por lo demás, en su requisitoria oral amplió el hecho imputado a otros delitos que no fueron materia de contradictorio -malversación de fondos, concusión, cobro indebido y rehusamiento o demora de actos funcionales, como se corrobora con el acta de audiencia de fojas mil setecientos cuarenta y seis-. *Cuarto:* Que, siendo ello así, se infringió el principio acusatorio y el principio de motivación de las resoluciones judiciales previsto en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, puesto que el Colegiado se pronunció respecto a un delito -peculado de uso- que no fue materia de juzgamiento (...)» 2.1.3.- No valoración integral de material probatorio. «(...) que, además, no se valoraron todos las pruebas recabadas en el decurso del proceso, por lo que debe llevar a cabo un nuevo juicio oral de acuerdo a lo sancionado en el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales; que, asimismo, corresponde declarar la insubsistencia de la acusación fiscal de fojas quinientos diez –corregida a fojas quinientos veintitrés–, a fin de que el representante del Ministerio Público emita nuevo dictamen, y adecue la conducta atribuida a los encausados al tipo penal correcto. Por estos fundamentos: declararon NULA la sentencia (...) de fojas un mil setecientos setenta y ocho –Tomo IV– (...)».
3.- Exp. R.N. N° 4771-2009, LIMA, del 10 de Agosto del 2010:	3.- Tópicos abordados: Análisis de la prueba de manera individual y conjunta – Análisis y subsunción típica de los hechos al delito de colusión desleal: 3.1.- Sub tópicos: 3.1.1.- Análisis de la prueba de manera individual y conjunta. 3.1.2.- De la necesidad que los procesados hayan controlado todo el proceso de negociación y concertación, para beneficiarse económicamente. 3.1.3.- Análisis y subsunción típica de los hechos al delito de colusión desleal. 3.1.4.- La Prueba Pericial. Desarrollo: 3.1.1.- Análisis de la prueba de manera individual y conjunta: 3.1.2.- De la necesidad que los procesados hayan controlado todo el proceso de negociación y concertación, para beneficiar-

	se económicamente:
	«Que las pruebas documental y personal, **analizadas individual y conjuntamente**, establecen fundadamente que ambos encausados –León Márquez y Ccucho Obiedo– **controlaron todo el proceso de negociación y concertaron con el encausado Dutari Martinelli** –contra quien se reservó el juzgamiento– **para beneficiarse económicamente y causar perjuicio** efectivo a la Caja de Pensiones Militar Policial. La prueba determinante es la manifestación policial del acusado fallecido David Griffith Conway Jones de fojas trescientos noventa y ocho, quien en su condición de Gerente General del Hotel Las Américas indicó que el encausado León Márquez actuó en representación de Dutari Martinelli. El encausado Conway Jones en la ampliación de su declaración instructiva de fojas mil ochocientos cuarenta y nueve se ratificó en lo que afirmó en su manifestación policial. Precisó que ante la necesidad de incorporar un lobby en la infraestructura del Hotel Las Américas para cumplir con la reglamentación hotelera, en la sesión número diez-noventa y cinco del Comité de Supervisión y Coordinación del referido hotel, del quince de agosto de mil novecientos noventa y cinco –conforme es de verse de la copia del acta de fojas novecientos treinta y cinco del tomo «B»–, se bó continuar con la política de adquisición del local B-dos; que la Gerencia General del hotel recibía las ofertas y las trasmitía a la Caja de Pensiones (...)». **3.1.3.- No acreditación de ejecución dolosa de un acto delictivo colusorio:**»(...)Que si bien la sentencia de primera instancia estimó que también asiste responsabilidad penal al encausado Revilla Palomino y a los miembros del Consejo Directivo de la Caja de Pensiones Militar Policial –quienes otorgaron facultades al primero para concretar la trasferencia del local comercial– por haber cometido irregularidades funcionales en el proceso de concreción de la formalización de la adquisición del predio en cuestión, **no está probado que llevaron a cabo una ejecución dolosa de un acto delictivo o, en su caso, una cooperación dolosa. Tampoco existe prueba de cargo, más allá de toda duda razonable, que acredite que se hayan coludido entre sí para la sobrevaloración del precio del local comercial.** **3.1.4.- Ausencia de prueba persona que lo sindique como parte de la maniobra fraudulenta mediante concierto:** «(...)**No consta en autos prueba personal que lo sindique como parte de la maniobra fraudulenta mediante concierto, ni aparece de los actuados otra prueba categórica que sirva para determinar con certeza la responsabilidad penal que se les atribuye,** pues aún cuando la Directiva número cero cero uno/CPMP-CS-noventa y cuatro de fojas cinco mil seiscientos setenta y seis, del mes de

	noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, estableció que el Comité de Inversiones Inmobiliarias era el encargado de evaluar, aprobar y recomendar al Consejo Directivo de la Caja de Pensiones Militar Policial la compra de bienes muebles e inmuebles, previo informe técnico, este **apartamiento administrativo no constituye prueba objetiva de la existencia del concierto o confabulación con los particulares encargados de la negociación, pues sólo da cuenta de un interés en la adquisición del local comercial para la ampliación del lobby –a fin de evitar que el Hotel Las Américas pierda su calidad de cinco estrellas–, lo que no es suficiente para predicar la comisión del delito de colusión desleal** previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal.(...)». **3.1.5.- No acreditación de las exigencia típicas para la subsunción típica de los hechos al delito de colusión desleal:** «(...) **No se ha logrado acreditar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal en la conducta desarrollada por los citados encausados.** El encausado Revilla Palomino en las sesiones de fecha veinticinco de febrero –fojas cuatro mil doscientos cuarenta y uno– y trece de marzo de dos mil nueve –fojas cuatro mil trescientos veintidós–, expresó que la compra se aprobó por el Comité de Supervisión y Coordinación del Hotel Las Américas y que sólo informó al Consejo Directivo que el trece de mayo de mil novecientos noventa y ocho se iba a suscribir la compraventa del local B-dos, lo que se corrobora con el acta de sesión número diez-noventa y cinco del referido comité de fojas novecientos treinta y cinco (Tomo B), del quince de agosto de mil novecientos noventa y cinco, en la que se aprecia que el fallecido Conway Jones actuó como secretario, así como con el acta de sesión número cinco-noventa y seis de fojas novecientos cuarenta y tres, del quince de mayo de mil novecientos noventa y seis, en la que el Gerente del Hotel Las Américas informó que se había realizado una oferta al propietario del tienda B-dos. Esta información documental acredita que **las negociaciones para la adquisición de dicho local comercial se iniciaron con anterioridad al año mil novecientos noventa y ocho.** El ámbito de aplicación de la colusión desleal abarca el proceso de contratación pública y su ejecución por el funcionario o servidor público que interviene por comisión especial, pero ninguno de los miembros del Consejo Directivo implicados estuvo a cargo del proceso de contratación. **Ellos se limitaron a delegar facultades al Gerente General de la Caja de Pensiones para suscribir el contrato de compraventa autorizado por el Comité de Supervisión y Coordinación del Hotel Las Américas (...)».**

4.- Exp. R.N. N° 2008-2009, LIMA, del 23 de Agosto del 2010:	**4.- Tópicos abordados: Prueba Suficiente para Condenar –Relevancia de lo declarado por los co encausados y testigos Impropios para Absolver – Intervención en parte del Iter Contractual no implica que haya conocido lo procedente o haya actuado dolosamente:** **4.1.- Sub tópicos:** **4.1.1.- Prueba Suficiente para Condenar.** **4.1.2.- Relevancia de lo declarado por los co encausados y testigos Impropios para Absolver.** **4.1.3.- Intervención en parte del Iter Contractual no implica que haya conocido lo procedente o haya actuado dolosamente.** Desarrollo: **4.1.1.- Prueba Suficiente para Condenar».** (...)*Tercero:* Que el proceso penal tiene por finalidad, entre otros, alcanzar la verdad concreta, por ello **el Juzgador impondrá una sentencia condenatoria cuando exista plena certeza respecto a la responsabilidad penal del encausado, la que sólo puede ser generada por una actuación probatoria de cargo suficiente,** sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que tiene todo procesado, conforme a la garantía prevista en el parágrafo «e» del inciso vigésimo cuarto del artículo dos de la Constitución Política del Estado.(...)». **4.1.2.- Relevancia de lo declarado por los co encausados y testigos Impropios para Absolver».** (...) ***Cuarto:*** Que de autos se advierte que el encausado Alegría Donayre en su condición de procurador del Estudio Jurídico Green Ortiz efectuó los trámites para la constitución de la empresa «Agroflint Export EIRL» de propiedad del sentenciado Tinageros Moncayo –quien se acogió a la conclusión anticipada y fue condenado en este proceso conforme obra a fojas dos mil dieciocho–, por lo que se reunió con éste para finiquitar la constitución de la citada empresa; **que esta versión se corrobora con las declaraciones** de Tinageros Moncayo –**declaraciones efectuadas en sede preliminar, sumarial y plenarial** de fojas setenta y siete, seiscientos veintisiete y dos mil ciento setenta y ocho, respectivamente, **en calidad de testigo impropio en esta última sede**–, quien refirió que sólo se reunió con Alegría Donayre en los Registros Públicos para efectuar los trámites de la constitución de la empresa «Agroflint Export EIRL»; que el encausado Alegría Donayre **afirmó que no tenía conocimiento de la actividad ilícita de la empresa en cuestión,** y que conoció a los encausados Adum Batista –a quien reservaron el juzgamiento– porque era cliente del Estudio Jurídico donde trabajaba y fue quien recomendó los servicios de éste al encausado Tinageros Moncayo y a Alva Rodríguez porque iba al Estudio Jurídico a dejar documentaciones de

	su empleador Adum Batista para el abogado Green Ortiz, afirmación ratificada con lo manifestado por el encausado Alva Rodríguez –declaraciones efectuadas en sede preliminar, sumarial y plenarial de fojas ciento veintisiete, seiscientos veinte y dos mil cincuenta y cinco–; además, cabe precisar que en la sesión décimo segunda del juicio oral –véase fojas dos mil doscientos noventa y nueve– la Fiscal Superior opinó que se ha enervado la responsabilidad penal del encausado Alegría Donayre en calidad de autor de los cargos imputados, los cuales no reúnen los elementos del tipo penal atribuido, por lo que –según afirmó– no reproduce la acusación escrita en su contra por imperio de la ley mas no la retira por cuanto no existen nuevos elementos de prueba –conforme lo establecido en el artículo doscientos setenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales–;(...)». **4.1.3.- Intervención en parte del Iter Contractual no implica que haya conocido lo procedente o haya actuado dolosamente.** «(...) que, en definitiva, la conducta del encausado Alegría Donayre **dirigida a tramitar la constitución de la empresa** «Agroflint Export EIRL» **no implica que tuviera conocimiento de que ésta sería utilizada** para el tráfico internacional de drogas ni lo vincula como miembro de una organización dedicada a la referida actividad ilícita.(...)».
5.- Exp. R.N. N° 1396-2009, ANCASH, del 3 de Mayo del 2010:	**5.- Tópicos abordados:** **Operacionalización de la Presunción de Inocencia – Resquebrajamiento de la Prueba Pericial – Insuficiencia de la Prueba Pericia para Condenar:** **5.1.- Sub tópicos:** **5.1.1.- Operacionalización de la Presunción de Inocencia.** **5.1.2.- Resquebrajamiento de la Prueba Pericial – Insuficiencia de la Prueba Pericia para Condenar.** Desarrollo: **5.1.1.- Operacionalización de la Presunción de Inocencia.** «(...)*Quinto* Que, sin embargo, dicha imputación **se desvirtúa con la negativa constante y uniforme del procesado** Mejía Solórzano [véase manifestación indagatoria –fojas treinta y cinco–, declaración instructiva –fojas ochocientos ocho– y declaración plenaria –fojas ochocientos cincuenta y ocho, continuada a fojas ochocientos sesenta y cuatro– (...); y con las declaraciones de los encausados Caballero García y Rojo Ramos –ambos señalaron que la empresa pagaba con cheque de gerencia, que se depositaron en las cuentas del Municipio agraviado, y que la denuncia en su contra se debe a una venganza, porque estuvieron a cargo de la investigación iniciada contra los ex trabajadores Juárez Euribe y Cadillo Cruz –denunciantes en este caso–, por hurto de agua, lo que coincide con lo manifestado por el acusado Mejía

	Solórzano y las testimoniales de Paccini Castillo y Ramírez López –administrador y contador, de la entidad agraviada–, quienes coinciden en señalar que los ingresos por la venta de agua se invirtieron en gastos corrientes y que el alcalde entregaba los cheques de gerencia para ser depositados en el Banco de la Nación. (...)*Séptimo:* Que, por estas consideraciones, al no desvirtuarse la presunción de inocencia del encausado Mejía Solórzano, de conformidad con lo establecido en el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, la sentencia recurrida se encuentra conforme a ley.(...)». **5.1.2.- Resquebrajamiento de la Prueba Pericial – Insuficiencia de la Prueba Pericia para Condenar».***(...)Sexto:* Que, con relación a los dictámenes periciales, si bien se determinó, en el de fojas seiscientos veinte, que los ingresos por la venta de agua asciende a quinientos setenta y cuatro mil ciento noventa y cinco nuevos soles, y que no se sustentó el gasto de cuatrocientos noventa y un mil setecientos ochenta y ocho nuevos soles con cincuenta céntimos, y en el de fojas setecientos ochenta y siete señala que los ingresos ascienden –según información de la entidad agraviada– a trescientos cincuenta y un mil doscientos siete nuevos soles, lo que determinaría un perjuicio a dicho Municipio, **empero, tal diferencia fue aclarada por las peritos durante el debate correspondiente** –ver fojas ochocientos noventa y cinco, en que las contadoras Sánchez Sánchez y Reaño García afirmaron: *«había duplicidad entre el informe proporcionado por la Municipalidad y el Informe de la Minera, pero se ha deducido la duplicidad»*, agregaron que dicha duplicidad consiste en la emisión de un informe por la municipalidad señalando determinado ingreso, el mismo que también se reflejó en el informe realizado por la minera; por lo que, para la elaboración del dictamen pericial y el arribo a las conclusiones se efectuó la deducción correspondiente, **al haberse subsanado la omisión incurrida consistente en la no verificación de los cheques de gerencia, por los cuales se habría podido llevar a cabo una adecuada contabilidad** respecto a los ingresos y egresos, como finalmente se hizo, en lo que también coincide la perito Hinostroza Colonia –autora del segundo informe–, quien sostuvo que todos los ingresos por la venta de agua potable ingresaron a las arcas de la institución agraviada, y sólo hay un saldo pendiente de pago ascendente a siete mil novecientos nuevos soles que debe cancelar la empresa–(...)».
6.- Exp. R.N. N° 1345-2009, APURIMAC, del 4 de Mayo del 2010:	**6.- Tópicos abordados:** **El análisis sesgado de los medios de prueba conlleva la nulidad de la sentencia:** ***«(...)Quinto:*** Que, en efecto, **la sentencia recurrida hace un análisis sesgado de todos los medios de prueba**, pues asumió como

	ciertas las conclusiones a que arribó la pericia de parte –fojas ochocientos sesenta y ocho–, en la que se precisa que falta rendir cuentas por un monto ascendente a ochocientos veintiséis nuevos soles con once céntimos –con cargo al encausado Alejo Marín–; que, sin embargo, no consideró que en el debate pericial de fojas mil treinta y tres, los peritos oficiales ratificaron su conclusión de que el monto que no se rindió cuentas es de quince mil nuevos soles, por lo que se hace necesario la realización de una nueva pericia oficial. ***Sexto:*** Que, siendo ello así, corresponde realizar un nuevo juicio oral, en el que se recabe un nuevo informe pericial contable –debe ceñirse a los términos de la acusación fiscal– por otros peritos, asimismo se debe notificar a Andrés Edgardo Velásquez Barra, Faustino Huayhua Marín, Máximo Gómez Soto, Juan Edilberto Alama Curi, Julio Mendoza Nina, Isidoro Gómez Quisca y Nery Mendoza Nina, para que se ratifiquen en sus declaraciones prestadas en este proceso –referido a la compra del ganado vacuno que hicieron al acusado Espinoza Muñoz–, también debe comparecer la contadora Vilma García Cuellar para que explique los alcances del Informe de Evaluación del Manejo Económico del período dos mil tres - dos mil cuatro –fojas ciento siete– y se notifique a Gregorio Espinoza Ruiz para que explique la irregularidad advertida en el pago de sus honorarios. ***Séptimo:*** Que, por otro lado, si bien el inculpado Espinoza Muñoz entregó –como aparece del Libro de Actas de Asamblea Pública, según acta del ocho de diciembre de dos mil cuatro, de fojas ciento veintiuno– los libros caja, diario y mayor del Municipio agraviado, sin embargo no hizo lo propio con el libro inventario y balances dos mil tres y dos mil cuatro, ni con los registros de ventas y de compras, - **además debe requerirse información** a la Municipalidad agraviada respecto a sus proveedores inter Agro Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Dipsa, Agro Industrias Prog, Edilsa Industrias Apurímac, para verificar si se encuentran cerca al distrito de Turpay –porque se cuestiona que el producto para l programa del Vaso de Leche, era más oneroso por la distancia a dichos proveedores–. Por estas consideraciones, de conformidad con lo establecido en el artículo trescientos uno –parte in fine– del Código de Procedimientos Penales es menester rescindir la sentencia impugnada y disponer el debido juzgamiento en un nuevo contradictorio dirigido por otro Colegiado, **con todas las diligencias que resulten necesarias y pertinentes** –aparte de las señaladas– para el cabal esclarecimiento de los hechos imputados; en consecuencia: declararon **NULA** la sentencia (...)».
7.- Exp. R.N. Nº 512-2010, CUSCO, del 7 de Mayo del 2010:	**7.- Tópicos abordados:** **7.1.- La no puntualización y especificación del tipo penal durante los debates orales, conlleva la nulidad:**

	«(...) y, de otro lado, **en los debates orales no se puntualizó a los encausados el tipo penal específicamente atribuido ni se efectuó un interrogatorio adecuado tendiente a esclarecer cada injusto penal investigado**; que, en ese sentido, se ha incurrido en causal de nulidad absoluta prevista por los artículos doscientos noventa y ocho y doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales, respectivamente –»la *Corte Suprema, cualquiera que sea la parte que interponga el recurso o la materia que lo determine, puede anular todo el proceso y mandar rehacer la instrucción por el mismo u otro Juez Instructor; o declarar sólo la nulidad de la sentencia y señalar el Tribunal que ha de repetir el juicio*»–, por lo que en observancia de los principios congruencia procesal y unidad del proceso, debe anularse la sentencia recurrida y llevarse a cabo un nuevo juicio oral, en cuyo acto deberá Individualizar la participación de cada uno de los encausados, teniéndose en cuenta los cargos que ostentaron al momento de la concesión del Hotel Cusco, además se deberá realizar los diligencias necesarias para esclarecer adecuadamente los cargos imputados a cada uno de ellos.(...)». **7.2.- Algunos aportes adicionales de parte de la Doctrina.-** Este tópico deviene de suma importancia ante la inminencia de la requisitoria oral, caracterizada por su déficit típico: **7.2.1.- El respeto de la garantía de la determinación del hecho en la acusación:** La garantía de la determinación del hecho en la acusación está consagrada en el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14 inciso 3 parágrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 inciso 2 parágrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política de 1993. La interpretación del artículo 92 inciso 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y del artículo 225 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales a la luz de la Constitución de 1993 y los Tratados en materia de Derechos Humanos, permite establecer cuál debe ser el contenido de la

[84] La ley procesal penal que tenga por objeto un derecho fundamental, como el derecho a la defensa, debe ser interpretada de forma sistemática con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. No se puede asignar por interpretación jurídica a una norma procesal penal referente a derechos fundamentales un significado que sea contrario a la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del orden jurídico interno con el rango de normas constitucionales. El Tribunal Constitucional en el proceso de habeas corpus de César Humberto Tineo Cabrera contra la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (Exp. N° 1230-2002-HC-TC), estableció como garantía de la persona y exigencia del Estado, el que la ley se interprete conforme a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos.

	acusación[84]. No cualquier acusación es idónea para posibilitar una adecuada y eficaz defensa[85]. El contenido de la requisitoria debe ser una relación clara, precisa, circunstanciada, del hecho[86]. La situación fáctica que el fiscal le atribuye al sujeto imputado debe estar claramente circunstanciada e identificada, es decir, como hecho ocurrido en el mundo[87]. La acusación correcta y garantizadora debe describir con la mayor minuciosidad posible todos los caracteres de modo, tiempo y lugar de la acción u omisión objeto de la requisitoria[88]. El objeto de la acusación es una descripción completa, clara y suficiente del acontecimiento histórico, que necesariamente tiene que ser observado para que ésta pueda cumplir su finalidad[89]. Los requisitos de la acusación no responden a un ritualismo absurdo o a un exceso formal, son el medio para garantizar al imputado que pueda defenderse de los cargos formulados en su contra[90]. **7.2.2.- Elementos que el Fiscal Supremo no observara en su requisitoria oral:** El respeto a la garantía de la determinación del hecho en una acusación por el delito de colusión desleal implicaría alegar como probado lo siguiente: a.- Identificación de la persona con la que se celebró el acuerdo colusorio. b.- Lugar del acuerdo colusorio (Espacio). c.- Fecha del acuerdo colusorio (Tiempo). d.- Términos del acuerdo colusorio, los beneficios para el patrocinado. La violación de la garantía de la determinación del hecho en la acusación impide establecer como probada la acción de colusión desleal por falta de objeto de la prueba.
8.- Exp. R.N. N° 1200-2009, LAMBAYEQUE, del 28 de Abril del 2010:	**8.- Tópicos abordados: La tipicidad como exigencia vinculada al principio de legalidad penal:** «(...) la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia material vinculada al principio de legalidad penal, que consiste en la adecuación

85 JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del Imputado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 369.

86 SANCINETTI, Marcelo A., *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 17.

87 *Ibidem*, p. 17.

88 *Ibidem*, p. 21.

89 *Ibidem*, p. 44.

90 *Ibidem*, p. 21.

	de la conducta que se atribuye al imputado a la descripción legal de un delito formulada en abstracto a la ley penal (...)»
9.- Exp. R.N. N° 2635-2009, MOQUEGUA, del 5 de Agosto del 2010:	**9.- Tópicos abordados:** **La tipicidad exigencia la presencia del dolo y otros elementos subjetivos diferentes, en nuestro caso, el dolo de defraudar y concertar con los particulares, lo que la conducta observada por el defendido trae por tierra el aspecto subjetivo del delito de colusión desleal:** «(...) **Cuarto:** Que de los medios de prueba glosados se advierte que la conducta de los encausados cumplen con los elementos objetivos del tipo penal –apoderamiento ilegítimo de bien mueble ajeno mediante sustracción del lugar donde se encontraban, además del empleo de violencia sobre el agraviado, corroborado con el certificado médico legal número cero cero mil trescientos cuarenta y siete - L de fojas treinta y seis-; que, sin embargo, el delito de robo exige, aparte del dolo, la presencia de un elemento subjetivo del tipo como es el ánimo de lucro, el cual comprende la intención del agente de apoderase del bien mueble para obtener un beneficio o provecho, que sin la presencia de este ***animus lucrandi*** no se configura el hecho punible descrito en el artículo ciento ochenta y ocho del Código Penal. **Quinto:** Que, en el caso sub ***judice*, no se verifica la presencia de un ánimo de lucro** pues los encausados Holguín Ventura y Espinoza Morales –ver fojas ciento cuarenta y uno y ciento cuarenta y siete– sostuvieron que la sustracción de las llantas fue por una deuda que el agraviado tenía con el acusado Torres Ticona, debido a que este último le alquilaba su vehículo para realizar servicio de taxi; que, por consiguiente, **el hecho imputado es atípico**; que, en consecuencia, la absolución declarada a su favor se encuentra conforme a ley de acuerdo a lo previsto en el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. (...)».

El señor Juez Supremo **Doctor Príncipe Trujillo**, en la introducción del artículo titulado: La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales (CdePP)[91], postuló: «El inicio del juicio oral depende, precisamente, de un debido «saneamiento procesal». **Mediante este se busca evitar que sean llevados a juzgamiento** casos bagatela o insignificantes, **y todos aquellos que no han cumplido debidamente con los**

[91] En La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú, *Anuario de Derecho* Penal, 2009, p. 236.

presupuestos materiales y procesales que la norma exige o, en el peor de los casos, que han sido imputados con inconsistencia o que no han sido suficientemente aparejados de elementos de convicción por parte del Ministerio Público. Es por ello nuestro interés en redactar las siguientes líneas respecto a esta etapa «novedosa» –veremos que no lo es tanto– en el proceso penal peruano, su actual inclusión en el procedimiento penal vigente en aquellos distritos judiciales donde aún no se implementa el NCPP, así como su importancia en el mantenimiento de la constitucionalidad dentro del mismo». Puntualizando que: «*No es típico, concurre alguna causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad.* **Esto es, el hecho investigado no reúne los elementos objetivos como subjetivos de un hecho punible tipificado en la ley penal. Por ejemplo, se investiga un hecho con apariencia del delito de estafa, no obstante, concluida la investigación preparatoria se evidencia que el hecho denunciado no es más que un simple incumplimiento de contrato».**

En efecto, la construcción de la pretensión punitiva debe analizarse si la sorteó o refutó el consistente y decisivo contraindicio consistente, por ejemplo, en que el procesado no se alejó de los intereses públicos, prueba de ello, es que obtuvo un descuento sustantivo en la transacción; así, siguiendo el caso modelo, se reconoce que el inculpado consiguió un descuento en la compra de los dieciocho MIG, conforme da cuenta la carta de Treves Intora del nueve de abril de mil novecientos noventa y seis mediante la cual se deja constancia escrita del descuento del once por ciento por gestión del procesado; la declaración de Alberto Venero del nueve de junio del dos mil once, quien declaró que la tarea del señor Camet Dickmann fue: «ir a conseguir un mejor precio, y así lo hizo, consiguiendo un diez por ciento menos, lo cual mermó sustancialmente nuestras utilidades», ¿de quiénes?, de los señores que efectivamente, conforme a la declaración judicial que siguió sus colaboraciones eficaces, fueron los que recibieron las comisiones, entre los cuales no se encontraba el procesado.

15. Tipicidad Subjetiva: Elemento Subjetivo: Dolo

El delito de colusión es transversalmente ejecutado dolosamente en todo el discurrir de su *iter criminis*, esto es, una dolo directo, que debe englobar el de conocer y querer los elementos típicos de «concertar», «ilegalidad» y «fraude», entre otros; como corolario de ello se excluye

el dolo eventual. Al respecto la ejecutoria de fecha 20 de mayo del 2005, R.N. N° 1070-2004, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, estableció que: «*Que, coadyuvando al dicho del procesado obran las pericias (...), que concluyen que la responsabilidad por la constatación de la calidad de los bienes adquiridos corresponde al Jefe del Almacén, quien era el servidor al cual le competía informar si dichos productos no cumplían con las condiciones necesarias. Y en cuanto a la sobrevaluación concluye que se trata de una irresponsabilidad de tipo administrativo, ante la inexistencia de un registro de proveedores en la institución agraviada, quienes debían presentar en forma permanente sus listas de precios debidamente actualizadas, ya que durante el periodo comprendido entre mayo y diciembre de mil novecientos noventa y uno el país pasaba por una inestabilidad económica como consecuencia del cambio de moneda, mal puede entonces, requerírsele al procesado un conocimiento cabal de los estándares del precio del mercado; de esta forma la inexistencia de estos documentos permiten aseverar que obra en autos duda respecto a la conducta desplegada por el procesado, duda que en aplicación del principio constitucional del in dubio pro reo, compele al juzgador a emitir sentencia absolutoria, por lo cual la resolución venida en grado se encuentra arreglada a ley*».

16. La posición de la Fiscalía Suprema[92] sobre los aspectos nucleares del delito de colusión desleal

16.1. La tipicidad objetiva del delito de Colusión

El examen de la sentencia impugnada exige determinar los presupuestos objetivos del delito de Colusión, pues, precisamente, la defensa de cada uno de los condenados, en sus respectivos recursos impugnatorios, ha cuestionado dos de ellos: la concertación y la defraudación.

Esta Fiscalía Suprema Penal de manera reiterativa ha ilustrado en diferentes dictámenes[93], en éstos más allá de señalar los elementos constitutivos del delito de Colusión, ha adoptado y justificado interpretaciones respecto a algunos de sus elementos. Así pues, se ha

---

[92] Señor Fiscal Supremo, Dr. Pablo Sánchez Velarde, Dictamen N° 1048-2011, Lima, R.N. N° 1614-2011.

[93] Dictamen recaído en el R.N. N° 3768-2006-Lima, de fecha 31 de julio del 2007; dictamen recaído en el R.N. N° 3910-2007-Lima, de fecha 11 de diciembre del 2007; dictamen recaído en el R.N. N° 03-2008-A-2010, de fecha 21 de abril de 2010.

señalado que este delito que tipifica el artículo 384 del Código Penal[94], consiste en el *acuerdo engañoso, clandestino y subrepticio* que realizan los funcionarios públicos a cargo de los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u operaciones semejantes, con los terceros interesados, que se traduce en una *defraudación* para el Estado o alguna dependencia o entidad de éste. Si bien puede señalarse que el bien jurídico afectado por este tipo de delitos –que se encuentran bajo el epígrafe de la Concusión– es el correcto y debido desenvolvimiento de la función pública, asimismo, debe agregarse, que el interés específico directamente lesionado es el patrimonio estatal.

La descripción típica de este delito exige en primer lugar de la *concertación*, es decir del acuerdo subrepticio producido entre los funcionarios con los terceros interesados en los contratos, suministros, licitaciones o similares; este acuerdo clandestino e ilícito no solamente es incompatible con las funciones del representante del Estado, sino que además atenta contra los intereses estatales.

En segundo lugar, el tipo presupone la existencia de *contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u operaciones similares*, así pues, la actuación del funcionario público debe enmarcarse dentro de estos supuestos, de tal forma que por más ilícita y perjudicial que hubiera sido la conducta del agente, sino se acredita la existencia de alguna de estas operaciones o actos jurídicos, no se responderá por el delito de Colusión.

Otro elemento del tipo, que debe concurrir para la configuración del tipo penal, es la *defraudación*, la misma que es producto del acuerdo Sol-subrepticio; sobre este elemento, tanto en la doctrina nacional como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República existen dos posturas. La primera postura entiende que la *defraudación* debe plasmarse en la *producción efectiva de un perjuicio de naturaleza económica* para el Estado: perjuicio real, siendo este perjuicio un *elemento intrínseco* de aquella[95]. La

---

[94] El presente es un análisis del tipo penal que contenía el artículo 384 del Código Penal, modificado por la Ley N° 26713, de 27 de diciembre de 1996 –y antes de su reciente modificatoria por la Ley N° 29703, de 10 de junio de 2001–, pues es la norma con la que han sido juzgados y condenados las personas, cuya defensa ahora impugnan.

[95] *Vid.* al respecto a CASTILLO ALVA, José, en coautoría con GARCÍA CAVERO, Percy, *El Delito de Colusión*, Grijley, 2008, pp. 134-142; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, 2002, pp. 281 y 288; igualmente,

segunda postura señala que la *defraudación* puede manifestarse ya en un perjuicio real, ya en un *perjuicio potencial*, no necesariamente real, debiéndose verificar en este último supuesto, solo el *peligro o la posibilidad de perjudicar al* Estado[96].

Esta Fiscalía Suprema Penal comparte la primera postura antes mencionada, pues, en primer lugar, la fórmula que ha empleado el legislador peruano al tipificar esta conducta –a diferencia de otras legislaciones como, por ejemplo la española, que en el artículo 436 de su Código Penal, ha descrito como elemento del tipo subjetivo, la «concertación *para* defraudar» lo que puede interpretarse como un *delito de mera actividad*–, la describe como un *delito de resultado* –el artículo 384 del Código Penal peruano, sanciona la «concertación *que* defrauda» al Estado–, esto es, que no basta, solamente, la realización de la concertación, sino que también se exige como elemento del tipo objetivo, que esta concertación se traduzca, necesariamente, en una defraudación o perjuicio; por tanto, esta exigencia legislativa va más allá de la sola posibilidad o peligro de perjudicar al Estado.

En segundo lugar, la otra postura al admitir *alternativamente* dos formas de configuración proporciona dos interpretaciones incompatibles de un mismo tipo penal, en cuanto a la relación entre *acción* y *objeto de la acción*. Por un lado, concluye que el delito de Colusión Desleal puede ser uno de *resultado* (perjuicio real), y por otro, que también puede serlo de *mera actividad* (perjuicio potencial). Estas interpretaciones, además de ampliar el supuesto de hecho de la norma, conlleva a la vulneración del

---

ALVAREZ, Hugo Jorge, *Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública*, Gaceta Jurídica, 2002, pp. 79 y 83-84; también PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la Administración Pública*, Portocarrero, 1996, p. 149. Asimismo, véase entre otras, la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 5201-1999-Loreto, de 14 de enero de 2000; la expedida en el R.N. N° 2916-2000-Lima, de 24 de noviembre de 2000; la recaída en el R.N. N° 402-2001-Tumbes, de 4 de junio del 2002; y la emitida en el R.N. N° 1070-2004, de 20 de mayo de 2005.

96 Sigue esta postura ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, 2001, pp. 265-266; también FRISANCHO APARICIO / PEÑA CABRERA, *Los Delitos contra la Administración Pública*, Fecat, 2002, pp. 287-288. Esta posición igualmente, se ha plasmado, entre otras, en la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 1480-2003-Arequipa, de 22 de julio de 2004; la expedida en el R.N. N° 350-2005-Tumbes, de 20 de julio de 2005 y la emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, recaída en el Exp. 25-2003-AV, de 3 de agosto de 2005.

derecho fundamental a la igualdad, pues las exigencias en la actividad probatoria, relacionada a este elemento normativo, no sería la misma en todos los casos, evidenciando un trato desigual para una misma conducta criminal imputada, investigada y juzgada.

Por último, si se tratara de seguir una de estas dos interpretaciones, debe considerase, además, que el principio de legalidad –en cuanto al postulado *nullum crimen sine lege stricta*, que impide ampliar la ley penal en perjuicio del afectado, exigiendo en lo posible, el sentido literal de la norma–, el principio de mínima intervención o de necesidad –en la compresión del principio de subsidiaridad– y el principio de lesividad, obligan seguir a la primera, esto es, que el delito de Colusión Desleal por ser un delito de resultado exige un perjuicio real y concreto.

Es pertinente indicar también, que la «*defraudación*» debe concebirse como un efectivo *perjuicio «económico»*. Así este elemento normativo del tipo penal, no solamente abarca el perjuicio estrictamente causado al patrimonio estatal y circunscrito únicamente a las etapas previas de la celebración de las licitaciones u otros actos jurídicos –como por ejemplo lo relacionado en el ámbito de los cuadros comparativos de precios y valores del mercado y sobreprecios fijados y pagados–. Este elemento es más amplio y comprende otros supuestos, que sin ser estrictamente patrimonial, traducen un carácter económico y pueden verificarse en la celebración misma de estas operaciones o en sus etapas posteriores, de ejecución de los contratos suscritos –como, por ejemplo, el otorgamiento de ventajas indebidas e ilegales, omisión de garantías, falta de previsión en caso de inejecución e ejecución defectuosa (incumplimiento en el plazo de entrega, entrega de productos por debajo de la calidad pactada, etc.), entre muchos más que pueden presentarse en las adquisiciones de bienes y servicios para el Estado–.

A este último aspecto, cabe detallar que la concertación puede producir un *resultado perjudicial inmediato* en los contratos, licitaciones u operaciones similares, pero también podría darse el caso que el acuerdo ilegal del funcionario y el tercero interesado pudiera haberse pactado para surtir efectos y *resultados posteriores*, de tal manera que la licitación u otras operaciones pudieron haberse realizado siguiendo la normativa respectiva y los procedimientos correctos, verificándose, recién, en la celebración y/o ejecución de los correspondientes actos jurídicos, el perjuicio al Estado; por esta razón, resulta necesario valorar no solo las etapas previas y simultáneas a estas operaciones, sino

también las etapas posteriores, a efecto de determinar el real perjuicio económico producido por la concertación.

Siguiendo los lineamientos expuestos, *a priori* no se puede considerar a la inobservancia total o parcial de las reglas de licitación o las simples maniobras de engaño, como parte de la defraudación, antes bien estas conductas podrían ser expresión del acuerdo subrepticio e ilícito producido entre los funcionarios con los terceros interesados y por sí solas -sin dejar de considerar que ellas puedan configurar otros ilícitos penales o infracciones administrativas-, no cabe calificarlas como *defraudación* y por ende, configurado el delito de Colusión Desleal, de ser así se estaría ampliando el ámbito de punición de este delito y forzando una interpretación que atentaría contra el principio de legalidad. Además cabe tener en cuenta que se pueden presentar supuestos en los que pese a la inobservancia de la reglas de licitación, no existiría perjuicio al Estado e incluso haber sido más ventajoso y beneficioso a los intereses estatales.

Otro aspecto relacionado a la tipicidad objetiva del delito de Colusión, que exige ser precisado en el presente dictamen es el referido a la *intervención del funcionario público* en los contratos, convenios licitaciones o similares. La norma exige que la intervención debe ser por razón de su cargo o comisión especial; la interpretación de este elemento normativo del tipo permite concluir que éste no limita solamente a aquellos funcionarios que perfeccionan o suscriben este tipo de actos jurídicos -quienes, incluso, puede darse el caso de actuar con desconocimiento de la conducta ilícita de los otros funcionarios, limitándose únicamente a suscribir o finiquitar el contrato-, por el contrario, la norma penal al referirse a la «*intervención*» -y no a la «suscripción» o «perfeccionamiento»-, amplia al marco de autores y partícipes a todos los funcionarios que intervienen, de manera decisiva e ilícita, tanto en la etapa preparatoria, cómo en la suscripción y ejecución del acto jurídico; así pues, esta interpretación resulta siendo racional y adecuada a la finalidad de la norma penal in comento, en tanto castiga a todos aquellos que defraudan los intereses patrimoniales del Estado, valiéndose del cargo o de la comisión recibida.

16.2. La ausencia de concertación. Los sujetos intervinientes

La Sala Penal Superior ha justificado en la sentencia, la existencia de *concertación* en la Licitación Internacional N° OSP/PER/046/056,

entre los sentenciados, atendiendo a los cargos, las funciones y los actos que desempeñaron, por un lado, como funcionarios de CORPAC, Félix Osear Granthon Granthon –Gerente General– Guido Hipólito Niño Guzmán Almanza –Gerente de Planeamiento– y Renzo Antonio Brissolese Estela –Jefe de la División de identificación, Detección y Comunicaciones–, y por otro, los que desempañaron como ejecutivos de la empresa UNIVERSAL TRADING DEL PERÚ - UTP, Víctor Hugo Alegre Cárdenas –Gerente General– y Manuel Ernesto Ortega Deza –Gerente Comercial–; asimismo, ha valorado.

Sin embargo, existen elementos que han sido inadvertidos y omitidos en su valoración por el órgano colegiado y que, por el contrario, permiten descartar aquél elemento objetivo del tipo penal de Colusión.

Un elemento táctico manifiesto y esencial que no ha sido valorado es el relacionado a la entidad que ejecutó el proceso de la Licitación Pública Internacional Nº OSP/PER/046/56 y de las empresas que participaron en ella, sobre todo, de la empresa que resultó ganadora de la buena pro.

La mencionada operación, según se aprecia de las Bases de la Licitación Pública Internacional OSP/PER/046/046 que corre a folios 1160/1275, y del Informe de Evaluación que aparece a folios 1276/1379, fue ejecutada por la Oficina de Proyectos de las Naciones Unidas - UNOPS, que es una entidad establecida como parte de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, y que tiene, entre otros fines y objetivos, proveer de servicios de administración de proyectos. En este proceso de licitación, por consiguiente, no tuvieron ningún tipo de participación los sentenciados Granthon Granthon, Niño Guzmán Almanza y Brissolese Estela, entonces funcionarios de CORPAC.

Este hecho permite, siguiendo la lógica del sentido común, desde la óptica del –llamémosle– *sujeto ejecutante* (UNOPS) descartar cualquier acuerdo subrepticio y, clandestino, que hubiera sido promovido o concretado por dichas personas con los futuros vendedores de los requeridos equipos de rayos X: simplemente, aquéllos no tuvieron injerencia alguna en la ejecución de la citada licitación internacional, y mucho menos tuvieron poder de decisión para seleccionar del futuro vendedor, con quien hubiera podido concertar.

Conviene, igualmente, valorar otro hecho referido al proceso de selección y a la empresa ganadora de la citada licitación internacional.

Según se aprecia del Informe de Evaluación de la Licitación Pública Internacional OSP/PER/046/056 emitido por la UNOPS, que obra a folios 1276/1379, la convocatoria, efectivamente, se publicó fuera del ámbito peruano; así se publicaron avisos, además del diario oficial El Peruano y del diario El Comercio, en el Development Business y en la página web del UNOPS); del mismo modo, se enviaron notas a todas las representaciones diplomáticas de países acreditados en la ciudad de Lima; todo ello con la finalidad de comunicar a la comunidad internacional del llamado a la convocatoria[97].

De las once firmas que adquirieron las Bases de Licitación, solamente cuatro presentaron sus propuestas: B&D Enterprises del Perú, Capex Security Equipment Corporation de los Estados Unidos, Heimann Systems Inc. de Canadá y Caddin S.A.C. del Perú; éstas dos últimas presentaron propuestas relacionados a los equipos de rayos X[98].

La empresa Caddin S.A.C. del Perú, en la *Evaluación Técnica,* fue *inhabilitado* por no haber demostrado experiencia en el suministro de sistemas o equipos similares a los requeridos. Por otro lado, la empresa HEYMANN SYSTEMS, según los resultados de la *Evaluación Técnica* y de la *Evaluación de las Ofertas Económicas,* cumplió con los requerimientos de las bases, por consiguiente –y no por descarte de la primera (Caddin S.A.C.)–, se le adjudicó la buena pro a aquélla empresa[99].

Así pues, la empresa Universal Trading del Perú - UTP ni siquiera participó en Licitación Pública Internacional OSP/PER/046/046, y en ésta se seleccionó a la empresa HEYMANN SYSTEMS, con quien la UNOPS contrató; así incluso se puede apreciar en la carta PER/99/001/28220-C, fechada el 7 de octubre de 2004, y suscrita por Gerente Señor de Proyectos Jefe de la UNOPS, que corre a folios 386, en el que literalmente se señala: «[...] la relación contractual mantenida

---

97 Véase la parte Antecedentes del Informe de Evaluación, folios 1277.

98 Conviene aclarar que la Licitación Pública Internacional OSP/PER/046/056 tuvo como objeto la adquisición de equipos de rayos X para la inspección de valijas, así como pórticos de metales para la inspección corporal; por ende, en dicho proceso de licitación se presentaron postores para ambos bienes. El análisis se centra, conforme a los hechos descritos en la parte II del presente dictamen, en la selección y adquisición de los primeros –equipos de rayos X–: los sentenciados, únicamente, han sido condenado por este hecho.

99 Véase las partes Resultados de la Evaluación Técnica, Evaluación de las Ofertas Económicas, y Conclusiones del Informe de Evaluación, folios 1287-1294.

por UNOPS ha sido con la firma HEIMANN quien ha sido la adjudicataria de las Órdenes de Compra Nos. PG111153 Y 04-2564».

Estos hechos, debidamente acreditados, siguiendo el sentido común, desde la óptica del -llamémosle- *sujeto participante* (HEIMANN SYSTEMS INC.), permite descartar cualquier acuerdo subrepticio y clandestino, que hubiera sido promovido o concretado con los funcionarios de la UNOPS, por parte de los representantes de la empresa Universal Trading del Perú - UTP: simplemente, esta empresa no participó en la Licitación Pública Internacional OSP/PER/046/046, por ende, menos se le puede atribuir una probable concertación para ser favorecidos en un proceso licitarlo en el que fueron ajenos.

Este análisis fáctico-probatorio nos permite concluir, asimismo, desde el punto de vista de la naturaleza de la Colusión como delito de *participación necesaria*[100], que los imputados, y ahora condenados como *partícipes necesarios*, no han intervenido en el citado proceso de la Licitación Pública Internacional OSP/PER/046/046. Por un lado, ni los sentenciados funcionarios de CORPAC, Félix Oscar Granthon Granthon, Guido Hipólito Niño Guzmán Almanza y Renzo Antonio Brissolese Estela, tuvieron injerencia en el proceso licitario que seleccionar al ganador; de otro, la empresa UNIVERSAL TRADING DEL PERÚ - UTP y, por ende sus ejecutivos, Víctor Hugo Alegre Cárdenas y Manuel Ernesto Ortega Deza, tampoco intervino en el señalado proceso licitario.

Así pues, la sola falta del elemento *concertación* hace imposible, en el presente caso, la condena por el delito de Colusión. No obstante esta conclusión es necesario referirse también a los demás argumentos expuestos por la defensa de los sentenciados, relacionados la *defraudación*.

16.3. La naturaleza y la valoración de la prueba preconstituida

Un aspecto que se ha destacado en la sentencia impugnada es lo relacionado al valor de la prueba preconstituida. La Sala Penal Superior, respecto a la determinación del «*perjuicio*» -exigencia del elemento *defraudación* en el delito de Colusión- desmereciendo -sin un análisis minucioso y concienzudo de las pericias judiciales

[100] El delito de participación necesaria, o llamado también concurso necesario, requiere la intervención de dos o más sujetos en el hecho típico.

elaboradas por los peritos Nora Edith Antezana Gallegos y Jorge Mario Chunga Martínez–, le ha dado valor *absoluto* al Informe de Verificación de Denuncias N° 002-2004-CG/CA, de fecha 12 de mayo de 2004, emitido por la Contraloría General de la República, que corre a folios 1/19, justificando que este documento es una prueba preconstituida; específicamente, por un lado, ha señalado: «[...] este tipo de informes constituyen prueba preconstituida, la cual es una prueba sui generis [...]»; por otro, refiriéndose a un informe técnico de la Universidad Católica del Perú, afirmó: «[...] además que no es una prueba preconstituida como el informe de contraloría ni es una pericia oficial, por ende, estas pruebas no son fiables [...]».

A este respecto, las conclusiones a las que ha llegado el órgano colegiado superior evidencian desconocimiento de la naturaleza y la valoración de la prueba preconstituida, que merecen ser esclarecidos.

La prueba preconstituida son aquellas diligencias realizadas antes del inicio del proceso, cuya operatividad se identifica al recojo de elementos materiales, relacionados a la comisión de un presunto hecho delictivo, como por ejemplo, las inspecciones preliminares, el levantamiento del cadáver, la incautación de los objetos del delito, etcétera; por ende, estas se producen sin inmediación del juez, precisamente, por sus características de *fugacidad, urgencia* e *irrepetibilidad.*

Si bien es imposible o difícil su reproducción en el juicio oral, la prueba preconstituida debe ser ingresada a esta etapa procesal mediante su lectura, a efecto de posibilitar la contradicción y de impedir que, a través del principio del examen de oficio de la prueba documentada, pueda introducirse, en calidad de prueba todos los actos de investigación.

Esta naturaleza de la prueba preconstituida y sus características hacen sostener que ellas no son *«pruebas tasadas»* –y en comprensión de éstas, tampoco son *«pruebas plenas–*, como erróneamente lo entiende el órgano juzgador. Las pruebas preconstituidas, igualmente, deben ser introducidas el juicio oral para posibilitar su contradicción y su valoración racional: aquéllas, al igual que cualquier otra, en caso contribuya a justificar el sentido de un fallo, debe ser objeto de valoración racional. La *entidad o valor probatorio* de una prueba preconstituida no viene *«predeterminada»* lo que se *«predetermina» es* su *producción* –producción antes del proceso y por ende, sin presencia del juez–. En este sentido, la prueba preconstituida, por sí sola, no

predetermina el sentido de un fallo, la entidad probatoria debe ser justificada de manera racional por el juzgador y no ser impuesta arbitrariamente, atendiendo, únicamente, al título que le otorga la ley o le confiera una de sus características.

La Sala Penal Superior, lejos de justificar y expresar una valoración racional sobre la entidad probatoria del Informe de Verificación de Denuncias N° 002-2004-CG/CA de la Contraloría General de la República, la ha considerado como una especie de *prueba plena*, como si sus conclusiones fueran las técnicamente irrefutables e incontrovertibles. A este respecto, el juzgador debió considerar que en tanto dicho documento representaba –además de ser una diligencia preconstituida–, una postura o declaración *unilateral* era imprescindible, por el contrario, dentro del ámbito valorativo, confrontar y determinar su mérito probatorio en forma conjunta con las demás pruebas, especialmente, con las pericias y los informes técnicos. Este último análisis valorativo, precisamente, es que se desarrolla en los párrafos subsiguientes.

16.4. La valoración de los informes periciales

Una postura similar a la anterior adoptó el juzgador respecto a la pericia judicial emitida por contadora Lianos Aguilar de Cáceres 7190/7200. En la sentencia, desmereciendo sin un análisis exhaustivo las demás pericias judiciales y los informes, ha concluido literalmente: «[...] la pericia efectuada por la perito contable judicial Nelly Llanos Aguilar de Cáceres es dada por una perito oficial por lo que es de tenerse en cuenta el acuerdo plenario cero dos/dos mil siete/G-ciento dieciséis establece que las pericias institucionales gozan de credibilidad y esta pericia confirma el resultado perjudicial para Estado»[101].

Al respecto, en primer lugar, la Sala Penal confunde la *eficacia procesal* –*cuyo* objeto, en parte, se desarrolló en el citado Acuerdo Plenario N° 2-2007/0116, de fecha 16 de noviembre de 2007– con la *entidad o valor probatorio* que debe otorgársele a dicha prueba. En segundo lugar, incurre en el mismo error de tratamiento de la prueba preconstituida, de otorgarle *valor probatorio absolutos* las pericias por el simple hecho de ser «*oficiales*».

---

[101] Sobre este último, precisamente, el Acuerdo Plenario N° 2-2007/0 ha establecido criterios y los supuestos en los que son necesario proceder al examen de los peritos.

La *eficacia procesal* es distinta a la *entidad probatoria.* La primera responde á la pregunta de si un dictamen pericial puede o no ser objeto de valoración; mientras que la segunda responde a la pregunta de cuál es el valor o el mérito que se le otorga a un dictamen pericial.

Así pues, la *eficacia procesales* la *calidad que* debe tener el dictamen pericial para poder ser valorada por el juzgador, de tal forma que si no tuviera aquella *calidad* deberá ser excluido de toda valoración; dicha calidad está constituida por los requisitos del nombramiento, entrega del dictamen, ratificación y debate pericial, previstos en los artículos 160, 162, 167, 168 y 169, así como del examen de los peritos, regulado en el artículo 259 del Código de Procedimientos Penales.

La *entidad probatoria* es el grado de valor que le otorga el juez al informe pericial; dicho valor no viene predeterminado en abstracto, como una *prueba tasada,* sino que, dentro del *sistema de libre valoración de la prueba* –que recoge el denominado *criterio de conciencia,* previsto en el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales–, es labor del juez determinar en el caso particular el mérito probatorio que le otorga a la pericia, labor que le exige además, plasmar o explicitar las razones del convencimiento, positivo o negativo, que le genera la prueba. Por ende, el valor no viene *predeterminado por* la calidad de *«oficial» que* se le otorga al informe pericial, o por otros similares, como serían el ser un informe *«no oficial», «de parte» «privado» «público»,* etcétera.

Bajo estos conceptos, es irracional desmerecer *a priori* un informe pericial por ser *«no oficial» o* similares; como también lo es otorgarle la calidad de irrefutable e incontrovertible a aquellos que son *«oficiales».* Este es justamente el error, en el que ha incurrido el órgano juzgador al otorgarle valor irrefutable al informe pericial de la contadora Nelly Llanos Aguilar de Cáceres, por ser *«oficial»* y desestimar el mérito probatorio, sin mayor análisis, a los de los peritos Nora Edith Antezana Gallegos y Jorge Mario Chunga Cáceres, por ser informes *«no oficiales».* Es más incluso en esta lógica errónea, la Sala Superior vuelve a incurrir en dos errores: primero, no consideró que aquéllos dos últimos son también informes periciales –siguiendo su terminología– *«oficiales»,* segundo, que si el primer dictamen pericial de la contadora Nelly Llanos Aguilar de Cáceres era *«oficiar»* –cuyas conclusiones– en el razonamiento del juzgador eran indiscutibles –no existía justificación alguna para ordenar una tercera pericia *«dirimente»,* como si, además, el valor de las opiniones técnicas se fueran a determinar por la cantidad

de criterios a favor o en contra, supuesto este último que contraviene el principio de la valoración racional de la prueba.

16.5. La ausencia de la defraudación

En un *sistema de libre valoración de la prueba* y conforme al señalado *principio de valoración racional de la prueba,* las pericias introducidas al presente proceso deben valorarse atendiendo su unidad, pero, sobre todo, de manera conjunta con los demás elementos técnicos que obran en el presente proceso.

Según se percibe de la sentencia, en tanto no es expresa en este aspecto la Sala Penal Superior entiende que pericias *«oficiales»* son aquellas que han sido elaboradas por peritos nombrados por el juzgador.

En este ámbito valorativo, debe atenderse en el caso concreto, uno de los aspectos centrales de la imputación: el perjuicio por una supuesta *sobrevaloración* –aspecto que manifestaría el elemento objetivo de la Colusión: la *defraudación*–. Partiendo de este elemento fáctico, la valoración de una opinión profesional, como lo es una pericia, pasa por verificar, necesariamente, su contundencia y solidez técnica, que en este particular supuesto exige obligatoriamente un análisis de la calidad y las características y/o especificaciones técnicas del producto adquirido (equipos de rayos X), como por ejemplo la marca, el modelo, las funciones, el soporte técnico y las demás características y propiedades que le generan *valor comercial*. Es inconsistente e infundado concluir la *sobrevaloración* de un producto si no ha realizado un análisis exhaustivo dichas exigencias.

Bajo este parámetro deben valorarse no solamente la pericia –mal llamada *«oficial»*– de la contadora Nelly Llanos Aguilar de Cáceres, sino además la de los peritos judiciales Nora Edith Antezana Gallegos y Jorge Mario Chunga Martínez, así como el Informe de la Contraloría General de la República y el informe técnico elaborado por el Laboratorio de Certificación de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El dictamen pericial elaborado por la contadora Nelly Llanos Aguilar de Cáceres, que obra a folios 7190/7207, según se aprecia del contenido de su examen, hace referencia, únicamente, a los precios del producto adquirido, y luego llega a la conclusión de que existe un perjuicio económico al Estado. Se trata de un examen superficial del que se advierte una

referencia implícita y resumida de lo expuesto en el Informe de la Contraloría General de la República que obra a folios 1/19. Es fácil constatar que las opiniones contenidas en ambos informes, son referenciales y comparativas en cuanto a los precios del producto adquirido, pero enfocado a un modelo distinto del comprado por CORPAC: éste adquirió el modelo *6040IX*, en tanto las referencias que se hacen en dichos documentos guardan relación al modelo *60401*. Asimismo, no existe un mínimo análisis, o siquiera alguna referencia estrictamente técnica de las características y propiedades del producto, que le hubieran permitido razonable y fundadamente, calcular su valor comercial y, por consiguiente, concluir su sobrevaloración. Esta falencia, impide darle credibilidad probatoria a las conclusiones expuestas en estos informes.

A folios 7524/7583, obra el dictamen pericial elaborado por Nora Edith Antezana Gallegos. En este concluye la perito judicial, entre otras, que no se ha encontrado sobrevaloración en la adquisición de los equipos de rayos X, que fueron objeto de la Licitación Pública internacional OSP/PER/046/046.

La solidez técnica de este informe pericial merece ser confrontado con el señalado Informe Técnico elaborado por el Laboratorio de Certificación de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que corre a folios 3690/3706. En este se analiza y realiza un análisis comparativo de las características y propiedades de los señalados modelos *6040/y 6040/X*. Las diferencias, según se sostiene, radican en el software instalado en este último modelo *6040/X*, el mismo que es vendido por el fabricante por separado o como un paquete completo[102], y que le proporciona otras funciones adicionales al que tiene el modelo *6040/*, como el realizar identificaciones automáticas de narcóticos y explosivos, proyectar imágenes de rayos X de objetos peligrosos ficticios, mostrar el personal el uso correcto de la máquina, colorar las imágenes, almacenar imágenes, entre otras, que se describen[103]. Estas características técnicas, según se concluye en el informe, hace superior al modelo *6040/X*.

Otro informe pericial que fue introducido al juicio oral es el elaborado por el perito judicial Jorge Mario Chunga Martínez, que corre a folios 7742/7749. En este se detalla que atendiendo la incidencia costo-beneficio-tecnología, los modelos *6040/*y *6040/X*, presentan una

[102] Véase folios 3693-3694.
[103] Véase folios 3701-3705.

gran diferencia tecnológica en el aspecto del software operacional como en el Hi-Tip, software de supervisión de personal operativa obligatorio dentro de los Estados Unidos. Concluye, entre otros aspectos, que el modelo *6040/X* tiene una mayor penetración, mayor capacidad del operador de visualizar en interior y detectar armas y/o explosivos. Por consiguiente, este perito expresa compartir los mismas conclusiones de la perito Nora Edith Antezana Gallegos.

La justificación y solidez técnica de los señalado informe elaborado por el Laboratorio de Certificación de la Pontificia Universidad Católica del Perú nos permite concluir que, efectivamente, por las características y propiedades se que detallan, y según los cuadros comparativos expuestos en los dictámenes periciales elaborados por Nora Edith Antezana Gallegos y Jorge Mario Chunga Martínez, el precio pagado por el producto adquirido por CORPAC –equipo de rayos X, marca HEYMANN, modelo *6040/X*– no fue sobrevaluado. Por consiguiente, en lo referente a la *defraudación*, siguiendo nuestra posición en cuanto a este elemento objetivo, no se ha probado la existencia de un perjuicio real y efectivo para el Estado, producto de la Licitación Pública Internacional OSP/PER/046/046[104].

---

[104] Por las consideraciones antes anotadas, esta Fiscalía Suprema en lo Penal OPINA que se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de folios 8140/8283, de fecha 24 de marzo de 2011, en los extremos que condenó a FÉLIX ÓSCAR GRANTHON GRANTHON, como autor, GUIDO HIPÓLITO NIÑO DE GUZMÁN ALMANZA, como autor, RENZO ANTONIO BRISSOLESE ESTELA, como autor, VÍCTOR HUGO ALEGRE CÁRDENAS, como cómplice primario, y MANUEL ERNESTO ORTEGA DEZA, como cómplice secundario, del delito de Colusión desleal, en agravio del Estado, por los hechos derivados de la Licitación Pública Internacional N° OSP/PER/046/56; impuso a Granthon Granthon, cinco años de pena privativa de la libertad e inhabilitación por tres años; impone a Niño Guzmán Almanza, cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva e inhabilitación por tres años; a Brissoiese Estala, cinco años de pena privativa de la libertad e inhabilitación por tres años; a Alegre Cárdenas, cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva; y a Ortega Deza, cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida; asimismo, fija en ciento cincuenta mil, el monto de la reparación civil que, en forma solidaria, deberán pagar los sentenciados a favor del Estado. Por lo que, debe **REVOCARSE** estos extremos para que se **ABSUELVA de la acusación por el delito de Colusión**, en agravio del Estado, a **FÉLIX ÓSCAR GRANTHON GRANTHON**, como autor, **GUIDO HIPÓLITO NIÑO DE GUZMÁN ALMANZA**, como autor, **RENZO ANTONIO BRISSOLESE ESTELA**, como autor, **VÍCTOR HUGO ALEGRE CÁRDENAS**, como cómplice primario, y **MANUEL ERNESTO ORTEGA DEZA**, como cómplice secundario.

17. Definiciones básicas a nivel de la jurisprudencia

1. Bien jurídico

1.1.- El bien jurídico protegido en este tipo de delitos es el correcto funcionamiento de la administración pública y el comportamiento ceñido a ley del funcionario público en atención a la confianza que le brinda el Estado, cuyo rompimiento origina el ilícito, puesto que ello determina engaño al interés público quien confía en la buena gestión del servidor público en beneficio de la hacienda nacional. También es verdad que implícitamente está el perjuicio que se ocasiona al Estado con ese comportamiento, pues si no se materializa el daño que ha sufrido el Estado o la entidad estatal, el fraude resulta incierto y en el presente caso no se menciona daño o perjuicio alguno a Fovipol como consecuencia del comportamiento de los procesados, sino más bien el cumplimiento satisfactorio del contrato celebrado con el Estado. **Sentencia de fecha cinco de diciembre del dos mil cinco. Exp. N° 043-2001.**

1.2.- Es un delito de infracción de deber, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la Administración Pública, en su ámbito objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto. **Sentencia de fecha dieciocho de octubre del dos mil cinco. Exp. N° 20-2003-A.V.**

2. La condición pública de la entidad o persona jurídica

Durante el proceso de instrucción, en el juicio oral e inclusive en los alegatos de la defensa se ha cuestionado la condición pública del Fondo de Vivienda Policial (Fovipol), alegando esencialmente que se trata de un fondo colectivo privado que está constituido esencialmente por los aportes de los miembros de la Policía Nacional, sometida su gestión a un directorio especial, integrado por miembros de la Policía Nacional, por lo que no tiene la calidad jurídica de ser empresa pública ni forma parte de la administración pública. Bajo esta hipótesis, evidentemente no sería factible que se produzca el delito de Colusión Desleal, debido a que está referido a entidades de la administración pública o empresas del Estado, condición que no tiene Fovipol.

Según informe del Consejo Superior de Contrataciones del Estado (CONSUCODE), que obra a folios 6487 y siguientes cuaderno XVI, es

un organismo especial, que no está inscrito ni como ejecutor de obras ni como consultor de obras en la base de datos del registro nacional de contrataciones de Consucode, pero es una entidad perteneciente al sector Público sujeta al régimen de entidades estatales. Al respecto el informe del Informe del Fondo Nacional de financiamiento de la actividad empresarial del Estado (FONAFE) (ver folios 6496 cuaderno XVI), dice que no forma parte de la actividad empresarial del Estado, lo que no excluye que sea una empresa especial perteneciente al sector público.

Sobre el mismo tema la Contraloría General de la República informa: que Fovipol si está dentro de los alcances del art. 3° del D.L. 26162 Ley del sistema nacional de control debido a que en los artículos 3 y 5 de la Ley 24686, ley de creación del fondo de vivienda militar y policial señala que constituye parte del fondo de contribución obligatoria del Estado equivalente al 2% de las remuneraciones pensionables del personal en actividad y retiro de las fuerzas armadas y policía nacional, el que debe ser incluido dentro del presupuesto anual. Además el art. 21 del D.S. 091-DE-CCFFAA del 02 diciembre de 1993, que aprueba el reglamento del Fovipol dispone que los programas de construcción de vivienda que financie Fovipol se sujetaran al requisito de la licitación pública (folio 6500 cuaderno XVI). Todos estos informes nos llevan a la conclusión final que jurídicamente Fovipol está sujeta a control del Estado, por la intervención que este tiene con aporte de un porcentaje del fondo, en consecuencia cualquier perjuicio que se ocasione a este fondo, necesariamente origina detrimento en los fondos públicos, razones suficientes para establecer que la defraudación que se produzca contra Fovipol, conforme a la hipótesis del Ministerio Público, también afecta al Estado, concurriendo de esta manera el requisito especial de «defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado», que informa el artículo 384 del Código Penal. **Sentencia de fecha cinco de diciembre del dos mil cinco. Exp. N° 043-2001.**

3. **Participación**

Cabe sin embargo también la participación de terceros «interesados» que es la denominación que la ley da a los particulares que precisamente negocian con el Estado, a quienes se les otorga la calidad de cómplices primarios, debido a la trascendencia de su intervención en el hecho delictivo, condición en la que se encontrarían; Víctor Alberto Venero Garrido, Enrique Benavides Morales, Oscar Emilio Fernando Benavides Morales, Moshe Rothschil Chassin y Claus

Oswaldo Corpancho Kleinike, teniendo la condición de cómplices secundarios: Eloisa Cristina La Fuente Suarez, Freddy Rene Bone Ramírez, Guillermo Walter Feldmuth Lostaunau, Roberto Duran Mantero, Luis Miguel Andújar Guemes y Nestor Alexander Rojas Godines, debido a su participación menos intensa y decisiva en la perpetración del hecho. Finalmente se le imputa a Montesinos Torres la calidad de instigador del hecho colusivo, en tanto es considerado partícipe necesario a través de sugerencias y actos propios de incentivo para la comisión del hecho, conforme a la hipótesis fiscal. **Sentencia de fecha cinco de diciembre del dos mil cinco. Exp. N° 043-2001.**

4. Vinculación entre los actores de la concertación

4.1.- El factor esencial del comportamiento delictivo radica en la voluntad de defraudar al Estado, para lo cual entran en concierto los actores del delito, requerimos por tanto en principio establecer las condiciones de la concertación entre los acusados. Durante el proceso penal y especialmente en el juicio oral, hemos advertido que en este proceso existen tres grupos de intervinientes marcadamente diferentes, a) los miembros del comité de licitación, b) los propietarios y gestores, así como colaboradores de la empresa Corporación Unida y Santa Ángela y c) Montesinos Torres, el intermediario entre ambos grupos que según la acusación fiscal habrían concertado. Resulta necesario para que esta hipótesis sea cierta, encontrar el punto de vinculación entre estos dos actores y si bien es verdad, no resulta necesario que se conozcan entre todos, resulta indispensable determinar las condiciones de la concertación.

La descripción del Ministerio Público nos remite a la idea que Venero Garrido conoce a Montesinos Torres y es a través de él que los propietarios de las empresas participantes en la licitación pública N° 03-2000 habrían logrado ser favorecidos con la buena pro, debido a que Montesinos Torres intervino a favor de dichas empresas influyendo a los miembros del Comité de Licitación, sin embargo no se establece ni menciona cual es el nexo entre Montesinos Torres y los miembros del comité de licitación o en todo caso con los miembros del directorio de Fovipol, lo que resulta más probable, pero ni siquiera mencionado por el Ministerio Público y menos está procesado ningún miembro de dicho directorio. Han coincidido todos los miembros del comité especial de licitación en señalar que no conocen a Montesinos Torres ni este a ellos, en consecuencia no se ha mencionado dicha vinculación o nexo y por cierto mucho menos se ha probado, lo que hace imposible

cualquier acto de concertación. Aun en la hipótesis que tal acto se haya producido directamente entre los propietarios o interesados de las empresas participantes en la licitación y los miembros del comité de licitación, lo que no ha sido señalado por el titular de la imputación, resulta incierto por cuanto tampoco se ha establecido existencia de vínculo alguno entre estos dos grupos de personas, originando reiterada imposibilidad material de la producción del hecho delictivo. **Sentencia de fecha cinco de diciembre del dos mil cinco. Exp. N° 043-2001.**

4.2.- La concertación, como se sabe, significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria. **Sentencia de fecha dieciocho de octubre del dos mil cinco, Exp. N° 20-2003-A.V.**

5. **La defraudación**

Por otro lado, en cuanto a la defraudación, como este Tribunal lo ha entendido en una oportunidad anterior, la conducta que lo define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. Lo que es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo legal, de ahí el peligro potencial que se requiere, es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos. **Sentencia de fecha dieciocho de octubre del dos mil cinco. Exp. N° 20-2003-A.V.**

6. **La modalidad de licitación**

6.1.- La norma que tipifica este delito establece varias modalidades de contratación administrativa como pasibles de originar el delito, en efecto menciona «contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier operación semejante» y en este caso estamos ubicados de manera textual frente a una licitación, en cuyo concurso se habría visto favorecida una empresa postora. La licitación pública es la manera natural utilizada por el Estado para escoger a cualquier contratista y consiste en un procedimiento que utiliza el

Estado para seleccionar al que resulte más conveniente para la realización de una obra, en este caso específico. Este procedimiento tiene determinadas etapas de obligatorio cumplimiento, cuyo incumplimiento si es deliberado y con propósitos defraudatorios originan la comisión del delito, pues como cualquier proceso está sujeto a determinados controles que permiten su adecuada ejecución y cumplimiento. Se advierte en el presente caso, que el procedimiento de licitación ha sido cuidadosamente seguido por los miembros del comité de licitación, pues no se advierte ningún cuestionamiento ni reclamo por los concursantes y por el contrario una de las empresas que debieron haber sido favorecidas según la tesis de imputación, Santa Ángela, fue eliminada preliminarmente y Corporación Unida fue una de las ganadoras según los acusados por méritos propios y no hay prueba en contrario, condición que determina la validez del concurso y la legalidad del procedimiento de licitación.

Válidamente, puede argumentarse que precisamente se pretendió disfrazar de todo el marco legal para que no se advierta el fraude, sin embargo, no se ha probado que haya existido concertación ni mucho menos fraude al Fovipol, en consecuencia, el procedimiento de licitación cumplido a satisfacción y el cumplimiento del contrato que originó dicha licitación en términos adecuados, determinan que no se haya podido establecer la responsabilidad penal de los acusados. **Sentencia de fecha cinco de diciembre del dos mil cinco. Exp. N° 043-2001.**

6.2.- Se ha insistido con énfasis que **el concreto proceso licitario,** por lo menos hasta el otorgamiento de la buena pro a la empresa Mobetek Representaciones, no presenta observaciones legales. El propio colaborador Gonzales Ríos, Jefe del Servido de Material de Guerra, ha sido enfático en ese punto. A su vez, el procedimiento seguido en el Sector Economía y Finanzas –en la Alta Dirección y en los Órganos de Línea y de Asesoría–, que incluyó el Banco de la Nación, **siguió los pasos legalmente prescritos**. Aparecen en los Decretos Supremos cuestionados las visaciones de todos los funcionarios que intervinieron –y que debieron hacerlo– en el trámite, y se cumplió con la aprobación de los mismos bajo las exigencias jurídicas que establecían la Ley de Endeudamiento Externo y la Ley del Poder Ejecutivo. Es importante resaltar, en primer lugar, que los funcionarios que han intervenido en el procedimiento en el Sector de Economía y

Finanzas, uniformemente, han expuesto que no recibieron indicaciones, presiones o conminaciones para que opinen en un sentido determinado tanto por el Ex Ministro Carnet Dickmann cuanto por el Ex Presidente Fujmori Fujimori; tampoco existe prueba a partir de otras fuentes que descarte esas afirmaciones, ni siquiera la acusación la invocó como factum de su imputación. En segundo lugar, que ya en el ámbito del Sector Economía y Finanzas, incluido el Banco de la Nación, se produjeron una serie de negociaciones y coordinaciones con Mobetek y los funcionarios del Sector Defensa - Ejército Peruano, en aras de concretar la aprobación de la operación de endeudamiento externo y la formulación del contrato de financiamiento, pero esas coordinaciones no pueden calificarse de ilegales o lesivas al interés público en tanto se verificaron regularmente, sin ánimo de ocultación y con el objetivo de concretar el encargo legalmente impuesto. En tercer lugar, por el resultado, tampoco puede entenderse que se produjo un concierto lesivo al interés de la Administración, porque los Decretos Supremos se acomodaron al monto final establecido por las Resoluciones Ministeriales del Sector Defensa, y no existe en las propias configuraciones del endeudamiento aprobado cláusulas, requisitos o condiciones lesivas al interés nacional, que por lo demás tampoco han sido cuestionadas puntual y acabadamente por la acusación. **Sentencia de fecha dieciocho de octubre del dos mil cinco. Exp. N° 20-2003-A.V.**

6.3.- El delito de colusión desleal es un delito de infracción de deber, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la Administración Pública, en su ámbito objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto:

La concertación, como se sabe, significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria.

Por otro lado, en cuanto a la defraudación, como este Tribunal lo ha entendido en una oportunidad anterior, la conducta que lo define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación

o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. Lo que es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo legal, de ahí el peligro potencial que se requiere, es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos.

Se ha insistido con énfasis que **el concreto proceso licitario**, por lo menos hasta el otorgamiento de la buena pro a la empresa Mobetek Representaciones, no presenta observaciones legales. El propio colaborador Gonzales Ríos, Jefe del Servido de Material de Guerra, ha sido enfático en ese punto. A su vez, el procedimiento seguido en el Sector Economía y Finanzas –en la Alta Dirección y en los Órganos de Línea y de Asesoría–, que incluyó el Banco de la Nación, **siguió los pasos legalmente prescritos**. Aparecen en los Decretos Supremos cuestionados las visaciones de todos los funcionarios que intervinieron –y que debieron hacerlo– en el trámite, y se cumplió con la aprobación de los mismos bajo las exigencias jurídicas que establecían la Ley de Endeudamiento Externo y la Ley del Poder Ejecutivo. Es importante resaltar, en primer lugar, que los funcionarios que han intervenido en el procedimiento en el Sector de Economía y Finanzas, uniformemente, han expuesto que no recibieron indicaciones, presiones o conminaciones para que opinen en un sentido determinado tanto por el Ex Ministro Carnet Dickmann cuanto por el Ex Presidente Fujimori Fujimori; tampoco existe prueba a partir de otras fuentes que descarte esas afirmaciones, **ni siquiera la acusación la invocó como factum de su imputación**. En segundo lugar, que ya en el ámbito del Sector Economía y Finanzas, incluido el Banco de la Nación, se produjeron una serie de negociaciones y coordinaciones con Mobetek y los funcionarios del Sector Defensa - Ejército Peruano, en aras de concretar la aprobación de la operación de endeudamiento externo y la formulación del contrato de financiamiento, **pero esas coordinaciones no pueden calificarse de ilegales o lesivas al interés público en tanto se verificaron regularmente, sin ánimo de ocultación y con el objetivo de concretar el encargo legalmente impuesto**. En tercer lugar, por el resultado, tampoco puede entenderse que se produjo un concierto lesivo al interés de la Administración, porque los Decretos Supremos se acomodaron al monto final establecido por las Resoluciones Ministeriales del Sector Defensa, y no existe en las propias

configuraciones del endeudamiento aprobado cláusulas, requisitos o condiciones lesivas al interés nacional, que por lo demás tampoco han sido cuestionadas puntual y acabadamente por la acusación.

Desde la perspectiva trazada en el párrafo anterior, **cabe concluir que no existen pruebas que, siquiera mínimamente, puedan establecer la presencia de un concierto ilegal y de una defraudación, en cuanto perjuicio potencial** al ordenamiento financiero o presupuestal del Estado. No sólo se trata de que los bienes objeto de la licitación finalmente llegaron al Perú y que el estado honró sus obligaciones financieras respecto al contrato de financiamiento –así aparece, por lo demás, del informe elevado por el Banco de la Nación materia del oficio de fojas dos mil seiscientos cuarenta y siete–, sin haber cuestionado su legalidad –tampoco aparece de autos que lo haya anunciado–, sino que el colaborador Gonzales Ríos sólo ha señalado que en otra contratación –en su fase preliminar de posible adquisición de aeronaves para el Ejército–, realizada con fecha posterior a la operación de que se trata, hizo mención a una llamada del acusado Fujimori Fujimori interesándose por la necesidad de determinada adquisición que podía ser concretada por el titular de Mobetek Representaciones Moshe Rothschild Chassin. Esa sola afirmación, sin embargo, requiere de una corroboración, por lo menos periférica que le conceda credibilidad, pero aun así de ella no puede desprenderse unívocamente que la presente adquisición –realizada antes de aquélla– se debió a una interferencia y decisión del acusado Fujimori Fujimori. En el caso de autos, ningún otro testigo corrobora tal aserto, por lo que la pluralidad de causalidades que permite ese sólo dato le resta fuerza para inferir, con toda corrección lógica, que la interferencia también se produjo en la licitación y endeudamiento externo materia de este proceso. **Sentencia de fecha dieciocho de octubre del dos mil cinco. Exp. N° 20-2003-A.V.**

III
Delito de peculado

1. Determinación del bien jurídico protegido a través del tipo penal de peculado doloso por apropiación del artículo 387 del Código de 1991

En la doctrina existen distintas posiciones sobre el bien jurídico protegido a través del tipo penal de peculado[105]:

a) El peculado como un delito de carácter netamente patrimonial.

b) El peculado como un delito cuyo contenido de injusto se agota en la infracción de un deber del cargo.

c) El peculado como un delito de naturaleza pluriofensiva.

De las tres posiciones actualmente destaca la última; el peculado como delito de naturaleza pluriofensiva: el bien jurídico está formado por distintos aspectos: el patrimonio público y la Administración Pública[106] [107] [108] [109] [110] [111].

---

[105] ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 24.

[106] DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *Malversación y Lesión del Patrimonio Público*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 59 y 60.

[107] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, p. 480.

[108] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., p. 332, Editorial Palestra, Lima, 2003.

[109] ASUA BATARRITA, Adela, «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria», en *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, España, 1997, pp. 182 y 183.

[110] ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

[111] MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 280 y 284.

Bien jurídico en el tipo penal de peculado:	
Patrimonio público.	Administración pública.

1.1. El patrimonio como aspecto del bien jurídico protegido por el tipo penal de peculado doloso por apropiación

Francisco Muñoz Conde afirma que el peculado tiene un carácter patrimonial evidente al incidir sobre fondos públicos lesionando los intereses patrimoniales del Estado[112].

Sergio Cuarezma Terán señala que en el peculado se lesiona el patrimonio y el normal funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito patrimonial, por lo que el objeto de protección es el patrimonio como sustrato esencial de los servicios públicos[113].

Joan Josep Queralt Jiménez considera que en el peculado, por ser un delito contra el orden socioeconómico, se afecta la hacienda pública entendida como bien jurídico de carácter instrumental; se lesiona el gasto público[114] [115].

Estas posturas realzan la consideración patrimonial del delito de peculado, sin dejar de reconocer la naturaleza peculiar del patrimonio afectado y que la conducta del autor se desenvuelve en un marco especial, el de la Administración Pública[116].

Cuando se trata de la aplicación por parte del funcionario público de los recursos estatales, la efectiva consecución de los fines públicos y el interés que los fondos públicos se destinen a los fines legalmente determinados, en la forma objetiva y legalmente establecida, exige reflexionar sobre la existencia de un nuevo bien jurídico que soprepasa la mera consideración patrimonial, por cierto, sin que esto signifique prescindir de la lesión del patrimonio público en el caso del peculado[117].

1.2. La Administración Pública como aspecto del bien jurídico protegido por el tipo penal de peculado

Un gran sector de la doctrina considera que el bien jurídico del tipo de peculado tiene una doble naturaleza, el patrimonio público y

---

[112] De La Mata, Norberto J. / Etxebarria, Xabier, *op. cit.*, p. 61.
[113] *Ibidem.*
[114] *Ibidem*, p. 62.
[115] Queralt Jiménez, Joan J., *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Atelier, Barcelona, 2008, pp. 739 a 741.
[116] De La Mata, Norberto J. / Etxebarria, Xabier, *op. cit.*, p. 64.
[117] *Ibidem*, p. 110.

el deber de lealtad del funcionario, destacando este aspecto como el fundamento de la protección penal[118].

A pesar de la aceptación en la doctrina del componente patrimonial del peculado; la Administración Pública, concretamente, la cualidad de funcionario público del autor y su específica relación respecto al objeto material del delito, los fondos públicos, son elementos que también fundamentan el injusto penal de este delito[119] [120].

Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES justifica la configuración legal del delito de peculado en la violación de un deber jurídico cuya infracción genera peligro o perjuicio efectivo al patrimonio público[121].

El contenido del bien jurídico no se agota en la protección al patrimonio del Estado abarca también deberes de función concretos o específicos, cuya infracción es lo que determina, principalmente, el injusto penal en el peculado.

El correcto entendimiento de este aspecto del bien jurídico pasa por diferenciar dos puntos de vista al tratar a la Administración Pública[122]:

a) La relación funcionario-Administración Pública; en la cual se ubica como objeto de protección penal, a través del supuesto de hecho típico del peculado, a los deberes del cargo.

b) La relación Administración Pública-ciudadanos; en la cual se ubica como objeto de protección penal, a través del supuesto de hecho típico del peculado, al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Se tiene que diferenciar dos ámbitos en relación a los funcionarios y la Administración Pública; un ámbito interno referido a la organización misma de la Administración (deberes del cargo); y un ámbito externo donde los funcionarios se relacionan con los ciudadanos realizando los fines institucionales establecidos en la ley (servicios públicos)[123]. El derecho administrativo interviene en el ámbito interno, el derecho penal en el ámbito externo[124].

---

[118] *Ibidem*, p. 113.
[119] *Ibidem*.
[120] ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, p. 40.
[121] DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, p. 66.
[122] ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, p. 43.
[123] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 17.
[124] *Ibidem*.

La concepción de la infracción del deber del cargo para definir el bien jurídico, a partir de la relación funcionario-Administración Pública, responde a una visión autoritaria de la actividad administrativa incompatible con un Estado Social y Democrático de Derecho[125] [126] [127] [128].

Tal concepción es equivocada, la infracción del deber de función no es lo relevante para intervención del derecho penal, ello respondería a un Estado Autoritario y no a un Estado Social y Democrático de Derecho; la infracción del deber, para formar parte del bien jurídico, tiene que estar vinculada con su sustrato, con el objeto de tutela penal concreto del cual el funcionario es garante[129] [130] [131] [132].

Fijar el deber de función con bien jurídico, critica Mercedes GARCÍA ARAN, empobrece la interpretación del tipo penal de peculado y expresa autoritarismo[133].

El deber del cargo no puede constituirse, en sentido técnico-jurídico penal, en el objeto de protección penal; su relevancia depende de la vinculación con el bien jurídico entendido a partir de la relación Administración Pública-ciudadanos[134] [135] [136].

Los deberes de función no forman parte del objeto jurídico protegido por el tipo penal de peculado porque los funcionarios tienen que obedecer al Estado, sino más bien para asegurar que éste brinde a los ciudadanos los servicios públicos que se establecen en la Constitución[137] [138] [139].

La tradicional explicación de la infracción de deberes del cargo como el núcleo esencial del delito de peculado no satisface las exigencias de un derecho penal que protege las expectativas básicas de los ciudadanos en la Administración Pública.

---

125 DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, p. 71.
126 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 332 y 333.
127 ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, p. 183.
128 ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, p. 47.
129 *Ibidem.*
130 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 471.
131 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 16.
132 ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, p. 183.
133 DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, p. 74.
134 *Ibidem.*
135 ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, p. 183.
136 ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, pp. 46 y 47.
137 ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, p. 183.
138 *Ibidem.*
139 ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

La infracción del deber será relevante penalmente si afecta las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la Administración, porque impide u obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, porque pone en peligro las posibilidades de acceso o disfrute de los servicios públicos[140].

Es aceptable la presencia en el injusto penal de la infracción al deber dada la vigencia del principio de legalidad en la actividad administrativa y que el correcto ejercicio de la potestad administrativa depende del cumplimiento de los deberes de función[141]; sin embargo, como bien explica Enrique Bacigalupo, no puede de ello derivarse que toda infracción del deber por un funcionario constituye la lesión del bien jurídico[142].

Emilio Octavio de TOLEDO Y UBIETO luego de afirmar que los deberes de función no pueden adquirir independencia respecto de los bienes jurídicos, señala como ejemplo que en el caso del peculado, la infracción de los deberes del funcionario de custodia y administración de los recursos públicos es el presupuesto objetivo, necesario para verificar la lesión penalmente relevante del bien jurídico patrimonio público[143].

El objeto de protección penal no es el deber de función, sino el servicio público que los funcionarios deber permitir brindar a los ciudadanos (usuarios) por parte a la Administración, observando los imperativos de legalidad, objetividad y eficacia, entre otros, en el cumplimiento de los fines públicos[144].

La antijuridicidad material de una conducta no puede afirmarse, exclusivamente, por la infracción de un deber de función[145] [146].

La afectación al bien jurídico, por ende la antijuridicidad material, se produce con el menoscabo del ordenado funcionamiento de la Administración Pública[147] [148] [149] [150] [151] [152].

---

140 *Ibidem*.
141 *Ibidem*, p. 47.
142 DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, pp. 74 y 75.
143 *Ibidem*, p. 75.
144 *Ibidem*.
145 *Ibidem*.
146 ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, p. 23.
147 DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, p. 76.
148 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 480.
149 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, Palestra, Lima, 2003, p. 16.
150 ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, pp. 22 y 183.
151 ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, p. 47.
152 MIR PUIG, Carlos, *op. cit.*, p. 287.

El contenido material de la antijuridicidad que se exige para la intervención del derecho penal no se satisfacerá con la mera infracción del deber de función, sino que tenga tal entidad que afecte el correcto funcionamiento de la Administración Pública[153] [154].

Noberto De La Mata y Xabier Etxebarria señalan que el contenido material de la antijuridicidad que se exige para la intervención del derecho penal no se satisface en la mera infracción de un deber del cargo, es necesario afectar el correcto funcionamiento de la Administración Pública que incluso resulta una referencia muy general si se limita a las exigencias de legalidad, objetividad y eficacia; por lo que solamente pasa a ser objeto de protección penal cuando la afectación se acompaña con la lesión específica al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a su correcta gestión[155].

La relevancia de la infracción de un deber de función, como el de lealtad o fidelidad, se vincula con el servicio público competencia del funcionario y cuya adecuada prestación es la razón de ser de la Administración Pública[156].

1.3. La infracción al ordenado funcionamiento de la administración en la gestión del patrimonio público como el bien jurídico protegido por el tipo penal de peculado

Para ubicar el bien jurídico hay que examinar la normativa, función y características propias de cada espacio de actuación administrativo, a fin de fijar el concreto ámbito de la administración pública en el que se debe determinar el objeto concreto de protección penal[157] [158].

En el caso del delito de peculado el objeto genérico de protección es el ordenado funcionamiento de la Administración Pública y el objeto concreto de protección es la gestión de los fondos públicos a fin de garantizar una adecuada prestación de los servicios públicos[159] [160].

---

[153] Roca Agapito, Luis, *op. cit.*, p. 47.
[154] Mir Puig, Carlos, *op. cit.*, p. 289.
[155] De La Mata, Norberto J. / Etxebarria, Xabier, *op. cit.*, p. 78.
[156] De La Mata, Norberto J. / Etxebarria, Xabier, *op. cit.*, p. 114.
[157] *Ibidem*, p. 79.
[158] Asua Batarrita, Adela, *op. cit.*, p. 22.
[159] De La Mata, Norberto J. / Etxebarria, Xabier, *op. cit.*, p. 79.
[160] Rojas Vargas, Fidel, *op. cit.*, p. 471.

Bien jurídico tutelado por el tipo de peculado:	
Objeto de protección genérico: ordenado funcionamiento de la Administración Pública.	Objeto de protección específico: gestión del gasto público para una adecuada prestación de los servicios públicos.

Analizando más el objeto de protección concreto en el caso del peculado, se tiene que la lesión a la correcta u ordenada gestión del patrimonio público se considera en el sentido de ocasionar perjuicio a su idoneidad para el cumplimiento de los fines propios de la Administración Pública desde un punto de vista patrimonial[161] [162].

El objeto concreto de protección penal mediante el tipo de peculado tiene dos aspectos[163]:

Aspectos del bien jurídico protegido por el tipo de peculado:	
Incorrecto funcionamiento de la gestión del patrimonio público: afectación de la ejecución del gasto público.	Lesión al patrimonio del Estado por la pérdida de fondos públicos que impide la ejecución del gasto público, el incumplimiento de la prestación del servicio público asignado como finalidad en el presupuesto.

El ordenado cumplimiento por la Administración de su función patrimonial se verá afectado, cuando mediante el peculado, se perjudique la correcta ejecución del gasto público, si se prefiere, la correcta circulación de los recursos públicos, con la lesión del patrimonio público que impide que este cumpla con la finalidad asignada y a la Administración ejecutar su función en el ámbito de la gestión del gasto público[164] [165].

La definición del objeto de tutela penal en el peculado exige un concepto funcional de patrimonio público[166] [167] [168] [169] [170] [171].

---

161 DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, p. 80.
162 ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, pp. 184 y 185.
163 DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, p. 80.
164 *Ibidem*, p. 81.
165 MIR PUIG, Carlos, *op. cit.*, p. 288.
166 DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, p. 81.
167 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 473.
168 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 333.
169 ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, pp. 184 y 185.
170 ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, p. 38.
171 MIR PUIG, Carlos, *op. cit.*, p. 289.

Sergio Cuarezma Terán afirma que el tipo penal de peculado protege a los fondos públicos como presupuesto para que el Estado cumpla su función patrimonial; en otras palabras, se tutela el patrimonio estatal como sustrato esencial de los servicios públicos[172].

Luis Roca Agapito señala que lo que finalmente se protege, son los servicios públicos que la Administración presta a la sociedad[173].

Bajo una visión dinámica del patrimonio público, su afectación no se verifica como menoscabo cuantitativo de un haber contable, sino considerando la idoneidad para llevar a cabo los fines asignados a los fondos públicos[174].

La visión dinámica permite entender que el objeto de protección penal es un patrimonio público sometido a normas, por tanto, a previsiones presupuestarias, a un concreto proceder en la ejecución del gasto, vinculado a la consecución de finalidades establecidas en la ley[175].

Este nuevo bien jurídico, además del patrimonio público, abarcaría a los procesos de aplicación de los recursos efectivos en relación al cumplimiento efectivo de los fines públicos en la forma establecida en las normas presupuestales[176].

Tiedemann señala que el concepto funcional de patrimonio público está definido por dos notas: **a)** su carácter circulante y **b)** su subordinación a fines concretos[177].

Respecto a su carácter circulante Tiedemann resalta que el patrimonio del Estado no es estáticamente calculable, se define por el proceso de captación y gastos al que sus elementos están sometidos en un flujo circulatorio constante; desde la visión funcional del patrimonio público el daño debe ser concebido como el entorpecimiento de la función patrimonial dinámica y el concepto valorativo del daño económico ha de hacer referencia al valor de uso del objeto material y no a un abstracto valor económico de mercado[178].

---

[172] De La Mata, Norberto J. / Etxebarria, Xabier, *op. cit.*, p. 81.
[173] Roca Agapito, Luis, *op. cit.*, p. 51.
[174] De La Mata, Norberto J. / Etxebarria, Xabier, *op. cit.*, pp. 81 y 82.
[175] *Ibidem*, p. 82.
[176] *Ibidem*, p. 107.
[177] *Ibidem*, p. 97.
[178] *Ibidem*, p. 98.

El gasto indebido de los recursos públicos implica la necesidad de encontrar nuevos medios para la consecución de las tareas públicas; más aún, supone la frustración, si bien sea momentánea, de la tarea pública, incumpliéndose de esta manera el fin que con carácter general se impone al Estado[179].

Respecto a su subordinación, este es el elemento esencial que define al patrimonio público, su subordinación a determinados fines de carácter económico-social que le vienen impuestos jurídicamente[180].

TIEDEMANN expresa, considerando los dos elementos comentados, que la peculiaridad de una economía presupuestaria pública planificada, en el proceso circulatorio de la economía general, corresponde únicamente a una concepción patrimonial que conciba los recursos públicos como un patrimonio circulante ligado a fines y no como propiedad del Estado[181].

No interesa tanto que en todo momento se disponga de un monto concreto de fondos públicos, sino que se pueda aplicar para cumplir los fines asignados presupuestalmente[182].

La correcta gestión de patrimonio público es definida como la atención que merecen los fondos públicos para su ejecución presupuestal conforme a los fines asignados por el Estado[183].

El concepto funcional de patrimonio público tiene un efecto restrictivo sobre la intervención penal porque excluye la tipicidad de los ataques meramente formales que constituyen un perjuicio contable, pero irrelevantes porque no han producido afectación de las funciones presupuestales asignadas a los fondos públicos[184].

La infracción del deber que compete al funcionario, su correcta ejecución, no es el objeto de protección penal por sí mismo, es un presupuesto instrumental del verdadero bien jurídico, la función que desarrolla el funcionario en beneficio de los administrados[185] [186].

---

[179] *Ibidem*.
[180] *Ibidem*.
[181] *Ibidem*, p. 99.
[182] *Ibidem*.
[183] *Ibidem*.
[184] *Ibidem*, p. 101.
[185] *Ibidem*, p. 102.
[186] ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, p. 184.

Teniendo siempre como referencia el correcto funcionamiento de la Administración Pública, el núcleo esencial del delito de función ha de concretarse a partir de las características esenciales y función administrativa de que se trate; la corrección del desarrollo de la función respectiva ha de servir a la delimitación de la conducta típica, pero desde la óptica del bien jurídico protegido[187].

El correcto funcionamiento de la Administración Pública exige aún concreción para determinar el objeto de tutela penal; el núcleo esencial del injusto penal, como ya se ha indicado, debe establecerse a partir de las características esenciales del proceso y función administrativa que se trate, en el caso del peculado, la lesión se produce al interés en el mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y su correcta gestión[188] [189].

Para DE LA MATA y ETXEBARRIA aquí queda concretado el bien jurídico protegido por el tipo penal de peculado; la correcta gestión de los recursos estatales para que la Administración tenga la posibilidad de cumplir sus fines patrimoniales establecidos en la ley de presupuesto[190].

La lesión al bien jurídico se producirá cuando la disposición de fondos públicos perjudique el buen funcionamiento de la Administración en el ámbito de la gestión patrimonial o, lo que es equivalente, cuando la conducta de peculado impida que el patrimonio público satisfaga la necesidad a que estaba destinado.

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto se establece que el bien jurídico protegido por el tipo de peculado doloso por apropiación es el patrimonio público, lo que se protege penalmente es su mantenimiento y gestión para cumplir los fines patrimoniales asignados en el presupuesto público[191] [192].

En el peculado doloso por apropiación es evidente que se protege el patrimonio público con el cual el Estado, gestionando los fondos conforme al presupuesto, satisface las necesidades públicas[193].

---

[187] DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, pp. 102 y 103.
[188] *Ibidem*.
[189] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 333.
[190] DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, p. 114.
[191] *Ibidem*, p. 103.
[192] ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, pp. 184 y 185.
[193] DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRIA, Xabier, *op. cit.*, p. 103.

No se trata de desconocer la relevancia que tienen los deberes del funcionario en la relación funcionarial; el funcionario tiene deberes que cumplir en el ejercicio de la función pública, sometido a las exigencias que dimanan del principio de legalidad, pero no basta la infracción del deber de función para configurar el delito de peculado, se requiere la afectación de la correcta prestación de los servicios públicos, específicamente, la correcta gestión de los recursos públicos[194] [195] [196].

Los fondos públicos, objeto material del delito de peculado, han de entenderse como pertenecientes a un patrimonio destinado a un fin que se perjudica, cuando apropiados, se quiebra la capacidad de la Administración Pública para cumplir el mismo, de modo tal que el fin, por su importancia, llega a cobrar autonomía[197].

La lesión al patrimonio público, e incluso su puesta en peligro, ha de hacer referencia no a una disminución económica cuantificable de forma contable, sino a un menoscabo de la aptitud para cumplir los fines públicos fijados en la ley de presupuesto[198].

Si la conducta irregular del funcionario público no es idónea para afectar al bien jurídico, es decir para impedir que el patrimonio público cumpla con la finalidad presupuestal, no constituirá delito de peculado, se excluye la tipicidad por exigencia del límite material a la función punitiva del Estado: el principio de lesividad u ofensividad[199].

Una interpretación del tipo penal de peculado a partir de un concepto garantista del bien jurídico va a excluir la tipicidad de conductas que pese a poder ser consideradas abarcadas por el texto de la fórmula legal, no corresponde su subsunción en el supuesto típico porque no afectan al objeto de tutela penal o lo hacen de forma que no justifica la intervención del derecho penal[200].

El principio de intervención mínima del derecho penal exige considerar que la sola infracción dolosa de la legalidad no permite la configuración del delito de peculado, es necesario comprobar una

---

194 *Ibidem*, p. 104.
195 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 16.
196 ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, p. 184.
197 Norberto J. DE LA MATA y XABIER ETXEBARRIA, *op. cit.*, p. 107.
198 *Ibidem*.
199 *Ibidem*, pp. 107, 108 y 111.
200 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 20.

afectación patrimonial que ocasione la alteración o la supresión del servicio público al que estaban asignados los fondos públicos[201] [202].

En un Estado Social y Democrático de Derecho, reconocido en el Código Penal de 1991 como tipo de Estado sobre el que se soporta el sistema penal, el fundamento constitucional del tipo penal de peculado doloso por apropiación responde a la necesidad de garantizar el respeto a los principios constitucionales inherentes a la función pública de gasto, concretamente al principio de eficacia[203].

El Estado Social y Democrático de Derecho es la función de tres tipos de Estado (Liberal, Social y Democrático); como bien explica Oscar Morales García, el principio de eficacia es un aporte del Estado Social; consiste en el reconocimiento que la Administración Pública es un ente servicial, cuya actividad se realiza exclusivamente para satisfacer sus fines, esto es, los servicios públicos[204].

El profesor FERNÁNDEZ SEGADO sostiene que son dos las vertientes que presenta la actividad financiera del Estado: una, la constituida por los ingresos de la Hacienda del Estado; otra, la correlativa vertiente del gasto público, esto es, la aplicación de los recursos económicos a la satisfacción de las necesidades del Estado y a la financiación de sus servicios[205].

Dado que estamos analizando el bien jurídico afectado por el delito de peculado, únicamente nos referiremos a los principios constitucionales que rigen los gastos del Estado.

Dos son los principios establecidos en la Constitución Política de 1993 que determinan la ejecución del gasto público: la eficiencia y la descentralización.

El artículo 77° de la Constitución Política de 1993 dispone[206]:

«Artículo 77.- La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el

---

[201] ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, pp. 24 y 25.
[202] Mir Puig, Carlos, *op. cit.*, p. 290.
[203] MORALES GARCÍA, Oscar, *Los Delitos de Malversación*, Aranzadi, Navarra, España, 1999, p. 82.
[204] *Ibidem*, pp. 74 a 77.
[205] FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando, *El Sistema Constitucional Español*, Dikinson, Madrid, 1992, p. 532.
[206] Título III Del Régimen Económico, Capítulo IV Del régimen tributario y presupuestal.

Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas.

El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización. (...)».

El profesor Marcial RUBIO CORREA señala que los principios de eficiencia y descentralización aparecen plasmados por primera vez en la Constitución de 1993. El citado autor sostiene que la Constitución vigente focaliza el gasto público en las necesidades sociales básicas, que es un parámetro importante no existente en la Constitución de 1979, al menos declarado expresamente[207].

El autor español Alejandro MENÉNDEZ MORENO señala que los principios de economía y eficiencia en la ejecución del gasto público consisten en que las decisiones en materia financiera se hagan con el mejor criterio económico y social posible y con la debida selección de las necesidades más prioritarias. Estos principios conllevan también la necesidad de aplicar procedimientos eficaces en la gestión del gasto público[208].

El citado autor sostiene, además, que la verificación de la aplicación de estos principios en materia de gastos públicos se realiza fundamentalmente evaluando las decisiones de gasto público plasmada en Leyes de Presupuesto, así como su ejecución[209].

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO opina que los principios de eficiencia y economía aluden a reglas de buena administración en el manejo y empleo de los fondos públicos[210].

El autor español Pablo PÉREZ TREMPS sostiene que el principio de eficacia exige que la acción de la administración pública sea eficaz, lo cual implica que debe concretarse en toda la regulación jurídica de la organización y acción de la administración[211]. En el mismo sentido,

---

[207] RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 3, 1ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 437.

[208] MENÉNDEZ MORENO, Alejandro; ALONSO MURILLO, Felipe y otros, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General, Lecciones de Cátedra*, 8ª ed., Business & Economics, 2007, p. 89.

[209] MENÉNDEZ MORENO, Alejandro; ALONSO MURILLO, Felipe y otros, *op. cit.*, p. 90.

[210] FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando, *op. cip.*, p. 703.

[211] LÓPEZ GUERRA, Luis, PÉREZ TREMPS, Pablo y otros, *Derecho Constitucional*, volumen II, *Los Poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 196.

Fernández Segado señala que este criterio de actuación de la administración pública depende de las actuaciones concretas que se produzcan y de los medios con que cuenta la administración para el cumplimiento de sus fines[212].

El principio de eficiencia en la ejecución del gasto público establecido en el artículo 77° de la Constitución se plasma en la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado Ley N° 26703 del 9 de diciembre de 1996.

La referida norma establece que el sistema de presupuesto busca ordenar el uso de los recursos fiscales y lograr la eficiencia en el cumplimiento de las funciones del estado, haciendo referencia a los criterios establecidos en los artículos 77 y 58 de la Constitución:

«Artículo 1.- La presente ley establece las normas fundamentales que rigen las distintas fases del proceso presupuestario, los criterios técnicos y los mecanismos operativos que permitan optimizar la gestión administrativa y financiera del Estado, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 77 y 58, en la parte pertinente, de la Constitución Política del Perú».

El patrimonio público se protege mediante el tipo de peculado, con base en el principio constitucional de eficacia, concretamente, en la función de gasto público, al ser la Administración Pública, conforme a la Constitución del Estado, el instrumento ejecutor del gasto de los fondos del Estado con la finalidad de brindar los servicios públicos[213].

El principio de eficacia busca asegurar que los recursos del Estado sean utilizados en la prestación de los servicios públicos, y se afecta cuando no pueden cumplir su finalidad por un acto de desviación o apropiación[214].

Morales García señala que la realización jurídica del principio de eficacia en su relación con los medios financieros de la Administración Pública, se alcanza con una protección escalonada[215]:

Protección legal escalonada del principio constitucional de eficacia del gasto público:	
1.- Normas jurídicas financieras.	2.- Institutos de Derecho Administrativo.
3.- Tipos penales de peculado.	

[212] Fernández Segado, Fernando, *op. cit.*, p. 539.
[213] *Ibidem*, pp. 82 y 83.
[214] *Ibidem*, pp. 88 a 90.
[215] *Ibidem*, pp. 91 y 92.

El empleo de los medios de protección de la función de eficacia en el gasto depende de la intensidad de la afectación al bien jurídico, que no se mide limitándose a una constatación contable, sino con la verificación de la prestación o no del servicio público a los cuales los fondos habían sido dispuestos en el presupuesto[216].

2. El autor en el delito de peculado doloso por apropiación

El tipo penal de peculado doloso por apropiación del artículo 387 del Código Penal corresponde a un delito especial[217], esto es, que solo puede ser realizado por algunas personas que reúnan cualidades o condiciones exigidas en el también denominado tipo cualificado por el agente.

El autor argentino Enrique BACIGALUPO, respecto a los delitos especiales, afirma que hay ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas que tienen las características especiales requeridas por la ley para ser autor; se trata de delitos que importan la violación de una norma especial[218].

Los autores españoles Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Luis ARROYO ZAPATERO, Nicolás GRACIA RIVAS, Juan Carlos FERRE OLIVE, y José Ramón SERRANO PIEDECASAS sostienen que mientras los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier sujeto, los delitos especiales solo pueden ser realizados por algunos sujetos[219].

El autor colombiano Alfonso REYES ECHANDIA al comentar los tipos de sujeto activo cualificado sostiene que son aquellos que requieren en el sujeto activo una cualidad o categoría especial sin la cual la conducta no es típica o se adecua a otro tipo penal; dicha cualificación puede ser natural, jurídica o profesional[220].

---

216 *Ibidem*, pp. 92 a 98.

217 Los delitos especiales impropios son los que se construyen sobre la base de un delito común; el peculado doloso por apropiación, no las otras figuras alternativas previstas en el tipo penal del artículo 387, se elabora sobre la base del delito común de apropiación ilícita previsto en el tipo penal del artículo 190.

218 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 237.

219 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999, p. 155.

220 REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Tipicidad*, Temis, Bogotá, 1987, p. 128.

De esta forma, el artículo 387 corresponde a un tipo penal cualificado por el agente; no cualquier persona puede ser autor de peculado doloso por apropiación, ni siquiera basta que sea un funcionario público, se exige que respecto a los fondos públicos objeto de la apropiación, el agente tenga una función de administración o custodia, el llamado nexo funcional.

La doctrina nacional desarrolla con toda claridad el significado del elemento típico nexo funcional, fijando el contenido de la relación que existe entre el funcionario público autor y los caudales o efectos.

Manuel ABANTO VÁSQUEZ comenta que el tipo penal de peculado doloso por apropiación exige que el sujeto activo tenga una «competencia funcionarial específica» sobre los fondos públicos[221].

El autor de peculado tiene una relación funcionaria **específica** pues se comete mediante la violación de **deberes especiales** del cargo que tiene respecto de fondos públicos cuya administración o custodia corresponde a su competencia «propia»[222].

Explica ABANTO VÁSQUEZ que la delimitación estricta del sujeto activo del peculado es consecuencia de una adecuada interpretación del bien jurídico funcionamiento de la Administración Pública; éste solamente será afectado si el funcionario ataca el patrimonio del Estado mediante la violación de un deber de función específico, no constituye este ilícito penal la violación de deberes generales del cargo[223].

Fidel ROJAS VARGAS, luego de señalar que el contenido de la relación funcional es el componente más importante del tipo penal de peculado, precisa que la posesión de los caudales o efectos en administración o custodia constituye una **«función específica»** del funcionario público, una manifestación inherente al marco de sus competencias[224].

El profesor colombiano Antonio J. CANCINO MORENO afirma que el autor de peculado tiene la posibilidad de disponer de la cosa por fuera de la esfera de vigilancia de otro; como titular de la función de

---

[221] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, p. 336.
[222] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 337.
[223] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 338.
[224] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002, p. 332.

administración tiene un poder autónomo sobre los fondos públicos, sin sujeción a otra potestad para disponer de ellos[225].

La posesión de los fondos públicos debe corresponder a la «competencia propia del cargo», pues solamente así se puede realizar la «especial violación de los deberes funcionales» que constituye el peculado[226].

El peculado se comete violando un deber de función específico del cargo y no un deber de función genérico[227]. El funcionario público se apropia de fondos públicos sobre los que tiene una «posesión calificada por la razón de la función»[228].

El profesor argentino Edgardo Alberto DONNA señala que el autor requiere de una **relación especial** con los caudales o efectos; el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos en los fines establecidos en la ley; de allí que por ejemplo los funcionarios que pueden imputar fondos públicos, esto es, señalar en que se deberían aplicar, pero no disponerlos, no son sujetos activos de peculado[229].

El autor costarricense Francisco CASTILLO GONZALES afirma que el peculado «no puede fundamentarse en una obligación general del funcionario público de cuidar los bienes del Estado o de sus instituciones», requiere de la violación de **«una obligación específica del cargo que ocupa»** por la que tiene la posesión de los fondos públicos[230].

El profesor español de la Universidad de Deusto Xavier ETXEBARRIA ZARRABEITIA afirma que la relación de dependencia entre el caudal y el sujeto activo es consecuencia de la competencia específica del autor para el manejo o custodia de los fondos públicos; en el delito de peculado no se incrimina la infracción de deberes genéricos de fidelidad de la custodia del patrimonio del Estado, sino la vulneración de deberes específicos[231].

---

225 CANCINO MORENO, Antonio J., *El Delito de Peculado en el Nuevo Código Penal*, Temis, Bogotá, 1983. pp. 76 y 77.

226 CANCINO MORENO, Antonio J., *op. cit.*, p. 79.

227 CANCINO MORENO, Antonio J., *op. cit.*, p. 81.

228 CANCINO MORENO, Antonio J., *op. cit.*, p..

229 DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 267 y 268.

230 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *El Delito de Peculado*, Juritexto, San José, Costa Rica, 2000, p. 52.

231 ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier, obra colectiva, *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, España, 1997, pp. 191 y 192.

El profesor español de la Universidad de Oviedo Luis ROCA AGAPITO señala que para ser autor del delito de peculado doloso por apropiación se deben verificar dos elementos; la cualidad de funcionario o autoridad pública y la **relación específica con los caudales**, los que se poseen por razón de la función[232].

La exigencia típica es de una relación especial entre los caudales públicos y el funcionario, aquéllos deben estar a su cargo por razones de la función pública específica que ejerce; no basta cualquier relación del funcionario con los fondos públicos para que se configure el delito de peculado doloso por apropiación[233]; se requiere una relación de dependencia inmediata, una competencia específica sobre los efectos públicos por caer dentro del ámbito de atribuciones propias del cargo[234].

Sujeto activo de peculado, o si se prefiere el peculador, solamente lo es el funcionario público que percibe, administra, o custodia fondos públicos que le estén confiados en razón de su cargo.

En conclusión, no basta la condición de funcionario público para ser autor de peculado, se requiere además tener el deber de función específico de percibir, administrar, o custodiar los fondos públicos que son el objeto del acto de apropiación.

El Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, del 30 de septiembre del 2005, recalca que, el artículo 387ª del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...»; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como «Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos... .»; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes «Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. ...» (forma de

---

[232] ROCA AGAPITO, Luis, *El Delito de Malversación de Caudales Públicos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 79.
[233] ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, p. 151.
[234] ROCA AGAPITO, Luis, *op. cit.*, p. 157.

circunstancia agravante incorporada por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

b) La percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la

esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), 'sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero'.

d) El destinatario para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales «O efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

e) Caudales y efectos. Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: « la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público» como elementos Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

a) La sustracción. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no

toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

3. Los supuestos típicos

Los verbos rectores en el delito de Peculado son **apropiar** y/o **utilizar**, los mismos que representan las dos modalidades que puede adoptar esta figura delictiva, dicho esto, pasemos a desarrollar someramente los elementos materiales de la conducta.

En primer término nos ocuparemos de la necesaria **relación funcional** entre el sujeto activo y los caudales o efectos estatales, que como lo señalamos líneas arriba, debe estar en función al ámbito de competencia de su cargo, establecido en la ley o en normas de menor jerarquía. Tal posesión puede ser directa o indirecta, es decir que se encuentre en contacto directo con los caudales y efectos, o aquella en que sin estar en contacto se entiende que se encuentran bajo su ámbito de custodia, bastando para ello que disponga de la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.

La relación funcional es un componente típico que se define como el poder de vigilancia y de control sobre la cosa, que se incluye en el delito de Peculado para limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito, es decir delimitar penalmente el comportamiento del funcionario o servidor público, quien, al apropiarse o utilizar bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales no posee dicha vinculación, simplemente estará incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita. El contenido de la relación funcional pasa a ser así el más importante componente típico del delito de Peculado, pudiendo ser resumido en los siguientes aspectos:

a) Existencia de competencia por el cargo.
b) Confianza del Estado en el funcionario o servidor en virtud al cargo.
c) Poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos.
d) Deber de garantizar la posesión a nombre del Estado.

Es esta relación funcional la que legitima la entrega de los caudales y efectos que hace el Estado a los funcionarios y servidores públicos

en expresión de confianza y la que posibilita la imputación por delito de Peculado.

En lo que respecta a la **percepción, administración** o **custodia,** tenemos que señalar que éstas son las tres únicas formas a través de las cuales se materializa la posesión, por parte del Funcionario o Servidor Público, sobre los caudales o efectos, pudiendo darse conjuntamente o por separado; además, sirven para objetivar la relación funcional, facilitando la diferenciación del tipo penal con otras figuras delictivas. La naturaleza jurídica de la posesión a tomar en cuenta en el derecho penal, como se ha indicado ya, hace mención tanto al poder de hecho sobre la cosa (tenencia) como también a la facultad de disposición jurídica.

La **percepción,** con ello se alude a la acción de captar o recibir caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita, que ingresan o pasan a integrar el patrimonio estatal en calidad de bienes públicos. El tipo penal no exige necesariamente la propiedad estatal o pública de los bienes, más aun, partiendo de la posesión de garante (ejercida a través de sus representantes) que asume el Estado, podemos considerar susceptibles de Peculado tanto a los bienes que se incorporan, sea cual fuere la fuente productora, como a los que temporalmente se hallen bajo disponibilidad jurídica. Perciben caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de su cargo, como los que recaudan contribuciones, rentas o impuestos, que entran a los fondos fiscales.

La **administración** se trata de la posesión confiada al funcionario o servidor, que lleva aparejada funciones activas de manejo y conducción (gobierno). Tienen aquí cabida las reglas civiles para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la administración Pública, sean estatales o de particulares. Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judiciales nombrados, etc.

La **custodia,** implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

Ahora bien, respecto a las modalidades de comisión, se tiene que el delito puede darse por **apropiación** o **utilización** en cualquier forma. La **apropiación** a diferencia de la sustracción supone que el sujeto activo del delito posee ya consigo el bien o caudal del cual entra

en disposición personal, contraviniendo sus deberes de función. Apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En toda apropiación hay una negativa tácita o expresa a devolver lo percibido, custodiado o lo que se tiene en administración. Se trata de ejercitar sobre la cosa actos de dominio incompatibles con el título que justifica la posesión.

La fuente generadora de la apropiación puede recaer tanto en la negativa del sujeto activo a la restitución, como en una situación de hecho (de incorporación a su propio patrimonio o de un tercero) ejecutada por el sujeto público para la sustracción del caudal o efecto o, en todo caso, que imposibilite la entrega del bien.

Usar o **utilizar** es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí el ánimo de dominio, sino sólo el de servirse del bien.

En cuanto al destinatario de la apropiación, la norma establece que puede darse para sí o para otro (Peculado para tercero). El sujeto activo puede actuar delictivamente por cuenta propia, o también para favorecer a terceros. El término «otro» puede referirse a un particular (*intraneus* o *extraneus*) o a una persona jurídica y, dentro de esta última, cabe la posibilidad que sea una persona jurídica de derecho público. No interesa para la consumación el destino que se le dé a los bienes o efectos apropiados o utilizados.

Este tipo no establece una exigencia específica de medios para perpetrar la afectación del Bien Jurídico tutelado, sino que la apropiación o utilización de caudales públicos puede realizarse de cualquier forma. La acción típica recae sobre los caudales o efectos de naturaleza estatal. Los **caudales** son una conceptualización amplia, se trata de bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables. En una acepción estricta, son los bienes materializados y aprehensibles, con valor económico propio y el dinero. Se trata de la hacienda o bienes de cualquier especie y más comúnmente el dinero.

Autor de peculado:	
Funcionario público.	Relación funcional específica.

4. El coautor

Claus ROXIN, el gran maestro alemán, luego de elaborar el criterio del dominio del hecho para imputar a una persona la condición de autor del delito, de «señor del hecho», o «figura central del suceso acaecido», desarrolla el criterio de la infracción del deber para identificar al autor en ciertos delitos en los que no es aplicable el principio del dominio del hecho, pues la autoría se fundamenta en la infracción de un deber[235] [236].

Se trata de los delitos de infracción del deber, en los que la autoría se determina por el criterio de la infracción de un deber extrapenal, aquí se encuentran los delitos especiales y los delitos de omisión impropia. El círculo de autores es limitado porque solamente el número reducido de personas que tienen el deber especial de realizar u omitir ciertas conductas para no lesionar al bien jurídico, pueden ser autores de esta clase de delitos[237].

Autor es la persona que lesiona un deber especial que específicamente la obliga[238] [239] [240].

El fundamento de la autoría es la infracción de un deber especial diferente al deber general de respetar las normas, propio de todo delito y que alcanza a todos los intervinientes, incluyendo al instigador y el cómplice; el deber extrapenal no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, solamente alcanza al autor[241] [242] [243] [244].

Comenta ROXIN que en el caso de los delitos de funcionarios, el fundamento de la autoría es un deber de función específico, no el quebrantamiento de un deber de función general[245].

---

[235] ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, traducción de la 6ª ed. alemana, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 383 a 386.

[236] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de Infracción del Deber y Participación Delictiva*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, 2002. pp. 27 a 31.

[237] PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, obra colectiva, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 748 y 749.

[238] JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997, p. 831,

[239] ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 384.

[240] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, p 30.

[241] ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 385.

[242] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, p. 30.

[243] ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 385.

[244] ZUGALDÍA ESPINAR, José M., *op. cit.*, p. 749.

[245] ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 389.

La doctrina no es pacífica en torno al coautor en los delitos de infracción del deber; el profesor español de la Universidad Complutense Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES opina que **no se puede hablar de coautoría en este tipo de delitos**, ni siquiera con características distintas al caso de los delitos de dominio; el profesor español de la Universidad de Granada, Esteban Juan PÉREZ ALONSO, si bien teóricamente la admite, precisa que carece de trascendencia[246] [247].

En la posición que no acepta al coautor en los delitos de infracción del deber se recurre; o a la autoría accesoria al considerarse que no existen deberes especiales comunes, éstos son personalísimos y cada sujeto responde por su violación como autor de manera independiente; o a las reglas del coautor del delito de dominio, pues en caso que varios obligados se repartan roles y cometan el delito conjuntamente, la coautoría no se determina por la violación de un deber especial común, sino porque cometen un delito de dominio como coautores[248].

La posición que si admite al coautor establece diferencias con los casos de delitos de dominio; la coautoría en los delitos de infracción del deber no se verifica por las aportaciones conjuntas que se dan en la fase de ejecución, sino por la producción del resultado que se determina por «el quebrantamiento conjunto del deber común». La coautoría en el delito de infracción del deber es más estrecha que en el delito de dominio, ya que solamente se produce cuando «**varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber**»[249].

La distinción entre coautor y partícipe se mantiene en el delito de infracción del deber; «partícipe es aquel que coopera en la realización del tipo **sin vulnerar el deber especial extrapenal** fundamentador de la autoría»[250]. «El partícipe **no se encuentra** en la relación de deber especial requerida en el tipo»[251].

La coautoría en el delito de infracción del deber tiene el problema de poder imputarse la condición de coautor a un sujeto que, si bien ha violado el deber especial extrapenal, no ha realizado ninguna aportación en la fase de ejecución del delito, lo cual trasgrediría el límite formal de la función punitiva del Estado: principio de legalidad.

---

246 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, pp. 203 a 206.
247 PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *op. cit.*, p. 750.
248 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, p. 205.
249 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 389.
250 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 395.
251 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 395.

Se critica a la teoría de los delitos de infracción del deber por desconocer la necesidad que el sujeto realice actos expresamente requeridos en el tipo penal, al fundamentar la imputación como autor solamente en la violación del deber especial extrapenal, reitero, sin que se exija intervención en la realización de la acción típica[252].

El profesor español de la Universidad de Alçalá Diego-Manuel LUZÓN PEÑA sostiene que a fin de garantizar que la utilización de los delitos de infracción del deber no afecta al principio de legalidad, solamente se podrán emplear cuando existan tipos penales en los que la conducta delictiva se describa de tal forma que resulte indiferente si se realiza a través de comisión u omisión, a fin de resaltar que la autoría se basa en la violación del deber de función especial extrapenal[253].

5. El delito de infracción del deber y el coautor en el Código Penal de 1991

No corresponde en este momento establecer si en el Código Penal peruano se admite la teoría de los delitos de infracción del deber, pero sí corresponde señalar que **el artículo 23 no permite aplicarla para el caso de la coautoría**, al no aceptarse que el sujeto que no interviene en la ejecución del delito, solamente sobre por la violación del deber especial extrapenal, sea considerado como coautor.

A continuación se demuestra que en el Código de 1991 se exige que el coautor intervenga en la realización de la acción típica que se lleva adelante en la fase ejecutiva del *iter criminis*.

«Artículo 23.- Autoría, autoría mediata y coautoría.

El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y **los que lo cometan conjuntamente** serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción». (Resaltado nuestro)

El artículo 23 define a los coautores como las personas que cometen el hecho punible conjuntamente.

La dogmática jurídica (la doctrina aplicada a la ley) y la jurisprudencia determinan el significado de cometer el hecho punible conjuntamente, esto es, de la coautoría.

---

[252] MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 371.

[253] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Universitas S.A., Madrid, 1999, p. 306.

La jurisprudencia nacional ha establecido las características del coautor[254]:

Elementos del coautor:	
1.- Pluralidad de agentes.	2.- Decisión delictiva común.
3- División de roles criminales.	4.- Co ejecución de la acción típica.
5.- Co dominio funcional.	

La jurisprudencia nacional de manera uniforme exige como uno de los elementos de la coautoría la realización de actos de ejecución; el coautor interviene en la fase ejecutiva del *iter criminis*, esto es, efectúa parte de la acción típica.

De igual forma se pronuncia la doctrina peruana más importante. José HURTADO POZO afirma que en la legislación penal peruana los coautores son las personas que realizan actos ejecutivos, intervienen en la ejecución del hecho punible[255] [256]. Felipe VILLAVICENCIO TERREROS en la misma línea señala que los coautores son los que toman parte en la ejecución del delito, precisa que el aporte del coautor se da desde el

---

254 Ejecutoria Suprema del 11/3/98 Exp. N° 6017-97, Lima; Ejecutoria Suprema del 25/1/96 Exp. N° 4647-95, Lambayeque; Ejecutoria Suprema del 26/3/99 Exp. N° 261-99 Lambayeque; Ejecutoria Suprema del 25/1/96 Exp. N° 4647-95, Lambayeque; Ejecutoria Suprema del 25/3/98 Exp. N° 5924-97 Piura; Ejecutoria Suprema del 25/1/96 Exp. N° 4647-95, Lambayeque; Ejecutoria Suprema del 19/10/98 Exp. N° 3335-98 Huánuco. (Fidel ROJAS VARGAS, *Código Penal*); asimismo la Ejecutoria Suprema del 20/11/97 Exp. N° 3900-97, Lima; Ejecutoria Suprema del 11/03/99 Exp. N° 5315-98 La Libertad; Ejecutoria Suprema del 21/01/99 Exp. N° 4855-98, Lima; Ejecutoria Suprema del 26/01/99 Exp. N° 5088-98, Lima; Ejecutoria Suprema del 23/03/99 Exp. N° 102-99, Lima; Ejecutoria Suprema del 09/10/97 Exp. N° 4484-97, Cañete; Ejecutoria Suprema del 15/09/98 Exp. N° 2652-98, Piura; Ejecutoria Suprema del 19/10/98 Exp. N° 3335-98, Huánuco; Ejecutoria Suprema del 05/10/95 Exp. N° 2874-94-B, Lima; Ejecutoria Suprema del 18/10/00 Exp. N° 3005-2000, Lima; Ejecutoria Suprema del 22/01/99 Exp. N° 4406, Lima; y Ejecutoria Suprema del 06/05/99 Exp. N° 3446-98, Cañete. (Código Penal Comentado, Gaceta Jurídica, 2004).

255 El artículo 100 del Código Penal de 1924, que comenta el Profesor HURTADO, definía la coautoría a través de la fórmula «los que tomaren parte en la ejecución», la que entiendo similar a la que se utiliza en el artículo 23 del Código de 1991, «los que lo cometen conjuntamente».

256 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Sesator, Lima, 1978, p. 357.

inicio de la ejecución hasta la consumación, es decir, en la fase de ejecución del iter criminis[257].

El 23 del Código Penal, la jurisprudencia y doctrina nacional, no admiten la coautoría en los términos que plantea la teoría de los delitos de infracción del deber, al exigir que el coautor realice su aporte necesario en la fase de ejecución del delito; no basta la violación del deber especial extra penal, se requiere un acto de ejecución.

6. Diferenciación entre actos preparatorios y actos de ejecución

Para diferenciar los actos preparatorios y los actos de ejecución es necesario combinar diversos criterios o herramientas dogmáticas jurídicas, de las cuales a continuación se trabaja con las más importantes.

6.1. El plan del autor

El plan del autor, junto a otras herramientas, permite establecer qué actos corresponden a la fase de preparación y a la fase de ejecución. La ejecución comienza con la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo y para determinarla es necesario recurrir al plan del autor; a cómo concibió el curso del hecho, a cuándo y en qué forma consideró comenzar la acción ejecutiva típica[258] [259] [260] [261] [262] [263].

6.2. La acción típica

La fase preparatoria termina con el inicio de ejecución de la acción típica, por lo que el momento a partir del cual se pasa de los actos

---

[257] Villavicencio Terreros, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 209 a 211.

[258] Moreno-Torres Herrera, María Rosa, obra colectiva, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 700.

[259] López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho Penal. Parte General*, tomo III, *Los Fundamentos de Extensión de la Tipicidad*, LEYNFOR, Siglo XXI, Madrid, 2001, pp. 54 a 56.

[260] Zaffaroni, Eugenio Raúl, obra colectiva, *Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000, pp. 792 y 793.

[261] Jescheck, Hans-Heinrich / Wiegend, Thomas, *Tratado de Derecho. Penal Parte General*, 5ª Ed., Comares, Granada, España, 2002. p. 558.

[262] Berdugo Gómez de La Torre, Ignacio, obra colectiva, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999.

[263] Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 2002. pp. 427 y 428.

preparatorios a los actos de ejecución se tiene que fijar utilizando el núcleo del tipo para fijar en qué consiste la acción típica. La distinción entre a fase preparatoria y la fase de ejecución solo puede establecerse a partir de los tipos penales previstos en la parte especial del Código Penal[264] [265] [266] [267].

La acción típica de peculado en la apropiación de fondos públicos.

ROJAS VARGAS define la apropiación como la acción del sujeto activo por la que hace suyos caudales o efectos del Estado, apartándolos de la esfera de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos[268].

Antonio J. CANCINO MORENO, el profesor de la Universidad Externado de Colombia, se refiere a la apropiación como la realización de actos de dominio sobre los fondos públicos incompatible con el título que justifica la tenencia de los mismos[269].

Uriel FRANCO el autor colombiano define la apropiación como el tomar para si alguna cosa, actuando como dueño de ella, arrogándose facultades de disposición incompatibles con el título de la función o el servicio público, aunque no se hagan efectivas[270].

La acción típica consiste en realizar un acto de disposición incompatible con el título de la función pública.

6.3. Inmediatez de la acción

Entre el acto cuya ubicación en el iter criminis se trata de realizar y la acción típica, no deben ser necesarios actos intermedios esenciales, de forma tal que se pueda llevar a cabo la conducta delictiva sin interrupciones u obstáculos[271] [272] [273] [274].

---

[264] MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *op. cit.*, p. 701.
[265] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *op. cit.*, pp. 51 y 52.
[266] BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 462.
[267] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 428.
[268] ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 285.
[269] CANCINO MORENO, Antonio J., *op. cit.*, p. 69.
[270] FRANCO, Uriel, *El Peculado*, Temis, Bogotá, 1987, p. 47.
[271] ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *op. cit.*, p. 70.
[272] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 427.
[273] MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 340.
[274] REVILLA LLAZA, Percy Enrique, obra colectiva, *Código Penal Comentado*, tomo I, Título Preliminar-Parte General, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 542 a 546.

La jurisprudencia nacional dentro de la línea doctrinal ya establecida, al reconocer como característica del coautor su intervención en la fase de ejecución, esto es, la realización de actos de ejecución, no admite como coautoría los aportes efectuados en la fase preparatoria.

La Corte Suprema en la Ejecutoria del 11 de marzo de 1999, emitida en el proceso penal # 5315-98, estableció que la intervención en la fase preparatoria no basta para atribuir a una persona la condición de coautor:

> «...los tres requisitos que configuran la coautoría... c) ***tomar parte en la fase de ejecución:*** cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación ...».

La Corte Suprema ha determinado reiteradamente que el aporte necesario en la fase preparatoria debe ser tipificado como complicidad primaria:

«Los elementos que caracterizan la categoría del cómplice primario son: a) La intensidad objetiva del aporte al delito, b) El momento en que se realiza el aporte. Teniendo como base este segundo supuesto, **la colaboración propia de la complicidad primaria se da en la fase preparatoria del hecho delictivo**. (Exp. N° 3086-99-Lima, 06/10/99).

«La complicidad primaria como forma de ampliación del tipo exige una colaboración dolosa por parte del agente, la que además **está presente en la etapa de preparación del delito**, constituyendo un aporte necesario al hecho. (Exp. N° 2441-99-Lima, 19/08/99).

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema mediante ejecutoria del 30 de diciembre del 2004 emitida en la Causa N° 2976-2004 reiteró de manera más acabada la doctrina judicial señalada:

«*Cuarto*: Que, así las cosas, es de dilucidar con carácter previo dos cuestiones dogmáticas: el momento de intervención del partícipe y el momento de consumación del delito de enriquecimiento ilícito; que constituye doctrina unánime que el partícipe puede intervenir en la preparación del hecho o en su ejecución el cómplice primario sólo puede hacerlo en el momento de preparación –si intervino en la

ejecución sería, sin duda, coautor- mientras que el cómplice secundario puede intervenir en el delito realizando tanto en la etapa de preparación como en la etapa de ejecución...» (Resaltado de nosotros)

La Corte Suprema con toda nitidez diferencia que la complicidad se da en la fase preparatoria y la coautoría en la fase de ejecución del *iter criminis;* claramente determina que **no es coautor la persona que solamente realiza un acto preparatorio.**

El diferenciar que el cómplice actúa en la fase preparatoria y el coautor en la de ejecución tiene como fundamento que en la legislación penal se regule la figura del cómplice primario o cooperador necesario.

A fin de evitar que el coautor y el cómplice primario tengan la misma sanción penal[275], violándose los límites de prohibición de exceso y principio de culpabilidad, se realiza su distinción mediante la ubicación de su aporte necesario en diversos momentos del proceso ejecutivo del delito.

El coautor y el cómplice primario realizan aportes necesarios para la realización del delito es difícil distinguirlos por la importancia de la aportación; de allí que se recurra al momento de la intervención. El coautor realiza el aporte necesario en la fase ejecutiva y el cómplice en la fase preparatoria.

María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, la autora de la monografía más importante que existe sobre la coautoría en España, afirma la **imposibilidad de admitir una coautoría mediante contribuciones al hecho delictivo prestadas en la fase preparatoria,** porque solamente puede ser realizada a través de aportes que el sujeto realice en la fase de ejecución delictiva, pues de acuerdo al artículo 16 del Código Penal Español, el delito se empieza a cometer al traspasar la fase de los actos preparatorios y empezar el inicio de la fase de ejecución, momento a partir del cual la tentativa es punible[276] [277].

---

[275] Más adelante se fijará que una correcta interpretación del artículo 25 del Código de 1991, exige considerar que si bien el coautor y el cómplice primario tienen el mismo marco de pena, la dosis de pena a imponer no es la misma.

[276] Artículo 16.1. «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito...» Tal disposición tiene la misma fórmula que el artículo 16 del Código Penal peruano, en el que se establece que: «En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito...». El Código Penal Español y el Código Penal peruano establecen como regla que el delito comienza con el inicio de ejecución, en otros términos, el autor empieza a realizar el delito en la fase de ejecución.

[277] GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María *La Responsabilidad Penal del Coautor,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 372.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ explica que el coautor tiene una relación más estrecha con el bien jurídico que el cómplice, su ataque al mismo es directo, en cambio el partícipe solamente puede afectarlo de forma mediata, a través de la conducta del autor; razón por la cual el rechazo de la coautoría mediante aportes en la fase preparatoria resulta la mejor manera de defender un concepto restrictivo de autor y la función de garantía del tipo penal[278].

La doctrina penal elaborada sobre la diferenciación normativa entre el coautor y el cómplice primario ubica a la fase preparatoria como el momento de la intervención del cómplice primario y a la fase ejecutiva del coautor[279].

Enrique BACIGALUPO, ex magistrado del Tribunal Supremo de España, se refiere a los coautores como aquellos que hayan prestado durante la ejecución una contribución al hecho sin la cual éste no se hubiera podido cometer. Por el contrario, aquellos que hubieran prestado una colaboración semejante en la etapa de preparación, previa al comienzo de la ejecución, no han podido dominar el hecho[280].

PÉREZ ALONSO afirma que un concepto restrictivo de coautoría sólo ha de referirse a aquel segmento de los sucesos de actuación que supone ya la propia realización del tipo, es decir, el hecho punible. Como coautor sólo puede responder quien intervenga en la fase de ejecución del delito desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación del hecho, pero no el que intervenga en la fase preparatoria. La cooperación necesaria es una figura de participación intermedia que está a la mitad de camino entre la coautoría y la simple complicidad. En cuanto al momento de la participación, por regla general el cómplice necesario interviene en la fase preparatoria estableciendo las condiciones que hacen posible la ejecución del hecho[281].

---

[278] GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *op. cit.*, p. 374.

[279] En la legislación penal alemana no existe la figura del cómplice primario, se trabaja solamente la categoría de autor y cómplice, por lo que a fin de evitar que muchos aportes necesarios para el delito sean considerados casos de complicidad que permitan la atenuación de la pena, se amplía el concepto de coautor admitiendo como tal a la persona que realiza la aportación necesaria en fase de preparación; situación que no se puede dar en aquellas legislaciones penales en las que si se regula la figura del cómplice primario, como en el Derecho Penal Español y el Derecho Penal peruano. Tal situación debe ser tenida en cuenta para fijar la doctrina que se puede emplear en el proceso penal en el que se efectúa el acto de defensa.

[280] BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 502.

[281] PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *op. cit.*, pp. 739, 740, 765 y 766.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Vocal del Consejo General del Poder Judicial Español, afirma que el cómplice solamente puede brindar su aporte esencial en la fase preparatoria, pues si éste se produce en la fase ejecutiva se tratará de un coautor[282].

7. Complicidad primaria y secundaria

Dado a que en el Código Penal se consideran dos grados de complicidad, la primaria y la secundaria, corresponde interpretar el artículo 25 a fin de fijar el criterio que permita tipificar al acusado como cómplice primario o secundario.

La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir la **teoría de la unidad del título de imputación**, donde Autor del hecho solamente podrá ser el *intraneus*, los *extraneus* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no dominio o codominio funcional del hecho.

El artículo 25 del Código Penal regula la figura de la complicidad primaria y complicidad secundaria al señalar que: El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá p*rudencialmente la pena.*

El criterio legal para diferenciar la complicidad primaria de la secundaria lo determina la frase «sin el cual no se hubiera podido perpetrar», por lo que en este texto legal se debe ubicar la regla.

Son varios los criterios dogmáticos jurídicos que existen p*ara determinar la importancia o la necesidad del aporte del cómplice a fin de calificarlo de partícipe necesario o secundario; a continuación se trabaja con algunos de los más importantes.*

7.1. El criterio del colaborador insustituible-sustituible

El acto de colaboración será necesario o imprescindible si ninguno de los que intervienen hubiera podido realizarlo en sustitución del colaborador. Si el cooperador es insustituible habrá complicidad primaria, si es sustituible por algún otro partícipe, complicidad secundaria[283].

---

[282] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte General*, tomo III, Leynfor Siglo XXI, Madrid, 2001, p. 446.

[283] LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 412.

7.2. El criterio de la aportación imprescindible-prescindible

Corresponde determinar en el caso concreto si el autor en las circunstancias en las que se encontraba, sin la colaboración del cómplice, podría haber realizado el delito[284].

Si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución del delito, o a aplazarla hasta encontrar un colaborador, o esperar que un cambio de circunstancias hiciese innecesaria la cooperación ajena, se trataría de complicidad primaria[285].

Si el autor hubiese podido realizar el hecho, aunque fuese con una forma de ejecución distinta a utilizada por la colaboración del otro, en la misma ocasión en la que lo llevó a cabo y sin el concurso del colaborador u otro equivalente, se trataría de complicidad secundaria[286].

7.3. El criterio del dominio funcional del hecho

El dominio funcional de hecho normalmente concebido para identificar a los coautores se emplea en este caso para diferenciar al cómplice primario del secundario.

La complicidad primaria se verifica cuando el partícipe tiene el dominio funcional del hecho porque de omitir el acto de colaboración, el delito no se podría haber llevado a cabo[287].

La complicidad secundaria se verifica cuando el partícipe no tiene el dominio funcional del hecho porque a pesar de la no realización del acto de colaboración, el delito se habría perpetrado[288].

La praxis jurisprudencial construye la figura del complica bajo el siguiente razonamiento: Ahora bien, toca analizar la conducta del imputado como cómplice, siendo pertinente indicar, respecto a la **complicidad**, que esta se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: a) la **intensidad objetiva de su aporte** al delito, vale decir que sin él el hecho no hubiera

[284] LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen, *op. cit.*, p. 414.
[285] LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen, *op. cit.*, p. 414.
[286] LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen, *op. cit.*, p. 414.
[287] LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen, *op. cit.*, pp. 422 a 429.
[288] LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen, *op. cit.*, pp. 422 a 429.

podido cometerse, y b) el **momento en que realiza su aporte**, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último caso se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en cuyo caso respondería como autor. Estando regulado en el artículo veinticinco del Código Penal.

Ahora bien, aterrizando al caso de la intervención de José Enrique Crousillat López Torres en el Peculado por Apropiación, cometido por Vladimiro Montesinos Torres, se señaló que ésta se produjo desde antes de que se concrete la apropiación de caudales estatales, pues previamente a la entrega pactaron la manera en que ésta se produciría, acordando los montos y la periodicidad, llegando incluso a ponerse en escenarios en los cuales cabrían aumentos y demás condiciones en las que se produciría dicha apropiación y la ulterior entrega al tercero (José Enrique Crousillat López Torres), por lo que su intervención corresponde típicamente a la del cómplice primario, dado que ha sido necesario para la realización del ilícito.

Cabe agregar que el agente, era al momento de los hechos, el accionista mayoritario de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, quien recibió dinero indebidamente de manos de Montesinos Torres para permitir el manejo de la línea editorial de su canal al gobierno de turno, a cambio de dinero estatal, habiendo ingresado dicho dinero a su patrimonio personal y al de su empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro.

Ahora bien, como un segundo estadio de análisis, corresponde analizar si el injusto ha llegado a satisfacer las exigencias que la **culpabilidad** impone para su configuración, la misma que es conceptuada como un obrar contra el derecho, pudiendo hacerlo en forma adecuada; para lo cual deberá evaluarse en el autor, que haya tenido la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico penal del acto, es decir, que el autor tenga la posibilidad de conocer que el hecho es punible, que se encuentra amenazado con una pena, pudiendo representarse mentalmente la posible colisión entre su acción y el derecho; y por otro lado, deberá evaluarse la capacidad de motivación o capacidad de culpabilidad en sentido estricto (imputabilidad), es decir la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber, lo que a su vez comprende: la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo a esa comprensión.

Ahora bien, nos toca considerar si el injusto ha llegado a satisfacer las exigencias que la culpabilidad impone para su configuración, según lo indicado anteriormente, teniéndose que José Enrique Crousillat López Torres, es una persona imputable, mayor de edad, sin enfermedad mental o perturbación alguna de la conciencia, además, es profesional, habiendo trabajado como empresario televisivo, en su momento accionista mayoritario de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, de donde se colige que dada su formación superior, tenía suficiente conocimiento de que su proceder no estaba arreglado a ley, de todo lo cual se colige que no solo conocía las normas penales vigentes, sino que estuvo en posibilidad de decidir su accionar, habiendo optado voluntariamente por negar la norma, estando así acreditada su culpabilidad, es decir que no se motivó ni por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la violación de aquella.

Igualmente no se aprecia que en su accionar se encuentre amparado en alguna causal establecida en la ley penal para justificar o quitarle relevancia penal, por lo cual también concluimos, en lo que a él se refiere, que su proceder es típico y antijurídico, debiendo ser calificado como cómplice primario de este injusto.

8. De la necesidad de contar con un peritaje efectuado por un órgano neutral

El Tribunal Constitucional en el marco de la sentencia del 9 de noviembre de 2011, Exp. N° 02568-2010-PHC/TC, Lima, Lina Del Carmen Amayo Martínez, destaco que: se puede determinar, con grado de certeza, la verosimilitud de las afirmaciones efectuadas por la recurrente en su escrito de demanda, esto es, que no ha existido un peritaje efectuado por un órgano neutral a las partes, pues se ha tomado como cierto el informe de presunción de delito formulado por los auditores de la SUNAT emitido al término de las acciones de fiscalización efectuadas en la notaría de recurrente. Y es que tanto la sentencia condenatoria emitida por la Tercera Sala Penal de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, como su confirmatoria a través de la ejecutoria suprema emitida en mayoría por los jueces supremos demandados con la presente acción, hacen referencia a que dicho medio probatorio corrobora con suficiencia la ilicitud del comportamiento de la hoy recurrente.

El Colegiado Supremo no consideró pertinente entrar en el análisis respecto a la pertinencia o no de dicho documento como medio probatorio dentro del proceso, pues de hacerlo estaría convirtiéndose en una suprainstancia, sino que el análisis de la presente causa se circunscribirá a determinar hasta qué punto la ausencia del peritaje judicial (entiéndase el ordenado dentro del proceso), vulnera la garantía del juez imparcial.

Cuando el Estado ha otorgado a determinadas personas la facultad de ejercer los elementos de la jurisdicción, lo ha hecho justamente para asegurar que sea un tercero el que resuelva los conflictos jurídicos que puedan surgir entre privados, o, entre el Estado y los ciudadanos. Y es que sólo un tercero puede asegurar que el conflicto puesto a su conocimiento sea resuelto con objetividad. Esta posición de neutralidad implica un compromiso de respeto hacia las partes, por lo que crear desajustes durante el proceso que inclinen la balanza a favor o en contra del imputado resultaría una grave violación a esta responsabilidad y desnaturalizaría la esencia del rol del Juez.

Ingresa al análisis de autos, advirtió el Tribunal Constitucional que en su momento, el Fiscal Superior que habría de conocer el juicio oral, teniendo a la vista el informe final del fiscal provincial que intervino durante la etapa de instrucción, en la etapa intermedia del proceso reconoció la necesidad de ampliar la investigación pues, como órgano persecutor del delito, consideró imperativo contar con una pericia ordenada por el órgano jurisdiccional y realizada por los peritos inscritos en el registro de peritos judiciales (REPEJ) a fin de garantizarle a los imputados objetividad en el resultado del proceso. Ello fue acogido por la Sala encargada del juzgamiento, siendo remitido a fase de instrucción y ordenada su realización por el juez instructor, a fin de que elaboren la pericia respectiva. No obstante ello, se aprecia que los peritos del REPEJ elaboraron la pericia, pero los mismos nunca ratificaron la misma a nivel de juicio oral, en la medida en que la Sala encargada del juzgamiento prefirió desechar la citada pericia en tanto que la conclusión a la que esta arribaba era la de declarar nulo el informe de presunción de delito elaborado por la SUNAT, optando dicho órgano jurisdiccional por dotarlo de plena validez y el carácter de prueba plena.

Que esta situación fue advertida por el Fiscal Supremo, quien al emitir su dictamen y el recurso de nulidad interpuesto, señala que

teniendo en cuenta que no se ha grado practicar la pericia ordenada por el órgano jurisdiccional y atendiendo a que se ha aprobado como pericia una otorgada por una de las partes del proceso, resulta imperativo declarar la nulidad de la sentencia objeto de recurso. A pesar de ello, los jueces supremos no acogieron la postura del representante del Ministerio Público, bajo la consideración que el documento proporcionado por la SUNAT en la medida en que ha sido elaborado por un órgano oficial del Estado guarda toda la legitimidad posible y debe ser tenida como tal.

En el caso de autos, más allá de la justificación efectuada por el órgano juzgador de primera instancia como del órgano revisor, de considerar que no era necesaria la incorporación de una pericia contable efectuada por que bastaba con la incorporada por la SUNAT, no resulta de recibo, pues el informe elaborado por dicho organismo era un documento de parte, en tanto y en cuanto el agraviado en el proceso que se le seguía a la hoy recurrente era el Estado y la SUNAT es el ente recaudador oficial del mismo; es más no se puede argumentar primero que es necesario una pericia y luego en el íter del juicio oral se diga que no lo es.

Dicho proceder a juicio del Tribunal Supremo inclina la balanza de la justicia hacia una de las partes (agraviada) lo cual se traduce en una grosera afectación del derecho de la recurrente a ser juzgado por un órgano jurisdiccional imparcial, viciando de este modo la pulcritud jurídica con la que se debe tramitar un proceso, más aún uno de naturaleza penal en la que está en riesgo un bien jurídico tan trascendental para el ser humano, esto es su libertad. Consiguientemente amparo la demanda conforme a lo establecido en el artículo 2° del Código Procesal Constitucional[289].

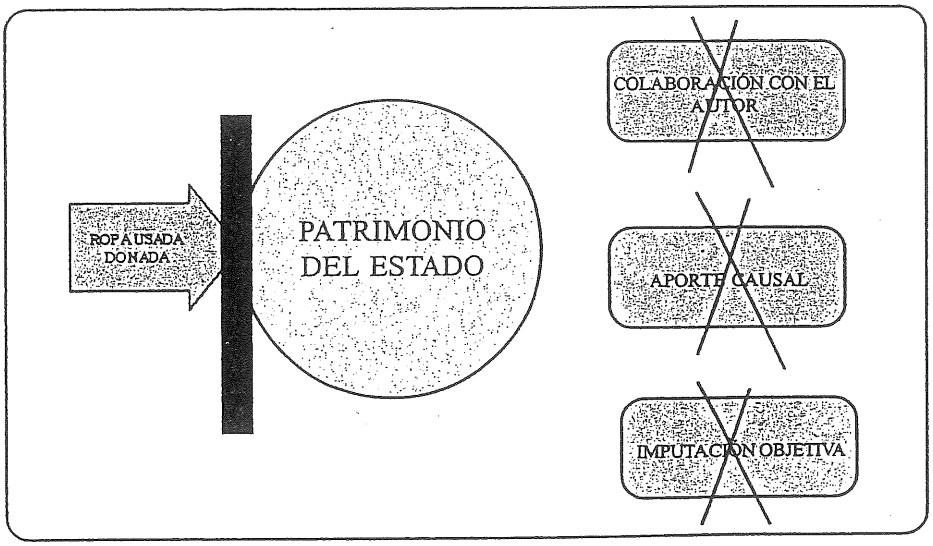
---

[289] La parte resolutiva consistió en: 1.- Declarar FUNDADA la demanda de hábeas corpus, por haberse acreditado la violación del derecho al juez imparcial. En consecuencia, nulas la resolución de la Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitida en el recurso de nulidad número 5457-2006 procedente de La Libertad y la sentencia condenatoria emitida por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fecha 18 de octubre de 2006, en el proceso penal signado con el número 25-2005.
2. ORDENAR que se retraiga el proceso penal al momento en el que se produjo el vicio que generó la afectación del derecho fundamental de la recurrente, es decir, que se actúe la citada pericia y se prosiga con el proceso.

9. Los causales públicos y su acreditación por el Ministerio Público

Dentro de los hechos que debe probar el Ministerio Público se encuentra la condición de caudales públicos de los bienes, así por ejemplo, en los supuestos de ropas usadas donadas, debe establecerse si estos bienes muebles ingresaron o no al patrimonio del Estado, ya que si la respuesta es negativa, desde la óptica del partícipe, no se verifican los elementos colaboración doloso con el autor, aporte causal e imputación objetiva.

Por ejemplo, en una caso conocido como «la ropa donada», debe dilucidarse si las ropas donadas usadas no era bienes públicos; no hay un autor con quién colaborar; no hay un aporte causal que brindar; y no hay el aumento de posibilidades de afectación del bien jurídico administración pública que significa la imputación objetiva.



9.1. Caudales

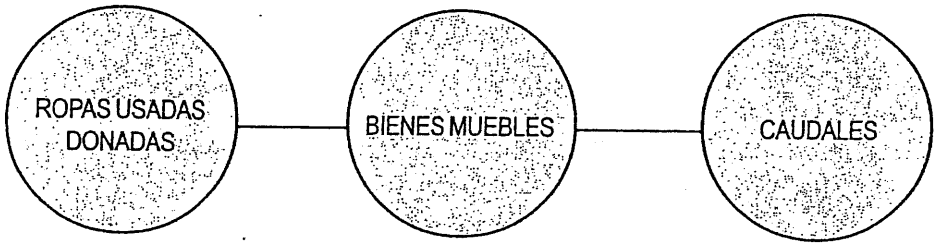
El objeto de la acción de peculado son los caudales y los efectos. Los caudales son las cosas u objetos con valor económico, los bienes muebles y, con discusión, los inmuebles[290] [291].

---

[290] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2007, pp. 498 a 500.

[291] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, p. 347.

Las ropas usadas donadas, siguiendo el caso paradigmático aludido, al ser bienes muebles, conforme a la regla del artículo 886 inciso 9 del Código Civil, constituyen caudales.



9.2. Caudales públicos

El autor español Luis ROCA AGAPITO afirma que son caudales públicos aquellos que integran el patrimonio estatal como consecuencia de una relación jurídica que tiene como causa el derecho real del Estado sobre un bien[292].

Fidel ROJAS VARGAS afirma que son los bienes públicos, incluso los privados, que el Estado tiene a su disposición por ser titular de un derecho sobre los mismos[293].

Manuel ABANTO VÁSQUEZ señala que son los bienes públicos, aquellos con los que cuenta el Estado, tiene a su disposición para el cumplimiento de sus funciones[294].

El autor español Oscar MORALES GARCÍA explica acertadamente las características de los caudales públicos[295].

CARACTERÍSTICAS DE LOS CAUDALES PÚBLICOS

- Administración Pública.
- Derecho real de la Administración Pública o cualquier otra relación jurídica que le otorgue poder de disposición sobre el bien.
- Incorporación del bien a las funciones públicas.

[292] ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 138.
[293] ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 498.
[294] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 349 y 350.
[295] MORALES GARCÍA, Oscar, *Los delitos de malversación*, Aranzadi, Navarra, España, 1999, p. 173.

10. Momento consumativo del peculado doloso por apropiación

El tipo penal del artículo 387 primer párrafo describe la acción típica de esta modalidad del peculado, como la apropiación de fondos públicos.

Siendo el peculado doloso por apropiación un delito de resultado, el momento consumativo se producirá cuando el funcionario público se apropie de los fondos públicos que percibe, administra o custodia en razón de su cargo.

En este caso la fijación del momento consumativo del peculado depende del significado dogmático jurídico que se dé a «apropiación» de fondos públicos.

Fidel ROJAS VARGAS establece que la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por el sujeto activo, apartándolos de la esfera de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos, esto es, incorporándolos a su patrimonio personal[296].

El mismo ROJAS VARGAS advierte que cuando «el destino de los caudales o efectos va dirigido a tercero, la consumación no está definida por el momento en que éste recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y por lo mismo consumar el delito»[297].

Manuel ABANTO VÁSQUEZ señala que el momento consumativo se verifica con la apropiación, cuando el autor dispone de los fondos públicos como propios[298].

Jorge HUGO ÁLVAREZ indica como momento de consumación del peculado la sustracción de los fondos públicos de la esfera de custodia del Estado[299].

---

296 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, pp. 500 y 501.
297 *Ibidem*, p. 501.
298 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *op. cit.*, p. 359.
299 HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 103.

Antonio J. Cancino Moreno, el profesor de la Universidad Externado de Colombia, comenta que la consumación del peculado se alcanza con la apropiación, esto es, la realización de actos de dominio sobre los fondos públicos incompatible con el título que justifica la tenencia de los mismos[300].

El autor colombiano Erleans de Jesús Peña Ossa señala que el momento consumativo del peculado se produce con el efectivo desapoderamiento de los fondos públicos al Estado mediante la realización de actos de dueño por el autor[301].

Xabier Etxebarria Zarrabeitia, el autor español, señala como momento consumativo del peculado, la realización de actos de disposición de los fondos públicos incompatibles con el título de su percepción, administración o custodia objeto de la función; tales actos de disposición significan la extracción de los caudales públicos de la esfera de custodia del Estado[302].

Carlos Mir Puig, el autor español, indica que el momento consumativo del peculado se verifica cuando los fondos públicos se extraen de su destino público para hacerlos propios[303].

En la sentencia del «Caso López Meneses» la Segunda Sala Penal Especial bajo esta misma presidencia reconoció que Vladimiro Montesinos Torres «cometió delito de peculado al haber dispuesto en su beneficio y de terceros caudales del Estado, responsabilidad penal que ha asumido»[304].

En el «Caso de los Dueños de Medios de Comunicación Televisivos», signado con el número 11-01, en la sentencia del 18 de octubre del 2005, la Sala Penal Especial «B», integrada por el actual Presidente de éste Colegiado, correctamente recordó que el peculado tiene un

---

300 Cancino Moreno, Antonio J., *El Delito de Peculado en el Nuevo Código Penal*, Temis, Bogotá, 1983, pp. 76 y 77.

301 Peña Ossa, Erleans de Jesús, *Delitos contra la administración pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995, p. 100.

302 Etxebarría Zarrabeitia, Xabier, obra colectiva, *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, España, 1997, p. 194.

303 Mir Puig, Carlos, *Los Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 2000, pp. 298 y 299.

304 Sin embargo, en la parte considerativa y menos en la resolutiva se trató o resolvió sobre peculado doloso por apropiación «para sí».

antecedente común con el hurto en el antiguo derecho romano, el que invocamos solamente para recoger el concepto de la esfera de dominio, a fin de fijar adecuadamente el momento consumativo del peculado doloso por apropiación «para sí» de cara a la «Caja de Montesinos»[305].

La esfera de dominio, custodia o patrimonial, es un concepto jurídico, no geográfico o físico, que se caracteriza por permitir al titular del derecho patrimonial ejercer actos de disposición o custodia sobre los bienes que forman su patrimonio; mientras que el titular pueda poseer, emplear, inspeccionar, etc., la cosa se encontrará dentro de la esfera de dominio[306].

El concepto de la esfera de dominio es perfectamente aplicable al delito de peculado, en el cual ésta significa que el Estado pueda utilizar el patrimonio público para el cumplimiento de sus fines, como señalan acertadamente los profesores españoles Norberto J. DE LA MATA, Xavier ETXEBARRIA, y Luis ROCA AGAPITO[307] [308].

Fidel ROJAS VARGAS y Manuel ABANTO VÁSQUEZ igualmente reconocen el concepto funcional del patrimonio público; en el entendimiento que el cumplimiento de los deberes de función de administración y custodia de los funcionarios públicos se tutela a través del derecho penal para garantizar que el patrimonio del Estado cumpla sus fines[309] [310].

Reiteramos el concepto de la esfera de dominio o custodia es utilizado para evidenciar que el Estado solamente tiene a los fondos públicos dentro de la misma cuando puede disponerlos, controlarlos; lo que exclusivamente logrará si los mantiene dentro de dos sistemas administrativos: el presupuestal y el de control.

---

305 BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto / NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *op. cit.*, p. 657.

306 DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, *Delitos contra la Propiedad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988, p. 72.

307 DE LA MATA, Norberto J. / ETXEBARRÍA, Xavier, *Malversación y Lesión del Patrimonio Público*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995. pp. 114 y 115.

308 ROCA AGAPITO, Luis, *El Delito de Malversación de Caudales Públicos*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 77.

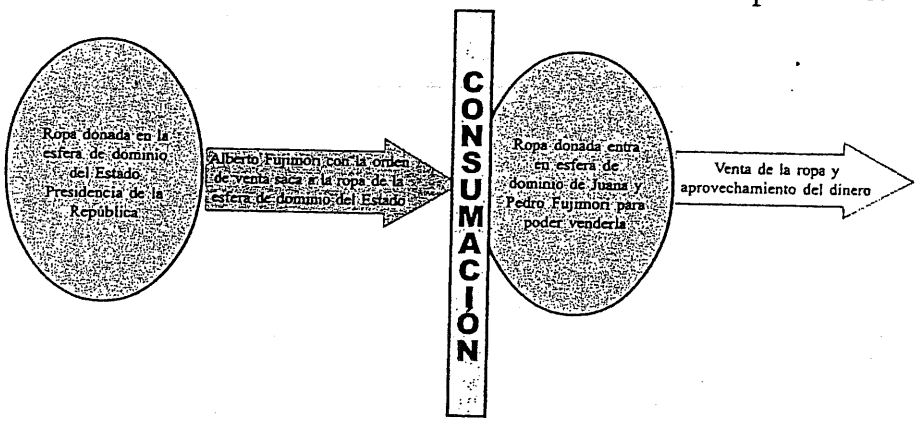
309 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002, pp. 322 a 323.

310 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, pp. 332 a 333.

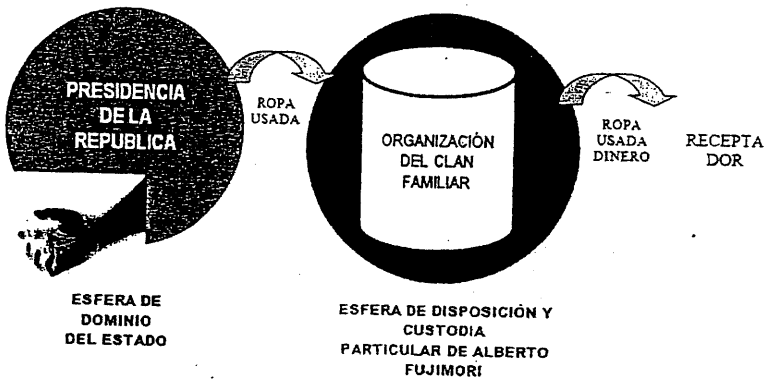
10.1. Consumación del supuesto peculado doloso por apropiación agravado

Remitiéndonos a la litigación sobre la materia, se tiene la imputación a Alberto Fujimori a quien se le atribuye ser el autor del peculado, pues en su administración habría estado la ropa usada donada, así de acuerdo a la acusación, sería el que ordenó la venta.

Tal acto de disposición patrimonial que significaría la orden de venta de la ropa usada es el momento consumativo del peculado.



José Leandro REAÑO PESCHIERA, en el supuesto comentado, afirma que si el funcionario público entrega a un particular bienes de procedencia estatal que previamente ha incorporado en su esfera privada se le imputará la comisión de un delito de receptación[311].



311 REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 45.

En el Perú el hecho de adquirir dinero proveniente del delito constituye delito de receptación conforme lo establece el artículo 194 del Código Penal.

COMPOSICIÓN TÍPICA DEL DELITO DE RECEPTACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO	
BIEN JURÍDICO El objeto de tutela penal es el patrimonio conforme a la sistemática seguida por el Código de 1991 para la regulación de la receptación.	
PARTE OBJETIVA DEL TIPO	PARTE SUBJETIVA DEL TIPO
1) Sujetos. Sujeto activo puede ser cualquier persona imputable. El sujeto pasivo es el propietario o el poseedor[312].	1) Dolo. El conocimiento y voluntad de los elementos de la parte objetiva del tipo. A falta de conocimiento del origen delictivo del bien, el incumplimiento del deber de presumirlo[313].
2) Acción típica. El tipo penal alternativo admite dos modalidades de acción típica: a) Recibir en adquisición, en donación o en prenda un bien de procedencia delictuosa; ó b) Recibir para guardar, esconder y vender o ayudar a negociar de procedencia delictuosa[314].	

[312] ROY FREIRE, Luis E., *Derecho Penal peruano. Parte Especial*, tomo III, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1983, p. 139.

[313] La parte subjetiva del tipo presenta una situación especial al agregar como alternativa al conocimiento del origen delictivo del bien, el deber de haber presumido la procedencia criminal de la cosa. El deber de presumir la procedencia delictiva del bien genera duda respecto a la naturaleza dolosa de esta modalidad de receptación, pues aún el dolo eventual exige conocimiento o presunción del origen criminal del bien; al señalarse en la fórmula típica que se debía presumir (que no es igual al estado de conocimiento de tener ya la presunción), se estaría haciendo referencia a que la violación del deber de presumir, que podría considerarse un deber objetivo de cuidado consistente en el deber de información de los contratantes, por lo que se trataría de una forma culposa del delito de receptación. Sin embargo la doctrina nacional no recoge la posición respecto de la existencia de una forma dolosa y una forma culposa de la receptación, por lo que el tema queda todavía como materia de investigación.

[314] ROY FREIRE, Luis E., *op. cit.*, p. 140.

Siempre en el supuesto negado que existiese prueba de cargo, éstos serían los elementos típicos que justificarían la sentencia condenatoria por el delito de receptación pero jamás por el de complicidad en peculado porque la participación hipotética de nuestros defendidos es post consumativa al peculado por apropiación que habría cometido el autor.

11. La posición de la Fiscalía Suprema sobre los aspectos nucleares del delito de peculado

11.1. Autoría y Participación en el delito de Peculado

Un primer ámbito de pronunciamiento surge a partir de los agravios expuestos por la señora Fiscal Superior, que evidencian la necesidad de delimitar adecuadamente el grado de participación de cada uno de los procesados en atención a los hechos imputados y al tipo penal aplicable. En principio, se debe tener en cuenta que los gobiernos locales son personas jurídicas de derecho público con autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia, y como tal, centran su función normativa en el pleno del Concejo Municipal integrado por los el Alcalde y los regidores -artículo 16 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 23853-.

Ahora bien, la imputación penal radica en que el Concejo Municipal, conformado por los procesados en calidad de regidores, adoptó un acuerdo cuestionado de incidencia económica y presupuestal, que fue ejecutado por el personal Administrativo generando la entrega de fondos públicos a un Club Deportivo, considerándose, como tal, una disposición pecuniaria para tercerode carácter ¡legal y, por ende, subsumible en el tipo penal de peculado, el cual es atribuido tanto a los miembros del Concejo Municipal como al personal Administrativo. La discusión de la legalidad o ilegalidad de tal disposición será materia de análisis en un apartado posterior, importa preliminarmente establecer la validez de los grados de participación asignados, pues no existe explicación para que, en este marco factual, se considere los regidores como cómplices primarios cuando fueron éstos quienes, dentro de sus competencias, crearon el instrumento normativo que mandaba efectuar la disposición patrimonial y al personal administrativo como autores cuando éstos se limitaron a ejecutar el mandato, el que precisamente no resulta manifiestamente incompatible o ilegal. La autoría es exclusiva de los

miembros del Concejo Municipal quienes contaban con excluyentes facultades de disposición patrimonial de orden normativo, siendo por esta vía por la que se habría configurado el delito. En tal virtud, los funcionarios de confianza con facultades ejecutivas y de gestión que tenían a cargo de la administración edil como son el Director Municipal, Hipólito Percy Bonilla Gavino, y la Directora de Administración, Maricela Tineo Escobar, al expedir los informes y memorándums, que materializaron el acuerdo del concejo hasta la entrega definitiva del dinero al Club Deportivo Municipal, lo hicieron dentro de su rol de administradores, bajo un principio normativo de confianza dentro de la división funcional del trabajo y sin que normativamente pueda extendérseles la facultad de cuestionar tales acuerdos asumidos por el máximo órgano de gestión municipal, tanto más cuando aquéllos no resultaban manifiestamente ilegales, y por lo tanto, no les alcanza responsabilidad por su intervención en el trámite documentarlo, advirtiéndose que la imputación se sostiene además en la inacción de estos procesados en la recuperación del crédito otorgado al Club, sin embargo, ello pertenece a una etapa posterior a la consumación del hecho, debiendo responder, en todo, caso por el incumplimiento de sus funciones y no como autores del delito de peculado. De modo similar sucede en el caso del procesado Fredy Pacheco Chamorro, a quien se le atribuye únicamente haber recibido los fondos públicos en calidad de tesorero del Club Deportivo Municipal, esto es -de considerar que el Club era una persona jurídica desvinculada a la entidad edil- habría actuado no en su calidad de funcionario -Director de Planificación y Presupuesto de la entidad edil-, sino como parte de la estructura administrativa del tercero beneficiado, esto es, como extraneus, en cuyo caso resulta impropio la atribución del delito en calidad de autor. En el caso del procesado César Augusto Paredes Rojas, a quien se le atribuye, en su calidad de Jefe de la Oficina de Asesoría Legal del Municipio, haber opinado de modo favorable al otorgamiento del préstamo al Club Deportivo Municipal, contando tan solo con facultad de asesoramiento y no decisoria, no puede atribuírsele el delito de peculado en calidad de autor. Finalmente,se aprecia que respecto del préstamo de S/. 10 000 nuevos soles otorgado también al referido Club, ésta disposición patrimonial fue decidida por el mismo Alcalde Héctor Melgar Lazo, al margen del Concejo Municipal, de modo que, en atención a las consideraciones conceptuales expresadas, sólo éste podría responder

en calidad de Autor del delito de peculado por este extremo fáctico, sin embargo, se debe tener en cuenta que Mediante Auto de fecha 10 de mayo de 2011, a su favor se declaró de oficio Fundada la extinción de la acción penal por muerte.

Ahora bien, estas precisiones dogmáticas referidas al correcto grado de participación en el delito de peculado, si bien resulta trascendente como parte de la labor correctiva de la instancia suprema respecto de los errores en el juicio jurídico, no revisten de ninguna eficacia si se considerara que el acuerdo del Concejo Municipal que aprueba la disposición patrimonial es atípico al tipo penal de peculado doloso, pronunciamiento que como tal, alcanza a todos los procesados involucrados al margen del título de participación que procesalmente se les haya asignado. Por ello, corresponde en adelante evaluar, como cuestión de fondo, la legalidad o ilegalidad del acuerdo adoptado por el Concejo Municipal y, por ende, la presencia de los elementos típicos del delito de peculado en los hechos imputados.

11.2. De la disposición patrimonial por vía normativa, su ilegalidad y el vínculo con el delito de peculado

La dación de normas que contravienen el orden público producidas por funcionarios dentro de su ámbito competencial, que regula la disposición patrimonial de fondos del Estado asignados para su administración con fines públicos, sin duda, constituye un medio idóneo del que se puede valer el funcionario público para apropiarse ¡legalmente del erario público para sí o para terceros, y como tal, configurar el delito de peculado doloso. Sin embargo, no será punible cuando dichas normas –consideradas ilegales– estén sustentadas en una Interpretación sincera y razonable, no arbitraria o encubridora, del ordenamiento legal en su conjunto, pues ha de tenerse en cuenta que «varios son los criterios que deben ser explicados para la correcta interpretación de la ley: la lógica de la lengua, de la materia disciplinada y aquélla del derecho» (Concivera Benedetto). Debe quedar claro que la determinación de la validez de una u otra interpretación no puede constituir el objeto de un proceso penal por el delito de peculado, como al parecer entienden los recurrentes, pues aun cuando se considere que el razonamiento esbozado por los procesados aladoptar acuerdo de Concejo Municipal en cuestión no resulte legal, solo por ello no puede considerarse acreditado el dolo típico del delito en cuestión, que para el presente

caso, exige evidencia de una manifiesta intención de los procesados de aprovecharse de fondos públicos asignados bajo su administración o custodia; en buena cuenta, la sola ilegalidad de la inversión no es suficiente si es que la conducta de los procesados se sustentó en una posible interpretación justificada de las normas.

Los regidores de la entidad municipal y el entonces Alcalde Héctor Melgar Lazo, conforme se desprende del tratamiento y vínculos antecedentes entre la entidad y el Club, lo discutido en la sesión de Concejo de fecha 16 de febrero de 1999 -fojas 1002/1004-, el Acuerdo de Concejo N° 01-99-MDT, de la misma fecha -obrante a fojas 1005- y lo consignado en las Resoluciones de Alcaldía N°s 071-99-A/MDT, del 17 de febrero de 1999 -fojas 995- y N°s.191-99-MDT/A, del 19 de abril de 1999 -fojas 998/999- efectuaron una interpretación sistemática del artículo 67 numerales 8 y 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades -entonces vigente Ley N° 23853-, que a la letra establece que: «*Son fundones de las Municipalidades en materia de (...) recreación v deportes: (...) 8. Normar, coordinar, programar y fomentar la recreación deportiva de la niñez, v del vecindario mediante la promoción o la construcción de campos deportivos y parques o la reserva y acondicionamiento de bosques, áreas de paisaje natural o el empleo temporal de áreas y zonas urbanas apropiadas*» «*9.- Promover la organización de Comités Municipales de Deportes y la construcción, habilitación y uso de sus instalaciones deportivas*». Dejándose expresamente la dirección a la que estaba orientada su interpretación normativa al señalar en el Acuerdo de Concejo mencionado que «*la actual gestión edil tiene el interés de desarrollar un programa integral de apoyo al deporte en general, que permita incrementar la práctica de diferentes disciplinas entre las que se destaca el fútbol (...) y otras desde las divisiones inferiores a fin de promocionar y divulgar lo antes señalada'*. Este fue el fundamento legal -extra penal- que precedió a la decisión de préstamo al Club Deportivo Municipal. **Argumentos a favor**de esta interpretación respaldan la decisión de Concejo, así, resulta indiscutible que un equipo de Fútbol local, adecuadamente posicionado en un campeonato de alcance nacional, constituye un adecuado vehículo para fomentar la práctica de dicho deporte, en especial en niños y jóvenes, coadyuvar con la recreación de la comuna e, indirectamente, fomentar el turismo del lugar, fines todos estos que son objeto y meta de todo gobierno local. De modo que, desde una perspectiva eminentemente utilitarista, no es

descabellado considerar estratégicamente el apoyo económico y promoción de un Club Deportivo para la consecución de fines comunitarios como la recreación deportiva de la niñez y del vecindario. La dirección de la interpretación del Concejo Municipal se evidencia con mayor notoriedad cuando, al año siguiente, optaron igualmente por co financiar la campaña del Club para lo cual crearon el «Programa de Promoción al Deporte», conforme se desprende de la Resolución de Alcaldía N° 137-2000-MDT/A, de fecha 04 de abril de 2000 -fojas 1285-. Asimismo, se aprecia que el apoyo económico al Club en cuestión no fue privativo de la gestión del Alcalde Melgar Lazo, sino que provenía de periodos anteriores, conforme se desprende de los comprobantes de pago y memorándums que datan de 1996 y 1997, obrante a fojas 790/806. No obstante, existen **argumentos que contradicen**el proceder del Concejo Municipal, resaltándose irregularidades de orden legal vinculadas a la ausencia de autorizaciones de los órganos correspondientes, atendiendo sobre todo a que se trata de una actividad ajena al objeto central del Municipio y que de alguna forma implica ejecutar cierta actividad empresarial, limitada para el Estado, conforme a los señalado por el artículo 60 de la Constitución Política del Estado, que prescribe que la actividad empresarial del Estado en los marcos de una economía social de mercado, tiene carácter subsidiario. Precisa la citada norma constitucional que el Estado sólo por ley expresa puede intervenir empresarialmente, directa o indirectamente, y siempre «... *por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia social*'. Se requiere, entonces, una ley formalmente aprobada por el Congreso que autorice la realización de una actividad como la señalada por parte de la entidad estatal; además, en la necesidad de evitar que el Estado distraiga recursos públicos en el desarrollo de actividades que no son prioritarias, compete al Congreso determinar cuándo se está ante una situación de interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Perspectiva desde la cual, el otorgamiento de un préstamo o cualquier acto de disposición patrimonial al Club Deportivo en cuestión no estaría habilitada por no tener la cobertura legal que correspondía; tanto más cuando la norma expresamente señalaba las formas en que correspondía impulsar y fomentar el deporte y la recreación, lo que no implicaba el otorgamiento de préstamos.

Ahora bien, en el presente caso, aun cuando no es posible descartar que los procesados -regidores- hayan actuado con total

desconocimiento de la *ilegalidad*de la operación de préstamo o con pleno convencimiento equivocado de su legalidad, sin embargo, es absolutamente evidente que actuaron bajo la convicción de que a través de ello *respondían a objetivos públicos de la comuna,* vinculados al deporte y recreación de sus ciudadanos, y no a fines privados, propios o de terceros. Se ha acreditado que el préstamo efectuado ha sido íntegramente empleado en los gastos propios del equipo de fútbol en competición del Deportivo Municipal, tal como emerge del Informe de Rendición de Cuentas N° 002-99, obrante a fojas 1010/1014, los que corresponden a gastos ordinarios relacionados a la práctica deportiva del fútbol -tales como hospedaje de los jugadores, primas, viáticos, entre otros-, no desprendiéndose que a través de ello se haya buscado favorecer a un tercero en particular.

11.3. Distinción entre la ilegalidad extrapenal de la ilegalidad penal que el tipo exige como conducta sancionada

En el delito de peculado no se protege estrictamente la correcta gestión del patrimonio público o la integridad del funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado –lo que es competencia del delito de malversación de fondos–, se garantiza con él –junto a la evitación del abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad– la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública generada propiamente por la separación del patrimonio estatal de su ámbito de dominio ya sea temporal o permanentemente. En consecuencia, no toda operación que trasgreda normas presupuéstales y de gestión –y por ende, ilegal– que comprometa fondos públicos cae automáticamente en el tipo penal de peculado. **La ilegalidad o irregularidad de la disposición patrimonial puede estar vinculada al incumplimiento de una pluralidad de normas que persiguen diversos fines, no abarcados necesariamente por el tipo penal en cuestión.** Así sucede con la disposición presupuestal objeto del presente proceso, la que conforme se desprende del contenido de las actas de sesión de Concejo Municipal tuvo siempre el propósito de financiar a un Club Deportivo a través del cual se pretendía fomentar el desarrollo del deporte y la recreación de la comuna, lo que se pretendió a través de apoyo económico a un Club Deportivo que no resultaba totalmente ajeno a la estructura de la Municipalidad, pues fue gestado del seno

de su institucionalidad y –conforme se ha expresado y no cuestionado– alcanzó altas posiciones en una copa deportiva de alcance nacional, y como tal, proyectaba grandes expectativas para el cumplimiento de fines deportivos y recreacionales de la localidad. Este fue el proyecto que apoyó el Municipio y por tanto se halló ausente de una finalidad de enriquecimiento o ánimo de lucro personal o de tercero, y si bien constituyó una inversión infructuosa e ilegal, el dolo no portaba el ánimo de lucro a favor de sí o de tercero que subyace al delito de peculado. Con ello, no se niega responsabilidad en los funcionarios que decidieron erráticamente contra las normas legales de gestión patrimonial, **sino que se zanja una diferencia entre la responsabilidad civil que subsiste y la penal que no está presente.**

Abona a la decisión del Tribunal Superior, el hecho de que se haya considerado al Club Deportivo Municipal dentro de la estructura orgánica de la entidad edil, lo que emerge del Acta de Sesión de Concejo de fecha 16 de febrero de 1999, en la que se acordó expresamente: «reincorporar a la Institución Deportiva Club Deportivo Municipal a la estructura orgánica de la Municipalidad, encargándose al Despacho de Alcaldía la organización, funcionamiento y participación del Deportivo Municipal», plasmado en estos términos en el Acuerdo de Concejo N° 01-99-MDT, obrante a fojas 1005/1006, la seriedad de tal acuerdo –considerado erróneamente efectuado con la única finalidad de dar cobertura legal a la disposición patrimonial a favor del club– se evidencia cuando por Resolución de Alcaldía número 049-2000-MDT/A, obrante a fojas 1283, es el propio Alcalde del Municipio quien designa los miembros de la Junta Directiva de la Institución Deportiva en referencia, la que además fue objeto de Auditoría por el órgano de control de la Municipalidad –conforme emerge del Informe de fojas 1211/1213– y el Tesorero del mismo Club, ante el Pleno del Concejo Comunal rendía cuenta de los gastos otorgados en préstamo de manera anual –véase informe 002-99-CDM-T/FPCH, de fojas 1010/1011 y acta de Sesión Extraordinaria de concejo Municipal de fecha 19 de diciembre de 2002, obrante a fojas 1185/1209–; todo lo Cual, aun cuando también riñe con la legalidad –básicamente por los mismos argumentos esbozados en la última parte del fundamento 5 del presente dictamen–, refuerza la idea de que los procesados actuaron ahora no solo convencidos de que se alineaban con fines públicos que beneficiarían a la comunidad en sus ámbitos deportivos y recreacionales, sino que además confiados

en que la disposición patrimonial se efectuaba dentro del ámbito interno de la entidad Edil, lo que es absolutamente incompatible con el delito de Peculado[315].

---

315 Dictamen N° 165-2013, Junín, del 24 de Enero del 2013, Exp. N° 1148-2012, Suscrito por el señor Fiscal Supremo Dr. Pablo Sánchez Velarde, opino por no haber nulidad en la absolución. Los agravios consistieron: a.- La señora **Fiscal Superior** en su recurso de nulidad fundamentado a fojas 4539/4540 cuestiona la decisión absolutoria alegando que a través de la incorporación del Club Deportivo Municipal a la estructura orgánica de la Municipalidad y el consiguiente préstamo que se le concedió, se dispuso ¡legalmente del erario municipal, lo que a su juicio constituye el delito de peculado, el que estima cometido en calidad de autores al extinto Alcalde Héctor Melgar Lazo, el Director Municipal Bonilla Gabino, la Directora de Administración Maricela Tineo Escobar y el Tesorero del Club Fredy Pacheco Chamorro -quien también ostentaba el cargo municipal de Director de Planificación y Presupuesto- y en calidad de cómplices primarios a los regidores que acordaron otorgar la disposición dineraria bajo el título de préstamo a favor del Club Deportivo en mención y, también bajo el mismo título de participación Héctor Castro Pimentel, quien como Presidente del referido Club solicitó los préstamos otorgados; y b.- La abogada de la **Procuraduría de la Municipalidad Distrital de El Tambo**, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas 4557/4560, alega que el Tribunal Superior no valoró adecuadamente el Informe Especial N° 236-2003-CG/ORHU, en el que se establece que ¡legalmente se facilitó un préstamo de dinero por S/. 30 000 a favor del equipo de fútbol «Deportivo Municipal» sin que para ello estén facultados o autorizados legalmente; lo que generó un perjuicio económico que hasta la fecha no ha sido reparado, generando que los fondos públicos no sean invertidos en obras públicas para las que estaban destinados.
Así las cosa, el Fiscal Supremo, puntualizo que, la realidad de los hechos objeto de acusación no ha generado ningún tipo de controversia entre las partes a lo largo del proceso, en tanto existe perfecta conformidad en que los procesados regidores, junto al extinto Alcalde de la Municipalidad de El Tambo acordaron en sesión de Concejo la incorporación del Club Deportivo Municipal a la estructura orgánica de la entidad edil para luego otorgarle en calidad de préstamo la Suma de S/. 30 000 nuevos soles -tal como emerge del Acta de Sesión Extraordinaria de Concejo Municipal de fojas 1002/1004-, expidiéndose al día siguiente la Resolución de Alcaldía N° 071-99-A/MDT -fojas 983- que resolvió otorgar el préstamo en cuestión, lo que fue materializado por los funcionarios a cargo de la administración ejecutiva de la entidad, emitiéndose el Memorándum N° 103-99-DM/MDT, de fecha 24 de febrero de 1999 -fojas 982-, el Comprobante de Pago N° 00205 -fojas 981-, y los talones de cheques emitidos a favor de Fredy Pacheco Chamorro Nos. 2161537 y 09484258 por S/. 30 000 y S/. 10 000 nuevos soles, respectivamente -fojas 988 y 989-, tal suma de dinero no fue devuelta jamás. La controversia se sitúa, en realidad, en el juicio de tipicidad penal que respecto de estos hechos efectúa el representante del Ministerio Público, en contraposición de una diferente interpretación asumida por la defensa de los procesados y por el propio Tribunal de Juzgamiento -plasmada en la sentencia impugnada-; de modo que es en este nivel en que discurrirá el desarrollo del presente análisis.

12. Definiciones básicas a nivel jurisprudencial

1. Antecedentes históricos

El delito de Peculado se origina del hurto (vocales latinas «pecus» Ganado y «Latus» latrocinio) entonces tenemos como un primer tema de referencia que hablar de hurto cuando se hace mención al Peculado cuando menos históricamente es lo mismo, sin embargo la evolución del derecho penal nos ha ubicado, en las actuales circunstancias en las que el hurto esta dentro de los delitos contra el patrimonio, pero cuando se trata del patrimonio estatal y el agente es servidor público, a ese hurto se le denomina Peculado. Específicamente como bien desarrolla Teodoro Mommsen, el Peculado evocaba el apoderamiento de las cosas, de los bienes públicos, y dice que se llamaba de peculatos o peculatus publicus y por lo general peculatus, el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado. **(Sentencia de fecha veintiocho de junio del año dos mil cuatro. Exp. N° 11-01, Segunda Sala Penal Especial).**

2. Concepto de funcionario público

2.1. Como lo señala el artículo primero de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada mediante Decreto Supremo número cero doce-noventa y siete-RE, se tiene por función pública toda actividad temporal o permanente remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos. **[Sentencia del 25 de Abril del 2005, Exp. N° 39-2002, Tercera Sala Penal Especial).**

2.2. Respecto al delito de peculado se tiene que el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal: «sanciona la conducta del funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo», es decir el delito de peculado, constituye un delito especial que exige una calificación específica al sujeto activo, que es la de ser funcionario o servidor público, siendo esta exigencia un aspecto del tipo objetivo que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica. **[Ejecutoria Suprema del 27 de Diciembre del 2005, R.N. N° 1193-2005, Primera Sala Penal Transitoria].**

2.3.- Figura delictiva que tiene como elementos típicos que el autor sea un Funcionario Público, entendiéndose como tal, aquel que realiza

la función pública: «Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del estado o al servicio del estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos» (artículo 1ro de la citada convención [Convención Interamericana contra la Corrupción]).

Como se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, sino que el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación funcionarial específica. En este sentido, el bien jurídico tutelado «... sólo se verá afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados; no puede haber una violación de deberes generales de cargo» (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 338). **[Sentencia del 16 de Enero del 2006, Exp. 035-2001 - Tercera Sala Penal Especial].**

2.4.- Los elementos configurativos del tipo exigen: a) que el sujeto activo sea funcionario o servidor público, habiéndose establecido en el artículo primero de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que debe entenderse como tales, a todos aquellos que realizan función pública, es decir, «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquier de sus niveles jerárquicos»; asimismo, el inciso tercero del artículo 425 del Código Penal considera funcionario o servidor público entre otros a «todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vinculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos»; precisándose en la Ejecutoria Suprema del 19 de Junio del 2000, reciada en el Exp. N° 4490-99, que funcionario o servidor público es la persona que: «jurídica, jerárquica o disciplinariamente se haya integrado a un organismo o entidad pública sea cual fuera su régimen laboral, siempre que este tenga funciones de Gobierno Nacional, Regional, Local, Legislativo, Ejecutivo, Jurisdiccional, Electoral, de Control Fiscal, o la de servicio público a la Nación». **[Sentencia del 23 de Julio del 2007, Exp. N° 30-06, Tercera Sala Penal Especial].**

2.5.- Es necesario precisar que la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como «funcionario público», «oficial Gubernamental» o «Servidor Público», a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que ha sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Asimismo, establece que es Función Pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos». **[Sentencia del 20 de Agosto del 2007, Exp. N° 75-2005, Tercera Sala Penal Especial].**

2.6.- Que, es conveniente precisar, que el artículo 40 de la Carta Magna, establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Esta norma constitucional implica la derogación del numeral tres del artículo 425 del Código Penal que consideraba como funcionarios o servidores públicos, a los trabajadores de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta. Esta derogación permite considerar que no es procedente aplicar el artículo 387 del citado Código Penal, que se refiere al delito de peculado, cuando no es cometido por un funcionario, o servidor público; situación que deberá ser merituada en el proceso que se le sigue al actor. **[Sentencia del 18 de Junio de 1998, Exp. N° 930-96-HC/TC, Tribunal Constitucional].**

3. El bien jurídico protegido

3.1.- El delito de Peculado previsto y penado por el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, circunscrito al título XVIII delitos contra la Administración Pública, tiene como objeto de protección la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar dineros públicos. **[Sentencia de fecha veintiocho de junio del año dos mil cuatro. Exp. N° 11-01, Segunda Sala Penal Especial].**

3.2.- El bien jurídico tutelado sólo se verá afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados; no puede haber una violación de deberes generales del cargo.

[Sentencia de fecha dieciséis de mayo del año dos mil cinco. Exp. N° 024-2002, Tercera Sala Penal Especial].

3.3.- Que, la ubicación sistemática del ilícito en cuestión, esto es, dentro del rubro correspondiente a los delitos contra la Administración Pública, se tiene que el objeto de tutela es la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso; precisando que el interés inmediatamente protegido resulta ser el patrimonio de la administración pública, un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente de aquél del particular, un patrimonio público entendido de manera funcionarial. Por eso se habla de la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la administración pública de cara a servir a los intereses de la sociedad. **[Sentencia de fecha veintiséis de enero del año dos mil cinco. Exp. N° 030-2001, Primera Sala Penal Especial].**

3.4.- Que, el delito de Peculado, forma parte del Título XVIII del Código Penal «Delitos contra la Administración Pública»; consecuentemente siguiendo la Doctrina y partiendo de la protección penal del título, puede decirse que el objeto de tutela es la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso. **[Sentencia de fecha siete de diciembre del año dos mil cuatro. Exp. N° 031-2001, Cuarta Sala Penal Especial].**

3.5.- Que, la doctrina señala que en el peculado doloso, el objeto de esa figura delictiva son los caudales y los efectos, los primeros son los bienes en general dotados de valor económico (incluye el dinero); mientras que los segundos son documentos de crédito negociables emanados del Estado. Pero no sólo eso, además deben ser públicos, esto es, aportados por el Estado o sus organismos autónomos. **[Sentencia de fecha siete de diciembre del año dos mil cuatro. Exp. N° 031-2001, Cuarta Sala Penal Especial].**

3.6.- Sobre el bien jurídico, ROJAS VARGAS, sostiene que la posición que mantiene la teoría de la pluriofensividad de Peculado, como es el caso de España y Perú, mantiene la consideración de que el bien jurídico es de modo genérico los intereses implícitos en la Administración Pública: patrimonio público y deberes de lealtad, ya dando preferencia a uno u otro interés (Fidel Rojas Vargas. Delitos contra la Administración Pública, Grijley, 2da Edición, Lima, 2001, página 281). **[Sentencia de fecha dieciséis de enero de dos mil seis, Exp. 035-2001, Tercera Sala Penal Especial. Baca Cabrera, Castañeda Otsu, Catacora Villasante].**

3.7.- Tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. **[Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, del 30 de Septiembre del 2005, Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia].**

3.8.- Por tratarse de un delito pluriofensivo, el bien jurídico tutelado se desdobla en: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales del patrimonio público; y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, garantizando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos a que están obligados los funcionarios y servidores. **[Sentencia del 23 de Julio del 2007, Exp. N° 30-06, Tercera Sala Penal Especial].**

4. Verbo rector

4.1.- En cuanto al verbo rector apropiarse, si bien implica apartar, separar, extraer la cosa de la esfera de custodia en que el bien se encontraba legalmente, también debe significarse como una apropiación sui generis, puesto que el funcionario no sustrae los bienes, ellos ya estaban en su poder de disposición en función de su cargo: El sujeto simplemente no administra los bienes destinándose a la función pública para la que estaban destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio. **[Sentencia de fecha veintiséis de enero del año dos mil cinco. Exp. N° 030-2001, Primera Sala Penal Especial].**

4.2.- El sujeto activo debe apropiarse o utilizar, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil cinco/ CJ - ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, se afirma que, para la configuración típica del delito de peculado, **es necesario identificar los siguientes elementos materiales: a) *existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo *y* los caudales y efecto; b)** la percepción, administración o custodia; **c)** la apropiación y/o utilización;

d) el destinatario: para sí o para otro; e) *caudales o efectos*. (Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil cinco/CJ - ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco).

5. Exigencias para la configuración del concepto de autor

5.1.- También siguiendo la interpretación del profesor Manuel ABANTO VÁSQUEZ también incurriría en la comisión de ilícito no solo cuando el funcionario sustrae los bienes, sin que ellos ya estaban en su poder de disposición en función de su cargo: el sujeto simplemente no administra los bienes destinándose a la función pública para la que estaban destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio. **[Sentencia de fecha veinticinco de abril del año dos mil cinco. Exp. N° 39-2002, Tercera Sala Penal Especial].**

5.2.- Figura delictiva que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal, aquel que realiza la función pública. Como se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, sino que el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación funcional específica. **[Sentencia de fecha dieciséis de mayo del año dos mil cinco. Exp. N° 024-2002, Tercera Sala Penal Especial].**

5.3.- Sujeto activo de este delito puede ser también el «funcionario de hecho» y el funcionario incompetente. Si se trata de un funcionario de facto, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuido de éstos. En ambos casos, el sujeto presenta exteriormente el aspecto del funcionario legal (...) en consecuencia, la substracción que aquél ejecute es peculado. **[Sentencia de fecha veintinueve de mayo del año dos mil tres. Exp. N° 010-2001, Primera Sala Penal Especial].**

5.4.- Para que se pueda predicar de un servidor público la comisión de peculado no se necesita que a éste se le confíe físicamente los bienes, sino que es suficiente la capacidad de disponer de ellos, como consecuencia de la función desempeñada por el agente en el ámbito de la administración pública. **[Sentencia de fecha veintinueve de mayo del año dos mil tres. Exp. N° 010-2001, Primera Sala Penal Especial].**

5.5.- Basta que el agente actúe en cuanto integrante del Sector Público y con motivo de su efectivo dominio del ámbito administrativo

concernido. Así, para que se pueda predicar de un servidor público la comisión de peculado, es suficiente la capacidad de disponer de fondos públicos, como consecuencia de la función desempeñada por el agente en el ámbito de la administración pública. **[Sentencia de fecha siete de diciembre del año dos mil cuatro. Exp. N° 031-2001, Cuarta Sala Penal Especial].**

6. El administrador de hecho

6.1.- En el caso presente Montesinos Torres en su condición oficial de Asesor del Servicio de Inteligencia Nacional lo que convalida su condición de funcionario público, asume la administración de facto de ingentes sumas de dinero provenientes de diversas fuentes, que bajo la protección de la reserva en el conocimiento del gasto fundado en la naturaleza de un amplio margen de actividad clandestina y subrepticia del Servicio de Inteligencia Nacional, utiliza dineros públicos en perjuicio de la administración, rompiendo de esta manera el deber de fidelidad con el Estado y los intereses públicos que le asiste a todo servidor público. **[Sentencia del 28 de Junio del 2004, Exp. N° 11-01, Segunda Sala Penal Especial].**

6.2.- Dogmáticamente se establece que los dineros públicos indebidamente utilizados por el sujeto activo del delito deben estar bajo su administración en función del cargo que ocupa dentro de la administración, pues en caso contrario podría confundirse con el delito contra el patrimonio en su modalidad de robo o hurto, o de estafa de existir engaño, porque el delito de Peculado no sólo evalúa el cuidado del patrimonio público, sino además cuida que no se presente una violación a los deberes de garantía y confianza que el funcionario público le debe al Estado en razón del ejercicio de determinada función, aspecto que predomina para su ubicación en el Código Penal. En este caso específico Montesinos Torres tenía la condición formal de ser asesor del Servicio De Inteligencia Nacional y los temas a los que estaba dedicado esencialmente eran la represión del narcotráfico y la seguridad ciudadana, sector al que el presupuesto de la República destinaba importantes sumas de dinero e involucraba diversos sectores de la estructura de gobierno, por lo que el dinero que genéricamente era enviado como presupuesto del Servicio De Inteligencia Nacional había sido dividido en dos partes, la primera para gastos comunes que era destinado al regular funcionamiento administrativo del Servicio

De Inteligencia Nacional y la segunda a actividades reservadas, donde se creó dos Reservas uno y dos dineros que fueron directamente entregados a Montesinos Torres para su inmediata administración como parte de su función de asesor, lo que realizaba en estrecha vinculación con el Jefe del Servicio De Inteligencia Nacional y con el aval del Presidente de la República, lo que determina esa condición de funcionario público a cuyo cargo estaba la administración de dineros públicos cuyo destino no era materia de control regular, sino que desde el momento que ingresaba a la cuenta reservada, su uso era potestativo y a libre criterio del Servicio De Inteligencia Nacional donde esencialmente tenía injerencia Montesinos Torres y el Jefe de dicho organismo formalizaba ese uso, con el respaldo del Presidente de la República. **[Sentencia del 28 de Junio del 2004, Exp. N° 11-01, Segunda Sala Penal Especial].**

6.3.- Respecto a la responsabilidad penal de Vladimiro Montesinos se tiene que de la revisión de autos se ha llegado a establecer, que mediante Resolución Suprema número doscientos setenta y nueve - noventa y seis - PCM, fue designado el dos de agosto de mil novecientos noventa y seis, en el cargo de confianza de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, siendo sus funciones, la de prestar asesoramiento sobre los asuntos que se sometieran a su consideración, en materia de su competencia, así como proponer sugerencias o recomendaciones del caso, dependiendo del Jefe del SIN, con lo cual se hallaba inmerso en la esfera de la Administración Pública, manifestando el citado procesado que por orden del Ex-Presidente de la República participó en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas Reserva Uno y Reserva Dos, que eran desagregados de la Partida del Régimen de Ejecución Especial; todo lo cual evidencia que tuvo una administración de hecho de los fondos del Estado, por orden expresa de autoridad competente. **[Ejecutoria Suprema del 14 de Noviembre del 2003, R.N. N° 1813-2003, Sala Penal Transitoria].**

6.4.- El tipo penal de peculado no solo sanciona al administrador de iure sino también al administrador de hecho o de facto, entonces, basta que el agente actúe en cuanto integrante del sector público. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público; es decir, sobre deberes no sólo formales, sino materiales como el propio del Derecho penal.

[Sentencia del 26 de Enero del 2005, Exp. N° 030-2001, Primera Sala Penal Especial].

6.5.- Que, así pues el tipo penal de peculado del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, no sólo sanciona al administrador de iure sino también al administrador de hecho o de facto; debiéndose acotar que la ley no hace mención a que la percepción administración o custodia de caudales o efectos por un funcionario o servidor público sea de iure; basta, entonces, que el agente actúe en cuanto integrante del Sector Público y con motivo de su efectivo dominio del ámbito administrativo concernido. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público. **[Sentencia del 29 de Mayo del 2003, Exp. N° 010-2001, Primera Sala Penal Especial].**

6.6.- En cuanto a la administración de hecho de fondos públicos, la doctrina señala que: «Sujeto activo de este delito puede ser también el «funcionario de hecho» y el funcionario incompetente...» «... si se trata de un funcionario de facto, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuidos de estos. En ambos casos, el sujeto presenta exteriormente el aspecto del funcionario legal (...) en consecuencia, la sustracción que aquél ejecute es pechado».

Así, el tipo penal de Peculado, previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, no solo sanciona al administrador de iure sino también al administrador de hecho o de facto, entonces, basta que el agente actúe en cuanto integrante del Sector Público. Admitir al figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público. **[Sentencia del 25 de Abril del 2005, Exp. N° 39-2002, Tercera Sala Penal Especial].**

6.7.- Debe abordarse la cuestión del tipo de dominio que se exige en el tipo penal de peculado para que se considere configurado dicho elemento típico. En este sentido, el artículo 387 del Código Penal solo señala que la custodia, administración o percepción del objeto del delito debe estar a cargo del funcionario público. Partiendo de una interpretación literal, no puede dilucidarse si en el tipo penal se alude a una relación jurídica y/o fáctica del sujeto activo con el objeto del delito. Por ello, el Colegiado estima necesario interpretar los alcances de este elemento típico, recurriendo a una interpretación teleológica del mismo.

Para ello, debe considerarse el bien jurídico protegido en el delito de peculado y, consecuentemente la posición de garantía que debe existir entre el administrador y el bien objeto de apropiación o uso.

Al respecto, la Sala considera que en los delitos contra la administración pública igualmente se protegen intereses materiales. Dentro del contexto de un Estado de Derecho la funcionalidad de la administración pública no se refiere a la mera infracción de deberes por parte de los funcionarios o servidores públicos. Resulta incompatible con un modelo estatal como el señalado que se circunscriba el objeto jurídico de protección a la existencia de «deberes de lealtad» del funcionario con el Estado. En particular, nosotros asumimos que en el delito de peculado se protege tanto la correcta gestión de los intereses públicos, como el propio patrimonio del Estado, respecto a los cuales el autor –funcionario público– puede ejercer un dominio (funcional entendido en sentido material) de hecho. Esto implica que, en la valoración de la conducta del sujeto activo no sea necesaria una relación formal entre este y el objeto del delito. Basta que, en atención a la relevancia de la protección del patrimonio estatal, el autor se coloque en una posición de disponibilidad permanente (no ocasional) de los bienes estatales. **[Sentencia del 15 de Enero del 2007, Exp. N° 50-2002, Cuarta Sala Penal Especial].**

7. Tipicidad objetiva

7.1.- Este tipo penal supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de la esfera del dominio del Estado a la esfera del dominio personal del funcionario o de tercero, en ese sentido la prueba debe orientarse a determinar, si existe un desbalance respecto de los bienes que en un momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión. **[Ejecutoria Suprema de fecha veintisiete de diciembre de dos mil cinco. Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1193-2005].**

7.2.- El Código Penal exige como condición que los bienes objeto del comportamiento peculador sean exclusivamente del Estado, empero, puede tratarse de bienes y efectos que sean de propiedad de particulares, pero que por determinadas vinculaciones jurídicas o de hecho, están en poder de la administración estatal en calidad de posesión vía administración, custodia o percepción como ocurre en el presente caso. **[Ejecutoria Suprema de fecha diez de julio de dos mil seis. Primera Sala Penal Transitoria. R.Q. N° 433-2006].**

7.3. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración, estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

b) La percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

   La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

   La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos

c) Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándose de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) El destinatario para sí. El Sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

Caudales y efectos. Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. **[Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, del 30 de Septiembre del 2005, Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia].**

8. Disponibilidad jurídica como condición suficiente para la existencia del delito de peculado

Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. **[Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, del 30 de Septiembre del 2005, Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia].**

9. Conducta culposa

Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de las caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, o se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: «la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público» como elementos Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

e) La sustracción. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público. **[Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, del 30 de Septiembre del 2005, Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia].**

10. Consumación

En cuanto a la tipicidad objetiva, para la consumación de este delito es necesario que el vínculo con el ámbito de la custodia de la administración en algún momento haya sido quebrado; quebrantamiento que se produce cuando el funcionario público sustrae –separa o aparta– los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública (DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 281)». **[Sentencia de fecha dieciséis de enero de dos mil seis, Exp. 035-2001, Tercera Sala Penal Especial. Baca Cabrera, Castañeda Otsu, Catacora Villasante].**

11. Diferencia con el delito de hurto

La diferencia entre el Hurto y el Peculado precisamente radica en la calidad del agente (servidor público) y la naturaleza del patrimonio (estatal) y en este caso confluyen ambos elementos, pues resulta jurídicamente mucho más complicado asimilar el comportamiento de este procesado a un vulgar hurto, que en este caso sería inclusive de uso, porque la naturaleza de este hecho es diferente, su finalidad protectora igualmente es diferente y la condición subjetiva del agente también es diferente. **[Sentencia de fecha veintiocho de junio del año dos mil cuatro. Exp. N° 11-01, Segunda Sala Penal Especial].**

12. Diferencias con el delito de malversación de fondos

Que la acción típica del delito de malversación de fondos se distingue de la del peculado por el hecho de que consiste en una aplicación pública a los bienes públicos. La aplicación privada de los mismos bienes, si reuniera los demás elementos típicos, podría constituir un peculado. En este sentido, en el caso del acusado la prueba actuada evidencia de que la conducta o el comportamiento de ellos no consistió en una aplicación pública del dinero del Estado, sino en la traslación de éste a la esfera de disposición de Montesinos Torres, y en pro de los fines de la agrupación delictiva de la que formaba parte. **[Sentencia de fecha veintiséis de enero del año dos mil cinco. Exp. N° 030-2001, Primera Sala Penal Especial].**

13. La autoría y participación en los delitos especiales

13.1. La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir la de la unidad del título de imputación. Autor del hecho solamente podrá ser el *intraneus*, los *extraneus* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no dominio o condominio funcional del hecho. **[Ejecutoria Suprema del 14 de Noviembre del 2003, R.N. N° 1813-2003, Sala Penal Transitoria].**

13.2. La doctrina dominante considera dogmáticamente plausible la participación de *extraneus* en delitos especiales propios, en el cual el tercero ajeno a la función pública interviene con los obligados institucionales en un suceso delictivo, pues las expectativas normativas garantizadas a través de delitos de infracción de deber también incumbe, indirectamente, a quienes no se encuentran obligados por la institución positiva.

Así pues, el partícipe *extraneus* que interviene en un delito de infracción de deber también lesiona la institución positiva, debe concluirse que la apropiación de caudales públicos, como suceso unitario, es imputable tanto al funcionario que vulnera sus deberes como al particular que propicia o colabora con dicha desviación.

En ese sentido, es preciso considerar que la punibilidad de la intervención del *extraneus* en el delito de peculado, bajo el título de complicidad, presupone que el particular haya propiciado o colaborado en alguna medida la entrega de los caudales estatales, ya sea de manera directa o a través de terceros. Solo en tales casos puede afirmarse la adhesión del particular a la infracción del deber institucional del obligado especial. La aceptación de los caudales

constituye la exteriorización u objetivación de dicha adhesión. **[Sentencia del 15 de Enero del 2007, Exp. N° 50-2002, Cuarta Sala Penal Especial].**

14. Principio de accesoriedad limitada

14.1. El Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia, se trata de la tesis de la unidad de la imputación. **[Ejecutoria Suprema de fecha catorce de noviembre del año dos mil tres. R.N. N° 1813-2003, Sala Penal Transitoria].**

14.2. Sobre la ausencia típica de funcionario público, no es amparable en orden a la vigencia del principio de accesoriedad limitada que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo vigésimo sexto del Código Penal, por el que las condiciones personales del autor vinculadas al injusto se transmiten a éste en su calidad de partícipe; que siendo el peculado un delito especial o propio, la calidad del funcionario público integra los elementos materiales del injusto pues se trata de un elemento normativo del tipo; por consiguiente al no estar vinculado a la responsabilidad penal o culpabilidad y menos punibilidad es transmisible a los partícipes del hecho punible por otro lado, la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los mismos *nomen juris* delictivo, por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no sólo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada antes indicado. **[Ejecutoria Suprema de fecha catorce de enero del año dos mil tres. Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3203-2002].**

15. De la necesidad de incorporar nuevas agravantes

Estos hechos determinan los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Peculado se configuren en la modalidad de Peculado doloso por apropiación, de manera sistemática al abarcar un lapso de mil novecientos noventa y dos a mil novecientos noventa y ocho, causando su accionar doloso un grave perjuicio patrimonial al Estado.

Se tipifica pues el artículo 387 del Código Penal primer párrafo, descartándose la modalidad agravada, ya que el destino del dinero asignado como presupuesto del Comando Administrativo del Cuartel General del Ejército y del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas no estuvo destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Considerando que parte de los fondos estuvieron destinados a la lucha antisubversiva, la que resultó de vital importancia por razones de seguridad nacional, a tal punto que se prorrogó durante muchos años el Estado de Emergencia en el país, pero que por el principio de legalidad no es posible considerarlo como una agravante de la penalidad, el Colegiado invoca a los señores miembros del Poder Legislativo a que consideren una reforma legislativa dentro de la figura agravada. **[Sentencia de fecha dieciséis de mayo del año dos mil cinco. Exp. N° 024-2002, Tercera Sala Penal Especial].**

16. La duda de la fuente pública o privada de los fondos apropiados o dispuestos a favor de terceros

El Tribunal Constitucional, en el marco de decisiones pendulares, acentúa los problemas sobre dicho tópico, puntualizando en el marco del delito de peculado[316]: El delito de peculado, para quedar tipificado,

---

316 Sentencia del 29 de enero de 2002, Exp. N° 139-2002-HC/TC, Luis Guillermo Bedoya De Vivanco, Lima. Especifica el accionante que con fecha veinte de julio solicitó al Primer Juzgado Penal Especial se variara la medida de detención que venía sufriendo, por la de comparecencia, en base a las pruebas actuadas en el proceso y conforme a las cuales se ha puesto en duda el origen de los fondos aportados en su campaña, lo que ha desvirtuado que los mismos tengan necesariamente carácter público. Por otra parte, ha demostrado que en el mes de junio de mil novecientos noventa y nueve, no era funcionario público, por lo que no puede ser acusado de complicidad en peculado. Ha demostrado, igualmente, que tiene arraigo personal, profesional, económico y político, que carece de antecedentes y se ha presentado a todas las diligencias incluso cuando se ordenó su detención, lo que descarta suponer la existencia de riesgo procesal. Consecuentemente no se da ninguno de los supuestos previstos por el Artículo 135° del Código Procesal Penal, para disponer o mantener su detención. Añade que el citado Juzgado, pese a admitir la existencia de duda razonable en torno a la procedencia del dinero que tenía en su poder el señor Vladimiro Montesinos Torres, dado su origen tanto público como privado, procedió a denegar de manera inconstitucional su libertad, al margen de lo dispuesto en el último párrafo del antes citado dispositivo legal, que establece que el juez puede variar la medida de detención, cuando nuevas pruebas hayan puesto en cuestión la suficiencia de las anteriores. En otras palabras el juzgado aplicó la duda razonable en su perjuicio y no a su favor, como manda la Constitución.

requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada: al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado y, por ende, de la incursión del presente caso en los incisos 1) y 2) del Artículo 135° del Código Procesal Penal, que exigen la comisión de un delito doloso y una pena mayor de cuatro años para que proceda el mandato de detención: debe prevalecer, en consecuencia, el principio constitucional de *in dubio pro reo*. En lo que atañe al requisito establecido en el inciso c) del Artículo 135° del Código Procesal Penal, este Colegiado considera que la conducta del procesado no permite concluir, razonablemente, que al ser puesto en libertad evadirá la acción de la Justicia, pues en autos consta que ha cooperado con las diligencias del proceso, como lo reconoce la propia Fiscalía y que carece de antecedentes penales.

En consecuencia concluye que se ha vulnerado el principio del debido proceso, al no merituarse los hechos a la luz de los alcances del artículo 135° del Código Procesal Penal y del principio constitucional *in dubio pro reo*, por lo que se estima razonable la pretensión demandada, sin perjuicio de que las autoridades judiciales ordinarias continúen desarrollando el proceso penal correspondiente y de que adopten las medidas que juzguen necesarias para garantizar la presencia del accionante en el mismo.

IV
Malversación de fondos

El delito de malversación exige referirse a tres cuestiones previas, de particular importancia, para definir el ámbito de la prohibición penal y el propio sentido del fallo. Son el bien jurídico, el objeto material del delito y el sujeto del delito.

1. Bien jurídico

El delito de malversación tiene como bien jurídico protegido -u objeto jurídico de tutela- uno de carácter supraindividual y de tipo funcional, concretado en el eficaz desarrollo de la Administración Pública, referida específicamente a la integridad del funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado -con un claro sentido instrumental- para que ésta pueda cumplir los fines que le son propios -correcta gestión del patrimonio público-. Se tutela, en suma, que el dinero o los bienes públicos que se pone a disposición del funcionario público sean administrados conforme a las finalidades previstas en la ley y a sus deberes de objetividad e imparcialidad, de acuerdo a los principios del Estado de Derecho.

2. Objeto material del delito

Aún cuando el tipo legal no lo menciona expresamente; sólo hace referencia a que el dinero o los bienes deben ser aquellos que administre el funcionario o servidor público, es de entender que éstos -dinero o bienes- deben ser públicos, tanto por la colocación del tipo entre los delitos contra la Administración Pública cuanto por el carácter de la función del agente sobre ellos[317].

La jurisprudencial nos remite al caso del dinero de COFIDE. Ésta capitalizó parte de sus acreencias y aportó, en metálico o efectivo, otra cantidad significativa, el diez por ciento del primer concepto.

---

317 CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 84.

Independiente de cualquier consideración de derecho administrativo o financiero, a los efectos de la tutela penal es menester una calificación funcional al objeto jurídico de tutela. Así las cosas, merece tal calificación el dinero que pertenece a la Administración a cualquiera de sus órganos o instituciones que la integran, para el cumplimiento de sus fines. Esta concepción amplia de Administración, incluye por cierto a las empresas del Estado, solo requiere que sean de propiedad pública, para lo cual basta que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad.

Es cierto que la Quinta Disposición Final del Reglamento de la Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aprobado por Decreto Supremo número 027-90, del tres de abril de mil novecientos noventa, estatuye que los recursos que integran el patrimonio de las empresas de economía mixta –como sería el caso de COFIDE– no son fondos públicos –sólo estipula esa calidad para las empresas de derecho público– [incluso, varios de los dictámenes jurídicos que se han incorporado en autos, insisten en esa determinación, centrada en las perspectivas de Derecho financiero o bancario].

Empero esa definición legal, aportada por una norma de segundo nivel, que lo hace –según su texto– para no comprometer la responsabilidad del Estado en el tráfico jurídico, no puede ser aplicada sin más al Derecho penal. Es de afirmar al respecto, que por las necesidades de protección del bien jurídico, corresponde uniformemente la gestión de los recursos de dinero y bienes del Estado relacionados con sus fines constitucionales. No es posible hacer diferencias según se trate de dinero del gobierno nacional, de los gobiernos regionales y locales, de organismos públicos o de empresas del Estado –que, administrativamente, pueden ser calificados de entes autárquicos–. En este último caso, además, su presupuesto y demás reglas de funcionamiento económico, todas bajo un mismo patrón, están sometidas a una legislación especial, de directa intervención del MEF, a través en ese entonces de OIOE, hoy FONAFE: Ley del Sistema Nacional de Presupuesto de la Actividad Empresarial del Estado, Decreto Legislativo número 513, del veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y nueve; a la vez que están sujetas al control de la Contraloría General de la República –Capítulo XI del Reglamento de la Ley de la Actividad Empresarial del Estado–, lo que explica el carácter de esos dineros y bienes, y las necesidades de protección y control.

No hay duda que los montos cuestionados –los que prestó y capitalizó, y los que aportó directamente– eran de COFIDE, que ésta integra la actividad empresarial del Estado, que para los préstamos, capitalización de acreencias y aporte de capital fresco se invocó la finalidad que el ordenamiento jurídico deparó a COFIDE, y que desde esa perspectiva, eminentemente pública, compatible con los fines generales de orientación económica del Estado, se sustentó la intervención en el Banco Latino.

Por tanto, carece de virtualidad a efectos penales insistir en que el dinero prestado y el dinero aportado al Banco Latino provenían de líneas del exterior y que el Estado, a través del MEF, no aportó suma alguna para ese concepto. Todo ese dinero forma parte de los activos de COFIDE.

3. Sujeto activo

El delito de malversación exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas. En *primer lugar*, ha de ser un funcionario o servidor público, a cuyo efecto debe estarse a las definiciones legales del artículo 425° del Código Penal, modificado por la Ley número 26713, del veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis. En *segundo lugar*, ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración del dinero o bienes que se malversan; esto es, el manejo y disposiciones del dinero y bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos[318].

Analizando la condición de Ministro de Estado, se destaca que es un cargo político y, como tal, incluido en el inciso dos del artículo 425° del Código Penal. Una *tesis amplia, flexible*, compatible con la mejor protección del bien jurídico, identifica como autores no sólo a los funcionarios públicos a los que la ley encomienda específicamente la administración del dinero o bienes –en el presente caso, el Directorio de COFIDE, conforme al artículo 22° de su Estatuto–, sino también a todos aquellos que tengan competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos, capacidad legal de poder disponer de ellos –el Ministro

[318] Así, DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 267.

como titular del Sector artículo 3°, literal b), del Reglamento de Organización y Funciones del MEF- y, por cierto, los funcionarios de la OIOE. Recuérdese que la decisión -que importó la disposición de recursos públicos- la adoptó el acusado como Ministro de Estado en los marcos de su actividad como titular del Sector Economía y Finanzas, que fue cumplida por los funcionarios a su cargo, a su vez titulares de la OIOE y de COFIDE [el artículo 25° de la Ley del Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo número 560, del veintinueve de marzo de mil novecientos noventa, en esa línea, prescribe que corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros, planear, dirigir y controlar las políticas de la actividad empresarial financiera del Estado]. Se trató de una política pública destinada a enfrentar un problema en el sector financiero que involucró recursos públicos y la intervención de varios funcionarios del Equipo Económico, decisión que fue cumplida, en sus propios términos, por funcionarios públicos de su Sector y, en especial, de la OIOE y de COFIDE.

Por lo demás, aún si se sigue la *tesis estricta*, que por cierto no es la posición de este Tribunal, la conducta del acusado necesariamente estaría encuadrada dentro del supuesto de *instigación*, pues conforme al artículo 24° del Código Penal determinó a los Directores de COFIDE a una disposición de recursos públicos.

4. El comportamiento típico

Consiste en dar una aplicación pública diferente y definitiva al dinero o bienes públicos. El **resultado típico** que debe ocasionar es la afectación del servicio o función encomendada.

En el caso denominado COFIDE, no estando en discusión que el dinero que COFIDE comprometió en el Banco Latino, desde la lógica asumida importó una aplicación pública, pues se destinó al sector financiero, sede de la actuación de dicha empresa y con cargo a su propia actividad de intermediación financiera. Se discute por la defensa tanto que se trató de un destino indebido o ilegal, cuanto que no fue una aplicación definitiva.

Se ha mencionado que la aplicación del dinero no fue diferente porque se realizó al amparo de una invitación de la SBS a COFIDE, así configurada en las reuniones del Equipo Económico dirigido por el acusado, para lo cual se contaba con el nuevo texto del artículo 99°

de la Ley de Banca, que autorizaba a la SBS a obtener aportes de capital de terceros, que COFIDE es una sociedad de economía mixta con autonomía financiera -distinta del Estado, como tal-, y que la prohibición del artículo 7° de la Ley de Banca -que limita la participación del Estado en el sistema financiero nacional salvo las inversiones que realiza en COFIDE como banco de desarrollo de segundo piso- no le es aplicable.

Al respecto, es de acotar, en primer lugar, que el aporte de terceros -artículo 99° de la Ley de Banca-, consagrado por la Ley número 27008, sólo puede entenderse correctamente desde la perspectiva sistemática del ordenamiento jurídico, que comprenda lo que estipula la Constitución, los Estatutos de COFIDE y la propia ley de banca, en especial el citado artículo 7°. En segundo lugar, independientemente de las necesidades de políticas públicas, por imperio de la Constitución se requería Ley expresa para un acto de intervención empresarial del Estado en el sistema financiero.

Y, en tercer lugar, evidentemente, una inversión tan significativa como la efectuada no puede catalogarse como una adquisición funcional compatible con la estricta delimitación del objeto social de COFIDE -en modo alguno alterado por la nueva Ley número 27008- de banco de segundo piso.

Por consiguiente, se concluye que se dio al dinero público una aplicación diferente. También se ha afirmado que la aplicación del dinero no fue definitiva. Es cierto que en las actas de OIOE y de COFIDE -además, las testificales son uniformes en este sentido- se consignó que el aporte sería temporal -en especial, acta de COFIDE de fojas ciento noventa y dos-. Pero, también es verdad que, a final de cuentas, la anunciada temporalidad no se concretó, pues COFIDE no saneó al Banco Latino ni recuperó su inversión. No obstante que lo último operó, finalmente, cuando el acusado ya no era Ministro de Economía y Finanzas, el concepto «definitividad» incorporado en el tipo legal está vinculado al carácter de los bienes, quiere decir que se trata de aquellos que por su naturaleza importen su devolución al estado original, que no impliquen el consumo o la disminución de su idoneidad[319].

---

[319] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 383.

Esto no es el caso del dinero invertido por COFIDE en el Banco Latino; el posterior reintegro no sólo no se produjo –*ex post*, se advirtió que ello de inicio era imposible–, sino que por su propia naturaleza o carácter no podría tener lugar por tratarse de una inversión millonaria. Se trató, en consecuencia, de una aplicación definitiva.

5. Resultado típico

La conducta típica ha de afectar el servicio o la función encomendada. No hace falta, por cierto, una lesión patrimonial, sólo se requiere la generación de un inconveniente en la prestación del servicio o función encomendada, cuyo origen es precisamente la indebida aplicación del dinero o bienes. Las dificultades en el servicio de intermediación financiera de COFIDE son obvias a partir de la ingente asignación de recursos que realizó en una operación sin amparo legal.

Sin embargo, afirmar la tipicidad objetiva de la conducta objeto de acusación fiscal no conlleva, irremediablemente, a la condena del imputado. Se requiere, además, el cumplimiento de los demás requisitos del delito, en especial la antijuridicidad y la culpabilidad penal.

El estado de necesidad aducido implícitamente, sin embargo, aún cuando fue esbozado como posibilidad razonable por todos los funcionarios del Sector y así fue indicado en el Informe número 00056-98/AR, del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, del Área de Riesgos de COFIDE, a cargo de Jacinta Hamman de Rivero, de fojas doscientos sesenta y uno, al igual que en los análisis de expertos consignados en el Diario «Gestión», no tiene el carácter de una auténtica encrucijada pues el presunto «mal» (riesgo sistémico con pérdidas excesivas para el país) no ha sido pericialmente demostrado (no hay prueba de inevitabilidad del mal causado). En tanto se trata de un hecho impeditivo de la pretensión penal hecha valer por la Fiscalía, de la responsabilidad penal en suma –en la medida que el hecho constitutivo de la pretensión punitiva está acreditado–, corresponde al imputado acreditarlo, a cuyo efecto no es suficiente las simples referencias expuestas en un informe técnico de las características del mencionado.

Un aspecto distinto es, desde la perspectiva de la culpabilidad, la presencia de un error de prohibición (equivocación acerca de la antijuridicidad del hecho), también implícitamente esbozado por la defensa. En efecto, el imputado sostiene que la adopción de la medida, ahora

cuestionada penalmente, contó con el asesoramiento jurídico correspondiente, y a partir de su aprobación fue que se siguió adelante en lo decidido.

Es cierto que, previa a la decisión asumida, COFIDE puso en conocimiento del Ministro el Informe Legal número 00165-98/UAJ, del siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, del doctor Pablo Meneses Cattaneo, Gerente de su Área de Asesoría Jurídica, de fojas ciento noventa y cinco, que considera factible la intervención de la institución en el Banco Latino capitalizando sus acreencias y aportando capital, porque el artículo 7° de la Ley de Banca es «*...una norma referida a la realización de actividad empresarial de manera permanente o como un fin en sí mismo, pero no cuando se trata de acciones temporales o de carácter transitorio realizadas por una tercera persona jurídicamente diferente al Estado* ...». Igualmente, con posterioridad otros informes jurídicos elaborados por asesores jurídicos externos contratados por COFIDE incorporaron diversos fundamentos jurídicos, no estimando ilegal la intervención de COFIDE en el Banco Latino.

El *error de prohibición* está referido a la valoración que realiza el agente respecto a la conformidad de su comportamiento con el ordenamiento jurídico; interesa, según el artículo 14° del Código Penal, si el agente tuvo, en el momento de actuar, la posibilidad de conocer que el carácter ilícito de su comportamiento constituye una de las condiciones de la responsabilidad penal. En el presente caso es imprescindible preguntarse si el acusado desconocía que una norma legal prohibía el acto que realizó o si la interpretó de tal modo que consideró que su comportamiento era permitido.

Ello está en función, como se ha dejado expuesto, a las disposiciones de la Constitución, de la Ley de Banca y del Estatuto de COFIDE. Se trata, pues, de una actividad que está legalmente reglamentada, de cuya valoración dependía determinar jurídicamente si la aplicación de dinero público contravenía la legalidad de la gestión patrimonial pública –de ahí que se trata de un error de prohibición directo y no indirecto, pues el error incide en la norma de prohibición que se refiere al hecho y por eso cree que su acción está permitida–.

El análisis que debe hacerse para apreciar la evitabilidad del error –como en efecto sucedió, a tenor de lo expuesto en los parágrafos vigésimo primero y vigésimo segundo– depende de dos elementos: a) si el autor ha tenido *razones* para pensar en la antijuridicidad de la decisión adoptada, y b) la *posibilidad* de esclarecer la situación jurídica que ello

implicaba. Como quiera que el ámbito bancario está escrupulosamente regulado y requiere de decisiones rápidas pero de gran rigor técnico, de suerte que una decisión equivocada o ilegal puede generar un daño a la comunidad, más aún en medio de una crisis bancaria, que está en su campo de actividad funcional como titular del Sector Economía y Finanzas, es de concluir que tuvo razones para pensar en la antijuridicidad de una determinada opción, que en este caso fue la de disponer la intervención de COFIDE en la operación de salvataje del Banco Latino. Pero esta incógnita -las dudas que entrañan la aplicación de una decisión en un ámbito complejamente regulado como el bancario- sólo se supera a través de lo que la doctrina jurisprudencial alemana identificó como la *autorreflexión* y la *información* en una fuente jurídica confiable, que son los parámetros o criterios para juzgar la evitabilidad del error de prohibición en el caso individual, y que como acotan Jescheck/Weigend, son los mismos para el que se aplica en el examen conforme a deber del autor en el hecho imprudente (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 2002, p. 492) -además, la medida del cuidado, por la suma gravedad institucional de la decisión a adoptar, debía ser, desde luego, muy elevada, atendidas las circunstancias del caso y las cualificaciones del autor, muy encima de la media. En este último caso será de rigor tener presente si se contó con un informe técnico confiable, que lo será de un experto en el ámbito en el que se debe desarrollar el proyecto de acción (Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, pp. 417 a 420).

El acusado, como Ministro de Estado, no decidió aisladamente. La prueba actuada indica que tuvo en cuenta la opinión del Superintendente de la SBS, de su Jefe de Gabinete de Asesores, del Banco Central de Reserva y de COFIDE. Como aporte jurídico, contó con el citado Informe del Asesor Legal de COFIDE. Pero la valoración integral de lo sucedido debe involucrar no sólo hecho en sí sino sus repercusiones, y a partir de allí realizar un juicio acerca de la confiabilidad y suficiencia del informe jurídico que tuvo a la vista para decidir. Se requiere, como anota Hurtado Pozo, que los esfuerzos destinados a obtener la información necesaria deben ser suficientes y serios (*Manual de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2005, p. 668), compatibles con la importancia y trascendencia del asunto.

En atención a lo expuesto, a la suma gravedad y trascendencia de la decisión, vista la situación crítica del Banco Latino, el volumen

de los aportes que haría COFIDE y los posibles efectos sobre el sistema financiero y la política económica del gobierno, se tiene que el autor tendría que haberse procurado los conocimientos jurídicos necesarios y fidedignos antes del hecho, determinantes de un examen exhaustivo de la situación jurídica. Y, si se tiene en cuenta lo apresurado y, esencialmente, el pobre fundamento técnico jurídico del Informe en cuestión –que no podía pasar por alto al acusado al no ser convincente (así fluye del análisis respectivo que este Tribunal ha realizado en el parágrafo anterior)–, sin que para ello se acuda –como debió hacerse a otras imprescindibles fuentes de consulta, tanto al interior del Sector Economía y Finanzas como, posiblemente, al Asesor Jurídico del Poder Ejecutivo [según el artículo 6° de la Ley Orgánica del Sector Justicia, Decreto Ley número 25993, del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, el Ministerio de Justicia es el asesor permanente en materia legal al Consejo de Ministros y brinda asesoría legal al Poder Ejecutivo]– e, incluso, a asesores externos, cuyo deber de reserva y en función al principio de confianza, minimiza riesgos de filtración al exterior [en esa misma perspectiva, STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte General* I, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 310], asesoría siempre posible pues el examen de la situación del Banco Latino venía teniendo lugar sistemáticamente desde un tiempo razonable, es de concluir que se trató, en todo caso, de un error evitable o vencible, cuya consecuencia jurídica es sólo la atenuación obligatoria de la pena. Es de insistir que, como apunta la doctrina penalista, cuando se está ante un supuesto de información improvisada y deficiente, decae el principio de confianza en aquélla y el autor no puede reclamar la inevitabilidad del error; éste siempre –reza la jurisprudencia germana–, para alcanzar un juicio correcto, ha de emplear todas sus fuerzas de conocimiento intelectual y todos sus valores morales (JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, p. 494), lo que no hizo en el presente caso.

El objeto no es sólo asegurar los caudales del Estado, sino también el estricto cumplimiento de las leyes relativas a su inversión, sancionándose al servidor público o funcionario público por la infracción del deber de fidelidad, por tanto, también se cumple con el segundo requisito; que, en tal virtud, el bien jurídico protegido por dicho delito es la regularidad y buena marcha de la administración pública, esto es, preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, su

racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos; que, por tanto, si el funcionario o servidor público realiza la acción típica antes descrita –da al dinero que administró una aplicación definitiva diferente a la destinada– resulta evidente que afectará el servicio o la función encomendada, lo cual implica sin duda una notoria paralización –parcial o indefinida– o en su defecto un entorpecimiento u obstáculo para el cumplimiento del mismo, que en buena cuenta se traduce en que la administración pública deba reconducir, lo que también resulta una afectación al patrimonio del Estado por la inversión de recursos humanos y logísticos o destinar una nueva partida presupuestal –cuando el dinero al que se le dio una aplicación definitiva diferente al que estaba destinado ya no puede ser revertido al gasto que originariamente estuvo previsto– para cumplir con el servicio o la función que se le encomendó, lo cual en efecto es un daño o afectación al patrimonio del Estado.

Y según la casuística ello se configura, cuando de las conclusiones del Informe Pericial Contable y su ratificación en el plenario que sirvió de sustento probatorio para establecer la responsabilidad penal de la encausada, alcaldesa de la Municipalidad Distrital, se advierte que se ocasionó perjuicio patrimonial a la entidad edil; que, en tal virtud, resulta evidente que la desviación de dinero efectuado por los encausados, el cual estaba destinado a la construcción de carreteras en su distrito derivó en pérdidas económicas para la Municipalidad al que se mina el hecho que el tractor tuvo que ser pagado en parte con el préstamo solicitado al Banco de la Nación y otros ingresos propios de la comuna, incluso con el producto de su arrendamiento a las empresas mineras por parte del referido encausado Pedro Alan Cambillo; que, en consecuencia, se demostró en forma puntual el detrimento ocasionado al patrimonio del Estado, por consiguiente, es de aplicación la dúplica del plazo de prescripción previsto en el Último párrafo del artículo ochenta del Código Penal[320].

6. De la necesidad de determinar en cada caso si la consumación del delito contra la Administración Pública, exige desmedro patrimonial a efectos de que opere la duplicidad

El delito de malversación de fondos previsto por el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, modificado por la Ley

[320] Ejecutoria del 17 de noviembre de 2011, R.N. N° 2687-2010, Cañete.

número veintisiete mil ciento cincuenta y uno, se configure cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaba destinada, afectándose el servicio o la función encomendada; que, a efectos de la prescripción de la acción penal, si bien conforme al artículo ochenta del Código Penal el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, y el plazo extraordinario opera conforme a la parte in fine del artículo ochenta y tres del acotado Código, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción, es de tener en cuenta la dúplica del plazo de prescripción de la acción penal, pues el delito fue cometido los encausados en su condición de funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado; que, respecto a esto último, el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez/CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, estableció que la duplicidad del plazo de prescripción es un mayor reproche para aquellos funcionarios o servidores públicos que en ejercicio de su función perpetraban un delito contra el patrimonio del Estado, precisando que, si bien, dicha circunstancia especial se orienta a los delitos comprendidos en el capítulo segundo, título décimo octavo del libro segundo del código Penal, esto es, a los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, no todos tienen contenido patrimonial, por lo que, en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan el correcto funcionamiento de la administración pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

7. La duplicidad del plazo de prescripción no opera para el *extraneus*

En relación al encausado, si bien fue condenado a título de cómplice primario (*extraneus*) del delito de malversación de fondos cuando no

ostentaba la calidad de funcionario o servidor público, es de tener en cuenta que nuestra doctrina y uniforme jurisprudencia nacional apoya el principio de la unidad del título de imputación –en nuestra legislación la complicidad, con todas sus características y modalidades, es por igual aplicable a los delitos comunes y especiales (de función); es posible juzgar a un particular, junto con un funcionario o servidor público, en este caso como autor del delito de peculado, en calidad de cómplice del mismo delito–, encontrándose por tanto justificado subprocesamiento; contrariamente con relación a la dúplica del plazo de prescripción, tal circunstancia agravatoria no le alcanza a dicho encausado dada su condición de particular y no de funcionario o servidor público; que, a tales efectos, el glosado Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez/ CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, señaló en su décimo segundo fundamento jurídico que la dúplica del plazo de prescripción de la acción penal prevista en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal, en concordancia con el artículo cuarenta y uno de la Constitución Política del Estado, obedeció a un reconocimiento de un mayor reproche cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes que le pertenecen y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa; también señala dicho Acuerdo Plenario que el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se les confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos, lo cual implica un mayor desvalor de la acción; que, por consiguiente, el incremento del plazo de prescripción no le alcanza al encausado Pedro Alan Cambillo, pues, desde la fecha de la comisión del evento delictivo estando a la pena conminada para el delito de malversación de fondos, el plazo extraordinario de prescripción ha sido superado con exceso, debiendo de oficio declararse extinguida la acción penal instaurada en su contra por efectos del transcurso del tiempo.

V

Negociación incompatible

1. El delito de negociación incompatible como delito de infracción de deber

El delito de Negociación Incompatible con el Ejercicio de la Función Pública, regulado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, en el momento de los hechos, se tipifica cuando «*El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo*»; es considerado como delito de infracción de deber, pues, junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede* es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común -al menos parcialmente- con un beneficiario; es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas, en cuanto que deberes y expectativas de contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, están referidos a los titulares de un *status* especial[321].

2. Descripción típica

La configuración típica de este delito se configura cuando un funcionario o servidor público, aprovechando de su cargo, se interesa

---

[321] JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Peñaranda/Suárez/Cancio (trads.), Madrid, 1997, p. 363. Citado en la Ejecutoria Suprema del 11 de julio del 2012, R.N. N° 3156-2011-Lima, Sala Penal Transitoria.

directa o indirectamente en forma simulada en cualquier contrato u operación similar en que es parte el Estado. El acto material del sujeto activo se concretiza en que se interese en cualquier contrato que interviene en función de su cargo, esto es, en el marco de la contratación pública, en que el Estado contrata servicios, bienes, obras u adjudicaciones en la que intervienen terceros, y el funcionario se interesa en dichos contratos u operaciones. En el presente caso no se trata de ningún contrato u operación semejante que el Estado haya celebrado, pues el sujeto agente, está actuando en el ámbito de la administración de justicia, como servidor judicial, cuya imputación central es haber falsificado la firma del Juez en la resolución y oficio en que se dispone la entrega de un vehículo que estaba incautado en proceso judicial, supuesto de hecho que es ajeno a la actividad contractual que realiza el Estado; por lo que, los hechos descritos no configuran los elementos típicos del delito anotado[322].

3. La consumación del delito no entraña desmedro patrimonial

El hecho punible analizado si bien está comprendido dentro de los delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos; empero, la afectación que irroga se circunscribe al correcto funcionamiento de aquella, no entrañando su injusto, en estricto, un contenido patrimonial[323].

4. La duplicidad de la prescripción no opera en el hecho punible

Antes de ingresar al examen del fondo sustantivo o probatorio, conforme lo tiene establecido el Acuerdo Plenario número uno – dos mil

---

[322] Ejecutoria del 17 de mayo de 2011, R.N. N° 832-2010-Piura, Sala Penal Permanente.

[323] Ejecutoria del 1 de julio del 2011, R.N. N° 3593-2010, Cajamarca, Sala Penal Transitoria. El *factum* de la imputación consistió en que: según la acusación de fojas seiscientos treinta y siete, se imputa a **EDILBERTO HERNÁN VERGARA SORIANO** (Ex Gerente Regional de Promoción e Inversiones del CTAR - Cajamarca), ARTIDORO NEYRA ÁLVAREZ (Ex Gerente Regional de Administración del CTAR - Cajamarca), y FERNANDO SAENZ HORNA (Ex Gerente Regional de Operaciones del CTAR - Cajamarca) en sus calidades de Presidente, Secretario y Miembro, respectivamente, del Comité de Procesos de Adjudicación Directa - Adquisición de Módulos – Mobiliario Escolar del CTAR Cajamarca, haber facilitado la adjudicación y celebración del contrato con la empresa ganadora, denominada Servicios Generales «Frances» por la suma de ochenta y dos mil trescientos nuevos soles [el mismo que fue celebrado el **veintidós de febrero de dos mil dos**, según instrumental de fojas sesenta y dos].

diez /CJ- ciento dieciséis, su fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, «... 6. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable. 7. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución...».

A efectos de determinar si la potestad persecutora del Estado se encuentra o no vigente, corresponde remitirnos a la norma penal relativa al ilícito imputado -negociación incompatible con el cargo-, previsto en el artículo trescientos noventa y siete, en su formulación vigente al momento de los hechos [anterior a su modificatoria por Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro]; la que reprimía dicha conducta con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. Luego, considerando, que la prescripción extraordinaria, conforme al artículo ochenta y tres, último párrafo del Código Penal es equivalente al plazo de la prescripción ordinaria (pena máxima) más su mitad, en el caso del citado ilícito opera a los siete años y medio.

En consecuencia, confrontada la data de los hechos imputados [febrero del dos mil dos] con el plazo prescriptorio antes precisado, es evidente que, efectivamente, a la fecha que se emitió la sentencia recurrida [cinco de agosto de dos mil diez], la acción penal se encontraba prescrita; la que, por tanto, es menester anular por haber sido expedida cuando el plazo de vigencia de la acción penal correspondiente a dicho ilícito ya se encontraba vencido; debiendo significarse, a mayor abundamiento, que en el caso de este ilícito penal no opera la duplicidad del plazo de prescripción, dado que, a la luz de la diferenciación a que se contrae el Acuerdo Plenario número uno -dos mil diez/ CJ- ciento dieciséis, dicho delito si bien está comprendido dentro de los delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos; empero, la afectación que irroga se circunscribe al correcto funcionamiento de aquella, no entrañando su injusto, en estricto, un contenido patrimonial,

no cumpliéndose, por ende, la exigencia del último párrafo del artículo ochenta del Código acotado[324].

5. Escenarios de litigación

El subsistema anticorrupción la resolución recaída en el Incidente 37-2005-«LL» -Caso «CONAPA»- Primera Sala Penal Especial[325] ha establecido como parámetros de procedencia / improcedencia de una excepción de naturaleza de acción relativa al delito de negociación incompatible lo siguientes:

> a.- «... La Doctrina puntualiza que esta excepción está limitada al cuestionamiento de «... la antijuridicidad penal del hecho o su justiciabilidad (...) por lo que -en principio- no es posible cuestionar a través de este remedio procesal la presencia de la categoría culpabilidad o imputación personal (...). El análisis de si el sujeto es responsable penalmente constituye un juicio propio del fondo del asunto, que no tiene que ver con la delictuosidad o punibilidad del hecho objeto del proceso penal, y que, en todo caso, requiere de una actividad probatoria específica, imposible de llevar a cabo en vía incidental ...»; agregando que, en tal sentido, «... sólo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito (...) surge con toda evidencia de los términos de la imputación ...»; acotando: «... si la excepción se plantea basándose en cuestiones relativas al descargo de responsabilidad (...) debe

---

[324] Ejecutoria del 1 de julio del 2011, R.N. N° 3593-2010, Cajamarca, Sala Penal Transitoria. Disponiendo en el caso concreto: **NULA** la sentencia de fojas setecientos treinta y dos, del cinco de agosto de dos mil diez, que condenó a EDILBERTO HERNÁN VERGARA SORIANO por el delito contra la Administración Pública en su figura de negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de dos años, sujeto a reglas de conducta; e inhabilitación para el ejercicio de la función, cargo o comisión desempeñados y para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el periodo de un año, fijando en tres mil nuevos soles el monto que deberá abonar a favor del agraviado por concepto de reparación civil; En consecuencia, declararon: **PRESCRITA** de oficio la acción penal incoada contra el referido encausado por dicho ilícito penal en agravio del antes mencionado; **MANDARON:** ARCHIVAR definitivamente el proceso en este extremo; **DISPUSIERON:** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados a consecuencia del referido delito; con lo demás que contiene y los devolvieron.

[325] Ver www.pj.gob.pe/intranet/archivos_subidos/SPE_CSJL_040108_37-05-LL.pdf.

declararse infundada puesto que el mayor o menor grado de responsabilidad debe verse en el proceso mismo ...»

b.- «... el artículo 397° del Código Penal (...) penaliza la conducta de «El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo (...). Es sujeto activo el funcionario o servidor público con facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo (...). De no existir vinculación en razón al cargo o función en el interés ilícito del funcionario o servidor, el supuesto de hecho será atípico de esta figura (...). En efecto, no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones (...). En el comportamiento típico el verbo rector es «interesarse» directa o indirectamente o por acto simulado, la acepción del término interesarse es el de **«injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales** (...) interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros ...».

5.1. Delimitación de la imputación

Imputación formulada a título de autoría	Imputación formulada contra el excepcionante a título de complicidad
[a.1.1] «... se imputa a los denunciados ser presuntos autores del delito Contra la Administración Pública – **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE** – en agravio del Estado, por cuanto en su condición de funcionarios públicos, **como miembros del Comité Especial de la Licitación Pública por Subasta Inversa N° 016-2006-ED/UE-026 (...) del Ministerio de Educación; indebidamente y en forma directa se habrían interesado, en provecho de un tercero,** en la adquisición de mobiliario escolar (carpetas) en fibra de vidrio y aluminio **a la empresa VERITAS** por un monto de S/. 4`362,000.00 nuevos soles en la que intervinieron por razón de su cargo...».	[a.1.2] «... los denunciados **Gerente General** y la encargada del área de ventas de la empresa **VERITAS** también **contribuyeron a la comisión del delito denunciado; por cuanto,** el denunciado Gianfranco **dispuso a la denunciada Nilda efectúe las coordinaciones con sus co-denunciados del Ministerio de Educación con motivo del proceso de selección materia de la presente investigación** ...»

5.2. Los hechos e inferencias del Titular de la Acción Penal en que se sustentan las referidas imputaciones

Proposiciones Fácticas esgrimidas por el Titular de la Acción Penal a efectos de sustentar imputación formulada contra excepcionante.	Inferencias:
a.- «...la denunciada Nilda, encargada del Área de Ventas, por disposición de su Gerente General, el denunciado Gianfranco **llevó un modelo de carpeta de fibra de vidrio y aluminio al Ministerio de Educación, la misma que fue derivada a la denunciada ROSARIO, encargada de efectuar la ficha técnica y miembro del Comité Especial**...»(sic)	a.- «... **en el curso del proceso de selección**, la representante de la **empresa VERITAS**, la denunciada Nilda, encargada del Área de Ventas, **por disposición de su Gerente General, el denunciado Gianfranco, efectuó coordinaciones con los funcionarios del Ministerio de Educación, encargados del proceso de selección materia de la presente investigación** (...).(sic)**b.-** «... se colige, que en este caso, **los denunciados funcionarios del Ministerio de Educación mostraron indebido interés en el otorgamiento de la buena pro a la empresa VERITAS** ...» (sic)
b.- «... dicha adquisición derivó en el contrato N° 018-2007-ME/SG-OA-UA entre el Ministerio de Educación y la empresa VERITAS, no obstante **fue resuelto por el Ministerio de Educación en el mes de abril del 2007**, por incumplimiento, al no recibirse las cartas de garantías correspondientes ...». (sic)	**b.-** «... de lo que **se colige que el Comité Especial no habría evaluado debidamente** a la empresa ganadora de la Buena Pro en su oportunidad; sólo así es explicable que dicha empresa no haya cumplido con el contrato, perjudicándose el Estado con la resolución del contrato y no poder adquirir oportunamente las carpetas ...». (sic)
c.- «... **como medios indiciarios referentes**, además **se tiene que** la empresa VERITAS suele mostrase irresponsable con el Estado; así, en el proceso de Licitación Pública por Proceso de Selección Abreviado N° 013-2006-ED/UE-108, para la adquisición de aulas pre-fabricadas para la atención de locales escolares, ganó la buena pro conjuntamente con la empresa ESTRUCTURAS pero ocurre que la empresa VERITAS presentó como experiencia en la	

actividad una factura por un monto de S/. 9`528,484.70 por la venta de inmobiliario pre fabricado y otros a la empresa METAL en el cual dicho contrato tenía como fecha de la primera entrega el 15 de febrero del 2007, es decir tenía un contrato y factura legal, pero no demostraba su experiencia en el rubro a la fecha de la licitación, por lo que el Ministerio de Educación decidió otorgar el 100% de la Buena Pro de dicha licitación a la empresa ESTRUCTURAS ...».	
d.- «... **también resulta medio indiciario referente** que la empresa VERITAS no honre sus compromisos en otros contratos; así en el referido contrato por la suma de S/. 9`528,484 por la venta del mobiliario pre fabricado a la empresa METAL no cumplió con el contrato, motivo por el cual esta empresa resolvió el contrato el 14 de marzo del 2007 por el incumplimiento de la empresa VERITAS...»	
e.- «... **también se tiene** que fue resuelto el contrato con la empresa Industria Peruana de Aluminio, que es la que proveería la maquinaria respectiva para la fabricación de las carpetas materia de la presente denuncia ...».	

5.3. Proposiciones fácticas del Titular de la Acción Penal acogidas por la A-Quo para abrir proceso contra el excepcionante

Proposiciones fácticas acogidas	Inferencias establecidas
a.- «...se tiene que (...) el representante legal de Veritas Gianfranco **dispuso a su representante de venta Nilda con fecha 17.11.2006 (fecha bastante antelada a la aprobación de las Bases de la Licitación Pública en cuestión, esto es, 28.12.2006) hiciera entrega de un modelo de carpeta en fibra de vidrio al Área de Infraestructura del Ministerio de Educación** (área usuaria que realizó el requerimiento para la adquisición del material probatorio escolar), **no habiendo ambos denunciados en la etapa preliminar señalado en forma clara y precisa el modo y circuns-**	«... de allí su presunta participación en los hechos materia de denuncia...» (sic).

tancias cómo habrían tomado conocimiento del requerimiento, ya que esa información aún era interna conforme así se desprende del Informe emitido por la Oficina General de Administración del Ministerio de Educación...»	
b.- «... **Cabe agregar** que dicha empresa VERITAS participó en el Proceso de Licitación Pública por Proceso de Selección Abreviado Nº 0013-2006-ED/UE 108, Licitación que se generó a requerimiento del área usuaria Órgano de Infraestructura del Ministerio de Educación a cargo del denunciado Ruiz, en el cual **luego de haberse otorgado la Buena Pro con el 50% a Veritas Edificaciones con fecha 11.12.2006, 02 días después se presentó una denuncia contra dicha empresa en la que se calificaba como falsa la única factura presentada que acreditaba su experiencia en la actividad ...».**	

5.4. Proposiciones fácticas asumidas por la A-Quo para no abrir proceso contra el co-denunciado Carlos (Presidente del Comité de Licitación)

Proposiciones fácticas acogidas	Inferencias establecidas
a.- «...en cuanto al denunciado CARLOS(...) **de acuerdo a cómo se habrían producido los hechos antes del 12 de enero del 2007**, fecha en que se desarrolló la apertura de sobres y otorgamiento de la buena pro (...), no existen indicios de su presunta participación en los hechos denunciados su participación habría correspondido en su calidad de Presidente del Comité Especial de la Licitación Pública por **Subasta Inversa**, proceso en el cual conforme prescribe el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (...) se encuentra definido como la modalidad de selección por la cual una entidad realiza la adquisición de bienes comunes a través de una oferta pública y en la cual **el postor ganador será aquél que ofrezca el menor precio** en igualdad de circunstancias comerciales y de servicio. Que debe entenderse como «bienes comunes» aquellos cuyos patrones de desempeño y calidad pueden ser objetivamente definidos por medio de especificaciones usuales en el mercado y respecto de las cuales **sólo cabe discutir su precio...»**	**a.-** «... **se colige que en el Acto mismo de desarrollo de la Licitación con presencia de los postores (...) sólo cabía discutir los precios ofrecidos por los postores debiendo resultar ganador aquél que ofreciera el menor precio, no otorgándole el reglamento facultades discrecionales (...) por ello en cuanto a lo que respecta de este denunciado deberá desestimarse la pretensión del Ministerio Público ...»** (sic)

La imputación contra el recurrente es de que en el contexto de un proceso de licitación por subasta inversa para la adquisición de determinado mobiliario escolar entabló coordinaciones con determinados funcionarios del Ministerio de Educación (comprendidos como presuntos autores) de cara a ser favorecido para la obtención de la buena pro de la empresa VERITAS, siendo que tales coordinaciones se evidenciarían en el hecho incontrastable de haber el representante de dicha empresa, el recurrente, entregado una carpeta, del modelo del mobiliario que se debía adquirir, antes de la fecha de la subasta y otorgamiento de la buena pro.

Lo anterior se reafirma con el hecho de que el auto de procesamiento de desestimar la denuncia en torno al denunciado Carlos (Presidente del Comité Licitador) relieva serle ajeno a este último los hechos acontecidos «**antes del 12 de enero del 2007**», lo cual reafirma que el **contexto temporal** de los hechos imputados a los procesados (como autores y cómplices) se circunscribe **a antes del 12 de enero del 2007**, fecha esta última de la apertura de sobres y otorgamiento de la buena pro.

5.5. Del evidenciamiento de la atipicidad del hecho atribuido como sustento fáctico del delito imputado

Siendo el hecho atribuido al recurrente, conforme se desprende de lo precedentemente reseñado, la entrega de una carpeta similar al mobiliario que debía adquirir el Ministerio de Educación antes de la subasta y otorgamiento de la buena pro, lo que permite inferir, según la imputación, las coordinaciones entabladas entre el recurrente y funcionarios del Ministerio de Educación para ser favorecida la empresa VERITAS, la imputación así formulada resulta atípico por las razones siguientes:

No puede soslayarse en absoluto el tipo de proceso licitario (por subasta inversa) en que se incardina el hecho atribuido, el mismo que conforme a su regulación se caracteriza porque la adquisición recae sobre bienes de características predeterminadas por CONSUCODE y la elección se circunscribe a la oferta de menor precio.

Por tanto, siendo que en el proceso licitario por subasta inversa se encuentran predeterminadas por CONSUCODE las características del mobiliario que debía adquirir el Ministerio de Educación y la elección únicamente se concentraba en el precio, no resulta ni material ni jurídicamente posible, una imputación de favorecimiento en dicho proceso

a través de la entrega antes de la subasta y otorgamiento de la buena pro de una carpeta similar al mobiliario que debía adquirir el Ministerio de Educación, por cuanto aún en hipótesis abstracta tal entrega no se erige en un medio posible para acceder a la buena pro, sino el ofrecimiento al Estado del menor precio en relación a los demás postores, hecho esta último que no se le atribuye en modo alguno al recurrente.

Que más aún, es así como lo entiende el propio auto de procesamiento, tal y como se desprende del análisis efectuado cuando se desestimó la denuncia en el extremo del denunciado Carlos (Presidente del Comité Licitador) al señalarse que «...**en el Acto mismo de desarrollo de la Licitación con presencia de los postores (...) sólo cabía discutir los precios ofrecidos por los postores debiendo resultar ganador aquél que ofreciera el menor precio, no otorgándole el reglamento facultades discrecionales ...**»; lo que quiere decir que dicho auto relievó también que a este último (aún en su condición de Presidente del Comité de Licitación) le era ajena toda facultad discrecional en la elección de la ganadora de la buena pro, por cuanto –según indica el auto– en la elección correspondiente a un proceso de licitación por subasta inversa, dada la estandaridad de los bienes demandados por el Estado sólo corresponde elegir a aquella que ofrece un precio menor[326], esto es, debía circunscribirse a verificar cuál era el postor que ofreciese el menor precio; dependiéndose que ya desde el referido auto se consideraba la capacidad decisoria de los miembros del Comité de Licitación por Subasta Inversa inapta para la posibilidad de un favorecimiento a determinado postor por cualquier motivo diferente a la oferta de un menor precio.

5.6. Corroboración de la atipicidad del hecho atribuido con lo actuado en la instrucción

La atipicidad del hecho atribuido (entrega de una carpeta similar al mobiliario que debía adquirir el Ministerio de Educación antes de la subasta y otorgamiento de la buena pro) se ha visto corroborada en el

[326] Tal limitación de la facultad discrecional no podría ser de otra forma, si se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 175° del Reglamento de la Ley N° 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, conforme al cual «... **La Subasta Inversa es la modalidad de selección por la cual una Entidad realiza la adquisición de bienes comunes a través de una oferta pública y en la cual el postor ganador será aquél que ofrezca el menor precio en igualdad de circunstancias comerciales y de servicio ...**».

decurso de la instrucción con lo informado por CONSUCODE, el que en su calidad de órgano competente y especializado en lo relativo a contrataciones del Estado, absolviendo las inquietudes formuladas por este Juzgado, expone en su Informe Técnico remitido a través del oficio del 11 de noviembre del 2008, lo siguiente: «... no existe norma expresa que prohíba a una empresa entregar un bien común como muestra a una entidad antes de que se convoque el proceso por subasta inversa».

Que tal afirmación de CONSUCODE de negar toda irregularidad al hecho de que uno de los postores entregue un bien común como muestra, incluso antes de la convocatoria del proceso por subasta inversa -máxime en el presente caso, en el que la imputación da cuenta de haber acontecido antes del otorgamiento de la buena pro- converge en lo antes señalado respecto a la regulación jurídica especial del proceso licitario por subasta inversa el que, conforme se indicó, se caracteriza porque la adquisición recae sobre bienes de características predeterminadas por CONSUCODE y la elección se circunscribe a la oferta de menor precio, dado que las características técnicas ya se encuentran estandarizadas resultando inconducente a cualquier pretensión de favorecimiento la entrega de una muestra por parte de alguno de los postores, lo cual corrobora de manera contundente la imposibilidad material y jurídica de erigir una imputación por negociación incompatible con el cargo a partir del hecho atribuido de entrega de una carpeta similar al mobiliario que debía adquirir el Ministerio de Educación antes de la subasta y otorgamiento de la buena pro.

Asimismo, tal constatación de atipicidad del hecho atribuido se ve solventada además con las declaraciones de quien se desempeñó como veedora del Órgano de Control Institucional del Ministerio de Educación, señora Carmen y del Notario quienes afirman categóricamente que el proceso licitario por subasta inversa presencial N° 016-2006-ED/UE 026 en cuestión en el que obtuvo la buena pro la empresa VERITAS, representado por Gianfranco fue absolutamente regular.

5.7. Afirmación de la atipicidad del hecho atribuido a partir de la constatación de la inexistente homologación de éste frente a eventos procesados como negociación incompatible

Tal como ya habíamos señalado al referirnos al Inc. 37-2005-«LL»-Primera Sala Penal Especial, existe jurisprudencia sobre delito de

negociación incompatible cuya casuística tipificada a través de dicha figura penal no presenta en absoluto ninguna similitud fáctica con la que es materia del presente proceso. En efecto, tratando de encontrar un patrón en los supuestos que a través de la jurisprudencia se han procesado mediante este tipo se tienen:

Contratación como servidor público a quien presuntamente no reunía los requisitos mínimos establecidos: Caso CONAPA - Exp. 37-2005-Primera Sala Penal Especial.

Abuso de funciones para la contratación en el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-MINDES - de Karla Melissa Schaefer Cuculiza de Salinas, José Shaefer Cuculiza y Juan Carlos Salinas Lanfranco «todos ellos familiares de la ex Ministra Luisa María Cuculiza Torre». (sic): R.N. N° 1131-2005[327].

Simulación de procedimientos de adjudicación beneficiando de manera ilegal a determinadas empresas: STC N° 10275-2006-PHC/TC.

Resulta elocuente así la diferencia entre los hechos atribuidos en el presente proceso y los que la jurisprudencia ha abordado bajo dicho tipo penal.

5.8. Inconducencia jurídica-material de los hechos indiciarios atribuidos para sustentar el delito

Fijado lo anterior, cabe añadir que el presunto favorecimiento se habría expresado además en situaciones que denotarían una insuficiente o deficiente evaluación de la empresa VERITAS, al respecto es de significar nuevamente de que en la selección por subasta inversa no existe otro factor decisivo para el otorgamiento de la buena pro que no sea el precio, no correspondiéndose ninguno de los hechos referenciados como «indicios» de alguna coordinación en dicho sentido.

5.9. De la necesidad de compatibilizar la atipicidad del hecho atribuido con los precipitados estándares constitucionales

Conforme a lo antes señalado, y a la luz de las exigencias constitucionales antes precisadas, se advierte que la imputación

---

[327] Ver http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/documentViewer.jsp?id=0

recaída contra el citado procesado de haber hecho entrega de una carpeta -del modelo del mobiliario que se debía adquirir- antes de la fecha de la subasta y otorgamiento de la buena pro en el contexto de un procedimiento de subasta inversa que recae sobre bienes estandarizados y donde la decisión se toma en función al postor que ofrece el menor precio (al punto que precisamente por tal motivo el propio auto de procesamiento le reconoció no tener capacidad decisoria al Presidente del Comité Licitador dentro de dicho proceso de selección) importa un hecho atípico, totalmente ajeno a la posibilidad de acceder y ser beneficiario de una injerencia de los presuntos autores decisiva para la posibilidad de lograr un contrato con el Estado; correspondiendo por tanto conciliar o compatibilizar la decisión a recaer sobre el recurrente con las premisas fácticas asumidas al desestimar la denuncia en relación a CARLOS (Presidente del Comité Licitador); con las exigencias propias de la figura penal imputada, y fundamentalmente, con lo que ha se verificado a través de las actuaciones probatorias efectuadas.

VI
Tráfico de influencias

1. De la discusión y diseño a nivel constitucional

1.1. Del cuestionamiento al elemento típico patrimonial por la Fiscalía de la Nación

Con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el fiscal de la Nación, contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modifican el artículo 400 del Código Penal, la disposición legal cuestionada establecía que:

> «Artículo 1 de la Ley N° 29703 en el extremo que modifica los artículos 400 del Código Penal (tráfico de influencias)
>
> Modifícanse los artículos (...) 400 (...) del Código Penal, con los textos siguientes:
>
> (...)
>
> Artículo 400. Tráfico de influencias
>
> El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.
>
> Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal (...)».

El Fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29703, Ley que modificó el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública.

Alega que la disposición impugnada contraviene los artículos 3 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, como parte del bloque de constitucionalidad de los artículos 43, 44 y 76 de la Constitución. En este sentido, sostiene que los referidos tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, señala que en la sentencia recaída en el Exp. N° 019-2005-PI el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción en el sentido de que «*la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos...*». Sostiene que los referidos tratados internacionales constituyen normas interpuestas del artículo 44 de la Constitución Política en tanto que hacen posible la efectividad del bienestar general a través de la sanción de los actos de corrupción que podrían socavarla. También ha señalado que las normas contenidas en los referidos tratados internacionales son normas interpuestas del artículo 43 de la Constitución Política, en la medida que establecen los parámetros generales de carácter internacional de determinación de los actos de corrupción que contravienen las reglas de un Democrático de Derecho y por consiguiente lo ponen en peligro.

A su vez, señala que las referidas normas internacionales constituyen normas interpuestas del artículo 76 de la Constitución: «Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades».

Al respecto, señala que el Tribunal Constitucional ha considerado que la función de esta disposición constitucional es determinar y a su vez garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento especial que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y trato justo e igualitario a los potenciales proveedores (Exp. N° 020-2003-AI).

Así las cosas, señala que, para el caso del delito de tráfico de influencias, de una lectura de la norma penal, tanto en su versión actual como la que es materia de cuestionamiento, se advierte que este delito supone que quien invoca ser titular de influencias reciba «*...donativo u promesa o cualquier otra ventaja*» y que posteriormente el titular de la influencias se comprometa a «*...interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo...*».

Es decir, la disposición no está dirigida a reprimir en concreto actos irregulares "cometidos por el propio funcionario sino que se dirige a la conducta de un tercero que, teniendo influencia sobre aquél, promete interceder en beneficio de los intereses de particulares. Al respecto, desde el Derecho penal se ha entendido que la tipificación penal de actos de Tráfico de Influencias supone una suerte de adelantamiento de la persecución penal hasta un momento previo a la posible comisión de actos de corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa (Cfr. San Martín, et al, Los delitos de Tráfico de Influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 27). De este modo, queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de actos de personas que busquen influir negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos.

1.2. Análisis constitucional de la despenalización de las influencias aparentes o simuladas

La parte demandante solicita que a través de una sentencia manipulativa se elimine el término «real» de la redacción del delito de tráfico de influencias en la disposición impugnada:

> «El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público» (subrayado agregado)

El objeto de la demanda es evitar que quepa la posibilidad de interpretar dicha disposición en el sentido de que únicamente resultan

penalmente relevantes aquellos supuestos en los que se trata de influencias reales y no únicamente las aparentes. Conforme a la antigua redacción de la norma, así como la de la norma que reemplazó a la disposición en cuestión, se prevé expresamente:

> «El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público...» (subrayado agregado)

Como es de verse, la demanda en este extremo está dirigida a cuestionar la despenalización del supuesto consistente en el tráfico de influencias simuladas. Al respecto, el único fundamento aportado por la parte demandante para cuestionar la constitucionalidad de la modificación del delito de tráfico de influencias operado a través de la ley en cuestión es la pretendida disconformidad con el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sin aportar argumento alguno. Al respecto, cabe señalar que es doctrina consolidada de este Tribunal la exigencia a cargo de cualquiera de los sujetos legitimados en el proceso de inconstitucionalidad, de que al impugnar una norma con rango de ley, se identifique la disposición o las disposiciones de la Constitución que habrían resultado infringidas así como ofrecer los argumentos jurídico constitucionales por los que se debería expulsar la norma impugnada del ordenamiento jurídico. En ese sentido, se ha afirmado que «cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los demandantes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, por ello, hablar, de una carga del recurrente y en los casos que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar» (STC 0010-2002-AI/TC. fundamento 115).

Lo que se cuestiona en el presente caso es la descriminalización de un supuesto de tráfico de influencias. Así, habiéndose tipificada desde un principio el tráfico de influencias reales, como el de influencias simuladas se cuestiona que por efecto de la ley impugnada el tráfico de influencias simuladas no pueda ser perseguido penalmente. Como se sabe, y conforme a lo ya señalado, puede resultar inconstitucional

no solo una ley penal que constituye una intervención excesiva en los derechos sino también una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Desde luego, y atendiendo al margen del/que goza el legislador para configurar los delitos y las penas, así como al carácter subsidiario del Derecho Penal, para determinar que un supuesto de descriminalización o de atenuación de la persecución penal resulta inconstitucional no basta con advertir el fin constitucionalmente válido que podría ser protegido a través de una norma penal, puesto que, como se sabe, el Derecho penal no es la única forma de protección sino acaso la última y la más gravosa. Además de la existencia de un bien constitucional deberá determinarse que la falla de persecución penal para este supuesto lo deja en indefensión. Para ello, como ya se señaló es necesario el concurso de la parte demandante, quien debe aportar argumentos constitucionales que permitan al Tribunal Constitucional dilucidar la pretensión, lo que no se ha dado en el presente caso.

En cuanto al único argumento esgrimido por la parte demandante atinente a que la exclusión del supuesto de tráfico de influencias simuladas no es conforme con el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cabe señalar que el referido tratado internacional no contiene en estricto un mandato imperativo al Estado peruano para criminalizar de determinada manera el delito de tráfico de influencias. Este no es el caso, por ejemplo, de los artículos 16, 17 y 23 de la Convención, referidos a la obligación de reprimir soborno de funcionarios públicos extranjeros, la desviación de bienes y blanqueo del producto del dinero, respectivamente, que sí contienen un mandato imperativo para el Estado peruano. Así, en cuanto al soborno de funcionarios públicos extranjeros se prescribe que: «cada estado parte adoptará las medidas legislativas (...) para tipificar como delito (...)», en cuanto a la desviación de bienes: «cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otras índole que sean necesarias para tipificar como delito», en relación al blanqueo del producto del dinero: "cada Estado Parte adoptará (...) las medias legislativas (...) que sean necesarias para tipificar como delito...». En cambio, para el caso del tráfico de influencias el referido tratado internacional en su artículo 18 prescribe que "cada Estado Parte considerará la posibilidad die adoptar las medidas legislativas y/de otras índole que sean necesarias para tipificar como delito...» (subrayado maestro). De este

modo, el Tribunal Constitucional no considera que de dicho tratado se derive una obligación del Estado peruano de prever como supuestos de tráfico de influencias los casos de influencias simuladas.

Ahora bien, cabe señalar que la desestimatoria de este extremo de la demanda atinente al cuestionamiento de la descriminalización del tráfico de influencias simuladas no implica en modo alguno que necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional.

En el presente caso se ha analizado la constitucionalidad de la **despenalización** de los actos de tráfico de influencias irreales, no habiéndose encontrado disconformidad con la norma constitucional. Sin embargo, de ello no se puede inferir de manera mecánica que el legislador esté prohibido de incorporarlo nuevamente al ordenamiento jurídico. Ello supondría un nuevo juicio de constitucionalidad sobre su criminalización, aspecto que no ha sido materia de demanda de inconstitucionalidad.

2. El bien jurídico protegido en el art. 400 y la necesidad de su protección limitada a los que conculcan el prestigio y el buen nombre de la Administración

A diferencia de lo que sucede con otros delitos que se encuentran tipificados en la misma sección IV del capítulo II del Título XVIII del Código penal peruano, el delito previsto en el art. 400 no tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública. Tanto el sujeto activo, como la persona a la que se dirige el ofrecimiento de la influencia, son particulares, o personas que actúan como tales. El ámbito en el que se puede dar este delito es, por tanto, completamente privado. La única relación que muestra con la función pública es su referencia a la misma como objeto de influencia. El sujeto que ofrece hacer uso de esa influencia puede o no tenerla («real o simulada»), llegar o no a hacer uso de ella («ofrecimiento de interceder»). Lo que constituye el contenido de injusto del delito en cuestión es ofrecerse a alguien para ejercer influencia sobre un tercero. Por tanto, el bien jurídico protegido en este precepto no puede ser otro que, como ya puse de relieve en un primer comentario al delito homólogo introducido en el Código Penal español por reforma de 22 de marzo 1991 (cfr. MUÑOZ CONDE, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*, apéndice a la 8ª edición de

mi Parte Espacial, Valencia 1991, p. 15), «el prestigio y el buen nombre de la Administración» (de «protección del prestigio y del regular funcionamiento de la administración pública», habla el juez en su resolución), un concepto, en todo caso, ciertamente etéreo y difícilmente aprensible.

3. Del solicitante y activador de las influencias

El presente tópico es abordado con la siguientes interrogante: ¿Cabe una responsabilidad penal, siquiera sea a título de participación, de las personas que acuden solicitando su intervención al que se atribuye influencias, sean éstas reales o simuladas y realiza alguna de las conductas tipificadas en el art. 400 del Código penal peruano?

Al respecto el maestro español MUÑOZ CONDE analizando el caso de la empresa Luchetti S.A., relieva que: El Juez que ha dictado la resolución de 24 mayo responde negativamente a esta cuestión, de forma tajante y con diversos argumentos de carácter dogmático con los que fundamenta y motiva su resolución. Después de una lectura detenida de la misma y de los argumentos esgrimidos en ella, así como de un estudio técnico jurídico de la doctrina que más relevantemente se ha ocupado del tema, creo también que hay muchas razones para apoyar su resolución, y estimarla perfectamente ajustada a derecho. De ellas paso a ocuparme seguidamente.

El artículo 400 del Código Penal prescribe que: «El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años».

A pesar de la indeterminación del sujeto activo, en el sentido de que puede serlo cualquier persona, por la propia ubicación sistemática del precepto y por la descripción de la acción típica que en el mismo se hace, está claro que se trata de un *delito «sui generis»*, una especie de mezcla entre delito especial y delito de propia mano, en el que la ratio del precepto parece ser que sólo la persona que invoca la influencia y recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, puede ser calificado como autor en sentido estricto. Ello naturalmente no excluye la posibilidad de que dichas acciones puedan ser cometidas entre varias

personas, formando parte de un equipo o tándem criminal, en una división de papeles o roles que es, lo que, según ROXIN (*Autoría y dominio del hecho*, traducción español de la 6ª ed. alemana, Madrid, 1998, pp. 303 y ss.) y la doctrina dominante, fundamenta el «dominio funcional del hecho» y con ello la *coautoría* a la que alude el art. 23 del Código penal peruano en su inciso «y los que lo cometan conjuntamente» (véase BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, revisado y concordado por Carmen GARCÍA CANTIZANO, 3ª ed., Lima, 2000, p. 218). En este sentido, podría decirse que (co) autores de este delito serían no solo Montesinos Torres, sino también sus colaboradores Borobio Guedes y Orlando, quienes, según queda constado, se dedicaban a contactar con los funcionarios o Magistrados que tenían que ser influenciados y hacer, siguiendo las instrucciones de Montesinos y el plan previamente acordado, las gestiones que fueran necesarias para ello.

Pero mucho más discutible es que la misma responsabilidad, aunque fuera indirecta por la vía de la participación, inducción o complicidad, pudiera recaer sobre el particular que acude a Montesinos en demanda de su intervención o gestión para solucionar un problema. Lo primero que hay que advertir es que la cuestión de si cabe la participación de terceros no mencionados expresamente en la redacción, los tipos de estos delitos especiales no pueden ser resueltas apriorísticamente conforme a las reglas y preceptos generales contenidos en la Parte General. La mayoría de las veces el legislador ha resuelto expresamente, cuando así lo ha considerado conveniente, la punibilidad de la intervención de particulares en estos delitos especiales. Así, por ejemplo, el art. 418 del Código penal español de 1995 castiga al particular que se aprovecha de información privilegiada que le suministra el funcionario. Y el art. 399 del Código penal peruano castiga la corrupción activa de funcionarios, es decir, al particular que corrompe a un funcionario público.

En el art. 400 de dicho Código no se castiga, sin embargo, expresamente dicha conducta. ¿Hay que deducir de ello que el legislador no ha querido castigar al particular, porque considera que en este caso más que de un delincuente se trata de alguien que de algún modo se ve forzado a acudir al traficante de influencias? ¿O deberían aplicarse las reglas generales que regulan en la Parte General la inducción y la complicidad y calificar la intervención del particular en base a estos preceptos como inducción o complicidad en un tráfico de influencias?

Mi opinión es que la solución correcta es la que ha adoptado el juez en su resolución de 24 mayo y que, en consecuencia, la conducta del particular al que se ofrece la influencia debe quedar impune, no tanto porque no encaje literalmente en los conceptos de inducción y complicidad de los arts. 24 y 25 del Código penal peruano, sino *por no ser merecedora de pena* conforme a la naturaleza especialmente vinculada a la figura del «traficante de influencias» del art. 400, y no a la del que, en cierto modo, no es más que su víctima o víctima de un sistema generalizado de corrupción, en el que frecuentemente hay que acudir a este tipo de personajes para conseguir el reconocimiento de derechos, por lo demás perfectamente legítimos, que, sin embargo, no son siempre obtenibles por los cauces jurídicos normales. Pero vayamos por partes.

4. Conducta típica

El delito exige que el autor solicite, reciba o acepte la promesa que se le dará dinero o una dádiva, con la finalidad específica de hacer valer su influencia sobre un funcionario público con competencia en la materia respecto de la cual se pretende una determinada actuación. Tal cosa sucede con relación a aquellos que utilizan el contacto de un agente público para agilizar los trámites de expedición de pasaportes y cédulas de identidad; o que piden dinero a quien se encontraba investigado en una causa penal, para influir ante aquellos empleados o funcionarios del juzgado con poder de incidencia a su favor.

El negocio ilegal que celebra el traficante con el tercero debe tener como contenido esa influencia: se paga o se promete pagar para que se la haga valer. Entre la solicitud o el acuerdo y la prestación tiene que haber una relación causal, aunque no interesa que la gestión haya dado resultados positivos conforme a lo convenido; ni siquiera es necesario que el autor cumpla con su compromiso llevando a adelante esa gestión; basta con la mera solicitud, recepción o promesa con esa finalidad. Si el sujeto activo no actúa con ese designio, no hay tráfico, aunque puede existir cohecho o estafa según el caso.

5. Falta de merecimiento de pena en la conducta del particular interesado en la influencia

A la vista del vago e indeterminado contenido material del art. 400, se hace necesario hacer una interpretación restrictiva del mismo

con el objeto de restringir su aplicación sólo a aquellos casos verdaderamente merecedores de pena. Puede ser que se considere ya merecedor de pena al que ofrece hacer uso de su influencia. Es más, puede incluso que dicha conducta en el caso que la influencia sea simulada pueda dar lugar a una verdadera estafa para el particular. Piénsese, por ejemplo, en el que, con el pretexto de pretendidas buenas relaciones con un funcionario, solicita del particular una buena cantidad de dinero para a cambio de ello influir sobre el funcionario en la solución de un asunto que interesa al particular. En estos casos que la doctrina italiana llama de «venta di humo», el particular interesado es claramente víctima de una estafa, y sería absurdo considerarlo, sin embargo, responsable, autor o partícipe, de un delito tráfico de influencias.

Pero ¿por qué tiene que ser diferente su calificación, si la influencia que se ofrece es real y no fingida como en el caso anterior? En todo caso, el particular interesado en la influencia se encontraría siempre en una especie de estado de necesidad (cuando no de clara coacción), al no ver otra salida para su problema que acudir a la persona que, dada su reconocida influencia en los más altos sectores del poder, puede resolverlo usando de su influencia. Desde luego no se entiende muy bien que pueda llegar a constituir delito, de forma directa o indirecta, buscar a alguna persona influyente en la Administración para resolver algún asunto o problema con la propia Administración.

Volviendo al relato de hechos que hace el juez en su resolución de 24 de mayo. El mismo día ocho de enero de 1998, inmediatamente después de las vacaciones de Navidad, Año Nuevo y Reyes Magos, en el que los abogados de Lucchetti interponen una demanda de amparo contra la municipalidad de Lima que, por las razones que sean, ha suspendido la licencia que anteriormente había concedido para explotar una industria dedicada a la fabricación de pastas, se entrevistan con Montesinos en las dependencias que éste tiene en el edificio del servicio de inteligencia. Uno se puede imaginar que debe ser bastante impresionante para un particular, más si es extranjero o representante de una empresa extranjera, entrevistarse en dicho sitio con una persona que, en ese momento, todo el mundo sabe que es una de las más influyentes del país. El nivel de desesperación que deben tener los representantes de Lucchetti, al ver cómo el costoso proyecto de inversión se les puede venir abajo, debe ser grande. Y

alguien debe haberles aconsejado que se entrevisten con Montesinos, en aquel momento verdadero factótum de la política peruana. Los representantes de Lucchetti y probablemente los de otras muchas empresas similares van a esta entrevista por así decir con la soga al cuello, dispuestos a seguir las instrucciones que dicho personaje les aconseje. A todo esto, Montesinos es también o ha sido abogado, probablemente buen conocedor del funcionamiento de la Administración de Justicia, y en algún momento hace gala de sus conocimientos jurídicos. No puede decirse con esto que la intercesión de Montesinos fuera a ser puramente técnica o profesional, pero sí que, como se observa muchas veces en la conversación grabada en video entre él y los representantes de Lucchetti, trata muchas veces de aspectos jurídicos, sobre los que incluso se permite darles algunos consejos (pertinencia del recurso de amparo, eficacia de la medida cautelar, etc.). Pero, sobre todo, en el fondo está presente la rivalidad política entre el Gobierno de Fujimori y su consejero Montesinos con el Alcalde de Lima, Andrade. «*Tenemos que destruirlo*», prosiguiendo en tratar temas de cómo sacarlo del escenario político al alcalde Andrade», como se recoge literalmente en la resolución judicial comentada). Sabiendo de esa mala relación entre Gobierno y Municipalidad de Lima, parece, pues, lógico que los representantes de Lucchetti quisieran utilizarla en su beneficio. Ello puede ser más o menos recusable en plano ético-político o profesional, pero difícilmente reprochable en el jurídico-penal.

Imaginemos que la citada conversación se hubiera realizado en un despacho de abogados de la misma ciudad de Lima, incluso de los más famosos. A nadie se le escapa que, en todas partes del mundo, los despachos de abogados más famosos y que más éxitos tienen en la gestión y solución de los asuntos que se les encomiendan, son los que están más cercanos al poder y, por eso, tienen mayores posibilidades de influir en sus decisiones. Puede ser que, en el fondo, el art. 400 pretenda evitar una forma de competencia desleal entre los abogados, y acabar con los «lobbys» y grupos de presión política, algo por lo demás bastante admitido en otros países donde se encuentran incluso regulados, pero es muy difícil que todo esto desaparezca de la noche a la mañana por obra y gracia de su tipificación en el Código penal, y, en todo caso, sería verdaderamente injusto que la sanción penal recaiga también sobre el particular que para resolver sus problemas con la Administración se ve

obligado a recurrir a esas personas influyentes (que no sólo son políticos, sino personajes famosos, ilustres abogados, que aparecen todos los días en los medios de comunicación, en las «revistas del corazón», asistido a fiestas y recepciones oficiales donde hacen gala de sus relaciones con el poder). Con razón acude el juez en su resolución de 24 de mayo a una interpretación teleológica del art. 400 «que constituye el determinar el *fin* para la cual fue creada la norma (objetivo) y no lo existente en ese momento en el fuero interno del legislador», concluyendo «que esta conducta antijurídica solamente reprime a todas aquellos sujetos, cuyos grados de intervención se encuentran previstos en el rubro referido a la autoría y participación previstos por el numeral veintitrés y siguientes del Código sustantivo». Y es que evidentemente la *ratio legis* del precepto no permite incluir en su ámbito de aplicación a quien realmente no es más que sujeto pasivo de un sistema de tráfico de influencias, bastante generalizado al parecer por aquel entonces en las altas esferas políticas del país, conforme al cual el empresario que no pasaba por las «horcas caudinas» de Montesinos y sus secuaces tenía muy pocas posibilidades de obtener las concesiones y licencias administrativas que les podían permitir ejercer sus actividades sin muchos problemas. Es lamentable que sea o haya sido así, pero lo que no se puede hacer ahora es hacer recaer sobre los sujetos pasivos del sistema, las propias lacras y disfuncionalidades del mismo.

6. Necesidad de individualizar en todo caso la responsabilidad individual de los denunciados

Hay un último argumento que no debe olvidarse nunca en un proceso penal, cuyo objetivo principal es la determinación de las responsabilidades individuales de los acusados. Y es que, efectivamente, el Fiscal debe desglosar y probar cada una de las manifestaciones que individualmente son imputables a cada uno de los intervinientes en las conversaciones grabadas. No es, por tanto, admisible que se establezca una responsabilidad cuasi colectiva de todos los representantes de Lucchetti que intervinieron en las conversaciones con Montesinos, sólo por el hecho de haber estado presentes en la conversación o haber hecho manifestaciones en el curso dé la misma que carecen de trascendencia penal.

Por otra parte, no deja de ser sintomático que este proceso se dirija prácticamente de hecho contra los que todo lo más serían con una

interpretación retorcida de los preceptos y del sentido de la ley *partícipes*, mientras que los *verdaderos autores*, principalmente, quedan completamente fuera de la acción de la justicia. La impresión que da en este sentido la acción del Ministerio Fiscal, por lo menos en lo que se refiere a este asunto, es que pretende «hacer pagar a justos por pecadores», o a las víctimas por los verdugos, utilizando a los representantes de Lucchetti como «chivos expiatorios» de los muchos y verdaderos escándalos de corrupción que se dieron en la era de Fujimori-Montesinos. Un auténtico restablecimiento de la Justicia y de la verdad histórica sobre esa época debe empezar por localizar y aplastar la «cabeza de la hidra», que desgraciadamente es probable que se encuentre ahora fuera del alcance de la jurisdicción peruana, en lugar de andarse por las ramas de los efectos colaterales y sujetos pasivos que tuvieron que soportar las injusticias y el mal funcionamiento de aquel sistema.

Por todo lo cual, el maestro MUÑOZ CONDE formulo las siguientes conclusiones:

1. En la conducta de Montesinos y colaboradores puede darse independientemente de los delitos contra la intimidad por la grabación de las conversaciones sin el consentimiento de los interlocutores, un delito de tráfico de influencias del art. 400 del Código penal peruano.
2. Tampoco hay que descartar la existencia en la misma de un delito de concusión del art. 382 del mismo cuerpo legal.
3. De dicho delitos serían responsables los citados Montesinos y colaboradores, en concepto de autores y/o coautores.
4. De la *ratio legis* y de la naturaleza de estos Preceptos se deriva que no existe ninguna responsabilidad penal en estos delitos, ni en concepto de autores, ni de partícipes, de los representantes de la empresa Lucchetti S.A.
5. La resolución judicial de 24 de mayo que confirma la tesis sentada en la conclusión 3ª y en los fundamentos jurídicos de este dictamen, así como en el anterior de 16 de mayo, debe ser apoyada y, en consecuencia, defendido su mantenimiento en caso de un hipotético recurso del Ministerio Fiscal contra la misma ante el Tribunal Superior[328].

[328] Discusión y desarrollo plasmada en el dictamen, del 30 de mayo de 2001, Sevilla, suscrita por el Maestro Francisco MUÑOZ CONDE.

7. Momento consumativo del delito de tráfico de influencias

El pacto o el acuerdo consuman del delito sin necesidad de que se lleve a cabo la acción de influir. Así sucede tanto con la sola recepción del pago como con la simple aceptación de la promesa. Villada señala que este delito «no requiere que en ninguno de los casos se obtenga el fin propuesto. O sea, ni que se pague efectivamente, ni que el funcionario (a quien se destinan los dineros) se deje influenciar, ni que haga o deje de hacer o retarde (en cualquiera de ambos párrafos) por indicación del cohechado. Es una figura de peligro abstracto, de mera conducta, que no requiere causar daño externo alguno»[329].

Aquel cuyo acto se pretende obtener mediante la influencia nunca es parte del acuerdo. Por lo tanto, si la intermediación se lleva o no a cabo o, concretándose, llega o no a buen puerto, son resultados ciertamente irrelevantes. Por eso tiene razón Villada en que el delito de tráfico es de peligro. Pero también es necesario aclarar, a los fines de la consumación, que la acción del sujeto activo consistente en *recibir* el dinero o la dádiva supone que el pago efectivamente sea realizado; lo que por supuesto no lo hace un delito de resultado porque el bien jurídico puede que no sea lesionado si no se lleva a cabo la gestión o si ésta no ha motivado la actuación del funcionario. Claro que si ese pago es el cumplimiento de la promesa anterior o la consecuencia de la solicitud del autor, el delito ya se había consumado con alguna de aquellas conductas.

El maestro Fidel Rojas Vargas establece como momento consumativo del delito de tráfico de influencias, según la modalidad el recibir directamente el donativo, el hacerse dar para sí o un tercero donativo o ventaja, o el hacerse prometer para sí o un tercero donativo o ventaja, como consecuencia del ofrecimiento hecho por el traficante de interceder ante los jueces o servidores de la justicia jurisdiccional o administrativa[330].

Manuel Abanto Vásquez señala que el delito se consuma con la recepción del beneficio para sí o para otro o la promesa de obtenerlo por el ofrecimiento de la influencia[331]. José Leandro Reaño Peschiera,

---

[329] Villada, Jorge Luis, *Delitos contra la Administración Pública*, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 275. Citado y desarrollado ampliamente por Clemente José L., y Ríos Carlos I., *Cohecho y Tráfico de Influencias*, Lerner, Córdoba 2011, p. 105.

[330] Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ª Ed., Grijley, Lima, 2007, p. 800.

[331] Abanto Vásquez, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 534.

Dino Carlos Caro Coria y César Eugenio SAN MARTIN CASTRO con relación a la fase consumativa del tráfico de influencias sostienen que se trata de un delito mutilado de dos actos; la consumación exige que el autor reciba una ventaja o promesa o donativo por parte del interesado y posteriormente se comprometa a interceder ante un magistrado judicial o funcionario a cargo de proceso administrativo[332].

Miriam CUGAT MAURI, luego de definir al tráfico de influencias como un delito de simple actividad señala que se consuma con la solicitud o la aceptación de la ventaja o donativo como contraprestación del ofrecimiento de la utilización de las influencias[333].

El autor Francisco ALONSO PÉREZ señala que el delito se consuma con el simple ofrecimiento de hacer uso de influencia sobre autoridades o funcionarios siempre que se solicite o acepte algún tipo de remuneración económica por tratarse de un delito de simple actividad[334].

El autor argentino Jorge E. BUOMPADRE refiere que se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la solicitud o bien cuando se recibe la dádiva o se acepta la promesa directa o indirecta en el marco de un acuerdo ilícito[335].

El autor argentino Edgardo Alberto DONNA afirma que el delito se consuma con el mero solicitar o recibir el dinero o aceptar la promesa para hacer valer la promesa ante un funcionario público[336].

CONSUMACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

OFRECIMIENTO DE UTILIZACIÓN ⟷ PROMESA O RECEPCIÓN DE DONATIVO O

---

332 SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio / CARO CORIA, Dino Carlos / REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir, aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, p., 25.

333 CUGAT MAURI, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 430 y 431.

334 ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo código penal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 248.

335 BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la administración pública*, Mario A. Viera (ed.,), Buenos Aires, 2001, p. 217.

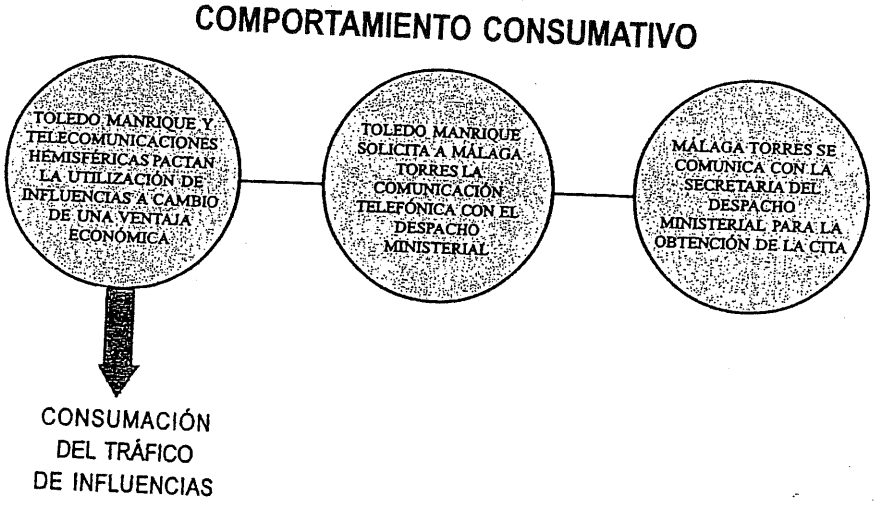
336 DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 231.

7.1. Verificación del comportamiento post consumativo objeto de la acusación

El procesado 1 solicitó al inculpado 2 que se comunique telefónicamente con el Ministro de Transporte y Comunicaciones para que atienda a inversionistas extranjeros o al asesor financiero de Telecomunicaciones.

En cualquiera de los supuestos de objeto de llamada telefónica, es evidente que el pedido efectuado por el procesado 1 se habría producido en ejecución del acuerdo de tráfico de influencias celebrado con la interesada, la sociedad anónima cerrada Telecomunicaciones.

En otros términos, siempre en la lógica de la hipótesis delictiva, primero el procesado 1 acordó con Telecomunicaciones utilizar sus influencias en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para que en el procedimiento administrativo se otorgue la concesión, y luego en ejecución de ese pacto ilícito pediría al procesado 2 la gestión telefónica para facilitar la entrevista con el Ministro.



8. De la convergencia de la pareja interesado-traficante de influencias

El tráfico de influencias del tipo penal del artículo 400 constituye un caso de los denominados delitos de encuentro; que ABANTO VÁSQUEZ define como aquellos en los cuales la conducta típica es reali-

zada por varias personas con una finalidad común, pero intervienen desde «direcciones diferentes y de manera complementaria»[337].

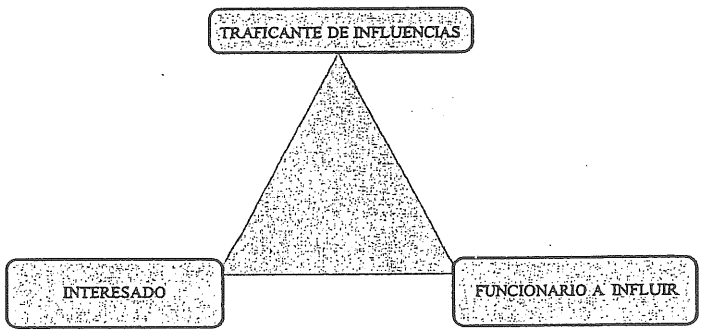
Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND afirman que en los delitos de encuentro las actividades de los intervinientes se dirigen al mismo objetivo pero desde lados distintos, de modo que las acciones «en cierto modo, acaban por encontrarse»[338].

En el tipo penal del artículo 400 se establece claramente el delito de encuentro, al considerarse la acción del interesado que compra y el traficante que vende influencias, que se encuentran en el acuerdo para traficar influencias.

Es claro que si no hay interesado con quien el autor se encuentre en el pacto para traficar influencias, no podría establecerse el delito del artículo 400.



ROJAS VARGAS comenta que sin el interesado no puede haber tráfico de influencias, por lo que en el supuesto fáctico de este delito siempre habrá un triángulo de tres personas[339]:



---

337 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 68.

338 JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 751.

339 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 802.

BUOMPADRE precisa que el tráfico de influencias se desenvuelve en el marco de un acuerdo o pacto entre dos conductas; la del interesado que entrega o promete un donativo o ventaja y del traficante que recibe el donativo o acepta la promesa a cambio de su oferta de utilización de influencias[340].

Sin interesado y traficante no se puede configurar el delito del tipo penal del artículo 400.

9. Atipicidad por falta del elemento donativo promesa o ventaja para el autor o un tercero

La omisión del donativo o la promesa provoca la atipicidad del hecho objeto de acusación. CUGAT MAURI señala a la contraprestación del interesado, el donativo o la promesa de ventaja, como un elemento de la parte objetiva del tipo de tráfico de influencias[341]. ROJAS VARGAS fija como caso de atipicidad el tráfico de influencias sin existir donativo, promesa o ventaja[342].

10. Atipicidad del comportamiento por tratarse de un acto posterior a la consumación - Oportunidad en que debe producirse el aporte para que configure un acto de complicidad

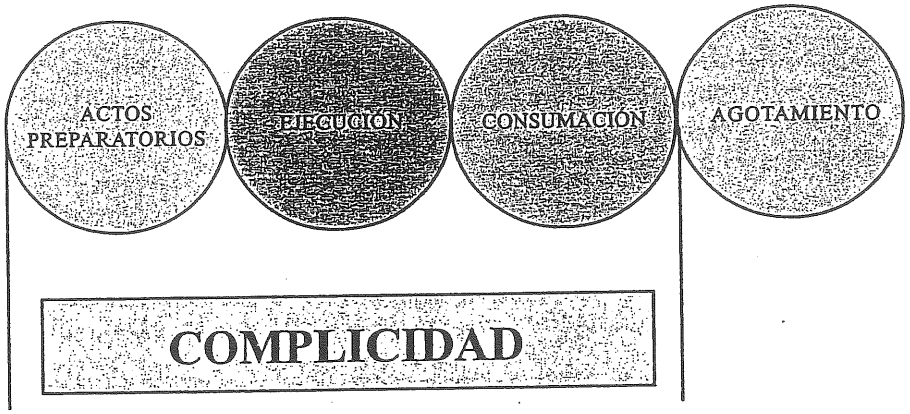
El artículo 25 del Código Penal regula la figura de la complicidad primaria y complicidad secundaria, al prescribir: El que, dolosamente, preste auxilio **para la realización del hecho punible**, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena». (Resaltado de los defensores)

El examen dogmático jurídico del artículo 25 permite establecer que la complicidad solamente puede realizarse en la etapa externa del *iter criminis*, en dos de sus fases: la fase de preparación y la fase de ejecución:

---

[340] BUOMPADRE, Jorge E., *op. cit.*, p. 212.
[341] CUGAT MAURI, Miriam, *op. cit.*, p. 250.
[342] ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, pp. 808 y 809.



La jurisprudencia nacional acertadamente establece que no hay complicidad después de la consumación del delito. El acto de complicidad no puede darse después de la consumación del hecho delictivo, sino tan solo en la etapa de preparación y ejecución, mas no así cuando los bienes sustraídos estaban ya en la esfera de dominio de los asaltantes; en el presente caso, la intervención del acusado se produce una vez que se había consumado el robo. (Resaltado de los defensores).

El 5 de diciembre del 2004 la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Causa N° 2976-2004 en el Caso de la «Familia del General Marco Antonio Rodríguez Huerta», estableció:

> «...en cuanto a la cronología del acto del cómplice, su contribución al hecho delictuoso ha de ser anterior o simultánea, en tanto sea útil para la ejecución del plan del autor, pero nunca posterior [véase Ejecutoria Suprema del siete de julio de mil novecientos noventa y nueve, Expediente Número mil novecientos treinta y cuatro - noventa y nueve/Ucayali], siendo de significar que la simultaneidad dependerá de que el delito todavía no se haya consumado». *(Resaltado de los defensores).*

La doctrina penal peruana igualmente es uniforme en establecer que la complicidad se produce en las fases de preparación y ejecución, esto es, solamente hasta la consumación, o producción del resultado típico.

José HURTADO POZO, el autor peruano más importante en la parte general del derecho penal, al tratar el tema del momento de la intervención del cómplice también se pronuncia sobre que el acto de complicidad puede tener lugar desde los actos preparatorios hasta la consumación, señalando

claramente que no puede ayudarse a la comisión del hecho que ya ha sido ejecutado, comentando la ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia del año de 1939 en la cual se definió que la persona que oculta el cadáver no podía ser considerada cómplice de homicidio dado el momento de su intervención, con posterioridad a la consumación[343].

Felipe VILLAVICENCIO TERREROS y Luis Miguel BRAMONT ARIAS-TORRES asumen la posición comentada al sostener igualmente que la complicidad se da en las etapas de preparación y ejecución del *iter criminis*, no después de la consumación del hecho[344] [345].

En uno de los trabajos más notables sobre la complicidad, la ya citada autora española María del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, profesora de derecho penal en la Universidad de Sevilla, sobre el ámbito temporal de la complicidad expresa que los actos de colaboración pueden realizarse *antes y durante la ejecución*. No hay complicidad por actos posteriores a la ejecución[346].

El magistrado español Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA afirma que el cómplice puede actuar en la fase de preparación o en la fase de ejecución del *iter criminis*. La complicidad puede llegar en consecuencia hasta la consumación; no caben actos de colaboración con posterioridad a la misma[347].

Enrique BACIGALUPO sostiene que el aporte del cómplice solamente se puede dar en la etapa de preparación o en la etapa de ejecución; afirma que no hay complicidad posterior a la consumación[348].

Günther JAKOBS, el gran autor alemán, establece como regla la no existencia de complicidad posterior al momento consumativo del delito[349]. Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, y Alejandro

---

[343] HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Sesator, Lima, 1978.

[344] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 233 y 234.

[345] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Santa Rosa, Lima, 2000, p. 331.

[346] LÓPEZ PEREGRÍN, María del Carmen, *óp. cit.*, pp. 303 a 305.

[347] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Akal Edicciones, Madrid, 1996, p. 152.

[348] BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1984, p. 211.

[349] JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997, p. 815.

SLOKAR, desarrollando el tema de la estructura típica de la participación, afirman que la tipicidad de la complicidad se inicia con el hecho principal, es decir con la tentativa por parte del autor y se consuma también con el momento consumativo del delito[350].

Cuando LÓPEZ PEREGRÍN desarrolla el tema del ámbito temporal de la complicidad establece con toda claridad que la exigencia de vinculación causal entre el aporte del cómplice y el hecho principal del autor (el delito), excluye la posibilidad de considerar actos de complicidad realizados luego de la fase de consumación formal del delito, pues no es posible ya causar lesión mediata al bien jurídico protegido[351].

La razón por la que no es posible la complicidad con posterioridad a la consumación, es el propio fundamento de la punibilidad de la complicidad, la intervención causal del cómplice en la puesta en peligro o lesión del bien jurídico por el autor[352] [353].

La aportación causal solamente se puede dar hasta la consumación, en la etapa de ejecución; no puede haber intervención causal después de la consumación. Así por ejemplo, no hay cómplice de homicidio luego que el autor ya mató a la víctima, incluso el acto posterior a la muerte puede configurar otro delito, el encubrimiento, pero no complicidad de homicidio porque el recoger el cadáver no extingue la vida.

11. Participación

Autor puede ser cualquiera y no sólo un funcionario público[354]. El delito admite la participación criminal.

Es posible la coautoría siempre que los que intervengan en el acuerdo tengan la posibilidad de influir sobre el funcionario. Tal situación se puede verificar en estructuras organizadas o cuando los sujetos se dividen las tareas o cuando dos o más personas intervienen en la solicitud, recepción o aceptación de la promesa pues, en tal supuesto, todos forman parte de la ejecución del hecho.

---

350 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / Alejandro, SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000.

351 LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen, *op. cit.*, pp. 303 a 305.

352 *Ibidem*, pp. 161, 303 a 305.

353 FIERRO, Julio Guillermo, *Teoría de la Participación Criminal*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 484 a 485.

354 DONNA, Edgardo, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzini, 2010, p. 48.

11.1. El principio de accesoriedad

En los sistemas diferenciadores, que a diferencia de los sistemas unitarios, distinguen entre la pluralidad de personas que intervienen en el evento criminal, autores y partícipes, rige el llamado principio de accesoriedad.

LÓPEZ PEREGRÍN define a la accesoriedad como una relación de dependencia del partícipe respecto al autor que se traduce en un conjunto de exigencias que ha de cumplir el hecho principal para que se pueda generar responsabilidad penal para el partícipe[355]:

EXIGENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD

- **Accesoriedad cuantitativa:** el hecho principal tiene que alcanzar como grado de desarrollo el inicio de ejecución o la tentativa[356].
- **Accesoriedad cualitativa:** el hecho principal debe cumplir con los 3 presupuestos de la punibilidad; tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad[357].
- **Exigencia de dolo:** el hecho principal debe ser doloso[358].
- **Cualidad del autor:** en los delitos especiales el autor debe ser un *intraneus*[359].

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA igualmente afirma que la participación siempre es accesoria, el hecho del partícipe depende del hecho del autor[360]. DONNA señala que la participación tiene carácter accesorio porque significa tomar parte en un hecho ajeno; accesoriedad es la dependencia del hecho del partícipe al del hecho del autor[361].

---

[355] LÓPEZ PEREGRÍN, María del Carmen, *op. cit.*, pp. 59 y 60.
[356] *Ibidem*, p. 60.
[357] *Ibidem*, p. 60.
[358] *Ibidem*, p. 60.
[359] *Ibidem*, p. 60.
[360] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Akal Ediciones, Madrid, 1996, p. 115.
[361] DONNA, Edgardo Alberto, *La Autoría y la Participación Criminal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 96 y 97.

JAKOBS reconociendo la dependencia de la participación respecto del hecho principal afirma que aquella sólo es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor[362]. El autor alemán Günter STRATENWERTH afirma que la accesoriedad es la dependencia de la participación punible de un hecho principal al que ella deba referirse[363].

A nivel nacional el principio de la accesoriedad tiene pleno reconocimiento; el profesor nacional José HURTADO POZO expresa: «La instigación (...) y la complicidad (...) son reprimidas porque ocasionan o apoyan un acto típico e ilícito ajeno. **Sin la existencia de un autor que cometa el acto principal (...) no se pueden dar ni la complicidad ni la instigación. Ambas formas de participación dependen, por consiguiente, de la ejecución del hecho principal**»[364].

VILLAVICENCIO TERREROS comentando el principio de accesoridad señala que el partícipe desarrolla una actividad dependiente de la actividad del autor[365]. Igualmente el principio de accesoridad es expresamente reconocido por la doctrina judicial del Perú, la Corte Suprema de la República en el proceso penal signado con el número 2924-99, con fecha 4 de noviembre de 1999, estableció:

> «La participación en la comisión del delito supone una conducta **accesoria** de parte del agente, **dependiente** de la existencia de un hecho principal...» (Resaltado de los defensores).

El mismo Supremo Tribunal Penal en el proceso penal signado con el número 1827-98, con fecha 25 de junio de 1998, dijo:

> «El cómplice valorativamente se encuentra ubicado en un nivel **accesorio y dependiente** de un hecho principal dominado por el autor...» (Resaltado de los defensores).

11.2. El efecto procesal del principio de accesoriedad

El principio de accesoriedad produce consecuencias no sólo en el ámbito del derecho penal, sino también del derecho procesal penal.

El principio de accesoridad, como se desprende de lo expuesto en el punto anterior, al establecer como un elemento del tipo de

---

362 JAKOBS, Ghunter, *Derecho Penal. Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª. ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 799.

363 STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General, El Hecho Punible*, 4ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, p. 415.

364 HURTADO POZO, José, *op. cit.*, tomo I, p. 886.

365 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 498.

complicidad al inicio de la ejecución del delito por el autor, incorpora un hecho al objeto del proceso penal.

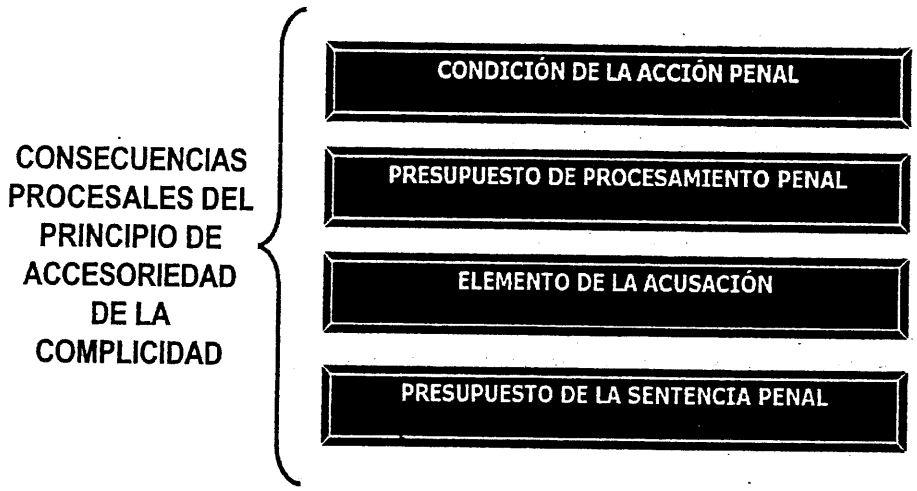
Encontrándose el caso penal a nivel del juicio oral, la incorporación del hecho al objeto del proceso significa la necesidad de verificarlo probado en la sentencia.

El artículo 285 del Código de Procedimientos Penales establece como parte de la sentencia condenatoria al hecho delictivo, se tiene que determinar si éste ha sido probado, lo que significa verificar prueba sobre cada uno de los elementos del tipo penal.

César San Martin Castro señala que en la sentencia penal se tiene que realizar la operación de tipificación de los hechos probados[366].

La accesoriedad de la complicidad tiene los siguientes efectos procesales, según se aplique a nivel del procedimiento preliminar, o del proceso penal:

- Sin autor y sin delito no se puede formular denuncia penal contra una persona como cómplice.
- Sin autor y sin delito no se puede probar en el proceso penal un acto de complicidad y menos un cómplice.
- Sin autor y sin delito no se puede condenar a una persona como partícipe.



[366] San Martín Castro, César, *op. cit.*, tomo I, p. 728.

12. La Prueba en el delito de tráfico de influencias:

1. Tráfico de Influencias y *Thema Probandum*

Conforme al artículo cuatrocientos del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco [publicada el seis de octubre de dos mil cuatro] –vigente al momento de los hechos– el tipo penal en referencia reprime a «*El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo...* «. Así, debe significarse, a partir de la casuística, que no obstante que la imputación fiscal da cuenta de que el encausado «*ejerció influencias sobre los Magistrados del citado ente [Poder Judicial]*» (sic), considerando que el único delito objeto de condena es el de tráfico de influencias, sin concurso con algún otro delito contra la administración pública, el objeto de prueba que corresponde dilucidar en el presente examen es si el citado encausado recibió o no alguna ventaja patrimonial a cambio de ofrecer (no, de ejercitar efectivamente) dichas influencias (núcleo de la acción típica). Lo contrario, además de desbordar la delimitación típica de dicho injusto penal, importaría invadir el *thema probandum* de otro u otros delitos ajenos a los que han sido materia de procesamiento. Y es que, en efecto, no puede perderse de perspectiva que, conforme lo puntualiza la Doctrina, «*en el tráfico de influencias el sujeto activo es un «intermediario» entre el funcionario y el interesado (sin participación del funcionario), o alguien que finge ser intermediario del funcionario público. [Luego,] en el caso de que se llegue a ofrecer el «beneficio» al funcionario habrá concurso con el «cohecho activo» consumado (como autor o cómplice, según el dominio del hecho)*»[367]; lo que, a su vez, resulta coherente con su fundamento político criminal, desde cuyo ángulo, constituye una «*figura (...) de puesta en peligro al bien jurídico administración pública*», y que, en ese sentido, se trata de «*un delito de consumación anticipada, en el cual se adelantan las barreras de protección penal*»[368].

---

[367] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2001, p. 473.

[368] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos Contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, enero 2007, p. 800.

2. Tráfico de Influencias y Prueba Indiciaria

Fijados los elementos típicos de la figura penal sub examine, en el ámbito de las exigencias probatorias que deben ser correlativas a éstos, es menester significar que, en tanto los medios corruptores *-donativo, promesa o ventaja-* son de exteriorización tangible, en cambio, la conducta de la orientación o destino probable de la acción ilícita *-ofrecimiento de interceder-* (en tanto componente teleológico o finalístico), por su naturaleza misma, constituye un elemento sólo posible de identificar, vía inferencia o deducción, a partir de las referencias contextuales y hechos indiciarios que trasciendan de autos. En ese sentido, respecto a los supuestos de hecho que calzan en la conducta objeto de reproche, de la mano de la Doctrina, cabe señalar que «*...**invocar influencias** es (...) **atribuirse para sí**, con relación a terceros, facultades de poder determinar o motivar comportamientos sobre otros, de modo tal que ello posibilite la consecución de propósitos buscados por el interesado. [...] o (...) puede también sustentarse en la falsa percepción, generada en el que da o promete, de los poderes del invocante, quien se **jacta o ufana de poseer influencias aparentes** o sobre los funcionarios o servidores públicos aludidos en el tipo penal...*»[369]; (...) **Del cuestionamiento de la defensa contra el Testimonio de Alejo Julián Quispe Huallapuma.- I)** Según trasciende de los agravios, el impugnante ha cuestionado que no se hayan valorado debidamente determinados «contra indicios» -ver Primer Considerando, acápite «II»- que enervarían la prueba indiciaria en que se basa la condena recurrida. Una parte de éstos -ver acápite «II», ítem «a»- se circunscriben a la testimonial de Alejo Julián Quispe Huallapuma. Al interior de los mismos, la defensa ha formulado dos tipos de «contra indicios»: de un lado, las supuestas contradicciones en que incurre este testigo -ver ítem «a.1»-; y, de otro, su presunta falta de objetividad por haber declarado premunido de móviles espurios de «venganza y revanchismo» -ver ítem «a.2»-; **II)** Examinando, en primer lugar, la ausencia de credibilidad subjetiva que se cuestiona a este testigo, no puede dejar de mencionarse que, después que declaró en la instrucción Alejo Julián Quispe Huallapuma (ver fojas seiscientos ochenta y seis), fue objeto de tacha por parte de la defensa del acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ (ver fojas setecientos sesenta y cuatro). Sin embargo,

---

[369] *Op. cit.* pp. 789 y ss.

según se establece de autos, este último no observó el trámite correspondiente para dicho mecanismo procesal, lo cual explica que dicha testifical haya recibido valoración. Y es que, conforme lo precisa la Doctrina Nacional, *«si bien la norma no impone, en estricto derecho, la obligación de probar las tachas que se deducen (...), en cambio se traslada la obligación inmediata al Juez, quien debe realizar de oficio las investigaciones correspondientes, previa indagación al proponente de la tacha de los motivos y evidencias con que cuenta o puede aportar. Esta omisión es sancionada con la nulidad de lo actuado»*[370]. Contrario *sensu*, cuando no ha sido soslayado tal requerimiento y lo que se aprecia es más bien una inobservancia al mismo por parte de la defensa, esta situación, evidentemente, torna en eficaz el medio probatorio tachado. Lo contrario implicaría promover en el proceso efectos favorables para quien observó un comportamiento procesal de desinterés a viabilizar los mismos (teoría de los actos propios). Este último supuesto es el que acontece en el caso de autos, tal y conforme se desprende del proveído siguiente: *«Téngase por admitida dicha tacha [interpuesta contra el testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma], y compruébela de conformidad con lo dispuesto en el artículo ciento cincuenta y seis del Código de Procedimientos Penales; y resuélvase con la sentencia» (sic)* –ver fojas setecientos sesenta y nueve–; precepto este último que, precisamente, estatuye lo siguiente: *«En caso de tachas a los testigos, el juez instructor preguntará la manera cómo pueden comprobarse los hechos en que se funda la tacha y hará de oficio las investigaciones necesarias para esa comprobación»*. Se constata en este caso que la defensa, después de notificado (ver fojas setecientos setenta y dos), lejos de haber satisfecho lo que le correspondía para que se prosiga con el trámite de su tacha, dejó precluir la instrucción, la etapa intermedia y el juzgamiento (donde volvió a declarar el mencionado testigo a fojas mil seiscientos cuarenta y uno) sin que el procesado haya reiterado la tacha, ni mucho menos aportado elementos materiales de sustento para llevar a cabo su verificación; todo lo cual dio lugar a que ese testimonio haya mantenido su eficacia, y, por ende, conjuntamente con los demás elementos de cargo, haya sido válidamente valorada. Abona a esta conclusión de que, en verdad, la defensa abandonó el trámite de las cuestiones procesales que promovió en la instrucción, el hecho que, habiendo también, en esta

[370] SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Grijley, abril 2006, p. 1509.

misma etapa, formulado tacha contra el testigo Armando Adolfo Vargas Alvarado (ver fojas mil cincuenta y ocho); empero, en sus agravios (ver acápite «II» ítem «a1» del Primer Considerando), lejos de insistir en la ineficacia probatoria de dicha testifical, pondera más bien que la veracidad de éste resulta prevalente por sobre el testimonio de Alejo Julián Quispe Huallapuma; **III)** Sin perjuicio de lo antes explicado, este Supremo Colegiado ingresa a examinar los reparos contra la credibilidad de dicho testigo, los cuales, conforme se ha señalado, han sido explicitados en los agravios que fundamentan el presente recurso. Ciertamente, un ánimo proclive a ofrecer un testimonio de cargo puede provenir del sentimiento de rencor o de venganza derivada de una afrenta o situación de conflicto o de tensión entre testigo y acusado, capaz de tornar en probable que sean falsos, distorsionados, o sacados fuera de contexto los hechos atribuidos a este último. Empero, situados en la descalificación que en concreto se formula contra el testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma, no puede dejar de mencionarse que la situación que subraya la defensa es la de un quiebre de la confianza que le tenía el acusado a quien era su subordinado en términos laborales (su chofer), a raíz de un acto de deshonestidad, reconocido por este último en el juicio oral. Sin embargo, no queda claro, como así este testigo que, desde la línea argumental de la defensa, recibió una reprobación por un hecho que él mismo aceptó, y que, por ello, voluntariamente renunció – consciente de su falta–, contrariando las máximas de la experiencia en el plano de los ánimos de las personas (en que se sitúa el cuestionamiento de la defensa), lejos de albergar un sentimiento de vergüenza frente al acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, haya canalizado su animadversión ofreciendo un testimonio no veraz y solo motivado en un afán de perjudicarlo. Por lo demás, circunscrito a dicho aspecto las objeciones a su credibilidad, el testigo en mención no ha sido descalificado en las otras exigencias inherentes a dicho medio probatorio, tales como su capacidad sensorial o su posibilidad material de observación y escucha directa de los hechos que ha relatado; aspectos éstos que no han sido materia de cuestionamiento; máxime si se tiene en cuenta lo declarado por el testigo Julián Quispe Anchaya, directivo de la empresa Consettur Macchupicchu SAC desde setiembre de dos mil seis –quien, a fojas quinientos cinco, manifestó que las veces que visitaba al procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ a su

despacho ubicado en el Poder Judicial lo encontraba al testigo en cuestión en la antesala de dicha oficina. Por lo expuesto, si bien no se encuentran motivos notorios o manifiestos para excluir su testimonio como elemento de cargo, ciertamente, no se analizará su contenido de una manera aislada o acrítica, sino desde una valoración razonada a la luz de toda la prueba actuada apreciada en conjunto (...).

Referencias Contextuales.- A) Relación profesional del procesado Luis Alberto Mena Núñez con la empresa Consettur Macchupicchu antes de ser miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y de la interacción que mantuvo con sus representantes legales alrededor de los procesos judiciales en los que era parte dicha persona jurídica.- El mismo acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ ha aceptado que antes de ser Consejero (cargo que ejerció desde once de agosto de dos mil tres hasta junio de dos mil ocho -según lo precisa a fojas mil quinientos treinta y seis-), en la ciudad del Cusco, mantuvo una relación profesional, como abogado, con la empresa Consettur Machupicchu SAC, a la que patrocinó en determinados procesos judiciales, siendo el caso que ya ejerciendo el cargo de Consejero, su persona, mantenía comunicación telefónica con sus representantes legales, a quienes, además, los recibía en la oficina pública que ocupaba, habiéndoles incluso recomendado, según indica, el abogado que debía continuar la defensa en los litigios de dicha persona jurídica frente a la Beneficencia Pública. Así, de su declaración instructiva de fojas cuatrocientos sesenta y dos, trasciende: Preguntado: Qué tipo de relaciones mantenía con la empresa Consettur SA y si tenía conocimiento que la referida empresa litigaba contra el Estado, dijo: «*...antes de asumir su cargo de Consejero, tuvo la oportunidad de hacer la defensa en algunos casos de Consettur en la ciudad del Cusco, aún más que con los miembros de su Directorio guarda una amistad no solamente profesional, sino personal, y cuando viene a Lima en el año dos mil tres, tuvo referencia de un proceso que se había iniciado en el año dos mil dos o dos mil tres, que se enteró de ese proceso, pero no sabía en qué estado se encontraba, a consecuencia de ello, le piden que sugiera el nombre de un profesional en Lima, de donde aparece el nombre del doctor Iván Macedo...*». Repreguntado: cómo es cierto que usted recibía en su oficina donde ejercía sus funciones como Consejero muchas llamadas del Cusco y en otras oportunidades recibía la visita de Julián Quispe Anchaya, donde siempre conversaba sobre Consettur, dijo: «... *en el*

caso del Sr. Julián Quispe Anchaya en algunas oportunidades le ha visitado solamente visitas de amistad...». Con dicho reconocimiento de haber existido línea de continuidad en la vinculación del procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, aún durante su ejercicio como Consejero, con los intereses litigiosos de la persona jurídica en referencia, confluye lo señalado por el testigo Raúl Sixto Sánchez Soto, Gerente de la empresa Consettur Machupicchu SAC, desde el año dos mil tres hasta fines del dos mil seis, quien revela que, efectivamente, no solo mantenía una interacción constante y fluida con el procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ sino que recibía recomendaciones de este último de cara al éxito judicial de dicha persona jurídica. Así, a fojas novecientos setenta y dos, se tiene: Preguntado con qué persona trató para la contratación de un abogado que patrocinara a la Empresa Consettur Machupicchu SAC, dijo: «*... la preocupación de tener un asesor en la ciudad de Lima, era para ver el proceso seguido contra la Empresa Imperio de los Inkas, la cual participó en la licitación del Hotel Cusco, denuncia que fue hecha por los directivos de la Beneficencia encargados del Hotel Cusco, siempre venía a Lima por muchas razones, tenía la amistad con el doctor Luis Alberto Mena, le comentó que los funcionarios de la Beneficencia pretendían embargar los bienes como los vehículos que la empresa Consettur Machupicchu SAC, que nada tenía que ver con dicha licitación, posiblemente pensando de que Consettur que es el ente recaudador de los ingresos que tienen las empresas que conforman este consorcio que son en número de ocho, de los cuales tres empresas conforman la Empresa Imperio de los Inkas que postuló a dicha licitación, viendo este problema conversé amigablemente con el doctor Luis Alberto [MENA NUÑEZ] para que nos recomendara a un profesional para que haga seguimiento a este proceso*»; Preguntado si posteriormente a su Gerencia la Empresa Machupicchu tuvo procesos judiciales con la Beneficencia Pública del Cusco o ésta fue emplazada como garante de algún litigio con la Beneficencia Pública del Cusco, dijo: «*sí, posiblemente, y también la posibilidad de que haya sido garante [de] esta licitación del Hotel Cusco...*»; **B) De la existencia de procesos judiciales civiles y penales que tenían en litigio al consorcio que vincula a las empresas Consettur Macchupicchu S.A.C e Imperio de los Inkas contra la Beneficencia Pública del Cusco- I)** Sobre la relación de las empresas antes mencionadas, según ha precisado a fojas novecientos setenta y tres el testigo Raúl Sixto Sánchez Soto, existe una vinculación societaria de la empresa Consettur Machupicchu SAC con el consorcio del cual a su vez forma

parte la empresa Imperio de los Inkas. Por su parte, el testigo Julián Quispe Anchaya, según las fojas quinientos tres, ha puntualizado que, específicamente, es la segunda de las mencionadas y no la primera la parte litigante en los procesos entablados con la Beneficencia Pública del Cusco; **II)** Corroborando lo antes anotado, a fojas trescientos tres corre el Oficio número trescientos treinta y tres-GG-SBPC - cero ocho, suscrito por el Gerente General de la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, al cual se adjunta, la relación de, entre otros, los procesos judiciales siguientes: **a) Procesos Civiles** entablados entre Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu **Imperio de los Incas,** como parte demandante; **y Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco,** como parte demandada: **i)** Expediente número cero cero noventa y siete - dos mil dos [sobre Cumplimiento de Obligación de Hacer, consistente en la ampliación del plazo del contrato de concesión del Hotel Cusco por un año adicional y su modificación; ante el Segundo Juzgado Especializado Civil del Cusco]; **ii)** Expediente número cero mil setecientos treinta y ocho - dos mil dos [sobre Nulidad de contrato de concesión; ante el Segundo Juzgado Especializado Civil del Cusco]; **iii)** Expediente número cero cero doscientos ochenta y cuatro - dos mil tres [sobre Nulidad de Acto Jurídico contra la Resolución Directoral número cero cuarenta y ocho - cero dos; ante el Cuarto Juzgado Especializado Civil]; **iv)** Expediente número cero cero doscientos ochenta y cinco - dos mil tres [sobre Impugnación de Resolución Administrativa contra la Resolución Directoral número cero cuarenta y ocho - cero dos; ante el Tercer Juzgado Especializado Civil del Cusco]; **v)** Expediente número dos mil setecientos cuatro - dos mil [dos] [sobre Impugnación de Resolución Administrativa contra la Resolución Presidencial número doscientos veinticuatro - INABIF, que desestima por infundado el recurso de apelación planteado contra la Resolución Directoral número cero sesenta y dos - cero dos, que, a su vez, declara improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución Directoral número cero treinta y cinco - cero dos, mediante la cual se impuso la multa de mil unidades impositivas tributarias (tres millones cien mil nuevos soles) al concesionario (tramitada primigeniamente ante el Primer Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, y cuya sentencia dictada con fecha cinco de agosto de dos mil ocho por el **Décimo Tercer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima** obra a fojas

mil ciento veintiocho y siguientes) y **vi)** Expediente número seiscientos cincuenta y nueve - dos mil seis [sobre Nulidad de Acto Jurídico y Enriquecimiento Indebido referida a la nulidad de la convocatoria del concurso internacional de proyectos integrales y al propio concurso para la entrega en concesión del Hotel Cusco; ante el Primer Juzgado Especializado Civil del Cusco]; **b) Procesos Penales: i)** Expediente número ciento noventa y tres - dos mil dos [por abuso de autoridad, desobediencia y resistencia a la autoridad] incoado por Consorcio de las Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu Imperio de los Incas, contra el ex Presidente de la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, señor Francisco García Aguirre; ante el Primer Juzgado Especializado en lo Penal del Cusco; **ii)** Expediente número setecientos sesenta y cinco - dos mil cuatro [por abuso de autoridad, fraude procesal, usurpación de autoridad y usurpación de funciones], incoado por Consorcio de las Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu Imperio de los Incas, contra ex funcionarios de la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, señores Francisco García Agurirre, Mercedes Pinto Castillo y Fabiola Salcedo Villalba; ante el Primer Juzgado Especializado en lo Penal del Cusco; **iii)** Expediente número quinientos ochenta y cinco - dos mil cinco [por turbación de la posesión agravada]; incoado por la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, contra Raúl Sixto Sánchez Soto (Directivo del Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu Imperio de los Incas) y otros; ante el Quinto Juzgado Especializado en lo Penal del Cusco; y **iv)** Expediente número cero siete - dos mil siete [por apropiación ilícita]; seguido por la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco contra ex Directivos del Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu Imperio de los Incas, Amilcar Loayza Bejar, Napoleón Aguilar Obando y Julián Quispe Anchaya; ante el Cuarto Juzgado Especializado en lo Penal del Cusco.

c.- Hechos Indiciarios Concomitantes.- A) Dinero entregado al acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ.- El testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma, a fojas doscientos noventa y seis, en su manifestación policial –con participación de representante del Ministerio Público–, detalla haber recibido sumas de dinero por encargo del acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ en dos oportunidades, la primera de éstas, a través de un cheque girado a su nombre, para cuyo efecto le pidió su Documento Nacional de Identidad, por la suma de seis mil dólares americanos, aproximadamente, en el mes de abril

de dos mil cinco; y la segunda oportunidad, de manera similar, por un importe de mil dólares americanos, tres o cuatro meses después de la primera recepción. En acto oral, a fojas mil seiscientos cuarenta y cinco, lejos de retractarse de haber cumplido con dichos encargos, puntualiza no recordar sobre el monto preciso de la primera suma recibida, esto es, si fue de mil quinientos soles o mil quinientos dólares. El propio representante de la empresa Raúl Sixto Sánchez Soto, por su parte, a nivel de la instrucción, a fojas novecientos setenta y tres, corroborando lo declarado por el testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma, ha sostenido haber entregado a este último, «en varias oportunidades» (sic), dineros dirigidos al acusado. Así, refirió: «*se ordena que se haga efectivo el adelanto de mil dólares por intermedio de Consettur, tomando el servicio de Chagmani Pérez, empleado de seguridad, quien era el encargado de hacer los depósitos de dinero de la producción diaria de la venta de boletos(...) como en el envío de los mil dólares a la ciudad de Lima, entregándole al señor [Alejo] Julián Quispe [Huallapuma], que, en varias oportunidades, también por ser paisano del Cusco, le habíamos pedido ese favor, para que le entregue al doctor Luis Alberto Mena...* «. De otro lado, el procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ a fojas cuatrocientos sesenta y dos, si bien admite haber recibido sumas de dinero de la referida empresa Consettur, y hasta en dos oportunidades, empero, contextualiza éstos como dineros que estaban destinados al pago del abogado de dicha persona jurídica, Ivan Macedo Gárnica, haciendo referencia a que dichos dineros los habría recibido en oportunidades que difieren de lo señalado por el testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma. Así, indicó que el primer envío de Cusco fue mediante giro de mil dólares americanos con fecha treinta y uno de diciembre de dos mil cinco; y, el otro, en los primeros meses del año dos mil seis, tratando, en tal sentido, de restar veracidad al testimonio de Alejo Julián Quispe Huallapuma de que fueron los dos a realizar el cobro, alegando a fojas mil seiscientos sesenta, en la diligencia de confrontación realizada entre ambos, que en la fecha del treinta de diciembre a su persona le practicaron una operación en la clínica; ante lo cual, el precitado testigo, en la misma diligencia, a fojas mil seiscientos sesenta y uno, le replicó: «*con usted mismo, hemos ido a cobrar ese dinero, usted me esperó en el carro, yo entré al banco, saqué el dinero, y se lo entregué a usted, eso fue en la segunda oportunidad; en la primera (...), en su despacho, usted me envió a cobrar al banco ubicado en el Jirón de la Unión y también se lo entregué...*». No pudiendo el procesado doblegar la persistencia del testigo, éste se limitó a dejar abierta la posibilidad de que el testigo habría

recibido otros encargos de dinero de los representantes, los cuales, empero, han sido desconocidos por su persona; así indicó: *«en diciembre, cuando vinieron ellos te han hecho regalos para tu hija, esa vez todavía tenías una hija (...) no podemos decir que no los conoces, ahora ¿qué cosas más habrás conversado con ellos? eso corresponde entre tú y los señores de Consettur, los señores Julián o Raúl, vean ustedes cómo han hecho ese tema...»*; alegación ésta por demás inverosímil, infiriéndose que las testificales antes precisadas solventan una entrega sistemática de dinero en *oportunidades* diferentes a las mencionadas por el acusado, lo que torna en inverosímil el motivo que alegó este último; **B) Falsedad de la versión esgrimida sobre el motivo del Pago.-** Peor aún, la justificación esgrimida para explicar los dineros recibidos se ve desvirtuada, preponderantemente, con la carta notarial de fojas ciento veintiuno, su fecha diecinueve de marzo de dos mil ocho, a través de la cual el supuesto beneficiario de los seis mil dólares americanos, esto es, el letrado Ivan Macedo Gárnica, le requirió a este último a que formule «aclaración» respecto a la suma recibida por su persona, haciéndole hincapié de que sólo recibió mil dólares americanos por concepto de asesoría a Consorcio de Empresa y Servicios Turísticos Machupicchu con la Beneficencia del Cusco sobre impugnación de resolución administrativa que se tramitaba ante el Segundo Juzgado Contencioso Administrativo; **C) Jactancias y alardes del acusado Luis Alberto Mena Núñez frente a los representantes legales de Consettur Machupicchu SAC sobre las presuntas influencias que tenía sobre magistrados del Poder Judicial.- c1.** El testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma, quien laboró como chofer del acusado desde junio de dos mil cuatro hasta mediados de febrero de dos mil seis –ver fojas seiscientos ochenta y siete–, a fojas doscientos noventa y seis de su manifestación policial –con participación de representante del Ministerio Público–, ha señalado que durante el tiempo que laboró para el acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, escuchó a este último sobre «coordinaciones» ajenas a las que eran propias de su función, enfatizando que muchos de estos diálogos sostenidos entre dicho encausado y los representantes legales de Consettur Machupicchu SAC., incidían, explícitamente, en las conversaciones que él indicaba, a los antes citados, haber mantenido con magistrados y auxiliares jurisdiccionales; habiendo oído decir al acusado *«ya hablé con el Presidente de la Sala»*, *«ya hablé con el Secretario»*, añadiendo que en estos contextos

de diálogos, se aludía siempre a la tantas veces mencionada empresa, de la que, según sabía, tenía un proceso judicial, agregando que «*Luis Alberto Mena Núñez actuaba como abogado de [ésta]*». En su declaración prestada en la instrucción no solo se ratificó en el contenido íntegro de dicha manifestación –ver fojas seiscientos ochenta y nueve–, sino que, además, volvió a precisar que en sus conversaciones con aquellos mismos interlocutores se «*mencionaban nombres (...) de magistrados*» –ver fojas seiscientos ochenta y ocho–; c2. En este punto, merece significar que no constituye argumento idóneo, el que formula en sus agravios (ver Primer Considerando, acápite «II») para enervar la eficacia probatoria de dicho testimonio, la ausencia de una versión similar por parte de otros servidores que desarrollaron la labor de chofer del acusado (Armando Adolfo Vargas Alvarado –en agosto de dos mil tres, y entre abril de dos mil seis y enero de dos mil ocho, según su declaración de fojas mil setecientos seis– y José Manuel Teevin Mendoza –del cinco de febrero de dos mil ocho al veinticuatro de junio del mismo año (cuatro meses), según su declaración de fojas mil seiscientos noventa y nueve–, y, menos aún, pretender oponer dicha circunstancia como indicador de «contradicciones» entre Alejo Julián Quispe Huallapuma y los otros testigos, ello, si se tiene en cuenta los periodos diferentes en que trabajaron el primero y estos últimos, esto es, sin posibilidad que a cada uno de ellos les conste los mismos hechos; máxime, si lo alegado, en estricto, importa demandar la corroboración de un testimonio, necesariamente, con otra testifical, lo que constituye una exigencia infundada; c3. Por lo demás, la impresión persuasiva que en los representantes legales de Consettur Macchupicchu SAC podían generar los alardes por parte del procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ –a los que alude el testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma– no resultan en modo alguno improbables si se considera por ejemplo la propalación en medios periodísticos de una serie de decisiones de su persona, contemporáneas a su gestión como Consejero, de implicancias para determinados magistrados judiciales, las cuales, de seguro, posibilitaban al encausado dar respaldo a su supuesta aptitud para influir a favor de sus intereses. Así, cabe remitirse, por ejemplo, al Acta de Visualización y Transcripción del Video CD rotulado «Investigado Supremo Libertino - La Ventana Indiscreta» en la que a fojas setecientos uno se aprecian los comentarios periodísticos siguientes: «*Luis Alberto Mena, se hizo conocido recién el año pasado, cuando incomprensiblemente, siendo miembro del Consejo votó contra las sanciones que la OCMA presidida acertadamente*

por la Vocal Elcira Vásquez impuso a varios jueces cuestionados en el país, no contento con ello, Mena envió en mayo del año pasado una carta a la entonces Presidenta del Congreso Mercedes Cabanillas, en la que, oficialmente, pero a sola firma, atacaba a la Vocal Elcira Vásquez, la Jefa de la OCMA, y solicitaba que el Congreso apruebe una norma promovida por él, que en la práctica le quita autoridad a la Jefatura del Órgano de Control, nadie le daría importancia a esta carta si no fuera porque once días después de ser enviada, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se reunió para evaluar el caso más caliente del año dos mil siete, la suspensión del Presidente de la Corte Superior, Ángel Romero, impuesta por la Jefa de la OCMA [...] Los demás Consejeros votaron a favor de la sanción, el único que se opuso en un voto singular fue Luis Alberto Mena [...] ha votado también en contra de la sanción impuesta a los Jueces de Chiclayo (...) que fueron sorprendidos bailando y festejando con su propio procesado, hizo lo mismo con el Juez que falló a favor de que la azucarera Tumán, no pagara una deuda millonaria...»;

d.- Hechos Indiciarios Subsiguientes.- De la pretensión de justificar la devolución del dinero entregado por los representantes legales de Consettur Machupicchu con posterioridad a la emisión del informe periodístico en el programa «La Ventana Indiscreta».- A fojas ciento veintidós, corre en autos la carta del catorce de marzo de dos mil ocho, remitido por Raúl Soto Sánchez a través de la cual se solicitaba al acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ la devolución de los cinco mil dólares que no llegaron a ser abonados al letrado Ivan Wilder Macedo Gárnica. Ciertamente, dicha instrumental pretende solventar la tesis de defensa del citado encausado, empero, el hecho que ésta tenga una data posterior muy próxima a la propalación, con fecha tres de marzo de dos mil ocho, del informe periodístico del programa «La Ventana Indiscreta» –cuya Acta de Visualización y Transcripción de video CD corre a fojas seiscientos veintidós–, constituye un indicio revelador de que su verdadero propósito era gestar un medio probatorio extemporáneo para la versión del acusado; suspicacia que se acentúa con el hecho de que dicha misiva fue suscrita por el antes citado como persona natural y no como representante de la persona jurídica en referencia; la que, desde dicha explicación, era la contratante de los servicios del abogado en referencia; lo cual, termina por desmerecer los argumentos esgrimidos por el recurrente en el Primer Considerando, acápite «III»;

f.- Conclusiones Probatorias.- I) Constituyen máximas de la experiencia el que «nadie da nada gratuitamente a otro, a menos que

concurra una razón para tal liberalidad»[371]; así como el que un pago derivado de un acuerdo o pacto lícito –que no busca esconder otro acto ilegítimo o de defraudación a terceros– se ejecuta sin ocultar la identidad de los sujetos verdaderamente relacionados ni el contenido de las prestaciones verdaderamente asumidas por éstos; **II)** En ese orden de ideas, si los actos de disposición de dinero de una empresa, dentro de un marco de licitud, obedecen a operaciones económicas de su giro o a la cobertura de gastos necesarios para su funcionamiento y/o patrocinio de sus intereses (entre éstos, el pago a los profesionales que le brindan sus servicios), una falsa justificación en algunos de estos egresos, conlleva a colegir que la persona jurídica a otorgado una contraprestación por recibir algún beneficio ilegítimo, que, como dato de la realidad, también es posible. Consiguientemente, desvirtuado, de un lado, que la suma otorgada por Consettur Machupicchu SAC al procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ no respondió a un pago efectuado al letrado Ivan Wilder Macedo Gárnica por sus servicios profesionales; y, demostrado, de otro, que a raíz de la investigación periodística sobre la connotación ilícita de esta entrega dineraria, recién dicha persona jurídica le exigió al encausado su devolución, corresponde inferir que de parte de esta última hubo un pago indebido al antes mencionado, con quien, por otro lado, no tenía ninguna relación jurídica que descarte tal conclusión; máxime si es lógico que de haber sido legítimo el mismo, hubiera sido fácil de sustentar e innecesario forzar una justificación irreal; **III)** En esta misma línea, converge lo también acreditado en cuanto a que el encausado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, mantenía interacción constante y personal con representantes de la empresa Consettur Machupicchu SAC precisamente respecto a los procesos judiciales en los que era parte litigante; que para recibir el dinero utilizó a terceras personas a fin de no aparecer él como quien lo cobraba; y que su versión, al interior del proceso, siempre fue de haber sido un mero intermediario, pese a haber sido el dinero recibido para sí mismo; **IV)** Prosiguiendo con el análisis, más allá de haberse establecido que el pago en referencia no tenía una fuente lícita, otro dato probatorio relevante es que ha sido el propio encausado quien ha delimitado el contexto específico en que se dio. En efecto, desvirtuada su alegación, de que el mismo sirvió para cubrir los honorarios profesionales del abogado Ivan Wilder Macedo Gárnica, lo cierto es que, por declaración del citado procesado, ese pago –ilícito– estaba incardinado en los que hicieron los

---

[371] GARCÍA CAVERO, Percy, *La Prueba por Indicios en el Proceso Penal*, p.104.

representantes legales de Consettur Machupicchu SAC para viabilizar el éxito de sus procesos judiciales; V) Se engarza con dicha conclusión el que este pago al procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ coincide temporalmente con el periodo en que el citado acusado se desempeñaba como miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, esto es, mientras detentaba un cargo encumbrado al interior del máximo órgano de gobierno de dicho Poder del Estado, que lo erigía, frente a terceros, en una persona de estrechos vínculos con magistrados y personal jurisdiccional, percepción esta última que, inequívocamente, él mismo promovía frente a sus asiduos interlocutores de Consettur Machupicchu SAC, tal y como se desprende de la testimonial de Alejo Julián Quispe Huallapuma, quien ha aseverado que le consta que el acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ mantenía una interacción fluida con los representantes legales de dicha persona jurídica, habiendo oído que en sus diálogos con estos últimos, reiteradamente, aludía a supuestas conversaciones mantenidas con magistrados del Poder Judicial en relación a asuntos judiciales de interés para aquella empresa; VI) Consiguientemente, los indicios antecedentes, concomitantes y subsiguientes antes precisados, conllevan a concluir que el acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ accedió sistemáticamente a sumas de dinero de la empresa Consettur Machupicchu SAC., en razón del cargo público que detentaba, desde el cual ofrecía influencias en los procesos judiciales en los que aquella litigaba, siendo ésta última la única explicación posible a la recepción de tales sumas de dineros, y, a la forma subrepticia cómo los recibía. (...) Fijado *líneas ut supra* lo relativo al *thema probandum* y a la prueba indiciaria en materia de tráfico de influencias (Ver Considerandos Tercero y Cuarto de la presente Ejecutoria), acorde a tales parámetros probatorios, la recurrida, en su análisis de fojas mil ochocientos cincuenta y siguientes (contrariamente a lo esgrimido por el recurrente en sus agravios -ver Considerando Primero, acápite «I») ha solventado el supuesto de hecho que exige la norma penal que sanciona este tipo penal, con lo que resulta enervada la presunción de inocencia del acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ; quedando así establecida tanto la materialidad del delito imputado, como la responsabilidad de este último en la comisión del mismo; justificándose la condena conforme al artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales[372].

[372] Sala Penal Transitoria, R.N. Nº A.V. 05-2008-10-Lima, Lima, treinta y uno de mayo de dos mil once.

VII
Enriquecimiento ilícito

1. De la naturaleza del ilícito penal de enriquecimiento ilícito

El delito de Enriquecimiento Ilícito corresponde a la categoría de delitos de Infracción del Deber, en los delitos especiales el deber se concreta en un grupo de personas. Este deber de los delitos especiales debe determinarse no solo con base en los elementos que describen la acción prohibida, sino también teniendo en cuenta los destinatarios de la norma, es decir, los portadores del elemento especial de la autoría. Siendo en este delito como en todos aquellos descritos en el Capítulo II del Título XVIII[373].

Se trata de un delito especial, es decir que para ser autor de éste, el tipo penal exige la calidad de funcionario público en ejercicio de la función pública. Poco interesa la jerarquía o nivel de competencia. Tampoco interesa si el funcionario ha dejado de ejercer la función pública en el momento en que es detectado el desequilibrio patrimonial, lo relevante es que el incremento patrimonial injustificado se haya producido durante la época en que el Funcionario Público ejerció la función pública[374].

El artículo 401° del Código Penal contiene un delito de los denominados «de infracción de deber», esto es, aquellos delitos en los que no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente[375]. La defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riego prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un status determinado. Existe una relación positiva entre autor y el bien protegido[376], que da

---

[373] Sentencia del 21 de Junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Especial.

[374] Sentencia del 10 de julio del 2007, Exp. N° 006-2005, Segunda Sala Penal Especial.

[375] JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Cuello Contreras/Serrano Gonzáles de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, pp. 52.

[376] JAKOBS, Günther, *Derecho penal. PG, op. cit.*, p. 1027.

lugar al surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quién no solo debe abstenerse de dañarlo, sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro de lesión[377].

Conforme lo precisa la citada Ejecutoria Suprema N° 09-2001 «el Enriquecimiento Ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto el desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público».

2. El bien jurídico

A través de este tipo penal se resguarda el interés público por las cualidades que deben poseer los funcionarios públicos, de probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, reserva, imparcialidad, fidelidad, que se traducen en el desempeño de su labor, que se pretende ordenada, decorosa y eficaz; protegiéndose asimismo la seguridad y libertad que el ejercicio de la actividad pública, administración, requiere, mediante el respeto recíproco de las relaciones que se generan entre la Administración y los particulares.

En esta línea de pensamiento el Recurso de Nulidad N° 09-2001 del 16 de mayo del 2003 señala que «lo que se lesiona en el delito de Enriquecimiento Ilícito es el bien jurídico «administración pública», el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo o empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público. (...) no siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales»[378].

---

[377] GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa - Criterios de imputación*, Barcelona, J.M. Bosch, 1999, p. 43.

[378] Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Año Judicial 2003, Tomo XCII; Edición Centro de Investigaciones Judiciales - Área de Investigación y Publicaciones, Lima, 2007.

3. De la vinculación del sujeto activo con el cargo

Debe indicarse que el texto del primer párrafo de dicho tipo penal ha sido modificado en el tiempo, conforme se detalla a continuación: *I)* «*El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años(...)*», conforme a la modificatoria establecida por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro; *ii)* «*El funcionario o servidor público que, durante el ejercicio de sus funciones, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años (...)*»; conforme a la modificatoria incorporada por el artículo uno de la Ley número veintinueve mil setecientos tres, publicada el diez de junio de dos mil once; y *iii)* «*El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años(...)*», conforme a la modificatoria incorporada por el artículo único de la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, publicada el veintiuno de julio de dos mil once.

La tipificación del delito de enriquecimiento ilícito se encuentra justificada por la necesidad de sancionar y evitar vacíos de punibilidad frente aquellos funcionarios públicos que al final del ejercicio de sus cargos ostentan un patrimonio importante no justificado en razón de sus ingresos y sin que pueda acreditarse que dicho incremento se deba algún delito contra la Administración Pública; estableciéndose como elementos configurativos del referido tipo penal los siguientes: **a)** el incremento que produce el enriquecimiento, rebase significativamente el estimado promedio de recursos económicos del sujeto activo (resultantes de contrastar los ingresos legales y debidos por todo concepto), no debiendo tratarse de cualquier incremento patrimonial, sino un incremento obtenido de manera ilegítima, es decir, contrario a Derecho; asimismo no puede tratarse de cualquier ilicitud, sino de una de relevancia penal; **b)** que el sujeto activo no tenga justificación frente al incremento detectado en su patrimonio; lo cual como bien sostiene Fidel ROJAS VARGAS, no es un problema de inversión de la carga probatoria, «*por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos*», deber de

justificación que se fundamenta y legitima en la posición de garante asumida por el funcionario y servidor público al ingresar al servicio de la Nación; c) que los actos constitutivos del incremento patrimonial no justificados resulten vinculados al ejercicio de la función o cargo del agente del delito (vínculo funcional).

Precisa Fidel ROJAS VARGAS, lo siguiente: «El acrecentamiento o incremento del patrimonio económico de una persona, puede ser establecido con base a dos indicadores principales: un primer referente circunscrito al ámbito temporal y definido por la situación *ex-ante* al proceso de incremento y la situación *ex-post* de correlato o efecto de dicho proceso, y por un segundo referente relacionado a la conceptualización social promedio del estado de riqueza (es decir, del monto) y de la noción de enriquecimiento». «El enriquecimiento en pequeña, mediana o gran entidad supuesto por el incremento del patrimonio del sujeto público, puede ser súbito o paulatino, en un solo acto o progresivamente, por acumulación o atesoramiento, de forma directa a través de actos propios del funcionario o servidor público o –como precisa Peña Ossa– por medio de actos sufragados por terceras personas que pasan a incrementar el patrimonio del sujeto público. Este tipo de enriquecimiento siempre supondrá una ostensible y marcada asimetría entre lo que se tuvo y lo que se tiene, o entre lo que se debía en términos contables y lo que tiene. Patrimonio económico es todo lo que puede traducirse o convertirse a dinero (bienes muebles e inmuebles, dinero, derechos patrimoniales, acciones y participaciones en empresas, capital fijo y circulante, créditos, títulos valores, etc.)»[379].

De otro lado, Ramiro SALINAS SICCHA en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2009, pp. 587-589, establece lo siguiente: «(...) el operador jurídico debe identificar en el hecho concreto para considerarlo como conducta punible de enriquecimiento ilícito, lo constituye la circunstancia que el incremento del patrimonio o incremento del gasto económico personal del agente, debe ser consecuencia del ejercicio de funciones de algún cargo que desempeña el agente al interior de la administración pública. El agente debe haber usado el cargo público que ostenta para generarse fuentes de ingreso ilícitos que a la postre representen incremento de su patrimonio o en su caso, incremento del gasto económico personal que luego

[379] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, 2007, p. 843.

razonablemente no puede justificar (...). «(...) teniendo en cuenta que el delito en análisis es subsidiario, al producirse sin justificación razonable, el incremento del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto público durante el ejercicio de sus funciones públicas, el delito se evidencia (...). La subsidiaridad del hecho punible de enriquecimiento ilícito significa que no hay forma de acreditar que el agente público ha cometido tal o cual delito, sin embargo, aparece acreditado el incremento de su patrimonio o de su gasto en el período del ejercicio de sus funciones públicas, del cual no puede dar una explicación razonable».

Remitiéndonos a la casuística, se tiene el caso del encausado Winston Enrique Alfaro Vargas (presunto autor) el hecho consistió en que habiendo sido funcionario de la Oficina Económica del Ejército, producto del levantamiento del secreto bancario antes aludido, se le encontró grandes sumas de dinero en 04 cuentas en moneda extranjera números: (i) 200039415, (ii) 200371552, (iii) 0011-0195-0200321407 y (iv) 3000137115, todas ellas abiertas en la agencia del Banco Continental en el Cuartel General del Ejército (Pentagonito) entre los años 1996 a 1999; atribuyéndosele que el veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y seis adquirió el Certificado Bancario en Moneda Extranjera N° 02-124408 por la suma de US$ 52,440.44, que fue redimido el veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y siete; e, igualmente, los Certificados Bancarios en Moneda Extranjera números 02-124417, 02-124418, 02-124419 y 02-124420, el primero por la suma de US$ 21,247.23 y los restantes por US$ 50,000 cada uno; Certificados que fueron redimidos por un total de US$ 494,377.67. Asimismo, se le atribuye también haber realizado 05 depósitos a plazos por un monto de US$ 230,000 cuya procedencia no ha podido justificar, alegando éste que la mayor parte de dinero que tiene se debe a las actividades paralelas que desarrolló (comercio), además de administrar el dinero que su señora madre recibía como pensión de sobrevivencia y montepío por sus hermanos, uno fallecido, y otro aquejado por una enfermedad mental, lo cual ascendió a US$ 150,000.

Por lo que no existe controversia respecto al periodo en que ejerció función pública y durante el cual adquirió el patrimonio que ostenta[380].

---

[380] Para mayor ilustración de los cargos que desempeñó el acusado Alfaro Vargas en las diferentes dependencias del Ejército Peruano, ver fojas 12,032 - T.19 de la sesión 03 del 7 de Marzo del 2008.

4. De los elementos del tipo penal

Que, respecto al delito de enriquecimiento ilícito previsto y sancionado por el artículo 401 del Código Penal, es pertinente puntualizar varios aspectos concretos: i) que el artículo 41 de la Constitución Política del Perú, estatuye que «los funcionarios y servidores públicos que señala la ley (...) deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión del cargo, durante su ejercicio y al cesar de los mismos (...) Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación (...) formula cargos ante el Poder Judicial»; de la lectura de este precepto constitucional se refleja que la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los funcionarios y servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un proceso penal, sino una obligación constitucional de toda persona que ostenta esta especial condición –al aceptar el cargo está asumiendo no solo las obligaciones y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que además, se está colocando en una situación de permanente exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes, y en tal sentido, tiene que estar en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales–; por lo tanto, el conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos, antes que una carga constituye un principio de que debe gobernar sus actuaciones y con ello se protege la función pública[381].

Podría aseverarse, liminarmente, que la disposición legal contenida en el Art. 401 del CP, no se endereza a la represión penal del funcionario honesto que puede verse comprometido ante un aumento de su patrimonio por sospechas malévolas, sino que se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de esos aumentos patrimoniales en violación del bien jurídico protegido antes descrito.

La esencia del tipo penal radica en la presencia de un «enriquecimiento patrimonial apreciable» –y además injustificado–, expresión con la cual, cabe adelantar, no se está haciendo referencia, en primer término, al mero enriquecimiento obtenido en el período fijado por la ley, aún cuando pueda considerarse importante, sino que ese incremento patrimonial debe ser «apreciable».

[381] Ejecutoria Suprema del 15 de Agosto del 2007, R.N. Nº 4245 -206-Lima, Primera Sala Penal Transitoria.

Ese incremento debe entenderse como el que resulta significativo con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo del desempeño de la función.

Una guía aceptable para determinar ese carácter apreciable del enriquecimiento «la constituiría el análisis de la proporción que resulte al relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio», por lo que «sólo la apreciación de cada caso particular podrá dar la pauta». Ese aumento patrimonial, entonces, debe ser el desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos.

Esta significación dada a la acción contenida en el tipo penal objetivo se ve reforzada por la Convención Interamericana contra la Corrupción[382], que en su artículo IX[383], al calificar el incremento del patrimonio que en términos penales debe resultar relevante, hace referencia al «significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos» y «que no pueda ser razonablemente justificado por él»; expresión que otorga un nuevo argumento para definir el contenido del término «apreciable», sin perjuicio del reconocido ámbito de discrecionalidad que permite esta clase de términos –que no arrojan, en principio, una regla precisa, sino que la precisión resulta clara cuando deben ser analizados, específicamente, en cada caso.

En esta línea de pensamiento, atento a que la acción típica consiste en enriquecerse de modo apreciable e injustificado, lo ilícito,

---

[382] http://www.oas.org/Juridico/spanish/Tratados/b-58.html

[383] **Artículo IX** Enriquecimiento ilícito: «Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan».

lo que la ley prohíbe, es precisamente acrecentar el patrimonio de manera desproporcionada en relación con los ingresos legítimos del funcionario. Es en esa «desproporción» en donde radica lo indebido del enriquecimiento. Es por ello que, por ejemplo, no habrá tipicidad si logran demostrar, el fiscal o la defensa, la causa lícita de tal enriquecimiento, esto es su origen legítimo.

El delito se configura, entonces, con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, quebrando asimismo la rectitud requerida en la función. Pero esta injustificación, no es, por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación –en base a las pruebas colectadas en el juicio– de que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente; y, en definitiva, cuando ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada. De modo que no se castiga sobre la base de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado.

Definida cuál es la acción que conforma la esencia del tipo penal en estudio, puede concluirse que no se trata entonces de un delito que se configure por la mera no justificación por parte de un funcionario o empleado público de un enriquecimiento considerable. Ello por cuanto cabe partir, a fuerza de resultar reiterativos, de que el tipo penal no está conformado por la no justificación, de quien haya sido debidamente requerido, del origen de un enriquecimiento patrimonial apreciable –suyo o de persona interpuesta para disimularlo–; sino por la acción de haberse enriquecido de ese modo y que no resulte justificado objetivamente. Esto implica que corresponde al Estado probar este extremo de la imputación delictiva fundada en los términos del artículo 401 del Código Penal, acreditando el injustificado enriquecimiento apreciable vinculado al ejercicio de la función pública (en el sentido de que no pudo concluirse como derivado o proveniente de sus haberes u otras fuentes lícitas).

De esta manera el núcleo del injusto típico está dado por el enriquecimiento apreciable objetivamente injustificado, lo cual nos acerca, antes bien, al campo de los delitos de acción. Ello es así en

tanto que lo que se castiga, en definitiva, es el hecho comprobado, en base a los datos objetivos colectados en el juicio, de que el funcionario se ha enriquecido durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable y sin razón alguna que permita considerar acreditada una fuente legítima (documentación, peritajes contables, testimonios, etc.).

Es decir, que el enriquecimiento del funcionario debe carecer de justificación por no encontrarse originado en una fuente legítima compatible con el desempeño de su cargo. Se debe precisar de que el enriquecimiento apreciable e injustificado del cual venimos hablando, si se permite el término, es objetivo en el sentido de que no tiene que ver con la negativa a justificar o deficiente justificación por parte del funcionario –después de haber sido debidamente requerido–, sino con una comprobación que determina la existencia de un acrecentamiento patrimonial apreciable en forma injustificada en comparación con los ingresos legítimos del funcionario.

5. El enriquecerse

Enriquecerse es un estado de acrecentamiento o incremento significativo de patrimonio económico de una persona, puede ser paulatino o súbito, en un solo acto o progresivamente, por acumulación o atesoramiento, de forma directa a través de actos propios del funcionario o servidor público o por medio de actos sufragados por terceras personas que pasan a incrementar el patrimonio del sujeto público. Este tipo de enriquecimiento siempre supondrá una ostensible y marcada asimetría entre lo que se tuvo y lo que se tiene. En suma, enriquecerse por razón de su cargo de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder: se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito[384].

El enriquecimiento en su acepción más usual se entiende como incremento o acrecentamiento de los activos de una persona, no debe limitarse en dicho análisis a los ingresos de dinero o a las adquisiciones que éste realice directa o indirectamente, sino que también se expresa a través de la cancelación de deudas o al pago de obligaciones, con lo

[384] Sentencia del 29 de Marzo del 2007, Exp. N° 09-2001, Cuarta Sala Penal Especial.

cual se eliminan pasivos y ello incide necesariamente sobre el estado del patrimonio, convirtiéndolo de deficitario en normal o balanceado[385].

En el caso citado, se afirmó que, se tiene acreditado el acrecentamiento del patrimonio del acusado Alfaro Vargas mediante el Dictamen Pericial N° 07-2003-DIRPOCC.PNP/DIVAMP-DICF, de fojas 6,571 a 6,583 -T.12, emitido por los peritos Martín Velásquez Zacarías y Augusto Walter Condorchúa Villaverde, el que fuera ampliado y aclarado por el Dictamen N° 23-2004-DIRCOCOR PNP/ DIVAMP-DICF obrante de fojas 9,155 a 9,190 -T.16, ratificado en la Sesión del 03 de mayo del 2004 (fojas 9,411 -T.16), y en la Sesión 18 del 18 de junio del presente año (fojas 13,251 -T.21), quedan cuenta del comportamiento económico del patrimonio del acusado durante el periodo 1990 al 2000, lapso en el que han quedado excluido, por inverosímiles, las fuentes de ingresos, de naturaleza privada, alegadas por el acusado Alfaro Vargas.

6. Su conceptualización como delito residual

El carácter subsidiario del delito de Enriquecimiento Ilícito reposa en gran medida por la dificultad de la prueba. En realidad los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos: el Cohecho, la Exacción, la Negociación Incompatible, el Peculado, el Abuso de Autoridad, la Extorsión (...)[386]. La frecuencia e intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (Cohecho, Malversación, Negociaciones Incompatibles en el ejercicio de funciones públicas, prevaricación), sin que resulte fácil determinar el hecho punible concreto, y mucho menos uno que pueda ser judicialmente (comprobado)[387] inspiran el delito en cuestión. El tipo penal del Enriquecimiento Ilícito constituye en últimas circunstancias la forma como el legislador le sale al paso al servidor público corrupto, a quien no puede probársele la comisión de otro delito contra la Administración

---

[385] Sentencia del 10 de Julio del 2007, Exp. N° 006-2005, Segunda Sala Penal Especial.

[386] SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, TEZ, Buenos Aires, 1978, p. 204.

[387] SANCINETTI, Marcelo A., *El delito de Enriquecimiento Público de Funcionario Público*, 2ª ed., Buenos Aires, p.17.

Pública susceptible de enriquecer su patrimonio[388], si la prueba no permite establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un Peculado, de un Cohecho, de una Concusión etc., habría necesidad de absolverlo si no existiera en el Código la figura de Enriquecimiento Ilícito, concebida precisamente para suplir esta falta de precisión probatoria[389].

En la doctrina Nacional se reconoce también el carácter subsidiario o complementario de la norma[390]; estamos pues, ante un tipo residual auténtico[391], y de esta manera, no es posible que concurra con figuras delictivas afines[392]. El Enriquecimiento Ilícito no debe provenir de otros delitos funcionales, como actos de Corrupción Pasiva, actos de Peculado o actos de Concusión. Solo en la medida en que el enriquecimiento no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo cuatrocientos uno del Código Penal[393].

Este carácter subsidiario ha sido compartido por esta Sala Penal en la Sentencia 27-2002 cuando se dejó sentado «...se corresponde con la consabida subsidiariedad del delito de Enriquecimiento Ilícito, el que opera precisamente en defecto del procesamiento por otros ilícitos penales Contra la Administración Pública, siendo esta nota distintiva absolutamente inherente al referido ilícito; no resultando válido por ende que pueda sostenerse que tal característica esté condicionada a las variantes en la redacción de su formulación típica» y reafirmado en la presente resolución final.

7. Consumación

El artículo 401 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos señala: «El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad

---

388 PARRA GUTIÉRREZ, William René, *Delitos contra la Administración Pública*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1988, p. 164.

389 GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, *Delitos contra la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 255.

390 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2001, p. 466.

391 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2001, p. 484.

392 FRISANCHO APARICIO, Manuel / PEÑA CABRERA, A. Raúl, *Delitos contra la Administración Pública*, FECAT, Lima, 1999, p. 358.

393 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Todo sobre el Código Penal*, tomo I, Ideosa, Lima, 1996, p. 291.

no menor de cinco ni mayor de diez años». De la redacción de la norma se tiene que el delito se consuma cuando el funcionario se enriquece de manera apreciable e injustificada en sus ingresos legítimos.

En la sentencia recaída en el Exp. 27-2002-SPE/CSJL[394] de fecha 21 de junio del 2004 se señaló: «En relación a la consumación de los delitos de apoderamiento "...constituye hoy posición dominante la Teoría de la Disponibilidad, según la cual el delito se consuma cuando el autor tenga la posibilidad de disponer de la cosa como dueño, es decir cuando sea posible el ejercicio de facultades de carácter dominical. La Teoría de la Disponibilidad constituye un término medio entre quienes querían cifrar la consumación (...) en la *contrectatio* –de modo que el hecho se consumaría con el simple tocar la cosa por parte de sujeto activo–, y quienes, por el contrario, exigían para la consumación la *illatio*, que implicaría la ventaja patrimonial obtenida con la efectiva incorporación de la cosa al propio patrimonio del sujeto activo (...). La teoría de la disponibilidad, que exige solo la posibilidad del ejercicio de las facultades dominicales, significa una interesante posición teórica para resolver las dificultades prácticas de determinación del momento de la consumación en los delitos de apoderamiento, pero hemos de reconocer que no evita la necesidad de hacer un estudio casuístico de la cuestión..." (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1983, pp. 33-34), posición que siguió la Sala cuando expidió sentencia en el ya citado Exp. N° 010-2001/SPE-CSJ (vigésimo considerando)»[395].

---

[394] Sentencia recaída en el proceso 27-2002, seguido contra Rodríguez Huertas y otros por el delito contra la Administración Pública-corrupción de funcionarios -enriquecimiento ilícito en agravio del Estado.

[395] Sentencia recaída en el Exp. N° 10-2001 «Caso Bedoya» del 29 de Mayo del 2003. «Vigésimo.- que siguiendo esta línea argumental, respecto a la fase consumativa del delito de peculado por apropiación, materia de juzgamiento, debe puntualizarse que se trata de un hecho criminal global cometido en los marcos de un aparato organizado de Poder Estatal, en el que el acusado Vladimiro Montesinos Torres tiene una actuación de primer nivel, fue quien decidió la apropiación de fondos para su coinculpado Bedoya de Vivanco, que se lo solicitó al hacerle entrega de un presupuesto, que según refiere era para gastos de su campaña política. Cabe agregar que el tipo penal de peculado exige que la apropiación sea para sí o para otro, siendo este un elemento material del injusto y no subjetivo o trascendente, por lo que su consumación en estos casos requiere que el tercero efectivamente reciba el dinero apropiado, pues a él estaba destinado, de tal suerte que el delito se configura cuando los caudales **ingresan a la esfera de dominio** patrimonial del tercero».

La Suprema Corte al respecto se ha pronunciado en el R.N. N° 2976-2004 precisando «...figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo– a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas –incluso disciplinarias– o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí su nota de ilicitud del enriquecimiento; que a efectos de la concreción del enriquecimiento es de entender que el agente debe tener control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio»[396].

En igual sentido, en la sentencia recaída en el Expediente 27-2002[397] del 23 de octubre del 2008 señaló: «Por lo demás, respecto al momento consumativo del referido ilícito penal cabe precisar que el artículo 401 del Código Penal, al definir esta figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto un aumento del activo como disminución del pasivo– por lo que, a los efectos de la concreción del enriquecimiento, es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio».

El señor Fiscal Supremo y tratadista GÁLVEZ VILLEGAS señala que «... analizando el artículo en comentario, la acción típica está determinada por el verbo rector «se enriquece» o lo que es lo mismo «*enriquecerse*», esto es, el *verbo reflexivo* formado a partir del verbo «enriquecer» y del pronombre «se»; en este sentido, al tratarse de un verbo reflexivo la acción determinada por éste la sufre o la recibe el propio sujeto que la realiza. Si hablamos de la acción de enriquecerse, estamos haciendo referencia a una conducta del sujeto, y no al

---

[396] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, p. 651.

[397] Sentencia recaída en la causa seguida contra Winston Enrique Alfaro Vargas por delito contra la Administración Pública - Corrupción de Funcionarios - Enriquecimiento Ilícito - en agravio del Estado.

resultado o consecuencia de esta conducta, que vendría a ser el estado de enriquecimiento producido, o estado posterior surgido a raíz de la realización de la conducta típica (...) no debemos confundir la acción típica con la situación o estado que se genera a partir de la realización de la misma; en este caso el estado de enriquecimiento producido luego de materializada la acción «enriquecerse» o «se enriquece». (...) el hecho concreto o expresión objetiva de la acción típica anotada (se enriquece), está determinada por *la acción y efecto de INCORPORAR los bienes, derechos o activos materia del enriquecimiento, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como persona interpuesta, o de extinguir o disminuir los pasivos (cargas, gravámenes, deudas, etc.) que integran el patrimonio* (...). Esta incorporación de los bienes y activos al patrimonio, a la vez, significa que el agente asume la titularidad de derechos reales de los bienes o activos materia del incremento patrimonial; que asume la nueva posición patrimonial con el pasivo disminuido. Esta acción de incorporación, o de asunción de la nueva posición patrimonial, puede ser instantánea o realizarse mediante una conducta periódica o continuada en el tiempo, y dependerá de esto para la determinación de la calidad del delito como instantáneo o como continuado»[398].

8. Tipo subjetivo

Se conceptúa al ilícito dentro de la categoría dogmática de los tipos dolosos activos, presentándolo a través de una acción típica que consiste en el enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado en el transcurso del desempeño de un cargo público.

9. Aspectos probatorios materia de discusión en la praxis judicial, pasibles de inclinar la balanza entre la condena y la absolución

Para tales efectos resulta ilustrativo el caso del acusado Ricardo Alberto Sotero Navarro en lo relativo a las asignaciones percibidas por combustible, mayordomo, chofer y demás conceptos recibidos por concepto de viáticos; y es también materia de discordancia la responsabilidad de la acusada Marina Mercedes Arana Gómez en el delito de enriquecimiento ilícito en grado de complicidad secundaria.

---

[398] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *Delito de Enriquecimiento Ilícito*, IDEMSA, Lima, 2001, pp. 121, 122, 123 y 124.

9.1. El tipo de enriquecimiento ilícito y la justificación razonable del incremento patrimonial materializado por el agente

Atendiendo a la conducta prohibida en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, esto es, el incremento patrimonial ilegítimo «por razón del cargo», queda claro que la inserción de dicho ilícito penal en el rubro de los delitos Contra la Administración Pública determina como objeto de sanción la acumulación de riqueza a través del mal uso o abuso de la función pública ejercida.

Conforme a dicha figura penal, el acrecentamiento patrimonial materializado por el agente devendrá en punible si el origen del mismo ha importado la comisión de determinadas inconductas funcionales, y de ahí que aun cuando éstas no correspondan ser acreditadas en el contexto de la actividad probatoria exigida para este ilícito, resulta válido inferir que el incremento patrimonial solamente apareja efectos penales a título de enriquecimiento ilícito cuando éste no resulta posible de justificar en ingresos lícitos, esto es, en ingresos que no hayan importado en su percepción una contravención o infracción ñormativa y dado su carácter subsidiario que no tengan recibo en otros delitos funcionales.

Por tanto, los ingresos para no ser reputados de lícitos deben importar la contravención a un mandato de prohibición respecto a la posibilidad de disponer libremente de los mismos y/ o de exigibilidad de devolución de éstos, donde que el haber procedido de manera contraria evidencie una trasgresión a una obligación expresa de no incorporación al patrimonio personal de los referidos conceptos.

9.2. Respecto a si los beneficios no utilizados y recibidos por el acusado Ricardo Alberto Sotero Navarro deben ser considerados como ingresos para justificar su incremento patrimonial

Atendiendo que dichos beneficios, para el caso concreto, se conforma de dos rubros, esto es el concepto de GASOLINA, CHOFER Y MAYORDOMO, y el concepto de VIÁTICOS. El presente pronunciamiento en discordia se ha de abordar por separado cada uno de ellos, pues si bien se discrepa con la solución arribada por mis colegas, es cierto también que las razones en uno y otro caso son distintas, así como el tema de lo percibido por concepto de combustible por los cargos de Comandante General de Locumba-Tacna y de la Quinta Región Militar -Loreto.

9.3. Análisis sobre la «dotación de combustible», «chofer» y «mayordomo» otorgados a los miembros de las fuerzas armadas y policiales

El Ministerio Público sobre el tema, al formular su requisitoria oral, señaló que los goces y beneficios fueron entregados únicamente en servicios; (...) estos montos no pueden contribuir de ninguna manera a la generación de riqueza o de ahorro a favor del acusado más (...) si el propio Director de Telemática del Ejército Peruano a través de su comunicación de fecha catorce de agosto del año dos mil siete (...) informa que los pagos del chofer, mayordomo, y combustible no forman parte de los sueldos...» [399].

El procesado en su declaración reconoce haber percibido por concepto de gasolina la suma de ochenta mil dólares, y está acreditado con documentos, por concepto de Chofer veintisiete mil dólares, también está acreditado y por Mayordomo ha recibido veinte mil dólares[400].

En el tema se advierte la existencia de una legislación que data desde los años de 1976; en tal sentido, tenemos: El Decreto Supremo 013-76-CCFA, del 15 de octubre de 1976, aprobó el Reglamento sobre la «Política General sobre automóviles para el uso del personal de la Fuerza Armada», cuyo objetivo era «establecer las Normas Generales que deberá seguir la Fuerza Armada para la adquisición, servicio, abastecimiento, mantenimiento, operación, seguro, renovación y venta de los automóviles de propiedad del Estado y afectado a cada Instituto Armado...», siendo su campo de aplicación «los automóviles puestos al servicio de los Oficiales Generales, Coroneles y Capitanes de Navío en servicio activo». El artículo 4 señala: «Anualmente con los fondos presupuestales incrementados con el producto de la venta de los automóviles dados de baja, los Institutos adquirirán los automóviles necesarios para: La renovación; y la asignación a los nuevos Capitanes de Navío y Coroneles». El artículo 5 precisa: «se pondrá un automóvil al servicio de los señores Oficiales –Generales, Coroneles y Capitanes de Navío en servicio activo....». El artículo 7 indica: «Cada Instituto deberá consignar en su presupuesto las partidas respectivas para atender el suministro de: combustible, lubricantes, llantas y baterías

[399] Ver fojas 9995 a 9997, Tomo 14.
[400] Ver fojas 2566, Tomo 04

para los automóviles de propiedad del Estado. El artículo 8 prescribe: «El abastecimiento al que se refiere el párrafo anterior será proporcionado de acuerdo al siguiente detalle: a.- Gasolina: de acuerdo al octanaje que prescriban las características -técnicas del vehículo que se adquiera para el uso y en las siguientes cantidades: Oficiales Generales.....200 galones mensuales, Coroneles y Capitán de Navío.....180 Galones mensuales...» El artículo 9 indica: «Los vales de gasolina a que se refiere el artículo anterior (...) podrán ser utilizados en los grifos de los Institutos Armados, siempre y cuando su capacidad lo permita, previo acuerdo entre los respectivos Institutos». El artículo 12 refiere: «La operación de los automóviles estará a cargo de chóferes profesionales contratados por los respectivos Institutos, con la condición de «Servicio Interno», a propuesta del usuario. Los automóviles, puestos al servicio de los Generales de División, Vice-Almirante y Tenientes Generales, dispondrán de un chofer profesional, miembro de la Fuerza Armada con grado militar.

Con el Decreto Supremo 035-77-IN, su fecha 28 de septiembre de 1977, se hace extensivo los beneficios reconocidos en el Reglamento de Política General sobre automóviles para uso personal de las Fuerzas Armadas a los miembros de las Fuerzas Policiales en los grados de Generales, Coroneles e Inspectores Superiores.

Por Decreto Supremo 032-DE/SG del 19 de mayo de 1999, se incrementó en un 100% las cantidades de combustibles dispuesto en el artículo 8 de los Reglamentos de Política General sobre automóviles para uso de Personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional aprobados por Decreto Supremo Nº 013-76-CCFFAA del 15 de octubre de 1976 y Decreto Supremo 035-77-IN del 28 de setiembre de 1977, modificado por el Decreto Supremo 030-82-IN del 06 de julio de 1982 y se reconoció el beneficio de dotación de gasolina a los grados militares de menor jerarquía, otorgándose «combustible de 95 octanos, con fines de cumplimiento de Comisión de Servicio, al Personal Militar y Policial en Actividad que a continuación se indica: Teniente Coronel o sus equivalentes 120 galones; Mayor o sus equivalentes 80 galones, Capitán o sus equivalentes 40 galones, Técnico Jefe Superior y Técnico Jefe o sus equivalentes 40 galones; y Técnico de Primera o sus equivalentes 30 galones, respectivamente por mes, que se encuentren prestando servicios en el país o en el extranjero, haciéndose extensivo a los grados equivalentes que pasen o hayan pasado a la Situación de Retiro, siendo

el Ministerio de Defensa y del Interior que debe dictar las disposiciones administrativas que resulten necesarias para la mejor aplicación y ejecución de lo dispuesto en el presente Decreto Supremo.

El Decreto Supremo 016-DE/SG, del 13 de marzo del 2000, con el fin de reducir el uso de Documentos Cancelatorios como medio de pago, modificó de especie a efectivo parte del beneficio por combustible (vales de gasolina) que se vienen otorgando al personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y en el caso de Coroneles y sus equivalentes se estableció: en especie 108 galones y en efectivo 252 galones.

Con el Decreto Supremo 037-2001-EF del 9 de marzo del 2001, se autoriza la «entrega en efectivo por concepto de combustible, al personal Militar y policial en situación de Actividad, entrega que será destinada para la compra de combustibles, correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al precitado personal, así como para realizar comisiones de servicio, de conformidad a lo establecido en el Decreto Supremo N° 013-76-CCFA del 15 de octubre de 1976 y su modificatoria Decreto Supremo N° 032-DE/SG del 19 de mayo de 1999.

Del tenor literal de las normas glosadas se puede determinar:

a. Que la dotación por combustible desde sus orígenes hasta la actualidad ha sido incrementada en su monto y asignada no solo a los miembros activos de altas jerarquías sino también a las de inferior jerarquía y jubilados.
b. En cuanto a este mismo concepto, si bien según el tenor literal del D.S. 013-76-CCFA se la vincula a un fin funcional, estableciéndose que dicha entrega será destinada para la compra del combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al personal, así como para realizar comisiones de servicio.
c. La asignación de un chofer, según el tenor literal de la precitada norma, responde a la designación de un vehículo y para su operación, siendo contratado por los respectivos Institutos a propuesta del usuario.
d. Sin embargo, en esta misma norma ni en alguna otra posterior de similar naturaleza existe disposición expresa que obligue a los beneficiarios a rendir cuenta de su destino o devolver lo

no utilizado. Hasta aquí, estando a lo señalado en los puntos precedentes la exclusión de las asignaciones, como fuentes de ingresos ilícitos no resulta sustentable en la existencia de un mandato de prohibición respecto a la posibilidad de disponer libremente de los mismos, y o de exigibilidad de devolución de éstos, y que permita demostrar que el haber procedido de manera contraria ha implicado la trasgresión a una obligación expresa de no incorporación al patrimonio personal de los referidos conceptos.

Asimismo, consideramos que interpretar la no libre disponibilidad de la «asignación de gasolina» y «chofer» en mérito a la asignación de un vehículo en el entendido que tales conceptos están estrictamente vinculados a la operatividad del mismo, no es concordante con la totalidad de las disposiciones normativas reseñadas, por las siguientes consideraciones:

a.- Sólo desde la perspectiva del tenor literal del D.S. 013-76-CCFA, no se puede determinar la libre disponibilidad o no de dichos conceptos, pues a la luz de las demás disposiciones normativas reseñadas, se tiene que «la dotación de gasolina» siempre ha respondido, con independencia del grado militar, a complementar las remuneraciones del personal beneficiario.

b.- A mayor abundamiento, como criterio valorativo de máxima de la experiencia en la realidad se puede advertir que el cumplimiento de lo dispuesto en los D.S. 013-76-CCFA y 035-77-IN, en relación a la entrega de vehículos a los Oficiales a partir del grado de Coronel, se condiciona a la existencia de disponibilidad presupuestal y a la prelación jerárquica existente al interior de la propia institución[401],

---

[401] El artículo 4 de los Decretos Supremos 013-76-CCFA y 035-77-IN señala que «Anualmente con los fondos presupuestales incrementados con el producto de la venta de los automóviles dados de baja, los institutos adquirirán los automóviles necesarios para la renovación; y la asignación a los nuevos Capitanes de Navío y Coroneles» y en similar situación los miembros de las Fuerzas Policiales. Asimismo tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 01911-2006-AC , cuyo objeto de demanda era que el Ministerio del Interior cumpla lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto Supremo 035-77-IN , mediante el cual se dispone el otorgamiento de un vehículo para todos los oficiales, Coroneles y Generales de la Policía Nacional del Perú, ante lo cual el Supremo Intérprete señala: «En caso de autos, si bien el demandante invoca el incumplimiento de un mandato contenido en una norma, se

pudiendo ocurrir que a Oficiales con el grado de Coronel no se les haya asignado el automóvil pero si la «dotación de gasolina» pues esta última tiene como fin mejorar las remuneraciones de los miembros policiales y del Ejército.

Asimismo, debe entenderse que el fin de esta asignación, conforme lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 50[402], más allá del cumplimiento de una misión asignada, constituye en esencia un complemento a los bajos ingresos percibidos por el personal militar y policial y es así que en el transcurso del tiempo no solo ha sido incrementada sino se han extendido a grados militares inferiores y a jubilados, agregándose que asignaciones similares por otros conceptos se otorgan en otras dependencias estatales y con el mismo objetivo de incrementar los ingresos remunerativos de los trabajadores[403], conforme se puede advertir en el Poder Judicial con la bonificación de «Gastos Operativos» que se otorga mensualmente a los Magistrados Titulares y de cuyo monto solo está obligado a justificar el 10 por ciento siendo lo restante de libre disponibilidad.

Por las consideraciones precedentemente anotadas y no habiendo causa que justifique que la suscrita haya de variar su postura respecto al tema analizado, en aplicación del «principio de primacía de la realidad» debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos, en tanto este «no es una regla limitada solo a determinar la existencia de una relación laboral; en general, dicho principio tiende a hacer prevalecer los hechos reales sobre los hechos formales»[404], no

---

aprecia que el contenido de la misma se encuentra inevitablemente condicionado a la existencia de disponibilidad presupuestal y a la prelación jerárquica existente al interior de la propia institución policial. No se trata de un mandato incondicional, en los términos planteados precedentemente, sino de una obligación que requiere de determinados elementos, sin cuya existencia la obligación pierde su eficacia inmediata».

402 Informe Defensorial N° 50 sobre «El otorgamiento de la Asignación de Combustible a los miembros de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas», concluye que «se puede inferir que la finalidad de la asignación de combustible va más allá del cumplimiento de una misión asignada, constituyendo en esencia un complemento a los bajos ingresos percibidos por el personal militar y policial».

403 Como por ejemplo el Decreto de Urgencia N° 114-2001 -«Disponen Reconocimiento de Gastos Operativos a los Magistrados y Fiscales del Sistema Judicial de la República»-, de fecha 27.09.2001.

404 AVALOS JARA, Oxal Víctor, *Precedentes de observancia obligatoria en materia laboral de la Corte Suprema*, Grijley, 2008, p. 116.

implicando esta argumentación una violación a la norma sino muy por lo contrario permite determinar dentro de nuestra normatividad la real naturaleza de los hechos principalmente cuando se trata de temas laborales y estando acreditado que Ricardo Alberto Sotero Navarro percibió los beneficios objetos de análisis, conforme fluye del cuadro de dotación de combustible en el cual se verifica que durante el periodo de mil novecientos ochenta y cinco al dos mil ascendió a ochenta mil trescientos ochenta y tres punto veintisiete dólares[405], y, de la información remitida por el CINFE se constata que desde el año de mil novecientos noventa y uno al dos mil uno el ingreso percibido por concepto de «Chofer Adscrito» ascendió a sesenta y cinco mil seiscientos uno punto sesenta y cuatro nuevos soles[406]; por lo que es razonable considerarlo como un ingreso a su favor a fin de justificar sus gastos y patrimonio, pudiéndose advertir que han sido debidamente cuantificados, y reconocidos por las autoridades del Ejército Peruano como el propio Ministerio Público a través de su requisitoria oral; en tal sentido resulta perfectamente válido considerarlos dentro de su patrimonio y como tal repercuten en el ahorro del beneficiario.

A mayor abundamiento, corrobora lo expuesto además el INFORME 155-2001-SUNAT/K00000 de fecha 8 de Agosto del 2001, que establece que la entrega de dinero en efectivo por concepto de combustible a favor del Personal Militar y Policial en situación de actividad, a que se refiere el artículo 1 del Decreto Supremo N° 037-2001-EF, constituye renta de quinta categoría para efectos de la legislación del Impuesto a la Renta, en tanto dicha asignación tenga el carácter de libre disponibilidad por tratarse de una cantidad fija y periódica, no sujeta a reintegro por la parte no utilizada en el desempeño de las funciones del citado personal[407]. Si bien este informe guarda relación con una norma de fecha posterior a lo que es *thema probandum* del presente proceso; sin embargo, es importante glosarlo para el esclarecimiento del punto en discordia, si se tiene en cuenta que las normas que antecedieron a dicho Decreto Supremo tenían los mismos supuestos de hecho para la entrega de la dotación del combustible como

---

405 Ver cuadro de fojas 819 - Tomo 02.
406 Ver fojas 824-825 - Tomo 02.
407 http://www.sunat.gob.pe/legislación/oficios/ 2001/oficios/i1552001.htm

son: «el de ser utilizado para el funcionamiento del vehículo asignado al Oficial» así como realizar «comisiones de servicios» y con esta finalidad ha sido asignado como de libre disponibilidad.

Se condice con todo lo señalado el hecho que para algunos beneficiarios, el monto percibido por dichos conceptos ha sido objeto de embargo para garantizar el cumplimiento de obligaciones pecuniarias impuestas en el marco de un proceso penal[408], confirmándose con ello su reconocimiento como ingresos lícitos.

Por tanto, la libre disponibilidad de tales conceptos por parte de Sotero Navarro no entraña posibilidad alguna de imputarle la defraudación a un mandato expreso que se lo impedía, razón por la que mal puede privársele de incluirlos como parte de los ingresos lícitos que alega.

En relación al beneficio de Mayordomo, se tiene que el Decreto Supremo N° 001-78-CCFFA del 03 de enero de 1978, establece entre los beneficios que corresponde recibir a los Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas es el de un trabajador del hogar-mayordomo. Este rubro y bajo los fundamentos expuestos en líneas precedentes deben ser considerados como ingreso, y conforme lo glosa el Ministerio Público al formular su requisitoria oral «el acusado Ricardo Alberto Sotero Navarro percibió en calidad de beneficios y goces (...) mayordomo [S/. 54, 455.13] cincuenta y cuatro mil cuatrocientos cincuenta y cinco punto trece nuevos soles; (...) beneficios estos cuyo otorgamiento están debidamente acreditados a través de los alcances expuestos en el Decreto Supremo número cero trece - siete seis...»[409].

9.4.- En relación al rubro beneficios derivados de los cambios de colocación (flete por bagajes, indemnización de viaje y gastos de instalación)

De autos se tiene acreditado que Sotero Navarro por concepto de viaje en Comisión de Servicio a la República del Argentina en el año

---

[408] Ver resolución dictada por esta Sala Penal, en el incidente signado con el número 27-2002-«K», del veintinueve de Mayo del 2007 en la que confirmando la apelada se ordena el embargo en forma de retención sobre la totalidad de los ingresos a favor del sentenciado Marco Antonio Huerta por concepto de combustible, chofer y mayordomo.

[409] Ver fojas 9995 a 9997 - Tomo 14. La percepción de este ingreso se encuentra acreditada por el informe remitido por el CINFE de fojas 824 a 825 del Tomo 2.

mil novecientos noventa y seis, recibió el importe de ocho mil cuarenta y tres punto diez nuevos soles, conforme fluye de la documentación remitida por el Departamento de Administración del CA-CGE de fojas ochocientos cuarenta y dos del tomo dos.

Asimismo se encuentra acreditado que Sotero Navarro, fue comisionado a la República de Brasil[410], habiéndose efectuado el pago de dos mil noventa y nueve dólares conforme se verifica del documento remitido por el Jefe del Departamento de Administración del CA-CGE[411].

En relación a los montos percibidos por concepto de viáticos como participante del CDDN, viáticos como Sub Jefe de Delegación del CDDN, viáticos como Jefe de Delegación del CDDN y viáticos como Jefe de Delegación del CEMC, se encuentra acreditado que recibió por dichos conceptos la suma de cinco mil setecientos sesenta nuevos soles, conforme se aprecia del documento remitido por el Director General del Centro de Altos Estudios Nacionales[412].

También se constata que el acusado Sotero Navarro recibió la Asignación por reunión Regional Bilateral de Inteligencia, conforme fluye de la documentación remitida por el Director de Inteligencia del Ejército y Comandante General de la QRM[413].

Al respecto, debemos precisar que dicho concepto no puede ser considerado como un ingreso de libre disposición, en tanto existe una normatividad que dispone expresamente sus fines y formas de ejecución, otorgándose en casos muy específicos, no dándose en forma generalizada a todos los oficiales del Ejército; por lo que, de la prueba aportada y actuada denotan sin margen de duda que Sotero Navarro incumplió la devolución prevista, ello principalmente en mérito a la propia declaración del precitado, en la cual precisa que «...viajaba sólo porque [su] familia se quedaba acá (...) en toda la vida que h[a] tenido como militar...»[414].

Esta apropiación, que la suscrita considera irregular y de naturaleza penal, no administrativa, constituye una actividad irregular e ilícita de un funcionario, más aun de quien en esa condición

---

410 Ver fojas 850 - Tomo 02.
411 Ver fojas 851 - Tomo 02.
412 Ver fojas 829 - Tomo 02.
413 Ver fojas 854 a 856 - Tomo 02.
414 Ver fojas 2575 y siguientes del Tomo 4.

ha tenido la oportunidad, por su cargo, de conocer de la obligación de devolver los excesos de lo que se recibía para estos fines, ese hecho evidentemente podría encontrar significación jurídica en un delito específico dentro de los delitos contra la Administración Pública.

Entonces si existen indicios de que el ingreso de estos dineros al movimiento económico de Sotero Navarro y que ello constituiría un delito específico (peculado o tal vez malversación de fondos), ese extremo no puede ni debe integrarse a un reproche distinto de esos delitos, es decir, no puede enmarcarse como enriquecimiento ilícito porque estamos hablando de la misma acción que podría encontrar su adecuación en un delito específico; y, en todo caso, el resultado económico sería el producto de otra ilicitud y no un enriquecimiento como el que la figura legal que nos ocupa pretende reprimir.

Sin embargo se debe dejar sentado que el eventual carácter ilícito de estos ingresos, conforme a lo que aquí se señala, no ha sido materia de este proceso ni objeto de defensa, por lo que sería un supuesto fáctico completamente distinto que impide emitir pronunciamiento alguno.

Sin perjuicio de lo señalado, esa posible ilicitud en la apropiación del dinero, de ser factible, debe ser investigada en un proceso específico y ante el juez de la causa, donde se habría de establecer la responsabilidad del autor y de ser el caso determinar la posible participación de terceras personas.

En ese sentido, no puede olvidarse el carácter residual del enriquecimiento ilícito que implica que, acreditada la comisión de otro delito, es éste el que prevalece y no aquel que operaba ante la falta de verificación del realmente cometido. Por lo que, no deben ser considerados como fuente del delito de enriquecimiento ilícito por corresponder a un delito específico.

9.5. Sobre lo percibido por concepto de combustible por el cargo de Comandante General de Locumba-Tacna y de la Quinta Región Militar-Loreto

Las consideraciones precedentes que solventaron nuestra posición en torno a que el concepto de combustible, de acreditarse su percepción, sí debe contabilizarse, no es de recibo para lo que alega haber percibido como Comandante General de Locumba-Tacna y de

la Quinta Región Militar-Loreto, en tanto los supuestos de hecho son distintos y merecen un análisis diferente.

Conforme lo sostiene en su declaración «Yo he recibido [US$ 80.000] ochenta mil dólares como Combustible (...) esa gasolina es por los Puestos de Comando que yo tengo (...) el Comandante General de una Gran Unicidad de Combate o en una Región Militar en este caso, tiene vehículos a su disposición para su familia, porque en el fuerte Locumba donde yo era Comandante General como General de Brigada había una camioneta para mi familia ..». Añadiendo: «...y como mi familia no estaba en Locumba, entonces esa es la gasolina que le correspondía al vehículo (...) entonces como esa camioneta no tenía uso, esa gasolina se quedaba allí...». Preguntado: ¿Esa gasolina no la devolvía UD., dijo: «... No se devuelve es para consumo...» Repreguntado: ¿Pero si no la consumía, no está indicándonos ello? Dijo: «...Sí, pero es un beneficio mío que se me otorgaba como Comandante...». Vuelto a ser preguntado: ¿O sea usted considera eso como un ahorro para usted, no lo gastaba y usted lo ingresaba a su patrimonio? Dijo: «...Estamos hablando de ahorros, igual sucede en la Quinta Región Militar, también estaba yo solo, es el mismo procedimiento»[415].

Por lo que, de sus propios dichos se advierte que lo asignado por concepto de Gasolina en su condición de Comandante General en determinadas regiones no se otorga en forma general a todos los Oficiales del Ejército sino para el ejercicio de determinadas funciones, siendo su fin garantizar el mejor cumplimiento de estas, mas no así la mejora de sus ingresos remunerativos; por lo que la suscrita considera que al igual que lo percibido por concepto de viáticos, estaríamos ante un supuesto de apropiación ilícita de recursos del Estado y estando al carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito este debe ser objeto de esclarecimiento en un proceso específico, donde el emplazado ejerza su derecho de defensa.

Así mismo, más allá del análisis expuesto no corre en autos información alguna que acredite lo que alega haber percibido. Conforme lo sostiene el Titular de la Acción Penal «... también debemos resaltar que esta proposición que hace el procesado Ricardo Alberto Sotero Navarro no guarda ninguna relación con lo real ni con la

[415] Ver fojas 2,583 y siguientes del Tomo 4.

comunicación alcanzada por la Dirección de Logística del Ejército mediante Oficio número tres siete uno-SINTE ocho. B. tres / once - cero cinco, del catorce de febrero del dos mil cinco, mediante el cual el Jefe del SINTE Luis Sánchez Chávez expresa que el Instituto no asigna dotación de combustible por el cargo que desempeña un oficial (...) Apreciándose, [así] que la propia administración del Ejército niega la entrega de este combustible...»[416]. Razón por la que en este extremo si bien la suscrita, al margen de su criterio diferente al del Voto en Mayoría, concuerda con éste en la no contabilización de los mismos como ingresos por la falta de prueba que lo acredite.

9.6. En relación al *extraneus* - esposa Marina Mercedes Arana Gómez

A efectos de entrar a analizar la conducta de los procesados a título de complicidad, es preciso dejar en claro, como ya ha sido esbozado preliminarmente, la suscrita no comparte el criterio que por mayoría ha asumido este Colegiado respecto a que el delito de Enriquecimiento Ilícito es uno de carácter permanente «caracterizado por el hecho de que la continuación temporal de una situación o conducta antijurídica configura un ilícito aun típico»[417], sino por el contrario que se trata de un **delito continuado**.

El delito continuado constituye otra construcción de «la doctrina y la jurisprudencia (...) para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por sí solo delictivos y no producidos en forma de unidad natural de acción, como parte de un proceso continuado unitario. Se habla en este caso de una unidad jurídica de acción»[418]. El delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o norma de igual o semejante naturaleza. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito[419].

---

[416] Ver fojas 9,998 a 10,000 del Tomo 14.
[417] STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I, Hecho Punible*, p. 418.
[418] JESCHECK, citado por Santiago MIR PUIG, en *Derecho Penal. Parte General*, p. 657.
[419] MUNOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte General*, p. 491.

El delito continuado exige la presencia de determinados elementos: a) *Objetivos*: Homogeneidad del bien jurídico lesionado. Homogeneidad de los modos de comisión del delito. Cierta conexión espacial y temporal; y, b) *Subjetivos*: la presencia de un dolo conjunto o designio criminal común a las diversas acciones realizadas.

La imputación contra el autor del delito de enriquecimiento ilícito, como ya ha sido detallado, consiste en que este aprovechando su condición de oficial del ejército se enriqueció en forma indebida entre 1995 al 2000, lo que no implica que durante todo este tiempo y de manera interrumpida se habría estado enriqueciendo en forma indebida, sino por el contrario de los medios de prueba que se han aportado y actuado durante la etapa del proceso penal y específicamente durante la etapa del juicio oral, se desprende que el autor del hecho habría estado incrementando su patrimonio de manera progresiva.

No cabe duda pues que en el caso que nos ocupa concurren los requisitos que reclama el delito continuado, pues se ha lesionado un mismo bien jurídico -la administración pública- que se ha visto afectada por la conducta del acusado Ricardo Alberto Sotero Navarro, quien abusando de su cargo en la administración público se ha enriquecido indebidamente durante el periodo comprendido entre 1994 al 2000, con lo que no solo existe homogeneidad en el modo de comisión, sino que además una conexión espacial y temporal entre cada acto de enriquecimiento del mencionado Delgado de la Paz.

En cuanto al designio criminal, resulta evidente que el objetivo último del autor del hecho no era otro que incrementar su patrimonio, para ello no dudo en aprovechar del cargo que ostentaba al interior de las fuerzas Armadas en su condición de alto oficial del ejército.

Determinada la condición de delito continuado del ilícito de enriquecimiento ilícito, corresponde analizar cuál fue el papel que desempeñó la procesada Marina Mercedes Arana Gómez a quien se le imputa haber participado en el hecho típico y antijurídico atribuido a Ricardo Alberto Sotero Navarro, y si este comportamiento se adecua a la tipificación de la complicidad.

La tesis de los delitos de infracción de deber se aparta, en relación a la accesoriedad, considerablemente de las conclusiones a las que se llega en relación a los delitos de dominio. En los delitos de dominio la figura central es el sujeto que domina el hecho, es decir, que lo puede conducir a la consumación y decidir sobre la misma.

En los delitos de infracción de deber, por el contrario, la figura central es el definido en el tipo como obligado por el deber extra-penal, cuya infracción es el elemento principal de la ilicitud, de manera tal que el único que puede ser autor es el obligado especial. De esta manera en los delitos de infracción de deber el hecho principal, al cual se deben referir las acciones de participación es la conducta infractora del deber del sujeto especialmente obligado. Por tanto, autor será quien infrinja el deber, aunque no tenga el dominio del hecho que finalmente ocasiona la lesión del objeto protegido. A su vez, serán partícipes los que, sin infringir el deber, tomen parte en el hecho. El hecho de los partícipes, en consecuencia, será referido a la acción del infractor del deber[420].

El Código Penal peruano no contempla la participación de los terceros en el Delito de Enriquecimiento Ilícito, como efectivamente lo observa otras legislaciones, como son: El Código Penal argentino, cuyo artículo 268 del Código Penal considera el enriquecimiento patrimonial apreciable suyo (se refiere al autor) o de persona interpuesta para disimularlo. En el Código Penal Colombiano el artículo 412 señala que el incremento patrimonial injustificado se obtenga para sí o para otro. El Código Penal de El Salvador de 1997 expresamente contempla la sanción del que simula el incremento patrimonial no justificado en calidad de persona interpuesta.

Sin embargo, ello no impide que aplicando las categorías de la teoría del delito sea posible la participación de los cómplices en la perpetración del ilícito de enriquecimiento ilícito y para esto existe no solo criterios en la doctrina sino también en la jurisprudencia.

El artículo 23 del Código Penal considera como autor y coautores al: «que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente». Y el artículo 25 prescribe en relación a la complicidad primaria y secundaria: «El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado (...). A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena». Es decir, que será cómplice el que «no ejecuta directa o indirectamente el hecho ilícito solo coopera o ayuda a la consecución

[420] Bacigalupo, Silvina, *Autoría y Participación en delitos de Infracción de Deber*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 168.

del delito. O dicho de otra manera, ayuda o coopera con el funcionario o servidor público que incrementa su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones. Es decir, contribuye a la realización del hecho punible, a sabiendas, que el agente incrementa su patrimonio ilícitamente»[421].

El tratadista HURTADO POZO al abordar la complicidad señala: «Las expresiones «prestar auxilio» y «prestar asistencia» (...) En efecto, el auxilio es la ayuda, el socorro, el amparo; la asistencia, la acción de prestar socorro, favor o ayuda. (...) El objetivo del legislador al recurrir a estas expresiones es distinguir con suficiente nitidez los partícipes que contribuyen o ayudan al autor de los coautores en la ejecución del acto delictuoso. Por consiguiente, según nuestra ley, la complicidad consiste en ayudar dolosamente a un tercero para que ejecute un hecho punible previsto en un tipo legal. (...) Por su parte, los cómplices no deben realizar ningún acto de ejecución comprendido por el verbo principal del tipo legal»[422].

Agrega HURTADO POZO «El cómplice debe realizar actos que favorezcan la realización del hecho punible principal; es decir, debe hacerla posible o facilitarla. Su contribución puede situarse tanto a nivel material, como a nivel psíquico. (...) el cómplice debe realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible, haciéndola posible o facilitándola. Una relación directa y efectiva debe existir entre ambos sucesos; de modo que se le pueda imputar al que presta auxilio el hecho de haber colaborado en la empresa delictuosa del autor. (...) Prestar auxilio o asistencia implica claramente, según el lenguaje común, contribuir, ayudar a alguien a hacer algo en una situación determinada»[423].

Es cómplice aquel «cuya contribución al delito no pueda calificarse ni de autoría ni inducción (...) pero ello no significa que cualquier acto de favorecimiento de un delito sea merecedor de la pena prevista para la complicidad, la conducta habrá de tener alguna eficacia causal, aunque sea mínima, en el comportamiento del autor y reunir además, una cierta peligrosidad (...) en ese sentido la conducta del cómplice ha de ser

---

421 HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, 2007, p. 51.

422 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Grijley, 2005, pp. 896-897.

423 *Ibidem*, pp. 898-899.

peligrosa, de manera que, desde una perspectiva ex ante, represente un incremento relevante de las posibilidades de éxito del autor y, con ello, las de puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Ello ocurrirá cuando, en el momento previo a la acción del cómplice, sea previsible que, con su aportación, la comisión del delito sea más rápida, más segura o más fácil, o el resultado lesivo más intenso que sin ella»[424].

Sobre el momento de la intervención del cómplice y conforme sostiene HURTADO POZO, es necesario referirnos al momento de la comisión del acto de complicidad con relación al acto principal y esto se explica con el afán de distinguirlo del encubrimiento previsto en los artículos 403 a 405 del Código Penal. Sostiene «Según la doctrina dominante, el acto de complicidad puede tener lugar en cualquier momento durante el comportamiento del autor: desde los actos preparatorios hasta la consumación, y en algunos delitos hasta el agotamiento. (...). Además, hay que tener en cuenta que la complicidad en el acto de agotar el hecho punible consumado sólo concierne a los delitos caracterizados por un ánimo especial (obtener un provecho, en el caso del delito de hurto o de estafa), pero no, por ejemplo, a los delitos instantáneos como el homicidio. Así lo juzgó ya la Corte Suprema (...) afirma que «el acto de complicidad no puede darse después de consumado el delito, sino tan sólo en la etapa de preparación y de ejecución». En caso de prometerle ayuda al autor, una vez que haya cometido el delito, se habla de complicidad psicológica o intelectual; por ejemplo ayudar al ladrón, conforme a la promesa hecha antes de que cometiera el delito, a transportar los bienes hurtados. En este caso, el cómplice no será reprimido por el acto que ha cometido después de la ejecución de la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo [el resaltado es nuestro]. Sin embargo, si su finalidad es, además, la de ocultar dichos bienes (efectos del delito) o la de aprovecharse de los mismos o, la de hacer desaparecer las huellas en detrimento de la acción de la justicia, incurrirá también en el delito de encubrimiento real del artículo 405, en concurso ideal con la de complicidad de hurto. (...) Si el cómplice interviene durante la ejecución de la infracción, no debe hacerlo mediante actos ejecutivos. (...) En efecto, por haber realizado un acto ejecutivo deberían ser considerados (...) como coautores»[425].

---

[424] MUNOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 465.
[425] *Ibidem*, pp. 901-902.

En igual sentido, aborda el tema de la complicidad el tratadista Felipe VILLAVICENCIO, señalando «La complicidad no solo implica un aporte material sino que ella también puede consistir en un apoyo psicológico (la llamada «complicidad intelectual»). Este aporte psicológico otorgado por el cómplice no debe ser el que haga surgir en el autor la decisión a la realización del hecho, pues en ese caso estaremos ante una instigación. Para que haya complicidad intelectual, la influencia psicológica debe significar un apoyo a la decisión ya tomada por el autor»[426].

En relación a la intención del cómplice, HURTADO POZO refiere: «(...) El cómplice debe pues actuar con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su propia intervención y a la del comportamiento delictuoso que el autor realiza o está a punto de realizar. Por esto, en dogmática se habla también del doble dolo del cómplice, con arreglo al cual el dolo del partícipe debe abarcar el hecho de que su acción aumenta el riesgo de que el delito sea ejecutado, pero no debe, en cambio, conocer en detalle la manera como el autor llevará a cabo el hecho punible. Así, no es indispensable que conozca a la víctima o que sepa con precisión cuándo el autor cometerá la infracción»[427].

Respecto al momento de la intervención el cómplice y en el caso concreto de enriquecimiento ilícito a nivel jurisprudencial, debemos destacar el recurso de nulidad expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República número 2976-2004, de fecha 30 de diciembre del 2004, donde se ha establecido: «...constituye doctrina unánime que el partícipe puede intervenir en la preparación del hecho o en su ejecución (el cómplice primario sólo puede hacerlo en el momento de preparación - si intervino en la ejecución sería sin duda, coautor), mientras que el cómplice secundario puede intervenir en el delito realizando tanto en la etapa de preparación como en la etapa de ejecución) [el resaltado es nuestro]; que, en consecuencia, en cuanto a lo cronológico del acto del cómplice su contribución al hecho delictuoso ha de ser anterior o simultánea, en tanto sea útil para la ejecución del plan del autor, pero nunca posterior (...) siendo de significar que la simultaneidad dependerá de que el delito todavía no se haya consumado, circunstancia que a su vez varía de acuerdo con

---

[426] VILLAVICENCIO T., Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, 2007, p. 521.
[427] *Ibidem*, p, 904.

cada estructura típica, y que tiene lugar con el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo»[428].

Respecto a la promesa anterior, como supuesto de complicidad primaria, «(...) la intervención está dada por una promesa anterior, se trata (...) de prestar un[a] ayuda posterior cumpliendo una promesa previa al hecho, de otro modo sería encubrimiento...»[429]. En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, la doctrina al discutirse sobre la posibilidad de sancionar a quienes intervienen para ocultar o disimular el estado de enriquecimiento del funcionario, unos sostienen que no debe admitirse la punición porque estos sujetos participan sólo en el ocultamiento, conducta ajena al acto de enriquecimiento, siendo posible aceptar más bien la sanción por encubrimiento real, y, otros sostienen que estamos ante un caso de complicidad o participación punible. «Conforme al modelo de delito de infracción de deber, si el delito no está consumado porque el autor aún no ha alcanzado el resultado de enriquecimiento, entonces el testaferro podrá ser sancionado como autor si es *intraneus* (no sólo funcionario sino especialmente obligado) o, como ocurrirá en la mayoría de los casos, a título de cómplice si es *extraneus*. Debe pues entenderse que el delito se consuma con el enriquecimiento del funcionario, sin exigirse que sea éste el poseedor o titular formal de los bienes, sólo se exige que el *intraneus* ostente una relación de poder de control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio encubierto, y en consecuencia sobre el sujeto interpuesto, si esa condición no existe o está en duda, sencillamente no habrá testaferro ni participación criminal [el resaltado es nuestro]. Finalmente, si el delito ya está consumado la responsabilidad del testaferro podrá discutirse dentro de las formas de encubrimiento real del art. 405 del CP»[430].

Desde esta perspectiva se concluye que: 1.- El delito de Enriquecimiento Ilícito se consuma cuando al autor especial –Funcionario Público–, consigue enriquecerse, para lo cual se exige que ostente una relación de poder de control o dominio sobre los bienes que incrementan

---

[428] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, 2006, p. 651.

[429] *Ibidem*, p. 652.

[430] CARO CORIA, Dino Carlos, «El delito de Enriquecimiento Ilícito», en *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir - Aspectos sustantivos y procesales*, Editores Juristas, Lima, 2002, pp. 247 y 248.

su patrimonio; 2.- La complicidad son actos de colaboración para la perpetración de un hecho punible ajeno, de un hecho que le pertenece al autor, a quien el cómplice facilita, allana su fin último; 3.- La complicidad solo es posible durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución; y 4.- En el caso de los actos posteriores a la ejecución, se tiene que la complicidad puede ocurrir si se da la existencia de un pacto o acuerdo previo en el que se plantee el reparto de papeles de los participantes y en el cual los cómplices se comprometen con el autor a ayudarlo en su voluntad criminal de enriquecerse ilícitamente aceptando ser el *extraneus* que le van a permitir ocultar su patrimonio, de lo contrario estaríamos frente a otro delito -podría ser encubrimiento o lavado de activos-.

9.7. Exigencias probatorias para acreditar la responsabilidad del cómplice

1. La existencia de un autor -funcionario público que se ha enriquecido ilícitamente durante el ejercicio de su cargo.
2. El grado de contribución del cómplice al hecho del autor, si ésta es instrumental para la verificación del hecho o no, así como establecer el momento en el que se da esta contribución, ya sea en la etapa de preparación o ejecución.
3. Si es que los cómplices prometieron ayuda al autor, después de la ejecución de la acción ilícita, y en qué consistía dicha promesa.

10. El proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente

Es de puntualizar que un proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente, estriba en determinar previamente con que bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a estos el total de sus ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás recibidos por cualquier concepto -herencia, préstamos y otros similares-, luego deberán cuantificarse los bienes con que cuenta actualmente y una vez obtenidos los resultados de ambas operaciones hacer una comparación entre estas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor y en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito o se demuestra que la obtuvo con motivo del empleo, cargo o

comisión del servicio público, o si este no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio conforme lo exige el artículo 401 del Código Sustantivo (...) establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, se procede a la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio donde se establecerá que su conducta es típica, antijurídica y culpable; que es evidente que la falta de justificación constituye el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el encausado, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Fiscal en el ejercicio de su función investigativa; no se trata de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por supuesto, legal; la expresión «incremento patrimonial no justificado» es equivalente a la fortuna o patrimonio conformado por los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Estado[431].

11. Subsunción del comportamiento

Siendo el buen desempeño de la Administración Pública encargada a sus funcionarios (bien jurídico tutelado) un bien colectivo, se le protege sancionando las conductas típicas individuales que lo lesionan o ponen en peligro, y habiéndose establecido con la prueba actuada en el decurso del juicio oral que el enriquecimiento del funcionario público se produjo cuando mantenía vínculo funcional con el Estado, dado que no hay correspondencia entre lo percibido y el incremento de su patrimonio y gastos personales, sin que haya podido justificar razonablemente la existencia de otras fuentes de ingresos lícitas.

Acorde a lo anterior, conforme hemos expuesto, se descarta otra posible fuente económica de naturaleza privada del patrimonio del procesado.

Siendo el buen desempeño de la Administración Pública encargada a sus funcionarios (bien jurídico tutelado) un bien colectivo, se le protege sancionando las conductas típicas individuales que lo

[431] Ejecutoria Suprema del 15 de Agosto del 2007, R.N. Nº 4245 -206-Lima, Primera Sala Penal Transitoria.

lesionan o ponen en peligro, y habiéndose establecido con la prueba actuada en el decurso del juicio oral que el enriquecimiento del funcionario público procesado Winston Enrique Alfaro Vargas (por tener la calidad indicada en el inciso quinto del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal) se produjo cuando mantenía vínculo funcional con el Estado, dado que no hay correspondencia entre lo percibido y el incremento de su patrimonio y gastos personales, sin que haya podido ése justificar razonablemente la existencia de otras fuentes de ingresos lícitas. Desvirtuada la presunción de su inocencia la Sala dicta sentencia condenatoria.

Debe dejarse establecido en el presente caso, que no se sanciona la omisión de formular las declaraciones juradas a que hace referencia el segundo párrafo del artículo in comento, ni se invierte la carga de la prueba, pues ha sido el Ministerio Público, que, como Titular de la acción penal, ha denunciado y probado el excesivo incremento patrimonial del procesado en un juicio público, en el que se ha respetado el contradictorio, por lo que no se contraviene lo señalado por la Doctrina cuando refiere que «... la construcción legítima del injusto del enriquecimiento ilícito del funcionario no requiere de la infracción de un inexistente deber de justificación, sino más bien de una relación de imputación objetiva entre el ejercicio del cargo y ese resultado de enriquecimiento»[432].

12. Del momento consumativo del tipo penal

La consumación varía de acuerdo con cada estructura típica, y que tiene lugar con el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo; que en lo atinente a la consumación del delito de enriquecimiento ilícito, el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, al definir esa figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico -que puede ser tanto un aumento del activo como disminución del pasivo- a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas -incluso disciplinarias- o de otras vías no

[432] CARO CORIA, Dino Carlos y otros, *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir - Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 141.

conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí su nota de ilicitud del enriquecimiento; que, a los efectos de la concreción del enriquecimiento es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio[433].

El Enriquecimiento Ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la medida que él o es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el período de ejercicio funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, no siendo los cargos y empleos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a la normas jurídicas y/o sociales. Que este injusto penal atribuido a la sentenciada dentro de los grados de desarrollo del delito ha quedado consumado al haberse dado un incremento patrimonial, en el ejercicio funcional no sustentado[434].

13. Precedentes en relación a la incorporación de las esposas de los procesados por enriquecimiento ilícito, a título de cómplices

Pronunciamiento en Mayoría.	**CONDENA:** ***Título de Imputación:** Complicidad Secundaria. ***Pena impuesta:** Suspendida: 04 x 03
Voto Singular (DR. VILLA STEIN)	**ABSOLUCIÓN:** Acogiendo Tesis de la Ruptura de la Imputación rechaza complicidad de enriquecimiento, pues considera que la intervención de terceros en el incremento del funcionario se corresponde con otras figuras penales tales como receptación, encubrimiento, etc.[435]

[433] Ejecutoria Suprema del 30 de Diciembre del 2004, R.N. N° 2976-2004, Sala Penal Permanente.

[434] Ejecutoria Suprema del 16 de Mayo del 2003, Exp. N° 09-2001, Segunda Sala Penal Transitoria.

[435] R.N. N° 1366-2007, 2° Sala Penal Transitoria, Caso Trinidad Becerra de Montesinos y otros.

Las bases fácticas que sustentan la complicidad de la esposa o familiares son:

Caso esposa:	Caso esposa y familiares:
- Titular de cuenta bancaria con dinero que se reputa procedente de funcionario ilícitamente enriquecido.	- Aurora, Cecilia y Juan Carlos así como Luis Miguel son titulares de cuentas bancarias con dineros que se reputan procedentes de funcionario enriquecido.
- Representante de persona jurídica cuyo capital e inversión se relaciona a dinero que se reputa procedente de funcionario ilícitamente enriquecido.	- Aurora, Cecilia y Juan Carlos así como Luis Miguel son representantes de personas jurídicas cuyo capital e inversión se relaciona a dinero que se reputa procedente de funcionario ilícitamente enriquecido.

En este contexto de supuestos, debemos recalcar que la imputación de complicidad entraña proposiciones que denotan una real colaboración **para viabilizar el** incremento patrimonial del funcionario, **no para lograr su ocultamiento.** Por tanto, aún prescindiendo del análisis en torno a la existencia o no de dolo, de **manera objetiva,** dicha colaboración sólo es posible de imputar atribuyendo conductas anteriores al incremento ilegítimo. De lo contrario es evidente que la colaboración es ulterior y se sitúa en el plano del ocultamiento (fase de agotamiento) tal y como se estableció respecto a las hijas de Rodríguez Huertas; en efecto en la Ejecutoria Suprema de fecha 30 de Diciembre del 2004, R.N. Nº 2976-2004, en efecto en la anotada ejecutoria suprema se fijaron las siguientes premisas dogmaticas:

a.- «... PRIMERO: Que la controversia que se plantea en el presente caso, entre otros agravios materia de la impugnación, está referida a si las encausadas Jessica Rodríguez Córdova, Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez pueden responder o no penalmente como cómplices primarias del delito de enriquecimiento ilícito. SEGUNDO: Que es claro, sin embargo, que a esa configuración no obsta la condición de *extranei* de las tres acusadas, en tanto que aún siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos

especiales, más allá incluso de la contribución material concreta de cada uno de ellos, sólo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor, en este caso, es quien infringe un deber específico o especial que el tipo asume–; accesoriedad que en todo caso puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplices no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor sino un simple partícipe ...».

b.- «... CUARTO: Que, así las cosas, es de dilucidar con carácter previo dos cuestiones dogmáticas: el momento de intervención del partícipe, y el momento de consumación del delito de enriquecimiento ilícito; (...) que (...) en cuanto a lo cronológico del acto del cómplice, su contribución al hecho delictuoso ha de ser anterior o simultánea, en tanto sea útil para la ejecución del plan del autor, pero nunca posterior, siendo de significar que la simultaneidad dependerá de que el delito todavía no se haya consumado, circunstancia que a su vez varía de acuerdo con cada estructura típica, y que tiene lugar con el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo; que en lo atinente a la consumación del delito de enriquecimiento ilícito el artículo 401° del Código Penal, al definir esa figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo– a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas (...), que a los efectos de la concreción del enriquecimiento es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobe los bienes que incrementan su patrimonio ...

c.- «...que, aplicando las reglas generales de participación delictiva, «la complicidad será posible durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución propiamente dicha, esto es, siempre que el delito no esté consumado: aún no se ha alcanzado el resultado de enriquecimiento ilícito, de modo que habrá complicidad cuando los *extranei* intervienen para lograr el enriquecimiento ilícito del agente,

lo que incluye conductas tendentes a ocultar o disimular el enriquecimiento propiamente dicho del intranet ...»

d.-«...QUINTO: que es cierto que un supuesto de complicidad primaria se da cuando la intervención está dada por una promesa anterior (se trata apunta ROBINSON GONZALES CAMPOS, siguiendo a CARLOS FONTAN BALESTRA, de prestar una ayuda posterior cumpliendo una promesa previa al hecho, de otro modo sería encubrimiento: *Código Penal Comentado*, tomo I, Gaceta Jurídica, 2004, p. 942), en tanto ésta haya tenido incidencia en el hecho delictuoso –aún cuando luego no se cumpla–, esto es, cuando el autor ha contado con esa ayuda para la comisión del hecho (...) que, a estos efectos, es de reconocer que un acuerdo previo a la ejecución del delito es suficiente para configurar la participación, aunque el aporte de actividad materia pactado lo fuere para ser ejecutado tras la consumación del mismo, ya que más allá que tales actos se produzcan ex post son reprochables ex ante, pues la responsabilidad se traslada en el aspecto subjetivo de co-delincuencia al momento del concierto participativo en que se produce el *pactum sceleris* y en el que se plantea el reparto de roles de los partícipes ...».

13.1. Exclusión de la complicidad de los familiares

Si bien es obvio, vista la cantidad de dinero objeto de enriquecimiento ilícito, la muy estrecha relación de parentesco con el *intraneus*, y las conductas realizadas por las *extranei*, que estas últimas sabían de la procedencia ilícita del dinero en cuestión, es del caso definir si su conducta fue previa o coetánea al enriquecimiento ilícito del acusado Huerta Rodríguez; que las pruebas antes glosadas determinan que objetivamente intervinieron mucho tiempo después que el acusado Huerta Rodríguez obtuvo el dinero cuestionado, enriquecimiento que se concretó en la adquisición a su nombre de Certificados Bancarios en Moneda Extranjera (...), incluso, es posible afirmar que la conducta del acusado Rodríguez Huerta ya se encontraba en la fase de terminación y no de la mera consumación formal del delito, para lo cual éstas no realizaron acto alguno tendente a ocultarlo o disimularlo –actuar como personas interpuestas, que es el caso del testaferro– ...».

«...la sola referencia al vínculo de parentesco, aún cuando muy estrecho, sin otra prueba que la corrobore, no permite deducir unívocamente que los actos de las encausadas constituyeron la

concreción de promesas previas, anteriores al acto de enriquecimiento ilícito, es decir, que el acusado Rodríguez Huerta para la comisión del delito contó con la ayuda de su esposa e hijas ofrecidas con anterioridad y que debía materializarse años más tarde; (...) son particularmente significativas las fechas de la consumación y las fechas de la intervención material de las acusadas, puesto que entre ambas pasaron varios años, no fueron inmediatas, dato que a los efectos del análisis indiciario funciona como un serio contra-indicio, que en todo caso genera una duda razonable acerca de la real existencia de un *pactum sceleris*, que es el único fundamento normativo plausible que puede fundamentar la complicidad objeto de acusación ...».

13.2. Consecuencias en materia de complicidad de los familiares

La Sentencia aborda como objeto de análisis si le alcanza o no responsabilidad penal a la esposa e hijas de un acusado por delito especial contra la administración pública (delito funcionarial), bajo el mismo título de imputación (delito de enriquecimiento ilícito), a título de cómplices. Así, si bien la solución al caso se decanta por una sentencia absolutoria a favor de las antes mencionadas por razones de orden procesal –probatorio, cierto es que se identifican hasta cuatro criterios dogmáticos (no desarrollado el primero) a los que se adhiere la Sentencia, a saber:

a.- que sí es posible imputar a un *extraneus* un delito funcionarial a título de partícipe sobre la base de la tesis de la unidad de la imputación;

b.- que debe ser la contribución del partícipe al delito funcionarial, anterior o coetáneo a la consumación formal de este último (no a su terminación material que se produce mucho después); lo que exige como dilucidación previa el determinar el tipo de consumación correspondiente a la estructura típica del delito especial en concreto;

c.- que de cara a determinar la incardinación cronológica de dicha contribución dentro del marco temporal de la consumación del delito especial, introduce una diferenciación fenoménica de dos tipos de aportes: uno, intelectual; otro, material. El primero, expresado en una promesa previa de ayuda o apoyo al autor; y, el segundo, a través del despliegue de actos materiales de concreción de dicho apoyo o colaboración a la perpetración del hecho. Pero, además, se incorpora otro supuesto: el del acuerdo delictivo previo entre autor y colaborador (*pacto sceleris*).

d.- a partir de dicha diferenciación fenoménica de aportes, en un caso, y de concierto delictivo, en otro, la comprobación de que el aporte material ha sido posterior a la consumación del delito por parte del autor, no descarta prima facie una contribución del partícipe al hecho delictivo si es que se comprueba un aporte intelectual del mismo (promesa previa) o un pacto delictivo previo, esto es, antes de producida dicha consumación, dado que el reproche contra el partícipe se retrotraerá a dicha oportunidad y no recién al momento de la intervención material.

13.3. La complicidad psíquica del *extraneus*

Conforme refiere la Doctrina Nacional de la mano de Felipe VILLAVICENCIO TERREROS[436] «... la complicidad no solo implica un aporte material sino que ella también puede consistir en un apoyo psicológico (la llamada «complicidad intelectual»)...», empero, precisa: «... Este aporte psicológico otorgado por el cómplice no debe ser el que haga surgir en el autor la decisión de la realización del hecho, pues en ese caso estaremos ante una instigación...», enfatizando que «... Para que haya complicidad intelectual la influencia psicológica debe significar un apoyo a la decisión ya tomada por el autor...».

En igual sentido, este tipo de colaboración **–Complicidad Psicológica–**, a decir de Ma. Carmen LÓPEZ PEREGRÍN[437], se «traduce en una influencia psíquica en el autor del delito ...», que no puede sin embargo dejar de estar regida por los criterios de imputación objetiva y por ende debe estar sujeta a dos requisitos: que la complicidad debe consistir siempre en un conducta peligrosa ex ante y que se haya traducido efectivamente en una relación causal con el resultado del delito; precisando luego que dentro de este tipo de complicidad es posible diferenciar los siguientes supuestos: **(a) La estabilización de la decisión delictiva; (b) La disposición para intervenir en caso necesario; (c) El encubrimiento anticipado; (d) La promesa de encubrimiento posterior; y (e) La complicidad intentada.**

No perdiendo de vista el criterio que fuera asumido en la Sentencia materia de comentario, resulta particularmente pertinente referirnos

---

436 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley , Marzo 2009.

437 LÓPEZ PEREGRÍN, Ma. Carmen, *La Complicidad en el Delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

a la primera y tercera de las mencionadas. Así, en relación a la **estabilización de la decisión delictiva**, señala la autora que «... Si el reforzamiento de la voluntad delictiva se dirige a intensificar el ataque al bien jurídico producido por el autor y, de hecho, tiene esa consecuencia, la causalidad de la conducta será clara. [Así] Si, ante los gritos enardecedores de los presentes, el autor continúa golpeando a la víctima, o lo hace con mayor fuerza, podrá exigirse responsabilidad por complicidad psíquica: se dan en ese caso incremento del riesgo y relación causal...». Empero, formulándose la interrogante siguiente: ¿qué ocurre si la conducta del sujeto no se plasma en una modificación externa de la realidad, sino que se limita a producir la estabilización de la decisión delictiva del autor, disolviendo las últimas dudas de éste?, se responde «... la realización de un delito puede decidirse en un solo instante o ir precedida de un largo proceso de recopilación de información y material que pueda traducirse en un estado de preparación, reflexión y dudas. Se trataría entonces de una fase de indecisión en la que la intervención de un tercero podría ser determinante para la efectiva comisión del delito. Teóricamente pues, la complicidad psíquica sería posible en estos casos...».

Respecto a la **promesa de encubrimiento posterior** ha señalado que aquella «... constituye complicidad psíquica (...) en el caso de que la promesa o la aportación tengan como consecuencia la estabilización delictiva del autor ...»; agregando: «... En ese caso, aunque el favorecimiento de la ocultación o de la huida del culpable se realizara tras la ejecución, o incluso si no llegara a realizarse, la promesa de ayuda en la evasión o de facilitación posterior de un escondite seguro puede producirse ya en un momento anterior a la ejecución una influencia psíquica en el autor que puede constituir, en algunos casos, complicidad psíquica. Un supuesto inverso a éste es el del encubrimiento anticipado, que consiste más bien en una aportación física realizada en un momento anterior a la consumación del delito pero dirigido, más que a facilitar su ejecución, a dificultar el descubrimiento posterior del autor. Es lo que Clab denominó encubrimiento anticipado. Es, por ejemplo, el caso (...) del sujeto (...) que entrega a A, decidido a cometer un delito de lesiones, una camisa para que la víctima no pueda averiguar posteriormente, por sus ropas, quién fue su agresor. O sería el caso también de quien entrega al atracador con la misma finalidad una máscara, o le recomienda simplemente que la utilice ...».

Por su lado, el maestro ROXIN[438], ha señalado que «... la causalidad de la complicidad ha sido demostrada hasta ahora exclusivamente con ejemplos de *complicidad física*, en los cuales, la contribución del cómplice consistía en la entrega de un arma, un instrumento o en cualquier otra actividad corporal. Junto a estos, existen casos de *complicidad psíquica*, en los cuales el cómplice no contribuye corporalmente, sino sólo espiritualmente a influir en la psique del autor...», resaltando que «... aun cuando se considere posible en lo fundamental una «causalidad psíquica» la prueba de la causalidad aquí es muy difícil y por ello es polémica la punibilidad de la complicidad psíquica ...». Y agrega: «... Por cierto que no ofrece problemas el caso de los «consejos técnicos» en los cuales el autor recibe ideas que facilitan el hecho o incluso lo posibilitan ...», empero, «... los casos problemáticos son solamente los que consisten en un *«refuerzo de la resolución a cometer el hecho»*.

13.4. Del pacto *sceleris*

El pacto *sceleris* o acuerdo delictivo no supone sino un concierto de voluntades para la perpetración de un ilícito con distribución de roles y funciones para su materialización. Ciertamente, constituye éste un supuesto de co-autoría que en sede de delitos de infracción de deber la punibilidad contra el *extraneus*, aun cuando haya tomado parte de dicho acuerdo, su responsabilidad sólo puede ser a título de cómplice.

13.5. Consideraciones finales

Si bien es sabido de antemano que los delitos funcionariales, por su naturaleza de delitos de infracción de deber, presuponen una estructura comisiva cuyas acciones nucleares, básicamente, sólo son pasibles de ejecución por los sujetos cualificados (esto es, por quienes detentan los roles funcionariales que precisamente quebrantan), sin embargo, al interior de aquellos, existe determinado grupo cuya consumación sí exige la necesaria interacción entre funcionario y particular (vg. cohecho, peculado para tercero, colusión desleal, etc.).

Contrariamente, al lado de éstos, las acciones ejecutivas de una buena parte de los delitos funcionariales sólo pueden ser llevadas a cabo por los propios funcionarios, supuestos éstos en los que la

[438] ROXIN, Claus, *La Teoría del Delito en la discusión actual*, Grijley, 2007.

colaboración de terceros sólo puede estar circunscrita o al reforzamiento de la decisión o a la ayuda en la disimulación de los efectos del delito funcionarial cometido (vg. testaferros).

Así las cosas, deviene en un auxilio muy útil para el autor de este sub-grupo de ilícitos, el apoyo orientado a encubrir u ocultar el origen ilícito de lo obtenido a través de la perpetración de éstos. Luego, el encubrimiento se erige en la conducta de auxilio más recurrente, empero, no en todos los casos, aquella, ya como figura penal, expresa fidedignamente la real intervención del colaborador en el hecho del autor, pues en muchos casos, dicho comportamiento no es sino el aporte final y tangible que viene precedido o de un acuerdo delictivo previo con el autor o de una promesa previa con el mismo que precisamente sirvió para reforzar la decisión delictiva de este último. Es en relación a este orden de casos, en que deviene en legítima la referida figura de la complicidad psíquica.

14. Parámetros metodológicos para abordar el *thema probandum* y la valoración de la prueba actuada

14.1. Del *thema probandum* en el delito de Enriquecimiento Ilícito

Acorde a las exigencias típicas del delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 401° del Código Penal, constituye objeto de prueba en un proceso en el que discute una imputación por dicho ilícito penal, determinar si durante el marco temporal de imputación se ha producido o no el **incremento patrimonial injustificado** de quien acusado a título de autor ha ejercido función pública durante este intervalo; y asimismo, si se ha producido o no una colaboración a éste de parte de a quienes se les atribuye el mismo delito a título de complicidad.

Fijado lo anterior, dos resultan ser los objetos de prueba: **(a) la determinación probatoria de haberse producido o no un incremento patrimonial injustificado en aprovechamiento de la función pública ejercida dentro del marco temporal de imputación, que independientemente de su condición de excluido y por ende indemne a una declaración de responsabilidad penal, sea atribuible a quien en el presente proceso fue acusado en calidad de autor; y (b) la determinación probatoria de haberse producido una colaboración en dicho incremento patrimonial ilícito de los demás acusados a título de complicidad.**

En cuanto al primer objeto de prueba, cabe remitirnos a la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 4245-2006, su fecha 15 de agosto del 2007, la que ha fijado una suerte de proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente, el que, según se relieva en aquella, estriba en **determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a éstos el total de sus ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás percibidos por cualquier concepto -herencia, préstamos y otros similares-; luego, deberán cuantificarse los bienes acumulados y obtenido el resultado de ambas operaciones hacer una comparación entre estas para poder establecer si existe alguna diferencia** a su favor y en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito, o se demuestra que la obtuvo con motivo del empleo, cargo o comisión del servicio público, o si este no puede acreditar el leítimo aumento de su patrimonio conforme lo exige el artículo 401 del Código Sustantivo.

En cuanto al segundo objeto de prueba, corresponderá abordar éste sólo en el caso de que se establezca previamente el incremento patrimonial injustificado del acusado a título de autoría. Luego, las dilucidaciones inherentes a este segundo *thema probandum*, son: (a) Determinar la titularidad aparente o no de los acusados a título de complicidad respecto de los signos exteriores de riqueza que aparecen a su nombre; (b) Determinar la titularidad aparente o no de las personas jurídicas constituidas por los acusados a título de complicidad para efectos de ocultar en ellas los activos que aparecen a su nombre; y (c) Determinar la vinculación de dichos signos exteriores de riqueza y activos con los dineros mal habido previamente establecidos en relación al acusado a título de autoría.

14.2. Del tipo de actividad probatoria particular en materia de enriquecimiento ilícito: Relevancia de la prueba indiciaria

Lo objetos de prueba antes precisados, a su vez, importan objetos de prueba específicos y valoraciones de prueba, también específicos para este delito en particular, a saber:

En el caso del *thema probandum* inherente al acusado a título de autoría, se tiene: a.- Que conforme lo precisa la Ejecutoria antes mencionada, lo que corresponde es auscultar la veracidad y/o licitud de las fuentes de ingresos que han sido alegadas como justificación de

los signos exteriores de riqueza atribuidos, a saber: herencias, préstamos, negocios y otras fuentes paralelas a las remuneraciones percibidas en mérito al cargo público ejercido; b.- Luego, habida cuenta que dicha dilucidación que compete es establecer la verosimilitud y/o licitud de las fuentes de ingresos esgrimidas por las partes acusadas para justificar todo el patrimonio que se les atribuye; consiguientemente, en este propósito de justificación, por obvias razones, no constituye una pretensión absolutamente improbable el que la parte acusada pueda recurrir a la **simulación de fuentes irreales** para justificar los signos exteriores de riqueza atribuidos; c.- Consiguientemente, la actividad probatoria seguida en torno a este tipo de delito no puede estar ajena a dicha realidad procesal a la que se enfrenta. Así, siendo la prueba documental, la prueba por excelencia cuando el objeto de prueba es determinar titularidades o derechos reales prevalentes sobre otros, cuando el cometido probatorio es más bien evitar se filtren fuentes de ingresos sostenidas en actos jurídicos simulados (herencias, préstamos simulados) y donde la prueba documental se convierte más bien en el instrumento con el que se pretende la introducción de dichos actos como si fueran reales. En este caso, es la **prueba indiciaria** la que permitirá evitar la incorporación como fuentes de ingresos verdaderas las que en puridad sólo son aparentes.

En el caso del *thema probandum* inherente a los acusados a título de complicidad, se tiene: a.- Que también en el caso de los acusados a título de complicidad, lo que corresponde es auscultar la veracidad y/o licitud de las fuentes de ingresos que han sido alegadas por éstos, como justificación de los signos exteriores de riqueza atribuidos, pero en su caso, no para oponerse a una imputación de desbalance patrimonial sino para resistir la imputación de que dichos signos exteriores de riqueza tienen vinculación económica con los ingresos mal habidos del acusado a título de autoría; b.- Luego, la misma probabilidad de que se esté frente a fuentes de ingresos simuladas también exige la aplicación de la prueba indiciaria de cara a contrarrestar la pretensiones de a través de prueba documental incorporar como verdaderos actos jurídicos aparentes; c.- Asimismo, ya en el ámbito probatorio de la vinculación económica con los dineros mal habidos del acusado a título de autoría, se erige también la prueba indiciaria en la prueba por excelencia para desentrañar las apariencias formales e identificar los puntos de contacto con el patrimonio del funcionario enriquecido.

14.3. Estándar de exigencia probatorio respecto a la prueba indiciaria

Sobre la prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia emitida en el Expediente N° 00728-2008-HC/TC, ha precisado lo siguiente:

a. La prueba penal indirecta y la prueba indiciaria

«...si bien los hechos objeto de prueba de un proceso penal no siempre son comprobados mediante los elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudirse a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro lado, y en esta segunda modalidad que se haga referencia a los indicios y a las presunciones. En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un «*hecho inicial-indicio*», que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del «*hecho final - delito*» a partir de una relación de causalidad «*inferencia lógica*».

b. El uso de la prueba indiciaria y la necesidad de motivación

Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.

Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si ésta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139°,

inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el *hecho base o hecho indiciario*, que debe estar plenamente probado (indicio); el *hecho consecuencia o hecho indiciado*, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el *enlace o razonamiento deductivo*. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

Sobre el particular, la doctrina procesal penal aconseja que debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido; sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio pero de singular potencia acreditativa. En cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar, y cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí.

Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos *supra*, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima). Con este único afán, este Colegiado Constitucional considera que es válida, por ejemplo, la vigencia práctica de un cierto control, incluso del uso de las máximas de la experiencia, pues, de no ser así, cualquier

conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada.

Sobre lo mismo, cabe señalar que, si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho de que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y es que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, no se puede establecer la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación.

Incluso, la propia Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en el Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias), cuya fecha es 13 de octubre de 2006, publicada en el diario oficial «El Peruano» el 29 de diciembre de 2006 ha establecido como principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales (*jurisprudencia vinculante*) el fundamento cuarto de la Ejecutoria Suprema, recaída en el Recurso de Nulidad N° 1912-2005, cuya fecha es 6 de setiembre de 2005 que señala los presupuestos materiales legitimadores de la prueba indiciaria, única manera que permite enervar la presunción de inocencia.

«Que, respecto al indicio (a) éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son, y (d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí– (...); que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo». ...».

14.4. Sistematización de los indicios

Acorde a las exigencias antes referenciadas, esta Sala, de manera concreta para el *thema probandum* antes precisado, considera pertinente el repertorio de indicios siguiente:

Indicios de Actos Simulados

(i) Vinculados a los sujetos
i.1 «Causa Simulando»: Inminencia de consecuencias jurídicas adversas por el agente, lo que hace colegir que éste tiene motivos para aparentar un estado de cosas diferente frente a terceros.*Ejemplos: (a) interés del deudor de sustraer su patrimonio a una inminente ejecución por parte de sus acreedores; (b) burlar alguna prohibición de la ley o sus consecuencias; (c) no dejar conocer la verdadera persona contratante para ocultar su incapacidad, como en el caso de la persona interpuesta.
i.2 «Affectio». Vínculo familiar o amical con la «contraparte», lo que hace colegir una mayor confianza del agente y una mayor disposición de este último para aparentar como verdadero algo que no lo es por los eventuales efectos que aparejaría el acto simulado. Ejemplo: Idoneidad de un pariente cercano para ser testaferro.
i.3. «Necesitas». Inexistencia de un verdadero interés negocial del agente y su «contraparte», lo que hace colegir la desvinculación del acto celebrado con el mundo real, donde los sujetos ejecutan sus acciones con racionalidad, esto es, en sujeción a determinadas necesidades o expectativas inherentes a su contexto situacional, persiguiéndose siempre un interés práctico y concreto regido por éste. Ejemplo: Cuando no se pueda acreditar que el vendedor tenía apremios económicos o deudas que justificara la venta de algunos bienes inmuebles de su propiedad.
i.4. «Carácter» Notoria divergencia de los datos personales del agente y/o su «contraparte» con su mayor, menor, o nula diligencia negocial reflejada en los términos o estipulaciones del acto simulado en particular. Ejemplo:Persona comúnmente diligente que celebra el acto simulado sin tomar muchas precauciones.
i.5. «Indicio de oportunidad». Proximidad cronológica entre el acto simulado y la situación real que se pretende ocultar a través de dicho acto.
i.6. «Inertia – Transactio» Conductas activas u omisivas que denotan contrariedad con las máximas de la experiencia, pues revelan que el agente o su «contraparte», en el ámbito de la inejecución de las prestaciones a su

favor, contraría el sentido común a través de una ausencia de respuestas a alguna estimulación del agente que en circunstancias normales y de ser cierto el negocio jurídico los hubiese provocado. Ejemplo: (a) Consentir la rebeldía no apelando una sentencia. (b) Ausencia de litigio que contraría el hecho que transige el simulador pero no el autor de un contrato verídico.
i.7. «Notitia» Improbabilidad del desconocimiento de la «contraparte» de las consecuencias jurídicas que pretende neutralizar el agente mediante el acto simulado, esto es, de los motivos de la simulación.
i.8. «Subfortuna» Incapacidad económica de la «contraparte» para asumir la contraprestación que irroga el acto simulado.
i.9. «Nesciencia» Contrariedad con el sentido común del desconocimiento de la «contraparte» acerca del negocio jurídico, desconocimiento que puede versar sobre el objeto contractual, las circunstancias personales, el número o cualidad de los individuos relacionados con el negocio jurídicos, etc.

(ii) Vinculados al acto simulado (documento, contenido, ejecución de sus efectos). ii.1. Vinculados al soporte documental.
ii.1.1 «Tempos – Oportunidad» No contemporaneidad del documento de fecha cierta en relación a la oportunidad del acto simulado.
ii.1.2 «Locus – Silentio». Conductas activas u omisivas orientadas a evitar la publicidad del acto simulado con el propósito de su ocultamiento frente a terceros. Ejemplo: El traslado a otra población para el otorgamiento de la EEPP u otro documento oficial.
ii.1.3 «Insidia» Conductas activas que denotan maniobras engañosas en la elaboración de los documentos en que se plasman los actos simulados. Ejemplo: «las cartas notariales de fecha 13 de noviembre y 13 de diciembre (...) han sido redactadas por la misma máquina de escribir y responden a un mismo tenor en su redacción»
ii.1.4 «Preconstitutio» Conductas activas que denotan contrariedad con las máximas de la experiencia, pues revelan que el simulador contraría el sentido común adoptando formalidades jurídicas excesivas o deficitarias para el mecanismo de publicidad que el acto simulado en particular merece, mellando su verosimilitud o correspondencia con el mundo real.

ii.2. Vinculados al contenido
ii.2.1 «Omnia bona»: Reflejo en el acto simulado de efectos jurídicos patrimoniales que denotan una total o significativa disposición del patrimonio del agente, lo que hace colegir un propósito real de «protegerlo» de acciones de terceros.
ii.2.2. «Remium vilis» Indicio comparativo: «Precio vil» = Desproporción del precio en relación a los bienes transferidos.
ii.2.3. «Disparitesis» Conductas activas que denotan contrariedad con las máximas de la experiencia, pues revelan que el simulador contraría el sentido común tomando decisiones más gravosas o antieconómicas de las normales.
ii.2.4. «Remium confessus». Indeterminación del pago del precio confesado: Frases consignadas en el acto simulado que no prueban la fe de entrega del dinero, buscando ocultar la forma cómo se obtuvo el dinero, constituyendo una coartada para ocultar el precio real y su pago o no.Ejemplo: «los contratantes declaran haber recibido el íntegro del precio con la suscripción de la minuta».
ii.2.5. «Precio diferido». Diferimiento del pago del precio: Consiste en suspender o diferir el pago de la obligación dineraria que se ha generado como consecuencia del negocio simulado a efectos de darle visos de realidad, de manera que el precio se produzca un tiempo más o menos dilatado, logrando con ello evadir la existencia de huellas directas de la simulación.
ii.3. Vinculados a la ejecución de los efectos.
ii.3.1. «Movimiento bancario» Conducta omisiva en relación al no empleo de un medio de pago formal –bancario– del capital monetario significativo que evidencie el real pago del precio a cargo de la «contraparte».
ii.3.2. «Retentio possessionis». Cuando a pesar de existir un negocio de transferencia de bienes éstos continúan en poder del agente simulador.

15. Del tratamiento supra nacional del delito de enriquecimiento ilícito

La Convención Interamericana contra la Corrupción de veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis (ratificada por el Estado peruano con fecha 04 de abril de 1997), **teniendo en cuenta** que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; y considerando que la

democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; ha reconocido que resulta necesario que los Estados Partes, con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, tipifiquen en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él, y que el delito de enriquecimiento ilícito sea considerado un acto de corrupción.

Acorde a ello, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Perú en mil novecientos noventa y siete, la que forma parte del derecho interno (artículo cincuenta y cinco de la Constitución Política del Estado), establece en su artículo IX que: «Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptaran las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonadamente justificado por él».

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

En consecuencia, dicho dispositivo de la aludida convención, de la cual el Perú es signatario, debe considerarse, como fuente de interpretación valida, máxime, si en el citado instrumento internacional se señala la obligación de los Estados partes de tipificar (como delito el incremento del patrimonio de un funcionario con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él).

16. Aplicación temporal de la ley penal

Es recurrente que la defensa técnica de los encausados por el delito de enriquecimiento ilícito formule cuestionamiento sobre el presente tópico, así por ejemplo, se formula nulidad de la causa, por cuanto, se habría contravenido el artículo 6 del Código Penal, dispositivo que establece que: La Ley penal aplicable es la vigente en el momento de

la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Contravención que fundamenta en los siguientes términos: **a).-** «... se le incrimina a mi patrocinado la comisión del delito de Enriquecimiento Ilícito, el mismo que se encuentra previsto y penado al momento de la comisión de los hechos por el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, el mismo que establece que todo Funcionario o Servidor Público en razón a su cargo, que se enriquezca ilícitamente será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; **ese es el texto expreso del artículo vigente al momento de la comisión de los hechos.** (...) Se incrimina a mi patrocinado en razón a que entre los años noventa al dos mil, se vio incrementado su patrimonio de una manera desmedida, originándose un desbalance patrimonial de cerca de un millón de dólares, por haber adquirido Certificados Bancarios, bienes inmuebles, vehículos, entre otros ...»; **b).-** «... el Enriquecimiento Ilícito es un delito mediante el cual el procesado valiéndose de este cargo se enriquece ilícitamente (...) aquí no se ha evaluado correctamente esta conducta, dado que el artículo cuatrocientos uno originario (...) es un artículo que primigeniamente está tipificado solo en razón al cargo; (...) están considerando dentro de la acusación las ampliatorias o modificatorias a este artículo cuatrocientos uno del Código Penal (...) contenidas en las leyes veintisiete cuatro ochenta y dos y (...) ley veintiocho tres cinco cinco, las mismas que fueron expedidas en el año dos mil uno y dos mil tres, posteriores a estos hechos, donde recién ahí pues el legislador ha buscado encuadrar la conducta del Enriquecimiento Ilícito dentro de los actos por los cuales el encausado hace ostentación de una capacidad superior a sus ingresos, **por eso nosotros consideramos que al momento de tipificarse este delito se está considerando leyes posteriores a la comisión del hecho delictivo, ello (...) conlleva a que la Acusación Oral y Escrita no se encuentren dentro de los presupuestos establecidos en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, resultando esta inválida por cuanto no tiene sustento legal alguno,** dado que esta conducta de Enriquecimiento Ilícito solo se da en razón al cargo, y aquí hasta este momento del proceso no se ha probado fehacientemente cual es la relación, cual es el nexo de sus ingresos económicos y el cargo desempeñado ...»; y **c).-** «... por lo tanto, no puede avalarse una acusación fiscal que postula una

imputación que no se condice de modo alguno con las exigencias típicas del artículo cuatrocientos uno del Código Penal, se evidencia (...) que **la Acusación Fiscal, la Requisitoria Oral** (...) han echado mano (...) de una manera fácil a los presupuestos contenidos en las modificatorias de las leyes antes mencionadas, para pretender encuadrar la conducta de mi patrocinado dentro del delito de Enriquecimiento Ilícito ...»

De los argumentos antes reseñados se desprende que lo que cuestiona la defensa es de que, desde su perspectiva, la base fáctica contenida en la acusación no se corresponde con las exigencias típicas del delito atribuido en su formulación primigenia, vigente al momento de los hechos, la misma que, conforme enfatiza, prescribía que «el Enriquecimiento Ilícito es un delito mediante el cual el procesado valiéndose de su cargo se enriquece ilícitamente» (sic); siendo que, según indica, «no se ha evaluado correctamente esta conducta, pues hasta este momento del proceso no se ha probado fehacientemente cual es la relación, cual es el nexo de sus ingresos económicos y el cargo desempeñado» (sic); objetando, en tal sentido, que al incriminársele «haberse visto incrementado su patrimonio de una manera desmedida, originándose un desbalance patrimonial», la acusación «ha echado mano de una manera fácil» (sic) de los presupuestos contenidos en las modificatorias a dicho tipo penal introducidas por Leyes posteriores. **Por lo que, debemos dilucidar si la modificatoria del artículo 401 del Código Penal resulta efectivamente un cambio de las exigencias típicas desfavorables para el acusado o, por el contrario, resultan más garantistas, acentuándose la concreción de la estructura típica del ilícito penal.**

Circunscrito la discusión en el tópico referido a la aplicación temporal de la ley pena, debemos destacar que subyace en este cuestionamiento una postura particular de la defensa en relación a la configuración fáctica correspondiente a la formulación típica primigenia del delito de Enriquecimiento Ilícito, vigente al momento de los hechos; lo cual exige determinar si efectivamente dicho delito prevé o no como supuesto de hecho lo que plantea el recurrente. Que, en tal sentido, remitiéndonos al artículo 401° del Código Penal en su regulación primigenia, se tiene que la descripción típica del delito en referencia se encontraba formulada en los siguientes términos: «... [será reprimido penalmente] El funcionario o servidor público, que por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente...».

Luego, examinando las precisiones que sobre dicha formulación típica ha efectuado la Doctrina Nacional, cabe significar que en relación a éste se ha señalado lo siguiente: «... El artículo 401° del Código Penal hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito tanto en función al sujeto que se enriquece como al modo en que se produce; así la figura en estudio es atribuible sólo al sujeto público (funcionario y/o servidor) que por razón de su cargo hace un incremento ilícito de su patrimonio, [siendo que] (...) enriquecerse por razón del cargo de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder, se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación necesaria entre el dato objeto del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito ...»[439].

Que el origen del incremento patrimonial a partir del cargo ejercido para hacer de aquél un enriquecimiento ilícito se corresponde evidentemente con la ubicación sistemática de dicho ilícito dentro del rubro de los «delitos Contra la Administración Pública»; empero, como también lo ha indicado la Doctrina la figura en referencia, a diferencia de los demás tipos penales que protegen el mismo bien jurídico «...no describe un «acto», sino una «situación» determinada ...»[440], donde «... la «ilicitud» de éste [el enriquecimiento producido durante el ejercicio del cargo] recién proviene de la falta de demostración de sus orígenes legítimos ...»[441]; resaltándose por ende ser consustancial a este delito el que «... en su naturaleza [misma] reside precisamente la necesidad de demostrar[se] [dicha licitud] para desvirtuar la sospecha de «ilicitud» del enriquecimiento verificado. [Pues] Si esto no fuera así, sería imposible probar el delito. P.ej. ante un incremento patrimonial en una cuenta bancaria de un funcionario (...) Si el juez llegara a probar que el dinero provino de un soborno, ya no estaría probando el «enriquecimiento ilícito» (...), sino en realidad el «cohecho» que llevó al incremento patrimonial ...»[442].

Dicho en otros términos, «... si el enriquecimiento, es decir, el marcado y ostensible contraste entre lo que se tuvo antes del acceso al

---

[439] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos Contra la Administración Pública*, 2ª ed., Grijley, Enero 2001, pp. 461 y ss.

[440] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Abril 2003, p. 541.

[441] *Op. cit.*, p. 548.

[442] *Op. cit.*, p. 549.

cargo y lo que se tiene durante o después de él, es el contenido material del delito en estudio, en cambio la ilicitud (...) es el componente formal que [también lo] integra ...»; relievándose que «... La ilicitud es formal, por cuanto no es objeto de la norma penal [de enriquecimiento] (...) el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos lesionados (...), tampoco el efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito. Interesa tan sólo la ilicitud penal del resultado «enriquecimiento», es decir, demostrar que su procedencia u obtención no ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles ni se debe a factores socialmente ajustados (herencias, negocios familiares, premios, etc.)...»[443].

Lo antes señalado se corresponde con la consabida subsidiareidad del delito de Enriquecimiento Ilícito, el que opera precisamente en defecto del procesamiento por otros ilícitos penales Contra la Administración Pública particularmente, siendo esta nota distintiva absolutamente inherente al referido ilícito; no resultando válido por ende que pueda sostenerse que tal característica esté condicionada a las variantes en la redacción de su formulación típica.

A tal punto es ello cierto que la Doctrina al precisar los alcances de la formulación típica introducida por la Ley N° 27482 (Pub. el 16.06.2001)[444] señaló: «...Antes de la reforma mediante Ley N° 27482 [entiéndase, estando vigente la formulación típica primigenia] la legislación nacional **no ofrecía parámetros objetivos para delimitar el concepto de enriquecimiento**, por lo que era necesario acudir a otros referentes normativos para dotar de contenido al término. (...) Del pf. 2 (...) se deduce que para medir este incremento será necesario tomar en cuenta la declaración jurada del funcionario público ...»[445].

---

[443] ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 468

[444] Art. 401° según Ley N° 27482:
«... El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.
Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita ...»

[445] CARO CORIA, Dino Carlos y otros, *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir*, Jurista Editores, Abril 2002, p. 207.

A partir de lo antes puntualizado, se colige que el alcance de la variante incorporada por la Ley en referencia sólo se circunscribía a incluir un «parámetro objetivo» de delimitación del resultado material: incremento patrimonial, mas en modo alguno importaba la regulación de una conducta diferente a la precedentemente ponderada como subyacente al delito en referencia. Que, en igual sentido, al precisar la Doctrina Nacional los alcances de la formulación típica introducida por la Ley N° 28355 (Pub. el 06.10.2004)[446] ha significado lo siguiente: «... La redacción anterior del tipo penal de enriquecimiento ilícito contenía la frase por razón del cargo (...) la nueva redacción ha eliminado esta vinculación funcional de la acción de incremento patrimonial para referirse en cláusula abierta al hecho del funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, con lo cual **pareciera que el legislador ha querido cubrir el amplio espectro de ilicitudes que provocan aumento patrimonial y que el sujeto público no puede justificar. Con ello el tipo penal se ha convertido en un tipo indeterminado en grado aún mayor que el que regía antes de la reforma**, ya que es difícil interpretar que el ejercicio de la función cumpla el rol delimitador de la relevancia del incremento, ya que ello está colocado solamente como un referente de los ingresos legítimos, no como un filtro de tipicidad ...»[447].

Es de inferirse de lo anterior que lejos de predicarse que la formulación típica vigente a la fecha tiene por regulado un injusto

---

[446] **Art. 401° según Ley N° 28355:**
«... El funcionario o servidor público que incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.
Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.
Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita ...».

[447] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos Contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley. Enero 2008, p. 848.

diferente a las versiones anteriores del delito de Enriquecimiento Ilícito, lo que se relieva más bien es la acentuación de su subsidiareidad por significarse que en dicha descripción típica resulta preponderante el desbalance patrimonial del funcionario público, pudiendo éste derivar de toda la gama de ilicitudes posibles no circunscritas solamente a las verificadas «en razón del cargo» como lo prescribía la formulación primigenia. Así entonces, es evidente que la defensa al relacionar la instrumentalización del cargo como medio del enriquecimiento ilícito, con una pretensión de que se demuestre, primero, la inconducta funcional específica perpetrada por el agente, y luego, la vinculación o nexo entre dicha inconducta y el acrecentamiento de su patrimonio; en puridad, lo que pretende es que se acrediten cada uno de los actos ilícitos perpetrados en el ejercicio del cargo que le permitieron o posibilitaron incorporar bienes a su patrimonio, lo cual no solamente importa asociar al delito de enriquecimiento ilícito un sustrato fáctico que, en modo alguno, puede desprenderse de la norma penal en referencia ni en su formulación primigenia ni en las ulteriores, sino que, además, resulta manifiestamente incongruente con el delito en cuestión, el cual opera precisamente como subsidiario por cuanto la misma operatividad de éste se activa en defecto del procesamiento por otros delitos funcionales en particular.

17. Definiciones básicas a nivel de la jurisprudencia

17.1. El rol de la administración pública

El rol de la Administración Pública para la consecución de los altos fines del Estado no puede ser subestimado, en particular si se considera, como se debe, la complejidad y dificultades que a diario enfrentan la acción estatal en el Perú. Como expresión de este papel preeminente la Carta Constitucional ha consagrado una norma de gran significación a saber, la contenida en el artículo treinta y nueve ab initio, según la cual: «Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación». N° 027-2002) Esta sencilla fórmula adquiere una gran trascendencia al orientar toda la acción administrativa del Estado peruano hacia el logro de la finalidad ulterior de servir a la Nación»[448].

[448] Sentencia del 21 de Junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Especial.

17.2. La corrupción como un flagelo de la sociedad

La corrupción es uno de los más graves problemas y amenazadas a la democracia y al desarrollo económico y social de nuestro país. Desde el punto de vista política, genera una pérdida progresiva de legitimidad del sistema que puede llevar hasta el colapso del mismo. Al nivel social y económico, desmoraliza a la sociedad civil y provoca tensiones entre ésta y los poderes públicos; desestimula el trabajo honesto e impide el ascenso social de acuerdo con los méritos de cada persona; genera desigualdades, pues lleva a que los recursos oficiales se desvíen hacia particulares; incrementa los costos de los servicios públicos y obstaculiza o impide su prestación; reduce los ingresos del Estado, da lugar a aumentos injustificados del gasto público y al déficit fiscal; genera competencia desleal, aumenta los costos de los productos y desencadena a otras distorsiones en el mercado. Por éstas y otras razones la lucha contra la corrupción ha sido una preocupación constante en el Hemisferio[449].

17.3. Remisión a la Convención Interamericana Contra la Corrupción

17.3.1.- Que, al efectuar el juicio de tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito, previsto por el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, el juzgador ha recurrido también a lo contenido en el artículo IX de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Perú en mil novecientos noventa y siete, la que forma parte del derecho interno (artículo cincuenta y cinco de la Constitución Política del Estado)[450].

17.3.2.- Igualmente, debe considerarse, como fuente de interpretación válida, lo establecido por la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) de la cual el Perú es signatario. Al respecto, en el citado instrumento internacional se señala la obligación de los Estados partes de tipificar (como delito el incremento del patrimonio de un funcionario con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él)[451].

---

[449] Sentencia del 21 de Junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Especial.

[450] Sentencia del 21 de Junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Especial.

[451] Sentencia del 29 de Marzo del 2007, Exp. N° 09-2001, Cuarta Sala Penal Especial.

17.4. El bien jurídico protegido

17.4.1.- El bien jurídico afectado resulta ser la Administración Pública, entendida como bien supra individual e institucionalizado, debe concretarse como bien funcional, no estático, vinculado a la función pública en sus diversas facetas. De este modo, no se tutela a la Administración per se o como un ente abstracto al margen de su función jurídico social, lo que desea tutelar es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, su función o tarea constitucional cual es servir con eficacia y objetividad a los intereses generales[452].

17.4.2.- Sobre el bien jurídico protegido señala «El artículo 401 del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos públicos, conminando jurídico penalmente a los funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación»[453].

17.4.3.- El bien jurídico afectado, en el caso concreto, es la Administración Pública, entendida como bien colectivo, como bien funcional, no estático, vinculado a la función pública en sus diversas facetas. De que se busca es garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación[454].

17.5. De la explicación del incremento patrimonial como una obligación constitucional de los funcionarios y servidores públicos

Que, respecto al delito de enriquecimiento ilícito previsto y sancionado por el artículo 401 del Código Penal, es pertinente puntualizar varios aspectos concretos: i) que el artículo 41 de la Constitución Política del Perú, estatuye que «los funcionarios y servidores públicos que señala la ley (...) deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión del cargo, durante su ejercicio y al cesar de los mismos (...) Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el

---

452 Sentencia del 21 de Junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Especial.

453 Sentencia del 29 de Marzo del 2007, Exp. N° 09-2001, Cuarta Sala Penal Especial.

454 Sentencia del 6 de Febrero del 2006, Exp. N° 01-2001, Sexta Sala Penal Especial.

Fiscal de la Nación (...) formula cargos ante el Poder Judicial»; de la lectura de este precepto constitucional se refleja que la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los funcionarios y servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un proceso penal, sino una obligación constitucional de toda persona que ostenta esta especial condición –al aceptar el cargo está asumiendo no solo las obligaciones y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que además, se está colocando en una situación de permanente exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes, y en tal sentido, tiene que estar en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales–; por lo tanto, el conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos, antes que una carga constituye un principio de que debe gobernar sus actuaciones y, con ello se protege la función pública. **[Ejecutoria Suprema del 15 de Agosto del 2007, R.N. N° 4245-206-Lima, Primera Sala Penal Transitoria].**

17.6. Su conceptualización como un delito de infracción del deber

17.6.1.- El delito de Enriquecimiento Ilícito, por el cual se enjuicia a los procesados (...), corresponde a la categoría: Delitos de Infracción del Deber (...), en los delitos especiales el deber se concreta en un grupo de personas. Este deber de los delitos especiales debe determinarse no solo con base en los elementos que describen la acción prohibida, sino también teniendo en cuenta los destinatarios de la norma, es decir, los portadores del elemento especial de la autoría. Siendo en este delito como en todos aquellos descritos en el Capítulo II del Título XVIII. **[Sentencia del 21 de junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Especial].**

17.6.2.- Se trata de un delito especial, es decir que para ser autor de éste, el tipo penal exige la calidad de funcionario público en ejercicio de la función pública. Poco interesa la jerarquía o nivel de competencia. Tampoco interesa si el funcionario ha dejado de ejercer la función pública en el momento en que es detectado el desequilibrio patrimonial, lo relevante es que el incremento patrimonial injustificado se haya producido durante la época en que el Funcionario Público ejerció la función pública». **[Sentencia del 10 de julio del 2007, Exp. N° 006-2005, Segunda Sala Penal Especial].**

17.7. El momento de intervención del cómplice primario y secundario

17.7.1.- Constituye doctrina unánime que el partícipe puede intervenir en la preparación del hecho o en su ejecución (el cómplice primario sólo puede hacerlo en el momento de la preparación –si intervino en la ejecución sería, sin duda, coautor), mientras que el cómplice secundario puede intervenir en el delito realizando tanto en la etapa de preparación como en la etapa de ejecución; que, en consecuencia, en cuanto a lo cronológico del acto del cómplice, su contribución al hecho delictuoso ha de ser anterior o simultánea, en tanto sea útil para la ejecución del plan del autor, pero nunca posterior. **[Ejecutoria Suprema del 30 de Diciembre del 2004, R.N. N° 2976-2004, Sala Penal Permanente].**

17.7.2.- Lo relevante de este caso es determinar si Meza Ramírez al celebrar el contrato de asociación en participación con Pedraza Barreda estuvo realizando actos de complicidad para la consumación del delito de enriquecimiento ilícito. Primero debemos dejar establecido que si se concluye que tal conducta constituye un acto de complicidad en la ejecución del delito mencionado, esto no significa automática y necesariamente, responsabilidad penal de la contraparte en la celebración del mencionado contrato asociativo, pues si se razonara de modo distinto también tendrían que ser procesados todas las personas que vendieron bienes inmuebles a la pareja Villanueva Ruesta - Meza Ramírez».

Esta versión no es verosímil, por tratarse de una persona de cultura media, con experiencia laboral de 12 años, como secretaria de empresa, argumento de defensa que la procesada a esgrimido a lo largo del juicio oral, por lo que este Colegiado estima que al celebrar el contrato de asociación en participación Meza Ramírez estaba desarrollando actos de complicidad en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito imputado a su cónyuge; pero que en criterio de este Colegiado responden a conductas constitutivas de complicidad secundaria. **[Sentencia del 29 de diciembre del 2005, Exp. N° 019-2001, Segunda Sala Penal Especial].**

17.8. Principio de accesoriedad limitada

17.8.1.- La participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores

y cómplices, deben ser enmarcados en el mismo *nomen juris* delictivo por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no sólo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada. **[Sentencia del 21 de Junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Especial].**

16.8.2.- La participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, deben ser enmarcados en el mismo *nomen juris* delictivo por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no sólo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada. **[Ejecutoria del 14 de enero del 2003, R.N. N° 3203-2000 caso: Callmel del Solar, Materia: Peculado].**

17.9. El enriquecerse

17.9.1.- Enriquecerse es un estado de acrecentamiento o incremento significativo de patrimonio económico de una persona, puede ser paulatino o súbito, en un solo acto o progresivamente, por acumulación o atesoramiento, de forma directa a través de actos propios del funcionario o servidor público o por medio de actos sufragados por terceras personas que pasan a incrementar el patrimonio del sujeto público. Este tipo de enriquecimiento siempre supondrá una ostensible y marcada asimetría entre lo que se tuvo y lo que se tiene. En suma, enriquecerse por razón de su cargo de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder: se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito. **[Sentencia del 29 de marzo del 2007, Exp. N° 09-2001, Cuarta Sala Penal Especial].**

17.9.2.- El enriquecimiento en su acepción más usual se entiende como incremento o acrecentamiento de los activos de una persona, no debe limitarse en dicho análisis a los ingresos de dinero o a las adquisiciones que éste realice directa o indirectamente, sino que también se expresa a través de la cancelación de deudas o al pago de obligaciones, con lo cual se eliminan pasivos y ello incide necesariamente sobre el estado del patrimonio, convirtiéndolo de

deficitario en normal o balanceado. **[Sentencia del 10 de julio del 2007, Exp. N° 006-2005, Segunda Sala Penal Especial].**

17.10. El proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente

Es de puntualizar que un proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente estriba en determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a estos el total de sus ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás recibidos por cualquier concepto -herencia, préstamos y otros similares-, luego deberán cuantificarse los bienes con que cuenta actualmente y una vez obtenidos los resultados de ambas operaciones hacer una comparación entre estas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor y en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito o se demuestra que la obtuvo con motivo del empleo, cargo o comisión del servicio público, o si este no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio conforme lo exige el artículo 401 del Código Sustantivo (...) establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, se procede a la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio donde se establecerá que su conducta es típica, antijurídica y culpable; que es evidente que la falta de justificación constituye el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el encausado no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Fiscal en el ejercicio de su función investigativa; no se trata de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por supuesto, legal; la expresión «incremento patrimonial no justificado», es equivalente a la fortuna o patrimonio conformado por los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Estado. **[Ejecutoria Suprema del 15 de agosto del 2007, R.N. N° 4245-206-Lima, Primera Sala Penal Transitoria].**

17.11. La consumación

17.11.1.- La consumación varía de acuerdo con cada estructura típica, y que tiene lugar con el cumplimiento de la totalidad de los

elementos del tipo; que en lo atinente a la consumación del delito de enriquecimiento ilícito, el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, al definir esa figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto un aumento del activo como disminución del pasivo– a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas –incluso disciplinarias– o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí su nota de ilicitud del enriquecimiento; que, a los efectos de la concreción del enriquecimiento es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio. **[Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre del 2004, R.N. N° 2976-2004, Sala Penal Permanente].**

17.11.2.- Con relación a la consumación de los delitos de apoderamiento, constituye hoy posición dominante la Teoría de la Disponibilidad, según la cual el delito se consuma cuando el autor tenga la posibilidad de disponer de la cosa como dueño, es decir cuando sea posible el ejercicio de facultades de carácter dominical. La Teoría de la Disponibilidad constituye un término medio entre quienes querían cifrar la consumación en la *contractatio* –de modo que el hecho se consumaría con el simple tocar la cosa por parte del sujeto activo–, y quienes, por el contrario, exigían para la consumación la *illatio*, que implicaría la ventaja patrimonial obtenida con la efectiva incorporación de la cosa al propio patrimonio del sujeto activo. La teoría de la disponibilidad, que exige solo la posibilidad del ejercicio de las facultades dominicales, significa una interesante posición teórica para resolver las dificultades prácticas de determinación del momento de la consumación en los delitos de apoderamiento, pero hemos de reconocer que no evita la necesidad de hacer un estudio casuístico de la cuestión, posición que siguió la Sala cuando expidió sentencia en el ya citado Expediente número cero diez - dos mil uno /SPE - CSJ. **[Sentencia del 21 de junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Transitoria].**

17.11.3- El Enriquecimiento Ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante

en la medida que él o es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el período de ejercicio funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, no siendo los cargos y empleos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a la normas jurídicas y/o sociales. Que este injusto penal atribuido a la sentenciada dentro de los grados de desarrollo del delito ha quedado consumado al haberse dado un incremento patrimonial, en el ejercicio funcional no sustentado. **[Ejecutoria Suprema del 16 de Mayo del 2003, Exp. N° 09-2001, Segunda Sala Penal Transitoria].**

17.12. Subsunción del comportamiento

Siendo el buen desempeño de la Administración Pública encargada a sus funcionarios (bien jurídico tutelado) un bien colectivo, se le protege sancionando las conductas típicas individuales que lo lesionan o ponen en peligro, y habiéndose establecido con la prueba actuada en el decurso del juicio oral que el enriquecimiento del funcionario público se produjo cuando mantenía vínculo funcional con el Estado, dado que no hay correspondencia entre lo percibido y el incremento de su patrimonio y gastos personales, sin que haya podido justificar razonablemente la existencia de otras fuentes de ingresos lícitas. **[Sentencia del 21 de junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Especial].**

17.13. Hechos posteriores al cese en el ejercicio de la función pública abarcados por el *thema probandum*

Que si bien se descubrió que el acusado Solís Cano depositó la suma de setecientos noventa y nueve mil setecientos dólares con posterioridad al cese en el ejercicio de la función pública (variación del status jurídico), sin embargo, la vinculación de dicho dinero (incremento patrimonial) debe reputarse como efectuado durante el ejercicio de sus funciones, conforme ha sido demostrado a través del análisis efectuado -sobre la base de pruebas objetivas detalladas en los considerandos precedentes-; por tanto, no se trata de simples

apreciaciones subjetivas o de suposiciones, sino de una verdadera concatenación y enlaces lógicos entre las múltiples pruebas recaudadas, máxime, si el citado imputado no ha acreditado documentalmente que después de dejar el cargo de funcionario público incremento sustancialmente su patrimonio, para sustentar el desbalance de sus cuentas equivalente a seiscientos treinta y siete mil trescientos cincuenta y siete dólares con treinta y dos centavos de dólar. **[Ejecutoria Suprema del 15 de Agosto del 2007, R.N. N° 4245-206-Lima, Primera Sala Penal Transitoria].**

17.14. La legitimidad del delito de enriquecimiento ilícito

Que, el carácter subsidiario y abstracto del tipo penal que se examina, no afecta su legitimidad, dado: a) Que se reprocha una conducta que lesiona un bien colectivo (representado en un objeto) merecedor de protección penal; b) Se parte de la existencia de una relación funcional cuya infracción trae como consecuencia el enriquecimiento; c) Se responde al interés social de evitar la impunidad, frente a una conducta lesiva merecedora de pena, a la cual no es aplicable otros tipos penales. **[Sentencia del 21 de junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Especial].**

17.15. Subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito

17.15.1.- Dentro de este contexto, el delito de enriquecimiento ilícito –de claro origen constitucional– reglamenta una conducta dirigida a sancionar al funcionario o servidor público –sujeto activo cualificado– que por razón del cargo, obtenga un incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito –este tipo del injusto tiene carácter subsidiario, en tanto la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. **[Ejecutoria Suprema del 15 de agosto del 2007, R.N. N° 4245-206-Lima, Primera Sala Penal Transitoria].**

17.15.2.- Mayoritariamente la doctrina nacional se orienta por la subsidiariedad del Enriquecimiento Ilícito, que opera para impedir que por falta de demostración de uno o diversos delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, queden impunes. En forma muy clara, el Magistrado Víctor PRADO SALDARRIAGA, considera que este delito se da ante dificultades probatorias del origen de los signos de

riqueza, aceptando que se trata de una figura subsidiaria residual, pues el enriquecimiento ilícito no debe prevenir de otro delito personal, aplicando cuando no se verifica la comisión de otro delito contra la Administración Pública. Por esta razón se admite que dada la subsidiariedad del tipo no es posible que concurra con figuras afines, descartándose en concurso real o ideal. **[Sentencia del 16 de Mayo del 2005, Exp. N° 024-2002, Tercera Sala Penal Especial].**

17.15.3.- El carácter subsidiario del tipo penal y el hecho que a través de él se proteja un bien jurídico abstracto, no afecta su legitimidad, dado: a) Que se reprocha una conducta que lesiona un bien colectivo merecedor de protección penal; b) Se parte de la existencia de una relación funcional cuya infracción trae como consecuencia el enriquecimiento; c) Se responde al interés social de evitar la impunidad, frente a una conducta lesiva merecedora de pena, a la cual no es aplicable otros tipos penales. **[Sentencia del 6 de Febrero del 2006, Exp. N° 01-2001, Sexta Sala Penal Especial].**

17.16. Concurso aparente de leyes

El Colegiado advierte que efectivamente los hechos que se imputan por el delito de Enriquecimiento Ilícito tienen el mismo sustento que los del delito de Peculado, por lo que en este caso no se da un concurso real de delitos, sino que nos encontramos ante un concurso aparente de leyes. Como se conoce este concurso se presenta cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro, y por tanto el autor solo ha cometido una única lesión de la ley penal, en cuyo caso se resuelve a través de la interpretación recurriendo a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. Conviene indicar que la consecuencia práctica del concurso aparente reside en que sólo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros; y en la determinación de esa pena no se debe computar otras violaciones de la ley, porque solo se ha infringido una de las normas. **[Sentencia del 16 de mayo del 2005, Exp. N° 024-2002, Tercera Sala Penal Especial].**

17.17. Aplicación temporal de la ley penal

17.17.1.- Los hechos probados en este extremo se subsumen dentro del ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 401 del Código Penal de 1991, en su versión original. Las modificaciones realizadas respecto a esta conducta típica que se produjeron en el 2001 y 2004,

no resultan aplicables ultractivamente al presente caso, por no ser favorables al acusado, en la medida que incorporan criterios de presunción para la configuración del ilícito.

La Ley aplicable describe la conducta imputada al acusado de la siguiente manera: «El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente». Sin embargo, no define específicamente la noción de enriquecimiento ilícito, por lo que en este ámbito corresponde a la Sala establecer las características especiíficas del mismo. En este sentido, es pertinente de manera referencial lo que señalaba el artículo 361-A, que introdujo el delito de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaración jurada de rentas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido y de los incrementos de su capacidad o de sus ingresos, por cualquier otra causa ilícita. **[Sentencia del 29 de marzo del 2007, Exp. N° 09-2001, Cuarta Sala Penal Especial].**

17.17.2.- El delito de enriquecimiento ilícito corresponde a la categoría de Delitos de Infracción de Deber, siendo del caso indicar que esta figura delictiva se encuentra prevista y sancionada en el artículo 401 del Código Penal, que en el caso concreto de los hechos materia de pronunciamiento, en estricta observancia del principio de legalidad y ultractividad de la norma penal, corresponde a la versión vigente al momento de los hechos, es decir antes de las modificaciones realizadas tanto por el artículo 7 de la Ley N° 27482 publicada el 15 de junio de 2001 que incorporó un párrafo adicional, así como la más reciente modificación realizada por el artículo 1° de la Ley número 28355, publicada el seis de octubre del 2004 (...)». **[Sentencia del 10 de julio del 2007, Exp. N° 006-2005, Segunda Sala Penal Especial].**

17.18. Del rol del Ministerio Público

El Estado, a través de la actuación del Ministerio Público debe demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado y ha ocurrido por razón del cargo que desempeño el agente infractor; por consiguiente, el Fiscal en su función investigadora está obligado a reconstruir probatoriamente el patrimonio del funcionario o servidor público. **[Ejecutoria Suprema del 15 de Agosto del 2007, R.N. N° 4245 -206-Lima, Primera Sala Penal Transitoria]**

17.19. De la inversión de la carga de la prueba

Que, en consecuencia, el incremento del patrimonio del acusado Solís Cano no está justificado, pues los medios probatorios –testimonios, documentos e informes periciales– son suficientes para demostrar de manera fehaciente el enriquecimiento indebido; esto se deriva de la comparación del patrimonio en dos momentos distintos: antes de ejercer la función pública y después de retirarse de la misma, siendo este desproporcionado e injustificado incremento, la inferencia que demuestra la ilicitud –ello no implica que se invierte la carga de la prueba, pues estas inferencias no son ideaciones o construcciones de la imaginación, todo lo contrario, se trata de hechos– y su culpabilidad por el delito incriminado, pues todo aumento patrimonial debe tener una fuente y si esta es lícita, podrá explicarse y demostrarse de manera satisfactoria cual es el origen, sin mayor dificultad, lo que no ha sucedido en el caso concreto; que por lo demás las afirmaciones del acusado Solís Cano carentes de sustento –no ha explicado de forma razonable el exagerado incremento de sus caudales– y su silencio –respecto al destino del dinero investigado– le quitan mérito a su posición, en tanto, en su contra se han reunido suficientes elementos probatorios que no ha sido refutados. **[Ejecutoria Suprema del 15 de Agosto del 2007, R.N. N° 4245-206-Lima, Primera Sala Penal Transitoria]**.

17.20. Aspectos probatorios

17.20.1.- Que la pericia contable N° 7-2003, que fuera ampliada y aclarada por el dictamen N° 23-2004, y su homóloga N° 27-2004, proporciona un dato concluyente, que valorado en su conjunto con las circunstancias objetivas que a continuación se indican, genera convicción sobre la materialidad del delito y la responsabilidad penal del impugnante, al establecer la existencia indubitable de un desbalance patrimonial ocurrido entre los años de 1996 y 1997, cuyo monto ha sido especificado en el último dictamen ampliatorio, que estas conclusiones han sido reafirmadas en la diligencia de ratificación pericial realizada en el acto oral; que el periodo cuestionado es históricamente coherente con las fechas en que se realizaron las adquisiciones de los certificados bancarios, y, como tal, permiten concluir la ilegitimidad de las sumas dinerarias con las que se adquirió los certificados bancarios, los que además no han podido justificarse.

[Ejecutoria suprema del 30 de diciembre del 2004, R.N. N° 2976-2004, Sala Penal Permanente].

17.20.2.- Este Tribunal en aplicación de lo establecido por el tribunal Constitucional en el expediente número 4032-2004-AA/TC (Caso: Venegas Pinto) catalogó dicho Informe Financiero como un documento, habiendo dispuesto su actuación como tal (Sesión 10, del 24 de abril), por lo cual, al tratarse de un documento que presenta características peculiares que hacían necesaria, no una mera ratificación, sino su actuación con la concurrencia de sus suscriptores a efectos que expongan y sustenten su contenido, más aun si la defensa técnica de los acusados Dianderas Ottone, Querzola Otiura o Querzola de Dianderas y Dianderas Querzola había expresado sus cuestionamientos formales contra dicho informe financiero, por lo cual a efectos de cautelar el debido proceso y el derecho a la defensa, así como la facultad acusatoria del Ministerio Público se dispuso la concurrencia de la señora Silvia Wuan y del señor Adrián Mamani, lo que se verificó en la sesión del 08 de mayo». **[Sentencia del 10 de julio del 2007, Exp. N° 006-2005, Segunda Sala Penal Especial].**

17.20.3.- El dictamen Pericial suscrito por la perito de parte doña Jeri Gloria Ramón Ruffner, a favor de Juan Fernando Dianderas Ottone, que fuera ampliado posteriormente, donde se aprecia que concluye que no existe desbalance patrimonial en cuanto al investigado Dianderas Ottone sino que registra un saldo favorable, para lo cual sin contar con mayor sustento documentario objetivo y cierto, valida los montos de dinero que el acusado ha señalado haber percibido. Siendo altamente ilustrativo, respecto a la poca confiabilidad de dicho dictamen que en su primera versión no consideró las cantidades que Bessi Teresa Querzola Otiura o Bessi Teresa Querzola de Dianderas registraba en la cuenta del Banco Wiese, excusándose en que no contó con esa información, pese a que se trataba de un perito de parte, lo que a criterio del Colegiado demuestra que dicha pericia resulta carente de confiabilidad». **[Sentencia del 10 de julio del 2007, Exp. N° 006-2005, Segunda Sala Penal Especial].**

17.20.4.- Que, el Analista Financiero Adrián Artemio Mamani Vitulas a la fecha en que dicho informe financiero fue elaborado no se había colegiado en el Colegio de Contadores (...) al respecto, a criterio del Colegiado, tal cuestionamiento no afecta lo sustancial del informe, pues el mismo no ha sido elaborado solamente por el señor Analista

Financiero Mamani Vitulas, sino por una «Comisión Especial de Análisis Financiero» creada especialmente por la Superintendencia de Banca y Seguros para apoyar el trabajo de la Fiscalía de la Nación en cuanto a las investigaciones por delito de Enriquecimiento Ilícito (...)». **[Sentencia del 10 de julio del 2007, Exp. N° 006-2005, Segunda Sala Penal Especial].**

17.20.5.- El tema de declaraciones juradas ha ido tomando gran importancia a través de los años, tomándose una herramienta básica en la lucha contra la corrupción. Las diversas modificaciones que se han venido dando son una muestra de la importancia que se le ha dado a este tema, en la búsqueda de la fórmula más adecuada para su regulación. **[Sentencia del 10 de julio del 2007, Exp. N° 006-2005, Segunda Sala Penal Especial].**

17.20.6.- El Colegiado al arribar a esta determinación no sanciona la sola inexistencia de documentos o una mera omisión de formular Declaraciones Juradas o su inexistencia, tampoco invierte la carga de la prueba, sino que ha sido el Ministerio Público, quien, como titular de la acción penal ha denunciado y probado el excesivo incremento patrimonial del procesado en juicio público, en el que se ha respetado el contradictorio, por lo que no se contraviene lo señalado por la doctrina cuando refiere que «...la construcción legítima del injusto del enriquecimiento Ilícito del funcionario no requiere de la infracción de un inexistente deber de justificación, sino más bien de una relación de imputación objetiva entre el ejercicio del cargo y ese resultado de enriquecimiento. **[Sentencia del 10 de julio del 2007, Exp. N° 006-2005, Segunda Sala Penal Especial].**

17.21. Fijación de la pena

Que, para la fijación de la pena debe tomarse en consideración la trascendencia del injusto culpable, su gravedad, la importancia del daño causado, el ingente producto económico de la acción, y el desprecio del imputado por la función pública desempeñada; que una pena demasiado benigna sería contraproducente y afectaría la confianza en el orden jurídico y el restablecimiento de la paz jurídica; que generalmente para la individualización de la pena se ha establecido en la ley aquellas circunstancias que el juzgador debe tener en cuenta como son las de modo, tiempo y lugar en que se realizaron los hechos, así como los móviles o fines y personalidad del autor (educación, situación

económica, medio social y confesión sincera). Que en el caso sub examine el acusado Edgar Orlando Solís Cano se enriqueció ilícitamente durante el ejercicio de su función pública como Secretario General del Ministerio de Justicia, Vice Ministro de Justicia y del Ministerio del Ministerio del Interior por un monto de seiscientos treinta y siete mil trescientos cincuenta y siete dólares con treinta y dos centavos de dólar –dicho monto debe valorarse para los efectos de la graduación de la pena de acuerdo a los parámetros establecidos–; que la conducta procesal *post factum* del citado acusado no revela un ánimo de colaboración con la justicia en cuanto no ha confesado su delito y se negó a expresar cual ha sido el destino del dinero investigado para que el Estado no pueda recuperarlo; asimismo contaba con estudios superiores y residía en el distrito limeño de San Borja, lo cual evidencia que el móvil de la comisión del delito no fue su extrema pobreza que justifique de alguna forma su necesidad apremiante, y por el contrario resulta evidente que la única finalidad perseguida era el lucro; que siendo así, la pena impuesta al acusado Solís Cano debe aumentarse prudencialmente. **[Ejecutoria Suprema del 15 de agosto del 2007, R.N. N° 4245-2006, Primera Sala Penal Transitoria].**

17.22. El decomiso

17.22.1.- Con relación al decomiso debe significarse que se conceptúa como la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción punitiva y el correlativo traslado directo e inmediato de su titularidad a favor del Estado; por otro lado, con relación a los efectos se manejan dos criterios interpretativos: «un sentido restrictivo únicamente se considera como efectos materia de comiso a los objetos creados, transformados o adulterados a través de la realización de la propia infracción penal (...). En un sentido extensivo, en cambio, se incluirían en su ámbito, además, las ganancias o provecho obtenido por el delito, e incluso los medios de prueba, el precio del delito, etc. hasta abarcar todas las cosas que entren en el patrimonio del ofensor. Que, estando a lo precedentemente expuesto, y siendo que la configuración típica del ilícito penal en cuestión, no implica necesariamente una fuente pública o privada que origina el indebido incremento o enriquecimiento patrimonial, sino que ésta se produce fundamentalmente con la instrumentalización de la calidad de funcionario público y de un abanico de fuentes generadoras de riqueza ilícita; corresponde el decomiso de los efectos provenientes de la

infracción penal y de los instrumentos con que se ejecutó, llegando a abarcar cualquier transformación que hayan podido experimentar las «ganancias» o efectos del delito. **[Sentencia del 21 de junio del 2004, Exp. N° 027-2002, Primera Sala Penal Especial].**

17.22.2.- Que en la sentencia recurrida se ha dispuesto el decomiso del inmueble de propiedad de los acusados por considerarlo instrumenta *scaeleris* pues allí estuvo oculto Vladimiro Montesinos Torres; que, empero, con arreglo a lo dispuesto en el artículo ciento dos del Código Penal, debe entenderse por instrumentos del delito todos aquellos objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción penal, han servido para su ejecución, vale decir, con tales objetos ha de haberse realizado actos ejecutivos de la infracción penal; que, en puridad, una vivienda no es propiamente un objeto causalmente destinado a la sustracción de una persona de la persecución penal; que es de precisar que las acciones típicas de sustracción de una persona de la persecución penal no se llevan a cabo utilizando medialmente un inmueble; este no se encuentra vinculado a las acciones de favorecimiento personal al que es objetivamente imputable la comisión del delito; que una situación completamente diferente es el caso del velero «Karisma» el cual, sin duda alguna, se utilizó dolosamente como medio idóneo para la huida del país de Montesinos Torres; que, en tal virtud, debe levantarse dicha consecuencia accesoria respecto al citado inmueble. **[Ejecutoria Suprema de fecha dos de agosto del 2004. R.N. N° 730-2004, Sala Penal Transitoria].**

18. De los cuestionamientos más frecuentes por parte de la defensa técnica

Desde el prisma de los estándares de exigencia fijados por el Tribunal Constitucional en materia del formulación y fundamentación de la pretensión punitiva (acusación escrita y exposición de la misma por el titular de la acción penal) cuestionar el accionar del titular de la acción penal y de la carga probatoria, al infringir lo dispuesto en el artículo 225° del Código de Procedimientos Penales, dispositivo concordante con el inciso «4» del artículo 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Existen estándares de rigurosidad y concreción de la pretensión punitiva (acusación escrita y sustentación de la misma) fijado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional.

La relevancia y rigurosidad de la acusación fiscal se debe, entre otros, al Principio Acusatorio[455], desarrollado por el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 2005-2006-HC, en la que se recalca que: «La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159 de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. **Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta el proceso debe llegar a su fin**»[456].

---

[455] La constitucionalidad del Principio Acusatorio informa el enjuiciamiento en el proceso penal, principio que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en los Exp. N° 1939-2004-HC, Ricardo Ernesto Gómez Casafranca y Número 3390-2005-HC, Jacinta Margarita Toledo Manrique. La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: «a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad» [GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El Proceso Penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*, Palestra, Lima, 1999].
A.- La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159° de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin. De modo análogo, aunque no se trata de un supuesto de decisión de no haber mérito para acusar sino de no haber mérito a denunciar, puede citarse lo señalado en la sentencia recaída en el expediente de inconstitucionalidad 0023-2003-AI/TC, en la que el Supremo Intérprete de la Constitución declaró inconstitucional la disposición del entonces vigente Código de Justicia Militar, que admitía la posibilidad de que si los fiscales no ejercen la acción penal, el Juez instructor podría abrir proceso.
B. Uniforme jurisprudencia ha puntualizado que el órgano jurisdiccional también está facultado para disponer la ampliación de la instrucción si entiende que la investigación está incompleta, sin embargo es de discrepar tajantemente contra esta facultad toda vez que no se condice con la naturaleza persecutoria del proceso penal y confunde el verdadero rol del órgano jurisdiccional al vincularlo con el material probatorio bajo un supuesto «deber de esclarecimiento» que nuestra ley fundamental no le atribuye.

[456] Principio citado por la Primera Sala Penal Especial como fundamento de la resolución del 30 de Mayo del 2006, recaída en el Exp. N° 58-2005.

Establecida nuestra premisa, enumeramos sintéticamente las deficiencias, omisiones y contradicción advertidas en la acusación escrita y su sustentación en la sesión cuatro del 28 de septiembre del 2004, estas son:

18.1. Contravención del Principio de Legalidad

Regulado en el artículo 2° de la Carta Magna, por cuanto, no existe un juicio de subsunción a título de cómplice ¿primario o secundario? de conformidad al artículo 25 del Código Penal, subsunción en el que se evidencie el proceso mental de cómo los cómplices «**prestaron auxilios para la realización**» del delito de Enriquecimiento Ilícito. Es más de la sustentación de la acusación se señala que autor desempeñó varios cargos, sin embargo, no se indica en cual de tales funciones (temporal y espacialmente circunscritas) confluyeron los cómplices prestar auxilio para la realización del hecho punible.

No se indica ante qué clase de complicidad nos encontramos (¿primaria o secundaria?), deficiencias que al ser advertidas por otras Salas Penales Especiales conllevó la devolución de la acusación escrita al Ministerio Público para que fundamente y precise cuál de las dos modalidades mencionadas anteriormente se les atribuye a los acusados[457].

Contravención del Principio de Legalidad regulado en el artículo 2° de la Carta Magna, en su faz aplicativa en el tiempo de la ley penal, previsto en el artículo 6° del Código Penal, marco normativo, que impone al Juzgador que: «*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible*»; y **ii).-** Desde un plano legal: «*La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales*».

---

[457] Como accionar similar de la Primera Sala Penal Especial citamos la resolución del 30 de Mayo del 2006, recaída en el Exp. N° 58-2005, en cuyo párrafo sexto se asevera que: «resulta necesario que el Ministerio Público, titular de la acción penal, determine quién resulta ser el sujeto pasivo en la comisión del ilícito por el cual se ha instruido a los antes nombrados, a efecto de pronunciarnos sobre la petición del señor fiscal».

Ello como consecuencia de que el Ministerio Público, al sustentar la acusación fiscal escrita y, por ende, toda su argumentación se basa en la modificatoria introducida por el art. 1 de la Ley N° 28355 del 06 de octubre del 2004, en relación al texto primigenio del artículo 401 del C.P.

Consabido es que el delito de enriquecimiento ilícito ha sido objeto de más de una formulación típica, una hasta la modificatoria introducida por la Ley N° 27482 (del 15/06/2001), otra a partir de dicha modificatoria, y una última a partir de la modificatoria dada mediante la Ley N° 28355 del 08/10/2004. Resulta particularmente importante referirse a la primera y a la tercera formulación típica, puesto que la intermedia no ha influido en el carácter de este delito como sí las anteriores.

Así respecto a la primera formulación típica según la cual será reprimido penalmente por dicho ilícito «... el funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos ...», cabe significar lo siguiente:

Estando el núcleo imputativo rector de dicha formulación típica, el delito de enriquecimiento ilícito resulta ser un delito «**perpetrado en razón del cargo**», **con instrumentalización de la función pública ejercida**, lo que conlleva evidentemente a una necesaria **referencia imputativa de la acusación a una conexión causal del incremento patrimonial reprobado con los cargos públicos ejercidos, los mismos que además de precisarse deberán manifestarse como realmente idóneos para posibilitar dicho enriquecimiento ilegítimo.**

Que tal formulación típica en que se destaca prevalentemente su naturaleza de **delito de infracción de deber** se corresponde con la identificación de este ilícito como un **delito subsidiario** frente a los otros delitos de corrupción funcional, por lo que la aplicación del mismo apareja lo siguiente: **[ii.1]** Que el procesamiento por el delito de enriquecimiento ilícito, por su carácter de **delito de última ratio o residual**, presuponía la no existencia de elemento alguno para un procesamiento por algún otro delito funcional; y **[ii.2]** Que, por ende, el procesamiento por el delito de enriquecimiento ilícito resulta **excluyente a la posibilidad de procesamiento por algún otro delito funcional en particular.**

En cambio, en relación a la segunda formulación típica, según la cual será reprimido penalmente por dicho ilícito «... el funcionario o

servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones ...», cabe significar lo siguiente:

Estando el núcleo imputativo rector de dicha formulación típica, el delito de enriquecimiento ilícito resulta ser un delito «**de mero desbalance patrimonial no justificado en ingresos legítimos**», lo que lo erige en un **delito autónomo frente a otros delitos funcionales.**

Asumir esta relación de independencia entre dicha figura penal y los demás delitos de corrupción funcional (fundado en el desbalance patrimonial del funcionario público como presupuesto fáctico prevalente del enriquecimiento), importa la plena posibilidad de un procesamiento paralelo a dicho ilícito de otros delitos funcionales.

En síntesis esta acusación escrita no cumplía las exigencias previstas para la construcción, elaboración y contenido de la Acusación Fiscal reguladas en el artículo 225° del Código de Procedimientos Penales, dispositivo concordante con el inciso «4» del artículo 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Dispositivos que, complementariamente a lo expuesto, exigen la observancia de las siguientes exigencias:

Apreciación de las pruebas de cargo y descargo actuadas, más aún, si en su condición de defensor de la legalidad y en observancia del principio de imparcialidad, el Ministerio Público tiene el deber de ponderar tanto los elementos probatorios de cargo como de descargo. Presupuesto infringido por la Fiscal Superior al limitarse enumerar, por ejemplo, las pericias propuestas por las partes, empero, unilateralmente y arbitrariamente opta por las que arriban a conclusiones opuestas y contrarias a los intereses de la defensa, sin justificar y fundamentar porque desecha la evidencia de descargo.

18.2. La relación ordenada

De los hechos probados y de aquellos que, a su juicio, no lo hayan sido. Orden que debe estar supeditado al *iter criminis* del delito de Enriquecimiento Ilícito. Exigencia, una vez más, inobservado por la Defensora de la Legalidad, omisión que se explica al resultar imposible encajar la intervención de los cómplices en el *iter criminis* del delito de Enriquecimiento Ilícito, si reparamos que en la acusación escrita se omite identificar los elementos espacio-temporales en que supuestamente

se contribuye para la comisión del delito; máxime si el espacio en que se habría enriquecido el auto abarca el intervalo de 1992 al 2000.

18.3. La calificación del delito

Exigencia que debe conceptualizarse como una «calificación de modo específico del delito»[458]; máxime, si nos atenemos a la

[458] La garantía que la determinación del hecho dé la acusación está consagrada en el artículo 11, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14 inciso 3 parágrafo D del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 inciso 2 parágrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139 Inciso 14 de la Constitución Política de 1993. La interpretación del artículo 92 inciso 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y del artículo 225 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales a la luz de la Constitución de 1993 y los tratados en materia de Derechos Humanos, permite establecer cuál debe ser el contenido de la acusación.
No cualquier acusación es idónea para posibilitar una adecuada y eficaz defensa (JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del imputado*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 369). El contenido de la requisitoria debe ser una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho (SANCINETTI, Marcelo A., *La Nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001 p. 17). La situación fáctica que el fiscal le atribuye al sujeto imputado debe estar claramente circunstanciada e identificada, es decir, como hecho ocurrido en el mundo. La acusación correcta y garantizadora debe describir con la mayor minuciosidad posible todos los caracteres de modo, tiempo y lugar de la acción u omisión objeto de la requisitoria.
El objeto de la acusación es una descripción completa, clara y suficiente del acontecimiento histórico, que necesariamente tiene que se observado para que ésta pueda cumplir su finalidad. Los requisitos de la acusación no responden a un ritualismo absurdo o a un exceso formal, son el medio para garantizar al imputado que pueda defenderse de los cargos formulados en su contra. El autor argentino Eduardo J. JAUCHEN afirma que las exigencias de una acusación clara, precisa, específica y circunstanciada tiene por finalidad que el acusado tome conocimiento pormenorizado de cuál cómo, dónde y de qué modo habría cometido el delito que se le atribuye.
El Tribunal Constitucional, en la sentencia del 14 de noviembre del 2005 expedida en el proceso de habeas corpus seguido por el denominado caso de la General Electric Company, luego de cuestionado el auto de procesamiento penal, invoca al principio de la imputación necesaria como «la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa»; en el fundamento 16 precisa el TC que la imputación necesaria no se satisface «únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirige, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación sea cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficiente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan...»(Proceso de Habeas Corpus a favor Jeffrey Immelt y otros contra el Juez del Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, signado como Exp. 8125-2005-PHC/TC.)

producción jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de motivación de la calificación jurídica, que puntualiza que la misma debe focalizarse en la modalidad en concreto, de cara a estar informado con certeza de los cargos. Presupuesto inobservado en la Acusación Fiscal, verbigracia, no se identifica ni se fundamenta en cuál de las modalidades de complicidad han incurrido los *extraneus*, es más en el tópico «III. Delito» no se hace mención al fundamento jurídico de la complicidad, esto es, los artículo 25 del CP., por ende, tampoco, tiene su correlato en los hechos que se vienen juzgando, vía la subsunción o encuadre típico respectivo de los hechos.

18.4 Ausencia de demostración de la relación del enriquecimiento ilícito del autor con los cargos

Únicamente puede ser autor del delito el funcionario público (...) con la expresión por razón de su cargo, el legislador se refiere tanto al momento en que se debe producir el enriquecimiento, como el uso abusivo del cargo de enriquecerse; (...) el señor Fiscal [no] ha podido probar que cuando ejerció esos cargos [el acusado Carlos Indacochea Ballón] se pudo haber enriquecido de alguna manera.

El señor representante del Ministerio Público [es] quien debe probar no solo un presunto desbalance de enriquecimiento, sino que debe acreditar conforme al Debido Proceso y respeto del Derecho de Defensa que este enriquecimiento es producto de contravención normativa en el ejercicio del cargo o empleo público, es decir, para una posible condena se debe probar que ha existido un Enriquecimiento Ilícito partiendo de la consideración, en razón del cargo, como se ha señalado el enriquecimiento pudo provenir de distintas fuentes y claramente al momento de los hechos materia de juzgamiento y tipo penal vigente, solo previene y sanciona aquel enriquecimiento ilícito del que poseyendo un cargo o el empleado público se vale del mismo para incrementar su patrimonio, se añade, así la figura en estudio se atribuye solo al sujeto público que por razón de su cargo hace un incremento ilícito de su patrimonio, no abarca al que se enriquece al margen de la razón del cargo, concluye a este respecto el mismo Fidel ROJAS VARGAS, señalando sin dudas que en suma enriquecerse por razón del cargo de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abuse de su cuota de poder, se valga y utilice su puesto para lucrar con él, cabe la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo

del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el Delito de Enriquecimiento Ilícito. Volvemos al caso de Soberón Ricards, ha sido absuelto, el Juez dijo que tenía ochenta mil dólares en su closet y la Fiscalía de la Nación, cumpliendo el artículo cuarenta y uno de la Constitución, lo denunció, después lo acusó: no obstante ha sido absuelto porque no se ha podido probar que en razón a su cargo haya obtenido este enriquecimiento, eso es lo que exigía la defensa, que el Ministerio Público probara o probara durante el juicio que, en razón al cargo que ejerció, éste se habría enriquecido.

Siguiendo con Fidel Rojas Vargas, éste menciona que un funcionario o servidor público puede enriquecerse y ser ese enriquecimiento valorado negativamente a título de ilicitud en base a tres supuestos: cometiendo delitos comunes, producto de concusiones; peculado (negociaciones incompatibles o tercero): haciendo valer su cargo para obtener bienes que han acrecentado su patrimonio, mediante un comportamiento que no ha sido declarado judicialmente delictivo, ingresan en este tercer orden conductas ilícitas no denunciadas o no esclarecidas suficientemente e infracciones de relevancia administrativa, incompatibilidad de prevalimientos, de asesoramientos a empresas particulares. Cuando Fidel Rojas Vargas hace esta relación de tres supuestos nos dice: que se ha cometido un delito común, tendrá que ser juzgado por el delito común que cometió, hurto, estafa, lo que fuera, que ha sido producto de concusión, peculado, negociaciones incompatibles, tendrá que ser juzgado por el delito de concusión, peculado, negociación incompatible y solamente en el tercer supuesto es cuando esta persona podría ser juzgado por el Delito de Enriquecimiento Ilícito. Solamente hay que recordar que la Sala en el mismo caso Rodríguez Huerta consideró como subsidiario, de abstracto el Delito de Enriquecimiento Ilícito, porque dice que se responde el interés social de evitar la impunidad frente a una conducta lesiva o merecedora de pena a la cual no es aplicable otro tipo penal...».

18.5. El delito de enriquecimiento ilícito no puede tener una consumación de delito permanente

De acuerdo a lo señalado por la dogmática penal acerca de los delitos de estado, aquel en el que se crea un estado antijurídico y duradero, pero la consumación va a cesar desde el momento de la aparición de la situación antijurídica, esto se da así, porque solo se

describe en el tipo, la producción del estado antijurídico y no su mantenimiento, los delitos permanentes consistente en que la gente no solo crea la situación ilícita sino que además ésta se mantiene mientras él prosigue voluntariamente realizando la acción; es así que la realización del tipo penal se mantiene por la voluntad delictiva del autor, tanto tiempo como subsista el estado antijurídico creado por el mismo. El Delito de Enriquecimiento Ilícito es un delito de estado y no es un delito permanente, que si bien puede ser continuado por acciones disvaloradas distintas y continuadas en el tiempo, su consumación es instantánea, lo que por sí descarta la exigencia de la justificación como supuesto y elemento de tipo objetivo de la versión primigenia del delito de Enriquecimiento Ilícito establecido en el Código Penal de 1992. O sea, lo que quiere decir la defensa es que a nuestro entender, el Delito de Enriquecimiento Ilícito es un delito instantáneo y no permanente como se ha venido mencionando en los votos en mayoría. Siempre sacó a colación lo que ha dicho el maestro Francesco ANTOLESEI, este señala: ha encontrado amplia afectación en la doctrina según el cual el delito permanente sería posible solo en los casos en que la acción delictuosa tenga por objetos bienes inmateriales susceptibles de aprensión, es decir, capaces de permanecer íntegros al cesar la ofensa, en especial la libertad personal; es decir, el maestro Francesco ANTOLESEI niega, como lo dice también Claus ROXIN, que los delitos permanentes puedan ser aquellos que no tengan bienes inmateriales; el delito de enriquecimiento tiene como objeto principal un bien inmaterial o un bien material, tiene un bien material, como el dinero, el incremento patrimonial; este no es un bien inmaterial, solo por esa razón el Delito de Enriquecimiento Ilícito no puede ser permanente, sino solamente instantáneo. Para el tema de la consumación esta Sala adoptó en la sentencia emitida en el expediente veintisiete - dos mil dos, caso Rodríguez Huerta, la teoría de la disponibilidad, es decir, el delito se consuma cuando el autor tenga la posibilidad de disponer de la cosa como dueño; sin embargo la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la impugnación planteada contra la sentencia expedida en el expediente veintisiete - dos mil dos, dijo lo siguiente refiriéndose al delito de enriquecimiento ilícito, claro está: exige que el funcionario o servidor público por razón de su cargo se enriquezca ilícitamente, consecuentemente en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un

incremento real significativo de su propio patrimonio económico, que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo a través de fondos delictivos no funcionales de infracciones diversas e incluso indisciplinarías o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí el matiz de ilicitud del enriquecimiento que a efectos de la concreción supone entender que el agente debe tener control o dominio sobre los bienes que incrementa su patrimonio. A partir de ese criterio, establecido por la Corte Suprema, la Sala adoptó el mismo criterio textualmente porque lo ha reproducido así en otras sentencias, en el caso Alfaro Vargas, Yanqui Cervantes y en el caso de la familia Chacón...».

Por su parte, la defensa del acusado Carlos Indacochea Ballón en sus Alegatos Finales (Sesión 317 del 19.01.2011) expresa similares planteamientos a los ya reseñados precedentemente (vg. objeción al delito permanente), al punto de haber significado lo siguiente: «...ya los argumentos, tanto fácticos como de derecho, fueron expuestos por la defensa del doctor Orrego [defensa del acusado Carlos Indacochea Ballón], motivo por el cual me eximo de seguir haciendo mención sobre lo mismo...» (sic).

19. Cuestionamientos de la apreciación de la prueba pericial efectuada por Sala Penal Sentenciadora

Un caso paradigmático para ilustrar dicho apartado lo constituye la Ejecutoria Suprema del 29 de agosto de 2012, R.N. N° 2354-2010, Lima, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema al desarrollar los siguientes ítems:

19.1. Respecto a los Informes Periciales de Oficio

En cuanto al patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, sociedad conyugal Portal Barrantes-, Chacón de Vettori y Juan Carlos Chacón De Vettori, se advierte de autos los siguientes Informes Periciales de oficio:

i) el Informe Pericial de Oficio realizado a nivel de instrucción por los auditores Economistas Miguel Manrique Bernal y Américo Revilla Fernández, obrante a fojas treinta mil trescientos treinta y cuatro, en donde se evaluó en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil, los balances patrimoniales de los encausados Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, Aurora Isabel De Vettori De Chacón,

Luis Miguel Portal Barrantes, Cecilia Isabel Chacón De Vettori y Juan Carlos Chacón De Vettori; concluyéndose en dicho documento que: *a)* el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga evidencia un desbalance patrimonial y financiero, entre sus ingresos y gastos, de un millón diez mil ciento noventa y cuatro dólares y ciento sesenta y nueve mil ciento diecinueve soles con veintiún céntimos; debiendo indicarse que dicho examen pericial comprendió entre otros, sus ingresos percibidos en los distintos cargos que ocupó desde mil novecientos noventa y dos al dos mil, los depósitos bancarios efectuados desde mil novecientos noventa y cinco al dos mil, inversiones realizadas por la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas a través de cuatro empresas en el período mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho (Hostal Portada del Sol, Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Real Hostal Titicaca, D' VETTORI ATELIAR Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y C & H ASOCIADOS Sociedad de Responsabilidad Limitada), adquisiciones de bienes inmuebles por parte de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, adquisición de vehículos y gastos por viajes al exterior; *b)* la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas De Chacón no ha evidenciado ingresos económicos, sin embargo, conjuntamente con su cónyuge –el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga–, evidencian inversiones a través de empresas por las sumas de doscientos treinta y cinco mil quinientos trece dólares con tres centavos de dólar, más, ciento setenta y seis mil ciento cincuenta nuevos soles con treinta y seis céntimos, depósitos bancarios personales y gastos por viajes al exterior, hecho que resulta contraproducente, deduciéndose que la procedencia de los mismos serían recursos de su esposo don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; *c)* los encausados Luis Miguel Portal Barrantes y su esposa Cecilia Isabel Chacón De Vettori, en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil, evidencian un desbalance patrimonial y financiero entre sus ingresos y gastos de novecientos setenta y dos mil trescientos dieciséis dólares americanos con diecisiete centavos de dólar, más nueve mil ciento ochenta y cinco nuevos soles, dicho examen pericial comprendió, entre otros, sus ingresos por concepto de remuneraciones, la adquisición de inmuebles y vehículos y gastos por viajes al exterior; y *d)* el encausado Juan Carlos Chacon de Vettori en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil

evidencia un desbalance patrimonial y financiero entre sus ingresos y gastos de seiscientos veintidós mil quinientos sesenta y cuatro dólares americanos, más ciento ochenta y nueve mil nuevos soles; precisándose que dicho examen pericial comprendió entre otros, sus ingresos de remuneraciones, depósitos bancarios, préstamos a favor del Hostal Portada Del Sol Hacienda, adquisiciones, inversiones efectuadas a través de la Empresa MEC. ASOCIADOS Sociedad Anónima y gastos por viajes al exterior.

ii) la ampliación de Informe Pericial de Oficio realizada en acto oral por los peritos economistas Miguel Manrique Bernal y Américo Revilla Fernández -ordenada en audiencia pública y presentada mediante documento de fecha once de octubre de dos mil seis, obrante a fojas ochenta y cinco mil trescientos cincuenta y seis-, la cual tuvo como propósito evaluar la información complementaria remitida por las diversas entidades públicas y privadas respecto a los ingresos y gastos de los procesados materia de acusación, evaluar la información complementaria en torno a los movimientos bancarios y depósitos efectuados por los procesados, en las diversas entidades del sistema bancario nacional y cuyo detalle no haya sido incluido en el informe pericial primigenio, analizar y evaluar la información complementaria de gastos, inversiones y adquisiciones efectuadas por los acusados y que no fueran incluidos en el informe pericial primigenio; precisándose que constituyó limitaciones al desarrollo de la pericia, que los diversos bancos del sistema financiero nacional han remitido información insuficiente, respecto a la sustentación documentada de los extractos bancarios con las notas de abono, cargos, cheques y otros, dificultando su análisis integral de los depósitos y retiros. En muchos de los casos los extractos bancarios han sido remitidos en forma parcial, habiéndose repetido la misma información, sin tener en cuenta la exigencia del requerimiento; en donde se concluyó respecto a las unidades patrimoniales conformadas por los patrimonios de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón de Vettori y Juan Carlos Chacón De Vettori; que del análisis de los documentos complementarios remitidos con posterioridad a la emisión del Informe Pericial de Oficio de fojas treinta mil trescientos treinta y cuatro, se determinó que los procesados no han remitido información adicional al proceso, excepto sus declaraciones prestadas ante el Colegiado, ratificándose en sus

conclusiones primigenias; sin embargo, luego se hace una atingencia respecto al encausado Juan Carlos Chacón De Vettori, precisándose, que debido a nuevos depósitos de dineros e inversiones que tienen relación con la empresa MEC ASOCIADOS, se establece que presenta un desbalance patrimonial de orden de un millón ochocientos un mil seiscientos dólares americanos con veinte centavos de dólar más dos millones cuarenta y un mil quinientos veintisiete nuevos soles, los mismos que no se encuentran debidamente justificados ni sustentados.

19.2. Respecto a los Informes Periciales de Parte

En cuanto al patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas y sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón de Vettori, se advierte de autos los siguientes Informes Periciales de Parte:

i) el Informe Pericial Contable de parte número uno - cero uno, realizado por el Contador Público Luis Alberto Castillo Cubas, a favor de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas y la ampliación de dicho informe pericial presentados a nivel de instrucción, obrantes a fojas doce mil quinientos setenta y nueve y veinticinco mil ciento sesenta y nueve, respectivamente, en donde se concluyó que la referida sociedad conyugal al treinta y uno de mayo de dos mil dos, mantiene un patrimonio ascendente a seiscientos diez mil treinta y un dólares americanos que ha evolucionado equilibradamente en el tiempo, sustentado con recursos propios ahorrados y el financiamiento obtenido de entidades financieras y de terceros; indicándose que el cuarenta y siete por ciento del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas fue adquirido con anterioridad al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno, mientras que el otro cincuenta y tres por ciento, durante el período de enero de mil novecientos noventa y dos a mayo de dos mil dos; las actividades ordinarias y comerciales de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas que con el transcurrir de los años se ha diversificado, les ha generado entre el periodo enero de mil novecientos noventa y dos a mayo de dos mil dos, ingresos ascendentes a ochocientos treinta y tres mil ciento cuatro dólares americanos, mientras que sus egresos totalizan seiscientos noventa mil doscientos veintitrés dólares americanos, advirtiéndose de los documentos peritados, coherencia en las transacciones, actividades comerciales y movimiento bancario de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, en el período de

enero de mil novecientos noventa y cinco a mayo de dos mil dos, muestra entradas de hasta novecientos siete mil quinientos sesenta y tres dólares americanos, así como salidas de ochocientos ochenta y dos mil seiscientos noventa y un dólares americanos, no obstante se precisa que los movimientos bancarios incluyen operaciones comerciales y transferencias bancarias internas.

ii) los Informes Periciales Contables de parte realizados por los Contadores Públicos Juan Pedro Mayuri Díaz y Rosa Luz Turín Chuquimantari presentados a nivel de instrucción, obrantes a fojas treinta y ocho mil setenta y cinco y treinta y ocho mil ciento seis, respectivamente, en donde se precisan que el objeto de dichos informes es dirimir la evaluación crítica del informe pericial de oficio formulado por los economistas Miguel Manrique Bernal y Américo Revilla Fernández - Auditores de la Contraloría General de la República - por el período mil novecientos noventa y dos al dos mil, y del informe pericial contable de parte número uno - cero uno formulado por el contador público Luis Alberto Castillo Cubas, respecto al examen de la situación patrimonial de la sociedad conyugal Chacón - De Vittori; concluyéndose en el primero, que la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, durante el período mil novecientos noventa y dos al dos mil, no evidencia desbalance patrimonial, al haberse establecido un patrimonio positivo equivalente a un millón seiscientos cuarenta y siete mil seiscientos ochenta nuevos soles, y a la vez un superávit de ingresos y egresos ascendente a doscientos ochenta y tres mil seiscientos veintiséis nuevos soles; mientras que en el segundo se concluye que la auditoría practicada por los economistas de la Contraloría General de la República, respecto a la situación patrimonial de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, no es una prueba objetiva que ilustre al Magistrado sobre aspectos técnicos, en donde no se actuó con independencia de criterio, ecuanimidad, equidad e imparcialidad, así como no se aplicó leyes, reglamentos, usos y costumbres de la técnica contable, indicándose que comparadas las determinaciones de ambos exámenes y verificando el sustento documentario, se determina que la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil, no muestra desbalance financiero, menos aún, desbalance patrimonial.

iii) el Informe Pericial Contable número tres - dos mil ocho, obrante a fojas noventa y tres mil doscientos cuarenta y seis, que tuvo

por objeto determinar la situación patrimonial de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas al treinta y uno de diciembre de dos mil, y determinar los ingresos y egresos durante enero de mil novecientos noventa y dos al dos mil, concluyendo que «La Sociedad Conyugal Chacón - De Vettori, al treinta y uno de diciembre de dos mil, mantiene un patrimonio ascendente a quinientos cuarenta y un mil quinientos noventa y cinco dólares americanos, que ha evolucionado equilibradamente en el tiempo, sustentado con recursos propios ahorrados y el financiamiento obtenido de entidades financieras y de terceros (...) El cincuenta y uno por ciento del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori (doscientos setenta y cuatro mil setecientos noventa y cinco dólares americanos) fue adquirido con anterioridad al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno, mientras que el restante cuarenta y nueve por ciento (doscientos sesenta y seis mil ochocientos dólares americanos) durante el período de enero de mil novecientos noventa y dos a diciembre de dos mil, se ha logrado con el trabajo, los negocios y los apoyos recibidos por la sociedad conyugal (...) las actividades ordinarias y comerciales de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, con el transcurrir de los años se ha diversificado, le ha generado en el periodo de enero de mil novecientos noventa y dos a diciembre de dos mil, ingresos ascendentes a setecientos treinta mil setecientos cuarenta y ocho dólares americanos, mientras que sus egresos totalizan seiscientos ochenta y seis mil trescientos catorce dólares americanos (...) coherente con sus actividades, el movimiento bancario de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, en el período de enero de mil novecientos noventa y cinco a diciembre de dos mil, muestra entradas de hasta por novecientos cincuenta y un mil setecientos cincuenta y cuatro dólares americanos, así como salidas de novecientos veintiséis mil doscientos ochenta y cinco dólares americanos (...).

iv) el Informe Pericial Contable número uno - cero ocho realizado por el Contador Público Luis Alberto Castillo Cubas, presentado en acto oral a fojas noventa y dos mil setecientos cuarenta, el cual tuvo por objeto determinar la situación patrimonial de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori al treinta y uno de diciembre de dos mil, y determinar los ingresos obtenidos y egresos realizados durante el período enero mil novecientos noventa y cuatro a diciembre de dos mil; concluyéndose que «la sociedad conyugal Portal - Chacón

al treinta y uno de diciembre de dos mil, mantiene un patrimonio ascendente a doscientos cincuenta y seis mil setecientos cuarenta dólares americanos que ha evolucionado equilibradamente en el tiempo, en base a recursos propios ahorrados y al financiamiento de entidades financieras y de terceros, durante los años de enero de mil novecientos noventa y cuatro a diciembre de dos mil (...)».

19.3. Pronunciamiento respecto a la sentencia recurrida

Para efectos de resolver el presente caso, la valoración de la prueba actuada en autos deberá determinar si existió o no un incremento patrimonial excesivo e injustificado del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga como consecuencia del aprovechamiento indebido de la función pública ejercida en el período de imputación (mil novecientos noventa - dos mil) –con independencia de no poderse emitir pronunciamiento de responsabilidad penal en su contra por haber sido excluido del proceso penal mediante sentencia del Tribunal Constitucional–, y de ser el caso, si los encausados doña Aurora Isabel De Vettori Rojas De Chacón, don Juan Carlos Chacón De Vettori y don Luis Miguel Portal Barrantes colaboraron con dicho incremento patrimonial ilícito en calidad de *extraneus*; de igual forma, estando a que los exámenes periciales patrimoniales de parte y de oficio han sido realizados teniéndose en cuenta las unidades patrimoniales independientes: **a)** de la sociedad conyugal de don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga – doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, **b)** la sociedad conyugal de don Luis Miguel Portal Barrantes – doña Cecilia Chacón De Vettori y **c)** de don Juan Carlos Chacón De Vittori; por lo que en el mismo sentido, esto es, por unidades patrimoniales, se procederá a la revisión de la valoración probatoria realizada en la sentencia recurrida respecto a sus patrimonios en el período de imputación, con independencia de que el encausado Chacón Málaga tenga la condición de excluido en el proceso y que la encausada Cecilia Chacón De Vettori tenga la condición de reo contumaz.

19.4. Pronunciamiento respecto al Patrimonio de la Sociedad Conyugal conformada por el excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y doña Aurora Isabel De Vettori Rojas

La sentencia en mayoría recurrida en cuanto al patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas establece lo siguiente:

i) respecto al capital adquirido por la sociedad conyugal con anterioridad al marco temporal de imputación, que: a) considerando los grados militares ostentados por el excluido Chacón Málaga durante el período de mil novecientos sesenta y nueve a mil novecientos noventa y uno, se tiene que sumado y dolarizado al tipo de cambio respectivo, sus remuneraciones percibidas en dicho período ascienden a la cantidad de ochenta y nueve mil setecientos cinco punto treinta y tres dólares americanos; b) dolarizados y sumados los montos pagados para cada uno de los inmuebles adquiridos con anterioridad al marco de imputación (inmueble ubicado en la calle veintisiete número doscientos treinta y seis - doscientos cuarenta y dos, urbanización Mariscal Castilla - segunda etapa-, San Borja, local comercial ubicado en el jirón de la Unión número ochocientos setenta, local número ciento once - nivel trescientos cuarenta y tres de la Galería Comercial «La Gran Vía» Lima, e inmueble en el jirón Pisagua número setecientos treinta y uno - setecientos treinta y cinco - Cajamarca), se tiene que dicha cuantificación asciende a setenta y cinco mil quinientos ocho dólares americanos; c) si bien no se cuenta con datos precisos sobre el *quantum* de rendimiento económico del negocio de la acusada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón (establecimientos comerciales de venta de ropa), su aporte a la sociedad conyugal habría contribuido a la educación -según ambos indican-, onerosa de sus hijos, así como a los demás gastos inherentes a una familia (alimentación, vivienda, vestido, recreación, transporte, etcétera); concluyendo la Sala Penal Superior, que con la información anotada no se evidencia que la sociedad conyugal haya ahorrado un capital de veinte mil dólares americanos, aproximadamente, disponible al año mil novecientos noventa y dos, como se sostiene en la pericia de parte (que se estima en diecinueve mil seiscientos trece dólares americanos);

ii) respecto a la disponibilidad de dinero de la sociedad conyugal durante el marco temporal de imputación evidenciada en cuentas bancarias; se establece que la referida sociedad conyugal, presenta por concepto de abonos la suma de setecientos cincuenta y nueve mil seiscientos ochenta y cuatro punto sesenta y ocho dólares americanos, no obstante considerando los flujos internos de depósitos entre las cuentas de los miembros de la sociedad conyugal, se debe descontar del monto obtenido la suma ascendente a cuarenta y cinco mil ochocientos treinta y tres punto treinta y nueve dólares americanos;

concluyéndose que la sociedad conyugal, por abonos por todo concepto, tiene la suma ascendente a setecientos trece mil ochocientos cincuenta y uno punto veintinueve dólares americanos (mil novecientos noventa y cinco - dos mil);

iii) respecto a la concreción de las inversiones por parte de la acusada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón; se indica lo siguiente: a) en cuanto a las inversiones en el Hostal Portada del Sol Empresa Individual de Responsabilidad Limitada; se establece que dicho Hostal se edificó en el inmueble sito jirón Pisagua número setecientos treinta y uno – setecientos treinta y cinco, Cajamarca, con una extensión de trescientos cuarenta y siete punto trece metros cuadrados, fue transferido el año mil novecientos noventa a don Walter Gaspar Segundo Chacon Málaga y doña Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón por los padres de esta última –Walter De Vettori Revilla y Olga Teresa Rojas Castañeda– en la cantidad de un mil cuatrocientos cincuenta y ocho millones ciento cincuenta y cinco mil novecientos noventa y dos intis; siendo que la edificación del Hostal se inicio el año mil novecientos noventa y seis, y el Hostal Portada del Sol Empresa Individual de Responsabilidad Limitada fue constituida como persona jurídica el veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y siete por don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga a través de su cónyuge doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, quien quedo designada como gerente, siendo inscrita en Registros Públicos el catorce de marzo del mismo año; precisándose que se hicieron hasta dos ampliaciones de la infraestructura de dicho inmueble, y que en la propia pericia de parte se indica que las inversiones realizadas en dicha empresa hasta el año mil novecientos noventa y nueve asciende a ciento nueve mil trescientos veinticinco dólares americanos; b) respecto a las inversiones en la empresa «D Vettori Atelier» administrada por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas; se indica que la pericia de parte cuantifica las inversiones realizadas en esta empresa en el monto de veintiséis mil ciento sesenta y cinco dólares americanos (mil novecientos noventa y siete - dos mil); y c) en cuanto a las inversiones del Real Hotel Titicaca Sociedad de Responsabilidad Limitada; se establece que fue constituida el catorce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón conjuntamente con las señoras Giovanna Gina Mindani de Barra y Myrtha Isabel Vasallo Consoli, la misma

que fue inscrita en Registros Públicos el siete de diciembre del mismo año, fijándose una participación igualitaria de las tres socias; precisando que la pericia de parte cuantifica las inversiones en dinero efectuadas por la sociedad conyugal en esta empresa en setenta y nueve mil ochocientos ochenta y seis dólares americanos; concluyéndose que según la propia pericia de parte, la totalidad de inversiones efectuadas a través de Aurora Isabel De Vettori Rojas en las empresas «Hostal Portada del Sol» Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, «D Vettori Atelier» y «Real Hotel Titicaca» Sociedad de Responsabilidad Limitada asciende a doscientos quince mil trescientos setenta y seis dólares americanos;

iv) respecto a otros egresos de la sociedad conyugal; a) de la inversión en «C y H Asociados»; se establece que la referida empresa fue constituida por Escritura Pública del cinco de abril de mil novecientos ochenta y nueve, teniendo como dos únicos socios a Carlos y Hugo Arnaldo Chacón Málaga (hermanos del excluido), registrando un capital inicial de diez millones de intis y fijándose como objeto social actividades de ingeniería civil y otras, siendo el caso que conforme a la Escritura del veintidós de agosto de mil novecientos noventa y cuatro y su aclaración del seis de diciembre del mismo año, acordaron reactivar la empresa y conseguir los objetivos propuestos en su constitución, incorporando como socio al excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, además de Lucinda Málaga Bueno viuda de Chacón y Doris Chacón Málaga viuda de Gutiérrez (madre y hermana del excluido respectivamente); precisándose que la pericia de parte cuantifica los aportes efectuados por el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga a dicha empresa en la cantidad de ciento tres mil cuatrocientos noventa dólares americanos (mil novecientos noventa y cuatro - mil novecientos noventa y ocho);

v) respecto a las remuneraciones percibidas en el Perú y en el Brasil por el excluido Chacón Málaga; se establece que efectuada la dolarización de los montos respectivos, se tiene que éstos suman en el período mil novecientos noventa y dos - dos mil la cantidad de doscientos ochenta y seis mil cincuenta punto dieciocho dólares americanos (treinta y siete mil doscientos veintitrés punto sesenta y siete dólares por remuneraciones como Oficial del Ejército, sesenta y nueve mil noventa y seis dólares por remuneraciones como Agregado Militar y veinticuatro mil ciento treinta punto setenta y uno dólares

por remuneraciones como Ministro del Interior); cantidad de dinero que no difiere en demasía con la cuantificada por la pericia de parte que asciende a doscientos noventa y dos mil doscientos doce dólares americanos;

vi) respecto a los beneficios otorgados por el Ejército al excluido Chacón Málaga: combustible, chofer, mayordomo, flete por bagaje, gastos de instalación e indemnización de viaje; se establece que las referidas asignaciones detentan una naturaleza jurídica totalmente ajena a las remuneraciones, esto es, derechos patrimoniales que suponen contra-prestaciones económicas recibidas en dinero por los servicios prestados; de igual forma desestima la tesis de la defensa respecto a que los beneficios no utilizados son de libre disposición por la inexistencia de obligación de devolución;

vii) respecto a las fuentes de liberalidades; se indica que en la pericia de parte se ha expuesto que la sociedad conyugal ha sido beneficiada con significativas sumas de dinero procedentes de liberalidades a saber: quince mil dólares americanos que en el año mil novecientos noventa y cuatro le habrían otorgado al excluido producto de la repartición de lo recaudado por la venta de un inmueble testado por su señor padre, sito en la avenida B número ciento ochenta y siete, Monterrico Norte - San Borja; cincuenta mil dólares americanos recibidos por la encausada De Vettori Rojas, producto de las sumas periódicamente recibidas de su señora madre desde mil novecientos noventa y cuatro - dos mil; y treinta mil dólares americanos que la acusada De Vettori Rojas habría recibido en el mes de agosto de dos mil como anticipo de herencia de parte de su madre; sin embargo, realizado el análisis correspondiente por la Sala Penal Superior, se concluyo lo siguiente: **a)** no existiendo documento que dé cuenta del inventario de los bienes adquiridos, de la determinación de la masa hereditaria, ni del acuerdo de división y partición de la sucesión del señor Gaspar Chacón Berríos o de algún otro acuerdo, si bien esta probada la titularidad de los herederos respecto al cincuenta por ciento del inmueble sito en la avenida b - número ciento ochenta y siete, Monterrico Norte - San Borja (pues el otro cincuenta por ciento le corresponde a la señora Lucinda Málaga Bueno por ser un bien perteneciente a la sociedad de gananciales del causante y aquella), cierto es también que la participación de cada uno de los herederos no puede sino estar circunscrita al *quantum* resultante de las cuotas

hereditarias precisadas en el testamento, no obrando elemento adicional alguno que permita inferir una titularidad mayor del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, concluyéndose que por dicho concepto sólo le correspondió al excluido cuatro mil seiscientos sesenta y seis punto seis dólares americanos; b) no obstante la ausencia de documento relativo a la división y partición de la masa hereditaria respecto a la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, obra en autos la Escritura Pública de fecha veintiocho de agosto de dos mil, extendida por la Notaria Virginia Davis Garrido, dando fe esta última respecto al haber comparecido ante ella la señora Olga Teresa Rojas viuda de De Vettori y que en su presencia esta última hizo entrega a la procesada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas del cheque de gerencia número cero cero veintisiete setenta y dos treinta y tres por la cantidad de treinta mil dólares americanos, manifestando que dicha suma le correspondía a su hija por concepto de haber hereditario al fallecimiento de su señor padre don Walter De Vettori Revilla; indicándose que pese a lo consignado en dicho documento público, no se corresponde con el acto jurídico en él referido (anticipo de legítima), optándose por la interpretación más favorable al encausado, reconociendo la recepción de esta suma de dinero al considerar que en el contenido de dicho instrumento público se hace constar la entrega de la suma referida a la procesada por parte de su señora madre; y c) no existe en autos instrumental alguna relativa a acto jurídico referido a donación, venta o cesión de derechos a favor de la acusada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas que acredite haber recibido de su señora madre una suma diferente a la antes anotada a título de liberalidad; indicándose que no existe correspondencia entre los recibos ofrecidos y las demás instrumentales aportadas por los encausados en su pretensión de sostener la versión de haber recibido una asignación económica fija desde mil novecientos noventa y cuatro al dos mil por la merced conductiva de predios rústicos de propiedad de la madre de la encausa Aurora Isabel De Vettori Rojas; *viii)* respecto a la fuentes crediticias; se indica que el excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, refiere haber tenido una disponibilidad de dinero en efectivo de hasta noventa y tres mil dólares americanos entre el nueve y doce de enero de mil novecientos noventa y ocho, el cual obtuvo a título de préstamo otorgado por el señor Walter Reategui Lazo, cantidad de dinero que era para invertir en la empresa «C & H

Asociados» Sociedad de Responsabilidad Limitada en calidad de préstamo; concluyendo la Sala Penal Superior que el préstamo alegado no reviste la verosimilitud exigida de cara a su reconocimiento como fuente de ingreso; *ix)* respecto a la fuente comercial y rentas; se indica lo siguiente: **a)** en cuanto a los dividendos que se alegan percibidos de las empresas Hostal Portada del Sol y C y H Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada; se establece que el propio excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga aseveró que la empresa C y H Asociados «nunca recibió utilidades», razón por la que lo consignado en la pericia de parte como rendimiento económico a su favor, ha sido desdicho por el antes citado, quien incluso señaló «....si de los libros aparece alguna repartición de utilidades debo señalar que ello se debe quizá a alguna exigencia contable; en realidad las utilidades percibidas siempre han sido acumulativas y con la finalidad de reinversión..»; que en el caso de los supuestos dividendos percibidos de la empresa Hostal Portada del Sol Hacienda Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la Sala Penal Superior concluye que los dividendos alegados por los encausados no se reflejan en los registros económicos - contables de la referida empresa; **b)** en cuanto a los ingresos informales que se alegan generados por la empresa «D Vettori Atelier Empresa Individual de Responsabilidad Limitada»; se establece que no puede soslayarse que vistos los rendimientos económicos declarados ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria por la acusada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón respecto de la persona jurídica «D Vettori Atelier Empresa Individual de Responsabilidad Limitada» en el período mil novecientos noventa y siete, mil novecientos noventa y ocho, mil novecientos noventa y nueve y dos mil (ocho mil seiscientos quince nuevos soles, mil setecientos cincuenta y ocho nuevos soles, menos seis mil ochocientos cuarenta y ocho nuevos soles y siete mil cuatrocientos sesenta y cinco nuevos soles, respectivamente), esto es, en cuatro años de operatividad, el promedio es de dos mil setecientos cuarenta y ocho nuevos soles; este dato que fluye de la misma información tributaria sobre la mencionada empresa, no se erige en un indicador en absoluto favorable para asumir lo sostenido por la defensa, en el sentido que en los cinco años anteriores (mil novecientos noventa y dos, mil novecientos noventa y tres, mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco y mil novecientos noventa y seis), el mismo

negocio si le produjo un ingreso neto de veinticinco mil setecientos ochenta y ocho dólares americanos; c) sobre los ingresos que se alegan generados por venta de artesanía; se establece que los documentos presentados por la defensa técnica al respecto, no resultan idóneos para determinar la cantidad exacta de mercancía que fue traslada del Perú a Brasil para ser vendida por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas, su costo de compra y costo de venta para conocer su margen de ganancia, entre otros aspectos inherentes a un negocio pasible de cuantificar su rendimiento económico; d) en cuanto a la renta por el alquiler del Hostal de Cajamarca, se establece que la sociedad conyugal no solamente no aportó al proceso los contratos de arrendamiento respectivos, ni las declaraciones juradas presentadas ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, ni los asientos contables de los libros correspondientes donde consten los registros relativos al pago de dicha renta, sino que incluso, ni siquiera hacen referencia a ellos; la defensa se circunscribe única y exclusivamente a los recibos que aparecen suscritos por el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, constituyendo éstos, en puridad declaraciones unilaterales del antes mencionado, que careciendo de fecha cierta, indudablemente, no otorgan certeza de haberse realmente emitido en las fechas que se consignan; y que además no existe garantía alguna respecto a la veracidad de su contenido, ello, por la pretensión del antes mencionado de probar su versión con documentos cuya información ha sido insertada por él mismo; así las cosas, el contenido de tales recibos no se ve corroborado por instrumental alguna.

19.5. De la valoración efectuada por el Tribunal Supremo respecto del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga

Pronunciándose este Supremo Tribunal sobre la valoración realizada por la Sala Penal Superior respecto a la justificación del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, en atención a los hechos materia de investigación se tiene en cuenta los principios de favorabilidad y realidad; por tanto se precisa que:

i) El período de imputación fiscal comprende desde el año mil novecientos noventa al año dos mil, por tanto, el patrimonio obtenido por la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas antes del referido período no es pasible de cuestionamiento alguno, siendo

perfectamente razonable que en veintiún años de existencia de la referida sociedad conyugal (mil novecientos sesenta y nueve a mil novecientos noventa) hayan podido generar algún patrimonio a su favor, entre estos, conforme también lo asume la Sala Penal Superior, el predio ubicado en la calle veintisiete, número doscientos treinta y seis, Urbanización Mariscal Castilla - segunda etapa- San Borja (conforme se acredita con la copia del Testimonio de Escritura Pública de compra-venta de fecha cinco de marzo de mil novecientos setenta y nueve, copias de las letras de cambio y la Ficha Registral respectivas, obrantes a seiscientos treinta y uno y siguientes), local comercial número ciento once, nivel trescientos cuarenta y tres, de la Galería Comercial «La Gran Vía», sito en el jirón de la Unión número ochocientos setenta - Lima –copropiedad con la madre y hermanos del excluido– (conforme se acredita con la copia del Testimonio de Escritura Pública de compra-venta de fecha diez de julio de mil novecientos ochenta y uno y las copias de las letras de cambio respectivas, obrantes a fojas setecientos nueve y siguientes), y el predio ubicado en el jirón Pisagua número ciento setenta y uno - Cajamarca (conforme se acredita con la copia del Testimonio de Escritura Pública de compra-venta de fecha siete de diciembre de mil novecientos noventa, obrante a fojas seiscientos cincuenta y nueve y siguientes); precisándose que la defensa técnica sustentándose en la pericia de parte refirió que en base a una estimación económica de los ingresos percibidos antes del periodo de imputación por el excluido Chacón Málaga en su condición de Oficial del Ejército y su esposa doña Aurora Isabel De Vettori Rojas en su condición de empresaria –dedicada a la confección y venta de ropa–, habrían tenido quince mil dólares, aproximadamente, al momento de iniciado el referido periodo de imputación (debido a un ahorro por año, de seiscientos cincuenta dos dólares, aproximadamente), sin embargo, la Sala Penal Superior, considera que lo antes alegado por la defensa no tiene cabida, debido a que lo percibido por el excluido y su cónyuge hasta antes del período de imputación habría sido invertido en bienes, educación onerosa de sus hijos, gastos de alimentación, vivienda, vestido, recreación, etcétera; al respecto debe precisarse que dicha conclusión del Colegiado Penal Superior no se sustentó de manera objetiva, se trata de una apreciación que no tuvo en cuenta que se encuentran acreditadas las actividades laborales del excluido (oficial del Ejército Peruano) y su cónyuge (en

mérito a la constancia expedida el diecinueve de abril de dos mil uno por la Municipalidad de Miraflores dando cuenta de la solicitud de Licencia de Funcionamiento del local ubicado en la calle Alcanfores número ciento treinta y dos - Miraflores, para confecciones de prendas de vestir con la razón social «Aurora De Vettori Chacón», tramitada con fecha veintinueve de setiembre de mil novecientos ochenta y dos, constancia expedida el ocho de mayo de dos mil uno por la Municipalidad de Miraflores dando cuenta de la Solicitud de Licencia de funcionamiento del local ubicado en la avenida Larco número seiscientos cincuenta - tienda número tres - Miraflores, con la razón social «Aurora De Vettori Chacón», solicitud de inscripción de la procesada Aurora Isabel De Vettori Rojas como socia en el Registro de la Confederación Nacional de Comerciantes –CONACO–, de fecha catorce de junio de mil novecientos ochenta con la razón social «Boutique Císara», certificado de inscripción en el Registro Industrial del Ministerio de Industria, Turismo e Integración de la razón social «Aurora De Vettori de Chacón» su fecha tres de marzo de mil novecientos ochenta y tres, diploma de honor extendida el veinticuatro de setiembre de mil novecientos ochenta y siete por Lima Sheraton Hotel & Towers a «D´Vettori» durante el desfile de modas ochenta y siete - ochenta y ocho realizado en el restaurant Las Palmeras, así como la publicidad impresa relativa a dicho evento, apareciendo dicha razón social como participante, y documento rotulado «Invitación Comité Pro-Construcción del Templo Santísimo nombre de Jesús» al desfile de modas colección otoño - invierno mil novecientos ochenta y ocho, apareciendo como participante en el rubro diseño la razón social «D Vettori»), por tanto, como se ha referido precedentemente resulta aparentemente lógico que la referida sociedad conyugal en más de veinte años de casados haya podido obtener algún patrimonio a su favor; en consecuencia, en aplicación del principio de favorabilidad se debió considerar en la recurrida algún monto de dinero en efectivo y/o bienes como patrimonio de la sociedad conyugal, antes del inicio del período de imputación.

ii) en cuanto a las fuentes de liberalidades que se habrían otorgado a favor de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas alegadas por su defensa técnica, debe indicarse, que la Sala Penal Superior admitió la referida a los treinta mil dólares americanos que la encausada De Vettori Rojas recibió en el mes de agosto de dos mil,

debido al mérito de la información contenida en la Escritura Pública de veintiocho de agosto de dos mil, emitida por la Notaria Virginia David Garrido, donde se da fe que compareció ante ella, la señora Olga Teresa Rojas viuda de De Vettori quien hizo entrega a la mencionada encausada de un cheque de gerencia por la cantidad aludida, manifestando que era por concepto de su cuota hereditaria respecto de su señor padre don Walter De Vettori Revilla; sin embargo, desestima la fuente de liberalidad referida a los quince mil dólares americanos que en el año mil novecientos noventa y cuatro se le habría entregado al excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga producto de la repartición de la venta del inmueble testado por su señor padre, sito en la avenida B número ciento ochenta y siete - Monterrico Norte - San Borja, amparándose en que no existe documento que acredite el inventario de los bienes adquiridos, la determinación de la masa hereditaria o del acuerdo de división y partición de bienes del excluido Chacón Málaga, y que en todo caso atendiendo al precio de venta de dicho inmueble (setenta mil dólares americanos) y la cuota hereditaria de Ley, le correspondería por dicho concepto la cantidad de cuatro mil seiscientos sesenta y seis punto seis dólares americanos; por su parte, la defensa técnica alega que por decisión familiar el referido bien inmueble fue vendido varios años después a don Hugo Chacón Málaga, cuyo importe de dinero recabado fue dividido en partes iguales entre la esposa e hijos del causa habiente con excepción del comprador, correspondiéndole al excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga la cantidad de catorce mil treinta y cuatro dólares americanos; al respecto obra en autos lo siguiente: **a)** el Testamento otorgado por don Gaspar Chacón Berrios el cinco de enero de mil novecientos ochenta y siete, donde instituyó como herederos de todos sus bienes (entre éstos el inmueble aludido) a su esposa Lucinda Málaga Bueno y sus cuatro hijos, Walter Gaspar Segundo, Doris Lucinda, Carlos Rodolfo y Hugo Arnaldo Chacón Málaga, así como a su hija Eva Yolanda Chacón Benavente; **b)** la copia legalizada del testimonio de Escritura Pública de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y cuatro correspondiente a la compra-venta de acciones y derechos del inmueble en cuestión, celebrado de una parte, por Lucinda Málaga Bueno viuda de Chacón, además de Walter, Doris Lucinda y Carlos Rodolfo Chacón Málaga, así como Eva Yolanda Chacón Benavente,

en calidad de vendedores; y de otra, Hugo Arnaldo Chacón Málaga como comprador, de la que trasciende como precio pagado por este último la cantidad de setenta mil dólares americanos, cancelado a la suscripción de la minuta; y c) el documento privado rotulado como «liquidaciones» realizadas por doña Lucinda Málaga Bueno, fechado el cuatro de abril de mil novecientos noventa y cuatro, en que se consigna que el total de dinero a entregarse a don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga corresponde a catorce mil treinta y cuatro dólares americanos; siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que con independencia de las normas civiles sobre la partición de la masa hereditaria, debe indicarse en concreto que el referido bien inmueble aludido fue vendido al señor don Hugo Arnaldo Chacón Málaga por el precio de setenta mil dólares americanos, por lo que la alegación de la defensa técnica sobre la división de aquella suma en partes iguales entre la esposa e hijos del causa habiente, a excepción del comprador, sostenida en un documento privado rotulado «liquidaciones» emitido por doña Lucinda Málaga Bueno; merece ser valorado, atendiendo a que no se actuado diligencia alguna que lo desvirtúe; en todo caso se debe considerar si es halla suficientemente probada o genera duda aquella versión respecto de dinero que recibió el excluido por la venta del inmueble en cuestión.

19.6.- De otro lado, también se desestimó la fuente de liberalidad referida a los cincuenta mil dólares americanos que habría recibido la encausada De Vettori Rojas, producto de sumas de dinero periódicamente recibidas de su señora madre en el período mil novecientos noventa y cuatro - dos mil, sustentado en que sin perjuicio de la precisión de la naturaleza del derecho a tal participación (a título de derecho hereditario de la procesada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas o como liberalidad de la señora Olga Teresa Rojas Castañeda viuda De Vettori), debe tenerse en cuenta que la alegada asignación económica proviene de una fuente hereditaria, por tanto, atendiendo a que el haber hereditario de Aurora Isabel De Vettori Rojas le fue entregado por su señora madre doña Olga Teresa Rojas Castañeda recién el veintiocho de agosto de dos mil por la suma de treinta mil dólares americanos, lo percibido procedente de dicho origen hereditario se circunscribe y se agota en esta última suma precisada, más aún, si se tiene en cuenta que el excluido refirió en su oportunidad que no existía documentación que acreditara dichas entregas de dinero,

sin embargo, posteriormente se presentaron dieciséis recibos en donde éste último aparece suscribiendo recepciones de dinero correspondientes a los años mil novecientos noventa y cuatro al dos mil, por concepto del treinta y cinco por ciento de la renta generada por el arrendamiento de dos predios agrícolas en Tumbes de propiedad de la señora Olga Rojas Castañeda viuda De Vettori, instrumental que es contradictoria con la declaración jurada de ésta última de fecha siete de mayo de dos mil uno – fojas veinticuatro mil seiscientos ochenta y uno-, donde declara «que (..) ha hecho entrega del treinta y cinco por ciento (...) del valor total de las dos cosechas que se realizan anualmente, a favor de su hija Aurora Isabel De Vettori Rojas desde el año mil novecientos noventa y cuatro hasta la fecha(...)» y contradictoria en parte con la información que obra sobre el arrendamiento de los terrenos aludidos en el expediente número dos cero cero siete cero cero cinco tres uno uno cinco - dos mil siete SUNAT; siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que por los propios fundamentos de la Sala Penal Superior, no se encontraría debidamente acreditado lo alegado por la defensa técnica de la sociedad conyugal materia de análisis respecto a que como consecuencia de la muerte del padre de la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, desde el mes de junio de mil novecientos noventa y cuatro hasta el dos mil, la madre de aquella, doña Olga Rojas Castañeda viuda De Vettori, les hubiera asignado un apoyo familiar económico del treinta y cinco por ciento del alquiler de los terrenos agrícolas de Tumbes denominados «San Juan de Tarapacá» y «Olguita», lo cual resultó un monto equivalente a cuarenta y seis mil novecientos ochenta y seis punto noventa y cuatro dólares americanos; sin embargo, en la propia sentencia recurrida –ver fojas ciento dos mil novecientos cincuenta y ocho–, se precisó que «en el Anexo relativo al Expediente de Fiscalización número dos cero cero siete cero cero cinco tres uno cinco - SUNAT obra la instrumental de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, denominada «Reconocimiento de deuda por Mutuo sin intereses y compromiso de pago», el que aparece suscrito por ambos confortantes de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, en la que declaran bajo juramento lo siguiente: durante los años mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y nueve hemos recibido de la señora Olga Teresa Rojas De Vettori, en calidad de mutuo sin intereses, la suma de ciento diecisiete mil setecientos setenta y seis

nuevos soles (...), consignando además en dicho documento, haber recibido tal suma conforme al siguiente detalle: a) año mil novecientos noventa y cuatro: ocho mil setecientos cincuenta nuevos soles; b) año mil novecientos noventa y cinco: diecinueve mil seiscientos nuevos soles; c) año mil novecientos noventa y seis: veintidós mil quinientos setenta y seis nuevos soles; d) año mil novecientos noventa y siete: veintitrés mil cuatrocientos cincuenta nuevos soles; e) año mil novecientos noventa y ocho: dieciocho mil doscientos nuevos soles; y f) año mil novecientos noventa y nueve: veinticinco mil doscientos nuevos soles; agregando Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y Aurora Isabel De Vettori de Chacón: nos comprometemos a devolver el íntegro de la suma señalada en el punto anterior en un plazo máximo de tres años, computado desde la suscripción del presente documento (...)», concluyendo el Colegiado Penal Superior que de la citada instrumental se advierte que el dinero presuntamente entregado por la señora Olga Teresa Rojas Castañeda viuda De Vettori fue a título de mutuo (sin intereses), esto es, como obligación de pago contraída con la antes mencionada con cargo a devolución y por la suma de ciento setenta y siete mil setecientos setenta y seis nuevos soles, advirtiéndose incluso haberse acompañado como acreditación siete recibos en los que declara el excluido haber recibido entre los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve la suma de cuarenta y tres mil cuatrocientos nuevos soles; sin embargo, dicho Colegiado Penal Superior no realiza una valoración positiva o negativa respecto de dicha cantidad de dinero presuntamente recibida por la sociedad conyugal materia de análisis por concepto de préstamo en el período de imputación. Es decir se ha producido una omisión de evaluación probatoria y con ello la motivación es de afectación.

iii) En cuanto a la fuente crediticia de noventa y tres mil dólares alegada por la defensa técnica de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas proveniente de un préstamo efectuado por el señor Walter Reátegui Lazo (amigo) y que luego fuera invertido en la empresa C & H Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada en calidad de préstamo, la Sala Penal Superior lo desestima como fuente de ingreso, sustentado en: a) la existencia de dos contratos presuntamente contradictorios que acreditarían dicho préstamo, uno de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete y el otro de fecha siete de enero de mil novecientos noventa y ocho; b) haberse pactado la

devolución del préstamo hasta en cuatro año y sin ningún tipo de contraprestación (intereses); y c) por el hecho que no puede soslayarse que el supuesto préstamo no haya tenido operatividad en su ejecución a través del sistema bancario, empleado habitualmente tanto por el prestamista como por el beneficiario, más aún, si el destino final de dicho dinero era la cuenta bancaria de la empresa C y H Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada; al respecto este Supremo Tribunal precisa que lo que es objeto de investigación es determinar los ingresos lícitos de la sociedad conyugal in comento en el período de imputación y contrastarlo con sus egresos en el mismo período, en ese sentido, se tendría que evaluar si la razón de duplicidad de contratos de préstamos se originó o no en la existencia de un mutuo en moneda nacional, en tanto que el segundo contrato se refiere a moneda extranjera (dólares americanos), a efecto de que por el prolongado tiempo de gracia estipulado en el contrato (cuatro años) el prestamista del dinero no se viera perjudicado con una posible devaluación de la moneda nacional; sin perjuicio de ello, debe indicarse que dicho préstamo de dinero estaría acreditado no sólo con la declaración testimonial del prestamista don Walter Reátegui Lazo –fojas cien mil novecientos cincuenta–, sino también por el mérito de los recibos suscritos por el excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga de treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete, ocho y veintiocho de enero y trece de abril de mil novecientos noventa y ocho, que dan cuenta del dinero recibido en préstamo en cuatro partes por un total de doscientos diecisiete mil quinientos nuevos soles (noventa y tres mil dólares), la Declaración Jurada ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de don Walter Reátegui Lazo de fecha veinte de diciembre de dos mil cinco, sobre el préstamo que refiere haber otorgado al excluido, el cuadro denominado «Detalle de Cancelación de Préstamo de Dinero» que programa amortizaciones desde el treinta de abril de dos mil uno hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, el mismo que se encuentra suscrito por don Walter Reátegui Lazo, y cuarenta y cinco recibos en copia simple suscritos mensualmente por doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, don Walter Reátegui Lazo y doña Gladis López Zúñiga de Reátegui fechados desde el treinta de abril del dos mil uno hasta el treinta de diciembre de dos mil cuatro, cada uno de ellos por importes varios, no inferiores a mil un o superiores a mil noventa y

ocho dólares –obrantes en el Anexo relativo al Expediente de Fiscalización - SUNAT número dos cero cero siete cero cero cinco tres uno cinco–; en consecuencia la referida fuente de ingreso debió ser admitida por el Superior Penal Colegiado o ser rechazada bajo una argumentación más sólida. iv) De otro lado la sentencia recurrida hace alusión a distintos rubros que tienen relación directa con el patrimonio de la Sociedad Conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, concluyendo concretamente que: a) las cuentas bancarias de la referida Sociedad Conyugal en el período de mil novecientos noventa y cinco al dos mil tendrían como abonos por todo concepto la cantidad de setecientos trece mil ochocientos cincuenta y uno punto veintinueve dólares americanos; b) la inversión realizada en las ampliaciones de la edificación del Hostal «Portada del Sol Empresa Individual de Responsabilidad Limitada», en el periodo de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y nueve, ascienden a ciento nueve mil trescientos veinticinco dólares americanos; c) la inversión realizada en la Empresa «D Vettori Atelier» por la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas en el período de mil novecientos noventa y siete al dos mil, asciende a veintiséis mil ciento sesenta y cinco dólares americanos; d) la inversión realizada por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas en el «Real Hotel Titicaca Sociedad de Responsabilidad Limitada», asciende a doscientos quince mil trescientos setenta y seis dólares americanos; e) la inversión realizada a la Empresa «C y H Asociados» por el excluido Chacón Málaga en el período de mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y ocho, asciende a ciento tres mil cuatrocientos noventa dólares americanos; precisando, en cuanto a las referidas actividades comerciales, que estas no han podido generar algún beneficio patrimonial a la sociedad conyugal Chacón Málga - De Vettori Rojas; sin embargo, dicha conclusión no se sustenta en razones contables u objetivas, sino en apreciaciones del Superior Colegiado. v) En cuanto a los beneficios económicos otorgados por el Ejército Peruano al excluido Chacón Málaga por concepto de combustible, chofer, mayordomo, flete por bagaje, gastos de instalación e indemnización de viaje, la Sala Penal Superior en mayoría considera que dichas asignaciones detentan una naturaleza jurídica distinta a las remuneraciones, debido a que están sujetas a un destino específico o particular y existe la obligación de devolución del remanente no

utilizado por dichos conceptos a las arcas del Estado; al respecto este Supremo Tribunal debe precisar, que lo que debe establecerse en la presente investigación es la existencia o no de un incremento patrimonial apreciable no justificado objetivamente del excluido Chacón Málaga como consecuencia de su condición de funcionario público en el período de imputación; en ese contexto una nueva evaluación deberá considerar si el dinero recibido por el excluido por todo concepto como consecuencia del trabajo realizado en los cargos públicos que desempeñó en el período de imputación, deben ser considerados como ingresos legítimos o no y susceptibles de valorar para justificar su patrimonio, con independencia de ser catalogados como remuneraciones o no y de la exigencia en cada caso concreto de devolver a las arcas del Estado el remanente del dinero no utilizado que fue asignado a un fin específico (combustible, chofer, gastos de instalación, entre otros), debiendo procurar establecer si hubo o no remanente y su dimensión; y si el no haberse devuelto resulta una infracción administrativa o parte de la conducta delictiva.

19.7. Pronunciamiento respecto al Patrimonio de la Sociedad Conyugal conformada por los encausados don Luis Miguel Portal Barrantes y doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori

Teniendo en cuenta que la últimamente nombrada se halla con reserva de procesamiento en la sentencia recurrida en mayoría respecto a lo alegado en la pericia de parte como fuente de justificación del patrimonio de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori en el período de imputación, se indica concretamente lo siguiente:

i) respecto a los ingresos percibidos por trabajo de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori en los Estados Unidos de América; precisa que la pericia de parte consigna que el encausado Luis Miguel Portal Barrantes por los trabajos realizados en los Estados Unidos de América –entre los meses de junio de mil novecientos noventa y cuatro a diciembre de mil novecientos noventa y nueve–, tuvo como ingresos la cantidad de ciento cincuenta y ocho mil doscientos noventa y tres dólares americanos; mientras que la encausada Cecilia Isabel Chacón De Vettori por los trabajos realizados en el mencionado país –entre los meses de setiembre de mil novecientos noventa y cinco y diciembre de mil novecientos noventa y siete–, tuvo

como ingresos cincuenta y nueve mil doscientos cinco dólares americanos; asimismo, en la misma pericia de parte se consigna como gastos corrientes de la sociedad conyugal en el período que trabajaron en los Estados Unidos de América la cantidad de ochenta y nueve mil ciento uno dólares americanos (costo de vida, impuestos, seguros, pasajes internacionales, tributos municipales y consumo); por tanto, en base a los mencionados datos, se tendría como resultado que en el período que la sociedad conyugal trabajó en los Estados Unidos de América obtuvo un ingreso neto de ciento veintiocho mil trescientos noventa y siete dólares americanos; sin embargo, los ingresos que habría generado la encausada Cecilia Isabel Chacón De Vettori no han sido acreditados documentalmente, no pudiéndose soslayar en su caso que durante su estadía en los Estados Unidos de América tuvo siempre la condición de ilegal, y además alumbró a su menor hijo que nació el dos de enero de mil novecientos noventa y ocho, cuando todavía se encontraba en dicho país; en consecuencia, se dice por la Sala Superior que no resulta verosímil que bajo la condición de ilegal, esto es, sin las oportunidades y condiciones laborales derivadas de su situación migratoria que se lo impedía y más aún, habiendo tenido que atender en determinado momento su situación de gestante y luego de madre haya obtenido los casi sesenta mil dólares que alega; agregando que sin perjuicio de lo expuesto, pese a la ausencia de documentación que sustente los ingresos alegados y no obstante los datos fácticos precisados, la Sala Penal Superior consideró como ingreso mensual percibido, el ingreso que consigna en su pericia de parte, es decir mil cuarenta dólares americanos, lo que multiplicado por el número de meses que abarca el período de setiembre de mil novecientos noventa y cinco a diciembre de mil novecientos noventa y siete (veintiocho meses), alcanza la suma de veintinueve mil ciento veinte dólares americanos; por tanto, la Sala concluyó que el ingreso neto pasible de contabilizar a la sociedad conyugal por los trabajos realizados en los Estados Unidos de América es noventa y ocho mil trescientos doce dólares americanos. *ii)* En cuanto al préstamo de don Ricardo Portal Barrantes por el importe de setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares, la Sala Superior indica que los encausados han ensayado hasta tres versiones: **a)** que sirvió para la edificación del Hostal Portada del Sol Hacienda; **b)** que no sirvió para tal edificación, sino para el equipamiento de dicho hostal y la

adquisición de la camioneta Toyota luego alquilada; y c) que sirvió básicamente para la compra de dicha camioneta Toyota. Hay imprecisión sobre el quantum del préstamo, no pudiendo empero, soslayarse que ciertamente ambos acusados, en el decurso de sus declaraciones, han señalado sumas distintas respecto a éste (en un caso cuarenta y cinco mil dólares y en otro setenta mil dólares); precisa que en la pericia de parte se indica que don Ricardo Augusto Portal Barrantes –residente norteamericano–, durante el periodo de marzo de mil novecientos noventa y nueve a diciembre de dos mil, transfirió en calidad de préstamo (a ser devuelto en un plazo de cinco años con los intereses correspondientes) a las cuentas de ahorros de su hermano Miguel Portal, en el banco de Crédito del Perú, sumas de dinero que en total – menos los gastos de envió– ascienden a setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares americanos; sin embargo, la Sala Superior consideró que atendiendo a las distintas versiones convergentes relativas a lo que fue objeto de financiamiento a través de dicho préstamo, la versión de que sirvió para la camioneta adquirida se erige en la más creíble. Dicha versión se corresponde con el monto de cuarenta mil dólares americanos, este monto, es precisamente el que desde un primer momento refirió la encausada Chacón De Vettori; concluyéndose que el referido préstamo se circunscribió a la compra de la camioneta. *iii)* Respecto al dinero entregado por don Ricardo Portal Barrantes, precisa que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos la «Inversión en terrenos en Tumbes», que Ricardo Portal Barrantes entregó en uno de sus viajes al Perú, a inicios del año dos mil, con el propósito de invertir en terrenos en Tumbes, le encargó a su hermano Miguel Portal Barrantes realizar las gestiones para tal efecto, para lo cual le entregó noventa mil dólares americanos, no llegándose a concretar por falta de legitimidad de los vendedores, por lo que dicho encausado depositó en una cuenta del Banco de Crédito la cantidad de ochenta y ocho mil treinta dólares americanos. *iv)* en cuanto a la venta de productos en el exterior; precisa que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos a la «venta de productos del exterior», que Luis Miguel Portal Barrantes se dedicó a la comercialización de productos, como laptops, microprocesadores de PC, perfumería, bisutería, cosméticos y ropa que adquiría en los Estados Unidos de América para venderlos en Lima-Perú, por los cuales habría obtenido ingresos de trece mil trescientos dólares

americanos en el año mil novecientos noventa y ocho y quince mil dólares en el año mil novecientos noventa y nueve. *v)* Respecto al cobro de préstamo a don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; precisa que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos la «devolución de préstamos concedidos»; indicándose que el cinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve, don Luis Miguel Portal Barrantes prestó el importe de treinta mil dólares americanos a don Walter Chacón Málaga, el cual fue devuelto el uno de setiembre de dos mil; precisando la Sala Penal Superior que dicha fuente de ingreso importa la recuperación de un capital temporalmente otorgado a un tercero a título de préstamo. *vi)* En cuanto a las cobranzas por ventas en Portada del Sol Hacienda Sociedad de Responsabilidad Limitada; precisa la Sala Superior que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos la «cobranza por ventas del Hostal Portada del Sol Hacienda Sociedad de Responsabilidad Limitada a través de la cuenta de ahorros de Luis Miguel Portal»; que las cobranzas de parte de las ventas del ejercicio gravable dos mil, del Hostal Portada del Sol Hacienda Sociedad de Responsabilidad Limitada, se realizaron mediante depósitos en las cuentas de ahorros de don Luis Miguel Portal, siendo que el importe total cobrado asciende a diez mil ciento veinticuatro dólares americanos. *vii)* Respecto al inmueble, sito en la calle Los Milanos número ciento noventa y cuatro, departamento número doscientos dos y el estacionamiento número diez; precisa la sala Superior que en la pericia de parte se ensaya una versión diferente sobre la fuente de financiamiento de dicho departamento (distinta a la ofrecida por los procesados en sus declaraciones) en el sentido de que fue obtenido prioritariamente con los ingresos obtenidos en el extranjero por Luis Miguel Portal Barrantes; indicando la Sala Penal Superior al respecto, que teniendo en consideración la fecha de cancelación del valor inmueble (dieciséis de junio de mil novecientos noventa y siete) y los ingresos netos generados a mayo de mil novecientos noventa y siete, no solamente por el procesado Portal Barrantes, sino también por su coprocesada y cónyuge doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori, se tiene que remitiéndose a lo que establecieron en relación a dichos ingresos, la suma generada por dicha sociedad conyugal a esa fecha asciende a sesenta y dos mil sesenta y nueve dólares americanos (cuarenta y siete mil doscientos noventa y dos dólares americanos por los años mil novecientos noventa y cuatro

a mil novecientos noventa y seis y catorce mil setecientos setenta y siete dólares americanos por los meses de enero a mayo de mil novecientos noventa y siete), monto que evidentemente no cubriría el precio del departamento de setenta y cuatro mil dólares americanos; concluyendo que la verdadera titular del referido departamento es la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas. *viii)* En cuanto al Hostal Portada del Sol Hacienda; precisa la sala Superior que en la pericia de parte se indican importes de lo que se habría invertido; sin embargo la propia Sala Penal Superior indica que existen inconsistencias entre las declaraciones de los encausados doña Cecilia Isabel Chacón y Luis Miguel Portal respecto a los capitales recibidos para la edificación; por tanto, debe estarse al reconocimiento de don Luis Miguel Portal en cuanto a que la subvención de la construcción del referido hostal no provino de los préstamos familiares alegados; por tanto, es evidente la manifiesta insuficiencia del capital pasible de haber sido ahorrado por los procesados Cecilia Chacón y Luis Miguel Portal Barrantes, frente al monto que refieren haber destinado a dicha versión (ciento cincuenta y tres mil quinientos cincuenta y ocho dólares americanos), lo que descarta obviamente que el monto de ésta haya sido subvencionado con dinero o recursos propios. *ix)* Respecto a los depósitos bancarios; la Sala Penal Superior precisó que al ser preguntados los encausados en torno a las cuentas bancarias bajo su titularidad, lejos de ofrecer alguna explicación o justificación se limitaron a guardar silencio.

19.8. Respecto a la Falta de Valoración

En base a lo precedentemente expuesto respecto a la valoración realizada por la Sala Penal Superior en el extremo de la justificación del patrimonio de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori este Supremo Tribunal considera lo siguiente:

i) se concluyó que el ingreso neto pasible de contabilizar a la sociedad conyugal Porta Barrantes - Chacon De Vettori por los trabajos realizados en los Estados Unidos de América es de noventa y ocho mil trescientos doce dólares americanos, en desmedro de los ciento veintiocho mil trescientos noventa y siete dólares americanos que establece la pericia de parte; sustentando dicha decisión en que no puede soslayarse que la encausada durante su estadía en los Estados Unidos de América tuvo siempre la condición de ilegal y además

alumbró a su menor hijo que nació el dos de enero de mil novecientos noventa y ocho, cuando todavía se encontraba en dicho país; por tanto, resultaría inverosímil que haya obtenido los casi sesenta mil dólares americanos que se alegan (la pericia de parte establece que obtuvo como ingresos cincuenta y nueve mil doscientos cinco dólares americanos); sin embargo, dicha apreciación resulta subjetiva, debido a no se tuvo en cuenta que la pericia de parte sólo hizo referencia al trabajo realizado por la encausada entre los meses de setiembre de mil novecientos noventa y cinco y diciembre de mil novecientos noventa y siete, esto es, antes de que naciera el hijo de la referida encausada, àsí como por el hecho de que en la realidad la condición de ilegal de una persona en un país extranjero, no es óbice fatal impedimento para la percepción de ingresos por labores realizadas; como regla de la experiencia, hubo y hay en Norteamérica un número importante de inmigrantes indocumentados, que trabajan en diversos oficios, algunos llegan a formalizarse, otros no y permanecen hasta ser ubicados y deportados. Es innegable que una parte de la fuerza laboral en Norteamérica está constituido por extranjeros, entre ellos por latinos que suelen remesar periódicamente sumas de dinero; es importante por tanto determinar si el procesado don Miguel Portal Barrantes y en su caso, su cónyuge se hallaban o no dentro de aquel supuesto; precisar de ser el caso la estimación razonable del patrimonio que hubiera generado; de ahí que el Colegiado Superior sin ningún sustento objetivo suficiente consideró como ingreso mensual percibido por la encausada Chacón De Vettori en Estados Unidos de América, el ingreso mensual menor que se consigna en una pericia de parte, es decir mil cuarenta dólares americanos en detrimento de los demás ingresos mayores que se consigna en el mismo documento.

De otro lado, en la recurrida se hace referencia al alumbramiento como circunstancia impeditiva de generación de ingresos, pero los ingresos que reflejan la pericia de parte además culminan en diciembre de mil novecientos noventa y siete, estos es antes del parto (febrero de mil novecientos noventa y ocho).

Debe por tanto evaluarse con más detenimiento el contenido del informe (ver folios ciento dos mil novecientos noventa y noventa y dos setecientos cincuenta y cinco).

ii) se consideró que el monto del préstamo de Ricardo Portal Barrantes a la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori

ascendió a cuarenta mil dólares que fueron invertidos en la adquisición de una camioneta; sin embargo, dicha deducción resulta subjetiva debido a que se sustenta a su entender en las distintas versiones convergentes relativas a lo que fue objeto de financiamiento a través de dicho préstamo; para cuyo efecto se limitó a consignar los documentos presentados y oralizados que acreditarían la tesis de la sociedad conyugal de haber recibido de Ricardo Portal Barrantes transferencias de dinero en calidad de préstamo por la suma total de setenta y nueve mil cien dólares americanos, de los cuales descontando los gastos de envío quedaron setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares americanos (ver fojas ciento dos mil novecientos noventa y dos y ciento dos mil novecientos noventa y tres), empero, no se valoró la validez o no de dicha documentación sustentatoria;

iii) en cuanto a las fuentes de ingresos precisadas en la pericia de parte referidas al dinero entregado por don Ricardo Portal Barrantes para la «Inversión en terrenos en Tumbes» (noventa mil dólares), a la venta de productos que adquiría Luis Miguel Portal Barrantes en los Estados Unidos de América para comercializarlos en Lima, por los cuales habría obtenido ingresos de trece mil trescientos dólares americanos en el año mil novecientos noventa y ocho y quince mil dólares americanos en el año mil novecientos noventa y nueve, al cobro de préstamo a don Walter Chacón Málaga (treinta mil dólares americanos) y las cobranzas por ventas en el Hostal Portada del Sol Hacienda, la Sala Penal Superior se limitó a consignar las proposiciones fácticas y enumerar los medios probatorios aportados para sustentar las referidas tesis (ver fojas ciento dos mil novecientos noventa y cuatro a ciento dos mil novecientos noventa y siete); sin embargo, no realizó valoración alguna respecto a la validez de dichos documentos presentados, a efectos de establecer si los montos referidos deben ser considerados a favor o no del patrimonio de la Sociedad Conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori;

iv) se concluye que el inmueble, sito en la calle Los Milanos número ciento noventa y cuatro, departamento número doscientos dos y el estacionamiento número diez, pese a estar a nombre de la sociedad conyugal Portal Barrantes -Chacón De Vettori, le pertenece en realidad a la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, bajo el sustento que la pericia de parte ensaya una versión diferente sobre la fuente de financiamiento de dicho departamento (distinta a la ofrecida

por los procesados en sus declaraciones) en el sentido de que fue obtenido prioritariamente con los ingresos obtenidos en el extranjero por don Luis Miguel Portal Barrantes; por tanto, teniendo en consideración los ingresos netos generados por la sociedad conyugal Portal - Chacón hasta antes de la fecha de cancelación del inmueble (dieciséis de junio de mil novecientos noventa y siete) ascendente a sesenta y dos mil sesenta y nueve dólares americanos, dicho monto no cubriría el precio del referido departamento de setenta y cuatro mil dólares americanos; sin embargo, dicha deducción debe tomarse con reserva, debido a que el referido monto neto de ingresos de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori considerado hasta antes de la fecha de la cancelación del inmueble, ha sido calculada en base a criterios no objetivos y falta de valoración respecto a prueba documental de acreditación de ingresos de la anotada sociedad conyugal que han sido advertidas precedentemente;

v) se concluyó que la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori no tuvo el suficiente capital ahorrado para afrontar la inversión de ciento cincuenta y tres mil quinientos cincuenta y ocho dólares americanos en el Hostal Portada del Sol Hacienda que se alega; sin embargo, dicha deducción también debe tomarse con reserva, por cuanto para ello se remite a sus conclusiones anteriores de fuentes de ingresos de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori que han sido observadas por este Supremo Tribunal; y

vi) en cuanto a los depósitos bancarios de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori, la sentencia recurrida se limita a indicar que los encausados guardaron silencio al respecto, esto es, no se realizó una valoración positiva o negativa respecto de dicha información a efecto de establecer su incidencia en el patrimonio de la indicada sociedad conyugal.

19.9. Pronunciamiento respecto al patrimonio del Encausado don Juan Carlos Chacón De Vettori

Que, revisada la valoración de la Sala Penal Superior en mayoría en este extremo de la sentencia recurrida, se establece la existencia de un desbalance en el patrimonio del encausado Juan Carlos Chacón De Vettori en el período de imputación -proveniente del patrimonio presuntamente ilícito del excluido don Walter Gaspar Chacón Málaga-, sustentado en el examen de depósitos que aparecen registrados en

sus cuentas personales no justificados en ingresos propios, pero primordial y concretamente, en base al cuestionamiento realizado a sus ingresos personales generados en la operatividad de la empresa MEC ASOCIADOS Sociedad Anónima (MECSA), a la titularidad del capital social en bienes muebles que habría aportado para la constitución de la referida empresa (vehículo marca Toyota, de placa de rodaje número KO - seis mil setecientos noventa y cinco, modelo Corolla, año mil novecientos noventa y cuatro), el usufructo personal del inmueble de titularidad de la empresa MECSA, sito en avenida Tacna número quinientos cinco, departamento doscientos dos - San Miguel - Lima (pese a que se menciona que el socio don Eduardo Egúsquiza Escobedo utiliza el departamento doscientos uno del referido inmueble de propiedad también de la empresa mencionada), a la disposición del capital de la empresa MECSA en la adquisición del terreno ubicado en Cieneguilla, manzana cinco, lote diez, a la apariencia jurídica de socios de la empresa (indicándose que por las funciones que tenía el encausado, sería el único titular de la mencionada persona jurídica, mientras que sus socios don Roger Alex Mejía Carranza y Eduardo Egúsquiza Escobedo serían trabajadores de la misma); sin embargo, debe indicarse, que dichas valoraciones no resultan objetivas si se tiene en consideración que en el juicio oral no se recabaron los libros contables de la empresa «MEC ASOCIADOS Sociedad Anónima» correspondientes al período de imputación, a efecto de que dicha información sea evaluada en una pericia de oficio que determinara con precisión y sustento técnico el movimiento económico de la referida empresa y si los activos y pasivos de la misma son susceptibles de ser considerados en su totalidad o no como patrimonio personal del encausado don Juan Carlos Chacón De Vettori.

19.10. Conclusiones respecto a la valoración de la prueba actuada y ofrecida en autos, por parte de la Sala Penal Superior que emitió la sentencia recurrida

Estando a lo anotado precedentemente, se advierte en la sentencia en mayoría recurrida, que se ha incurrido en omisiones, imprecisiones y valoración subjetiva respecto a determinados documentos y argumentos de defensa justificatorios del patrimonio que alegan haber obtenido lícitamente los encausados recurrentes en el período de

imputación, siendo la omisión más relevante, la referida a no precisar concretamente a cuánto ascenderían los montos reales de los supuestos desbalances patrimoniales de los procesados en el período de imputación (mil novecientos noventa - dos mil); de igual forma, no se advierte en la referida resolución judicial la aplicación de un método inductivo idóneo destinado a establecer de manera objetiva, en primer orden, si en el período materia de imputación se produjo o no un desbalance patrimonial ilícito con relación a los ingresos percibidos como funcionario público por el excluido Chacón Málaga, estableciendo montos concretos; y en segundo orden, cuáles son los signos exteriores de incremento patrimonial no justificables razonablemente que habrían obtenido en el período de imputación los *extraneus* Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes a efecto de contribuir en la comisión del delito investigado, para lo cual también debe establecerse expresamente los montos de sus respectivos patrimonios; sin perjuicio de indicar que en el presente proceso penal no se ha realizado algunas diligencias que habrían conllevado a un mejor esclarecimiento de los hechos materia de la presente investigación.

El inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales establece que la Corte Suprema declarará la nulidad «*Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal*», estableciéndose en su último párrafo, que «*La nulidad del proceso no surtirá más efectos que el retrotraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio, subsistiendo los elementos probatorios que de modo específico no fueron afectados. Declarada la nulidad del Juicio Oral, la audiencia será reabierta, a fin de que en dicho acto se subsanen los vicios u omisiones que la motivaron, o que en su caso, se complementen o amplíen las pruebas y diligencias que correspondan*».

Que, si bien este Supremo Tribunal no es ajeno a las múltiples jurisprudencias del Tribunal Constitucional respecto al plazo razonable que debe observarse para la solución de una controversia penal puesta en conocimiento de los Órganos Jurisdiccionales, también lo es, que un debido proceso penal exige encontrar un equilibrio entre garantía y eficiencia, pero también dar una respuesta a la sociedad y/o a la víctima, evitándose así la impunidad, **en consecuencia resulta congruente en**

el presente caso, proceder conforme al criterio establecido en un caso análogo donde ha transcurrido un plazo considerable sin que se haya resuelto la situación jurídica de los imputados, como lo es el caso del expediente AV. Veintisiete - dos mil tres.

19.11. Necesidad de precisión del alcance materia de los cargos

Sin perjuicio de lo señalado en el acápite anterior, es necesario establecer de modo claro si el enriquecimiento atribuido a los cómplices tuvo como fuente la actividad funcional del servidor público ahora excluido Chacón Málaga y si aquél presunto enriquecimiento se produjo durante el tiempo de desempeño funcional de aquél (es decir si es coetáneo o posterior para demostrar los efectos).

19.12. Evitación de persecución penal múltiple

De otro lado, no resulta razonable absolver al acusado (cualquiera que fuere) por una carga fáctica concreta y al mismo tiempo volver a procesar por los mismos hechos, como se propone en el voto discordante en la Sala Superior Penal; tal situación generaría un caso de persecución múltiple proscrita por el derecho penal (*ne bis in idem*), debiendo establecerse con claridad los marcos de imputación y en el caso de tener que corregirse razonablemente, se deberá aplicar el sentido del artículo doscientos sesenta y tres del Código de Procedimientos Penales o en su caso el artículo doscientos ochenta y cinco-A del indicado cuerpo de leyes, en cuanto fueran pertinentes.

19.13. Diligencia que se deberán realizar en el nuevo juzgamiento

En consecuencia, de conformidad con la norma procesal contenida en el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, corresponde en el presente caso declarar nula la sentencia recurrida y ordenarse la realización de nuevo Juicio Oral por parte de un Colegiado Penal Superior distinto al que emitió la sentencia recurrida, quien deberá actuar con celo y celeridad procesal en el ejercicio de sus funciones, dada la decisión producida, para cuyo efecto deberá tenerse en cuenta lo anotado en los considerandos precedentes referido a las omisiones y falta de objetivad advertidas en la valoración de documentos y alegatos de defensa sustentatorios del patrimonio de los encausados; así como actuarse excepcionalmente las siguientes diligencias:

i) La realización de una pericia contable respecto a los hechos investigados que determine, en primer lugar, la existencia o no de desbalance en el patrimonio del excluido Chacón Málaga respecto a sus ingresos como funcionario público en el período de imputación -mil novecientos noventa al dos mil- (debido a que en la pericia de oficio primigenia y su ampliatoria obrante en autos, el período de examen abarcó sólo desde mil novecientos noventa y dos al dos mil y no se tuvo en cuenta la totalidad de la información obrante en autos respecto a la presunta justificación del patrimonio de los encausados investigados); y en segundo orden, la existencia o no de desbalance en el patrimonio de los *extraneus* doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, don Luis Miguel Portal Barrantes, doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori y don Juan Carlos Chacón De Vettori (en este último caso se deberá tener en cuenta información contable de la empresa MECSA Asociados Sociedad Anónima), en el período materia de imputación.

ii) Se reciba las testimoniales de: Roger Alex Mejía Carranza y Eduardo Egusquiza Escobedo (socios del encausado Juan Carlos Chacón De Vettori en la empresa MECSA ASOCIADOS Sociedad Anónima); y las demás diligencias que resulten estrictamente necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

VIII

Asociación ilícita para delinquir

1. Estructura típica de la asociación ilícita

El examen dogmático jurídico del artículo 317 primer párrafo del Código Penal establece que el delito de asociación ilícita básica tiene la siguiente estructura típica:

<table>
<tr><td colspan="2">Composición típica del delito de asociación ilícita básica conforme al artículo 317 del Código Penal</td></tr>
<tr><td colspan="2">BIEN JURÍDICO
El objeto de tutela penal es la tranquilidad pública entendida como la confianza general en el mantenimiento de la paz social[459].</td></tr>
<tr><td>PARTE OBJETIVA DEL TIPO</td><td>PARTE SUBJETIVA DEL TIPO</td></tr>
<tr><td>1) Sujetos.
Sujeto Activo puede ser cualquier persona imputable. Tratándose de un tipo penal plurisubjetivo la calidad de agente se adquiere cuando se actúa en grupo de dos o más personas.
El sujeto pasivo es la Sociedad como titular del bien jurídico tranquilidad pública.</td><td>3) Dolo.
El conocimiento y la voluntad de los elementos de la parte objetiva del tipo.</td></tr>
<tr><td>2) Acción típica.
El integrar o formar parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos.
El examen dogmático jurídico del tipo penal permite establecer que la unión de dos o más personas para que pueda configurar asociación ilícita debe presentar las siguientes características:
- Organización[460].
- Permanencia[461].
- Objeto genérico[462].</td><td>4) Elemento subjetivo del tipo:
La finalidad de fijar o convertir el objeto de la asociación en la realización de actividad delictiva.</td></tr>
</table>

[459] FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VI, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 453.

[460] José Antonio CHOCLÁN MONTALVO afirma que la organización criminal tiene una serie de elementos, entre los que se destacan los siguientes: a) La existencia

2. De la garantía de la determinación del hecho en la acusación por delito de Asociación Ilícita para Delinquir

Es una constante en la praxis judicial que el Ministerio Público infrinja la garantía de la determinación del hecho en la acusación porque elaboró el cargo de asociación para delinquir al margen de la estructura típica del artículo 317° del primer párrafo, pues de haberla observado la acusación contendría los siguientes elementos:

DETERMINACIÓN DEL HECHO EN LA ACUSACIÓN

- Identificación de integrantes.
- Forma de la organización, niveles, jerarquía, etc.
- Ubicación y rol del acusado.
- Permanencia, duración en el tiempo.
- Objeto criminal.

Tan evidente es la violación a la garantía de la determinación del hecho en la acusación que de su lectura no se ubica, por ejemplo, el rol criminal que habría tenido el procesado, o la estructura de la organización criminal a la que se afirma perteneció.

El Ministerio Público generalmente llega a remitirse a otros procesos, sin identificarlos y menos incorporarlos debidamente a este caso para que puedan ser considerados en la acusación, el alegato y principalmente en la sentencia.

---

de un centro de poder; b) Actuación en distintos niveles jerárquicos que conlleva a que los órganos de ejecución no conozcan los planes de forma global, limitando el conocimiento a la parte de la acción a ejecutar; c) Aplicación de logística y tecnología, actuación «profesional» de los componentes; d) Intercambiabilidad de los miembros que actúan en los niveles inferiores; e) Sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina, etc. *La Organización Criminal Tratamiento Penal y Procesal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 9.

461 Vives Antón, T.S. / Carbonell Mateu, J.C., se refieren a la permanencia como cierta duración temporal, esto es que la asociación ilícita implica una organización que se distingue de sus integrantes de forma individual y que se prolonga o proyecta en un tiempo determinado. *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 818.

462 José María Tamarit Sumalla expresa que la asociación ilícita debe tener por objeto la comisión de algún delito, esto es se constituye con la finalidad de realizar actividad criminal, o en todo caso después de constituida con un objeto lícito deja éste para asumir como finalidad una práctica criminal. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, obra colectiva, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1487.

3. El objeto genérico del delito de asociación ilícita

El Ministerio Público ha tratado de determinar el hecho objeto del cargo de asociación ilícita y al hacerlo le ha asignado un objeto concreto o específico, provocando atipicidad por la falta del elemento típico de la asociación para delinquir: objeto criminal genérico.

El objeto de la asociación ilícita es genérico o indeterminado[463].

El objeto del delito de asociación ilícita es el integrar una agrupación de dos o más personas que tenga por finalidad la comisión indeterminada de delitos, sean del mismo o diferente tipo; el objeto social es el realizar un número indeterminado, por ejemplo, de peculados o distintos delitos como cohechos, homicidios, torturas, etc.

El objeto genérico o indeterminado de la asociación ilícita no permite conocer, al momento de su formación o de la incorporación, el número de delitos que se van a realizar, o las circunstancias en las que se van a llevar a cabo (lugar, momento, víctima, etc.).

El objeto genérico o indeterminado de la asociación ilícita no significa formar o incorporarse a la misma sin conocer qué delitos tiene por finalidad cometer, sino el no saber todavía el número de ilícitos penales o las circunstancias en las que se realizarán.

La lesión al bien jurídico tranquilidad pública radica en la existencia de una asociación de personas que pone en peligro el funcionamiento de la sociedad por tener precisamente como objeto el dedicarse a una actividad delictiva de forma general, esto es, a un número indeterminado de ilícitos del mismo o diferentes tipos.

El autor argentino Jorge Federico MIKKELSEN LOTH afirma que la indeterminación del objeto de la asociación ilícita es en el modo, tiempo y lugar en que llevará a cabo los delitos[464].

El autor argentino Carlos CREUS sostiene que la indeterminación del objeto de la asociación ilícita consiste en una pluralidad de planes delictivos, por lo que no puede agotarse en un solo delito determinado[465].

---

[463] CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. 2, Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 108 y 109.

[464] MIKKELSEN LOTH, Jorge Federico, *Asociación Ilícita*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 55.

[465] CREUS, Carlos, *op. cit.*, vol. 2, p. 109.

La razón de ser que el objeto criminal de la asociación ilícita sea genérico o indeterminado responde a su vez a una de las dos características fundamentales de la asociación ilícita, la permanencia, que conjuntamente con la organización permiten diferenciar a este fenómeno delictivo, de la conspiración o la coautoría.

La asociación ilícita es permanente porque se forma para durar en el tiempo más allá de los delitos que se cometan a través de ella; no se puede agotar en uno o dos delitos, así como la sociedad anónima no se consuma en un solo negocio.

Antonio García-Pablos de Molina, el autor hispano más importante en el tema del delito de asociación ilícita, examina si este ilícito penal se configura en el caso de una asociación que tenga por objeto cometer un solo delito[466].

Considera García-Pablos que tal supuesto no configuraría el delito de asociación para delinquir, basando su posición en una interpretación de los términos «asociación» y «objeto» a partir de la «ratio essendi» del tipo penal de asociación ilícita[467].

Asociación ilícita no es una simple pluralidad de personas, es algo más y diferente, una institución criminal y como tal no tiene una organización para cometer un delito determinado, sino para delinquir, de allí que la asociación criminal trascienda la ejecución del delito o delitos planeados[468].

Establece García-Pablos la necesidad que «la asociación tenga por objeto una pluralidad de hechos delictivos»; admitir lo contrario sería ir contra el «genuino sentido» del objeto de la asociación criminal[469].

El análisis de García-Pablos resulta aplicable a la interpretación del supuesto de hecho típico del artículo 317 del Código Penal peruano, pues «agrupación de dos o más personas» equivale a «asociación», y «destinadas a cometer delitos», equivale a «objeto» de la fórmula típica del delito de asociación ilícita del derogado Código Penal español de1973 vigente en la época en la cual se elaboró la obra comentada.

---

466 García-Pablos de Molina, Antonio, *Asociaciones Ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 290.
467 García-Pablos de Molina, Antonio, *op. cit.*, pp. 289 y 290.
468 *Ibidem*, p. 290.
469 *Ibidem*.

En el caso peruano el objeto de la asociación ilícita se describe de la siguiente forma: «destinada a cometer delitos»; en cambio en el caso español se define: «por objeto cometer algún delito»; la pluralidad de delitos evidente en el texto legal peruano permite sostener al objeto genérico o indeterminado como elemento constitutivo del delito de asociación para delinquir de manera más clara que en la legislación penal española derogada con la que se trabaja este argumento, e incluso con la actual, pues el tipo penal del artículo 515 del Código Penal español de 1995 mantiene la fórmula típica comentada.

José Luis CASTILLO ALVA responde la misma pregunta al tratar la referencia del artículo 317 «a la pluralidad de delitos»; sostiene correctamente el autor nacional que la finalidad (objeto) de la asociación para delinquir «debe ser el cometer un número plural de delitos», por tres razones[470]:

- La interpretación gramatical del artículo 317, que fija como objeto la realización de «delitos» y no de un delito[471].
- La interpretación teleológica del artículo 317 diferencia a la asociación ilícita de las formas de participación, específicamente de la conspiración criminal que a diferencia de la primera tiene como objeto específico la realización de un delito[472].
- La justificación del elemento típico organización, que sólo se explica en el caso de una agrupación que tenga por finalidad la realización de delitos y no de un solo delito[473].

El objeto criminal de la acción típica del delito de asociación ilícita

La asociación ilícita tiene objeto genérico dado su carácter de permanente; su finalidad no es agotarse en un solo delito, sino prolongarse en una actividad ilícita continua o indeterminada.

[470] CASTILLO ALVA, José Luis, Asociación para delinquir, Grijley, Lima, 2005, p. 64.
[471] *Ibidem.*
[472] *Ibidem.*
[473] *Ibidem*, pp. 64 y 65.

José Leandro Reaño Pescheira al reconocer que la permanencia es un elemento típico del delito de asociación ilícita, siguiendo al maestro español García-Pablos de Molina, acepta también como objeto un programa criminal de carácter indeterminado[474].

La Justicia peruana ha desarrollado doctrina fijando al objeto genérico como elemento del tipo penal de asociación ilícita.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la sentencia de fecha 18 de octubre del 2005 en el proceso penal signado con el número 20-2003-AV, que se siguió a Alberto Fujimori Fujimori y otros por los delitos de colusión y asociación ilícita, «Caso Mobetek», en el considerando 30 establece que «... a partir de un hecho -no delictivo (...), no es posible colegir, indiciariamente, la constitución independiente o autónoma de una asociación ilícita»; esto que no se puede configurar el delito de asociación ilícita precisamente por la falta de objeto genérico.

La Sexta Sala Penal Especial en el «Caso Comisiones Ilícitas» (Exp. N° 040-2002) que se siguió al Ex Comandante General del Ejército Nicolás de Bari Hermoza Ríos y otros, sobre el objeto genérico de la asociación para delinquir expresó:

> «6.- ...el fin específico de los asociados debe ser cometer delitos, pero no delitos determinados, que es lo que caracteriza la participación criminal, sino indeterminados. ... Y esto es ... lo que distingue la *societas delinquentium*, o asociación delictiva, de la *societas delinquendi*, o concurso de varias personas en el delito...».
>
> 7.-Resulta necesario destacar que la asociación delictiva no tiene un propósito delictivo específico, sino más bien genérico... *(Resaltado del defensor)*.

La misma Sexta Sala en el «Caso Interceptaciones Telefónicas» (Exp. N° 33-2001) al emitir la sentencia del 7 de febrero del 2007 estableció:

> «Es importante precisar cómo se debe entender o interpretar la frase: «destinada a cometer delitos» a que se refiere el tipo penal

---

[474] Reaño Pescheira, José Leandro, obra colectiva, *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir, Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 297.

en análisis .... el fin específico de los asociados debe ser cometer delitos, pero no delitos determinados, que es lo que caracteriza la participación criminal, sino indeterminados... para ser penalmente ilícita como asociación, deberá tener por objetivo la comisión de delitos, sin que su actividad quede limitada a la consumación de un plan que comprenda un determinado número de hechos previstos específicamente, pues lo que tipifica a la asociación delictiva, es el peligro de la variedad y de la repetición de los atentados criminales, es decir, el peligro de la divulgación del crimen»... Por lo expresado, **el pacto criminal para la comisión de delito determinado**, aún en que se trate de un delito continuado, no es asociación ilícita; estamos más bien ante el concurso de varias personas en un mismo delito...» *(Resaltado del defensor)*.

El Tribunal Constitucional en la sentencia vinculante del 6 de junio del 2005 emitida en el proceso de habeas corpus signado con el número 4118-2004-HC/T, ha establecido que la permanencia y el objeto genérico son elementos del tipo penal del artículo 317; el TC expresamente sostiene «que tomar parte de un delito aislado no puede dar lugar a la sanción» por delito de asociación para delinquir.

4. Comprobación de la falta de objeto genérico del delito de asociación ilícita en la acusación oral

En la acusación oral el Ministerio Público ha precisado que el objeto de la asociación ilícita serían las colusiones desleales que motivan la acusación:

«...los procesos licitorios, sus adendas y ampliaciones, materia de la causa que nos concierne, realizadas por la OGA del Ministerio del Interior, fueron efectuadas entre los años 1996-2000 en el cuestionado régimen presidencial de Alberto Fujimori Fujimori, siendo de conocimiento público que el acusado Vladimiro Montesinos Torres, en su condición de asesor de la alta dirección del entonces SIN, fue uno de los funcionarios públicos con mayor poder, influencia y manejo sobre las instituciones del Estado y las Fuerzas Armadas y Policiales, entre ellas también sobre los altos y medianos funcionarios del Ministerio del Interior y de la OGA del Ministerio del Interior, quienes bajo este contexto de determinación (instigación) por el acusado

Montesinos Torres, se agruparon deliberadamente desempeñando direcciones y cargos claves con el propósito de participar, como sucedió, organizada y colusoriamente en la adquisición de los sistemas de informática e identificación policial así como de video vigilancia, mediante procesos licitorios, ajenos a la normatividad vigente a ese entonces, so pretexto de efectuarse bajo la modalidad de compras selectivas, bajo el rubro de secreto militar, siendo el caso que dichas omisiones funcionales llevaron a actuaciones arbitrarias que favorecieron exclusivamente a las empresas SITRE TELECOM Y SEP INTERNATIONAL, favoreciendo con la buena pro, en detrimento del Estado».

El Fiscal Superior claramente establece como objeto de la asociación para delinquir los procesos y contratos administrativos correspondientes a las adquisiciones de los sistemas de informática e identificación policial y video vigilancia a las firmas SITRE TELECOM y SEP INTERNATIONAL.

Las colusiones desleales objeto de la acusación, jurídicamente, ¿constituyeron un hecho o varios hechos?

La respuesta se encuentra en el artículo 49 que regula la figura del delito continuado.

ELEMENTOS DEL DELITO CONTINUADO

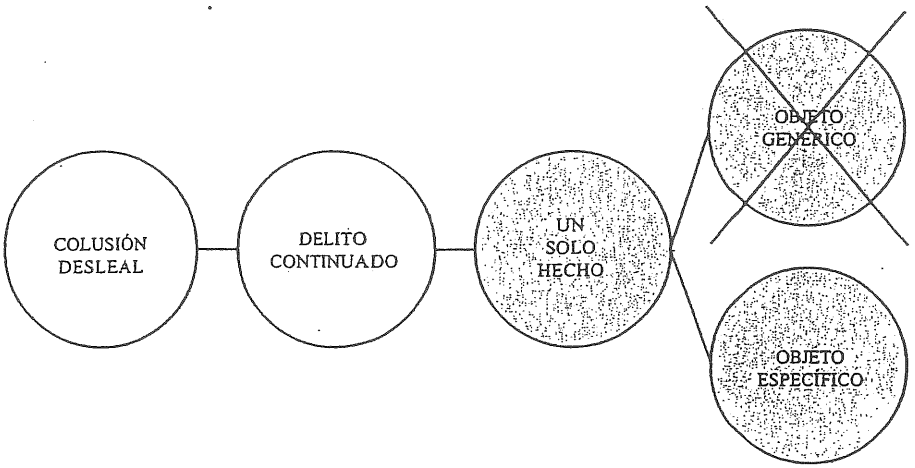
- Pluralidad de acciones.
- Pluralidad de violaciones de la misma ley o de una similar naturaleza.
- Igual o distinto momento de realización de las acciones.
- Identidad de resolución criminal.

Es evidente la concurrencia de los elementos del delito continuado en la acusación examinada:

- Los procesos y contratos administrativos con SITRE TELECOM Y SEP INTERNATIONAL para las adquisiciones de los sistemas de informática y identificación y video vigilancia verificarían la pluralidad de acciones.
- Los acuerdos colusorios, al menos con SITRE y otro con SEP INTERNATIONAL, así como las defraudaciones en los procesos y contratos administrativos, verificarían la pluralidad de violaciones a la misma ley.

- Si bien los procesos y contratos administrativos se produjeron en distintos momentos, el delito continuado lo admite.
- A los protagonistas de la acusación se les ubica en todos o en varios de los procesos y contratos administrativos, verificándose la unidad de resolución criminal.

Al contener la acusación un delito continuado de colusión desleal y ser este, por aplicación del artículo 49, un solo hecho; el objeto de la asociación para delinquir resultaría específico y no genérico.



IX
Cohecho activo transnacional

1. Introducción

El desarrollo de la economía mundial ha llevado en las últimas décadas a una continua expansión y a un entrelazamiento de las relaciones económicas en el espacio internacional. El crecimiento conjunto de los espacios económicos particulares y la intensificación de la división internacional del trabajo han motivado a las empresas a utilizar los mercados extranjeros no solamente como oportunidad para la venta, sino también para la producción. Esto rige especialmente para la explotación de los recursos minerales en países en vías de desarrollo donde las grandes empresas internacionales ocupan ahora ampliamente el lugar de los antiguos Estados coloniales.

En general, esta internacionalización del quehacer económico va de la mano con la aparición y el desarrollo de empresas multinacionales, cuya actividad se extiende, predominantemente, a los campos de la química y la industria farmacéutica, la energía, la industria automovilística, así como al sector alimenticio, y cuyas cifras totales de venta han sido estimadas, ya a mediados de los 70, en un sexto de la producción mundial. El tamaño y el poder de capital de estos grandes consorcios les otorga un poderío tal que, como cualquier posesión de poder -sea política, económica o de cualquier otra naturaleza-, lleva al abuso. A enfrentar este abuso de poder, prevenirlo en lo posible o, en todo caso, reprimirlo posteriormente, está llamado el Derecho penal por su naturaleza, el cual es además idóneo para ello. Sin embargo, el Derecho penal se orienta en el ámbito económico ampliamente en decisiones económicas previas, y el Derecho penal tributario es un ejemplo especialmente ilustrativo de ello: probablemente, todos los ordenamientos jurídicos configuran sus tipos penales protectores de la administración tributaria de tal manera que la punibilidad depende de la infracción de deberes tributarios (de declaración, pago, prestación, etc.). Allí donde no se han estatuido (o no lo han sido de manera suficiente) deberes

correspondientes, la punibilidad desaparece. Bajo este punto de vista fundamental del Derecho penal económico, precisamente la conducta tributaría de las empresas multinacionales nos coloca no tanto ante problemas y cuestiones penales, sino más bien ante problemas y cuestiones tributarias. En especial, resulta legal el traslado de ganancias y pérdidas más allá de las fronteras nacionales hacia países favorables tributariamente (y a la empresa filial allí creada) mientras no se contraríen los correspondientes ordenamientos tributarios nacionales. La infracción de las normas jurídicas nacionales pueden consistir en una infracción expresa de estas normas o estar constituidas como una prohibición del abuso de derecho. Según nuestras experiencias, las empresas multinacionales temen recurrir a medidas que puedan tener relevancia penal. Más bien, intentan aprovechar las lagunas del Derecho tributario y moverse en el ámbito límite («moral límite»), para lo cual, por lo general, goza de una buena asesoría tributaria a través de las divisiones tributarias nacionales de sus empresas filiales.

El objetivo de ahorrar o eludir impuestos no es, sin embargo, legítimo en todos los ordenamientos jurídicos. Las dudas de política económica y financiera contra determinadas prácticas tributarias –la disminución de la carga tributaria o, lo que económicamente resulta igual, la captación subrepticia de beneficios tributarios– son por ello irrelevantes jurídicamente y, en consecuencia, también penalmente, en tanto estas dudas no lleven a negar el reconocimiento jurídico de la construcción contractual o empresarial que se haya escogido. En tal medida, especialmente la legislación tributaria alemana v correspondientemente la valoración penal tributaria alemana tienen el defecto de tener a disposición solamente fórmulas generales como el principio y la prohibición del abuso de derecho para la valoración de la defraudación fiscal, también en el ámbito internacional. En cambio, especialmente los Estados Unidos de Norteamérica, desde hace ya más de 25 años, ha introducido disposiciones legales contra el traslado de ingresos a sociedades de base en estados de tributación favorable, y con ello han creado la base para sanciones penales estrictas. Para motivar a las sociedades de base extranjeras a repartir sus ganancias obtenidas a los titulares norteamericanos, se introdujo una *captación intermedia* tributaria de los socios norteamericanos a través de las personas jurídicas extranjeras presumiendo que la ganancia había sido repartida entre aquellos. Además, se incorporaron deberes de inscripción e información ampliados, cuya violación es

sancionada con penas criminales. Mientras que esta reforma tenía razones de política monetaria, en la discusión que tenía lugar por ese entonces en la República Federal Alemana estaba en primer plano el falseamiento de la competencia. El punto central de la ley alemana sobre el comercio exterior es la así llamada tributación añadida al cómputo, según la cual los ingresos obtenidos por las sociedades de base dominadas por alemanes, que se producen sin actuación económica activa, deben ser añadidos de manera inmediata al cálculo de impuestos de los sujetos tributarios nacionales[475].

2. Exposición de motivos

Al amparo del Artículo 104° de la Constitución Política del Perú se expidió la Ley N° 29157, mediante la cual se delegaron facultades para legislar al Poder Ejecutivo con el fin de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos (en adelante, APC), así como su Protocolo de Enmienda, y del mismo modo, disponer medidas complementarias asociadas a este evento.

En este sentido, se expidieron los Decretos Legislativos N° 1072 que establece normas para la protección de datos de prueba u otros no divulgados de productos farmacéuticos; N° 1074 que establece normas para la protección de la información sobre seguridad y eficacia en el procedimiento de autorización de comercialización de plaguicidas químicos de uso agrícola; N° 1075 que establece disposiciones complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que contiene el Régimen Común sobre Propiedad Industrial; N° 1076 que establece disposiciones que modifican el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre Derecho de Autor; y N° 1092 que establece el regulaciones en materia de medidas en frontera vinculados a propiedad intelectual.

Sin embargo, en el marco del proceso de implementación del APC se identificaron algunas disposiciones que deben modificarse o incorporarse a la legislación vigente en materia de propiedad intelectual a efectos de asegurar la plena consistencia de éstas con las obligaciones contenidas en el APC, de manera tal que se elimine toda posibilidad de contradicción que pueda crear confusión e inseguridad jurídica para los agentes económicos y de inversión en el Perú.

---

[475] TIEDEMANN, Klaus, *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*, Grijley, Lima, 2007, pp. 253 y ss.

En este contexto es necesaria la intervención del legislador a fin de realizar la debida adecuación legislativa de algunas disposiciones contenidas en el Código Penal, la Ley General de Salud, la Ley N° 27811 que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos; y los Decretos Legislativos N° 822, 1072, 1074, 1075, 1076 y 1092, ya mencionados que comprenden disposiciones particulares en materia de derechos de autor y derechos conexos, derechos de marcas y derechos de patentes; así como la observancia de derechos de autor, derechos conexos y derechos de marcas, incluidas disposiciones en medidas en frontera; y disposiciones en materia de protección de información sobre seguridad y eficacia de plaguicidas químicos de uso agrícola y de datos de prueba u otros no divulgados de productos farmacéuticos.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobadas mediante Resoluciones Legislativas N° 28357 y 26757, respectivamente, establecen los actos de corrupción internacional cometidos contra funcionaros públicos extranjeros o funcionarios de organismos internacionales públicos.

Asimismo, el artículo 19.9.1(c) del Capítulo 19 (Transparencia) del Acuerdo de Promoción Comercial con los EE.UU. dispone que las Partes adoptarán medidas legislativas necesarias para imponer sanciones penales a la persona que intencionalmente ofrezca, prometa, u otorgue cualquier ventaja pecuniaria indebida o de otra índole, directa o indirectamente, a un funcionario extranjero, para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que aquellas actúen o se abstengan de actuar en la ejecución de funciones oficiales, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de negocios internacionales.

No obstante haber adquirido estas obligaciones internacionales, hasta la actualidad y pese a que existen recomendaciones en el sentido que el Perú debería tipificar en su ámbito doméstico dicha figura penal, ello no se ha materializado. En este sentido y a fin de cumplir con lo establecido en las Convenciones antes mencionadas, así como con lo establecido en el artículo 19.9.1(c) del APC, resulta necesario introducir una adición al artículo 397° del Código Penal, mediante la cual se tipifique el Soborno Internacional.

Finalmente se deja constancia que la aprobación de la presente iniciativa no implica costo adicional al erario nacional, por el contrario, tiene por objeto facilitar el acceso al registro y protección de los derechos de propiedad industrial, así como la precisión de las normas referidas al procedimiento sancionador de las infracciones a tales derechos, incentivando la generación de un mayor número de titulares de derechos de propiedad industrial y el respeto a los mismos. Por otro lado, las medidas anti corrupción, lejos de generar costos, tendrán un efecto positivo en el desarrollo de las funciones de los funcionarios, desincentivando conductas negativas por parte de funcionarios públicos extranjeros.

En cuanto a la creación de la Unidad de Origen del Viceministerio de Comercio Exterior debe señalarse que la misma tendrá un impacto favorable en la legislación nacional, toda vez que además de cumplir con los compromisos asumidos en el APC y en otros acuerdos comerciales suscritos, la administración contará con una unidad especializada para realizar las investigaciones de verificación de origen, que cuente con las herramientas legales efectivas para disuadir y en el peor de los casos sancionar a los particulares que emitan una certificación de origen falsa.

Cabe señalar que la emisión de certificaciones de origen falsas podría tener un impacto negativo en el aprovechamiento de las preferencias comerciales obtenidas a través de los acuerdos comerciales y perjudicar el desarrollo del comercio exterior del Perú.

El presente proyecto reemplaza y modifica diversas disposiciones incluidas en las Leyes N° 27811, 29263 y 26842; el Código Penal y en los Decretos Legislativos N° 822, 1072, 1075, 1075, 1076 y 1092 respectivamente; así como las disposiciones que se opongan a la presente iniciativa.

3. Antecedentes normativos

Se suele citar como antecedente de este artículo la *Foreing Corrupt Practices Act* norteamericana de 1977, que reprime el soborno abonado a un funcionario extranjero con el fin de obtener o conservar un beneficio indebido en la realización de actividades comerciales internacionales. Esta ley, dice CREMADES, «fue determinante en la creación de un delito extraterritorial y en la aplicación del mismo grado de rechazo al soborno de funcionarios públicos en el propio país y en extranjero» y a ella sucedió en la década del 90 una sucesión en cascada de instrumentos internacionales que se ocupan de la corrupción; entre ellos, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

El antecedente inmediato es el artículo VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción del 29 de marzo de 1996, y la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios públicos extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacional de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) del 21 de noviembre de 1997[476].

4. Bien jurídico protegido

La Convención contra la corrupción prevé una serie de estándares mínimos que los estados miembros deben cumplir a los efectos de lograr una mayor transparencia en el ejercicio de la función pública, en el entendimiento de que el delito funcional es un fenómeno global que conspira contra el desarrollo económico y la consolidación del régimen político democrático, además de ser reconocida como uno de los instrumentos que usa la criminalidad organizada para conseguir sus propósitos.

En la declaración que precede a la parte dispositiva de la Convención, se expresa la convicción de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; considerando que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Este combate, a la par que fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social. Y así como la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, se exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente, a partir de la adopción de un instrumento de carácter multilateral que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos.

Su finalidad no es reprimir cualquier soborno al funcionario de un estado extranjero o de un organismo público internacional, sino sólo aquel que se produzca en un asunto vinculado a una transacción de tipo comercial.

[476] Clement, José L., y Ríos, Carlos I., *Cohecho y tráfico de influencias*, Lerner, Córdoba, 2011; p. 145.

En la Convención de la OCDE, se considera «que el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluyendo el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales». Dos, pues, son las condiciones distintivas del delito: la nacionalidad extranjera o la función del sujeto pasivo –aun siendo nacional– como funcionario de una organización pública internacional y el ámbito transaccional económico, financiero y comercial donde se espera que incida su acción u omisión.

Ya en el artículo III.10 de la Convención, se establece la obligación de los Estados de implementar medidas preventivas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.

Para identificar el bien jurídico protegido es importante tener presente la vinculación del soborno o del tráfico de influencias con una transacción de tipo económico, financiero y comercial. De allí que no sería correcto sostener, por carácter transitivo, que se tutela lo mismo que en el cohecho –por decirlo de alguna manera– del funcionario nacional. El soborno internacional no es un delito contra la administración pública porque tratándose de funcionarios de otro Estado o de organismos internacionales, no puede decirse que aquélla se vea puesta ni siquiera en peligro. Antes bien, el ámbito propio de protección de la norma es el de los negocios internacionales.

Por supuesto que en aquellos casos en los cuales el soborno se dirige a un funcionario público de otro país, la norma penal tutela, en cierto modo, la administración pública de ese país; pero no como objeto de protección directa. De ello se ocupan las normas internas de cada Estado; en tanto la figura del soborno transnacional protege la transparencia e imparcialidad de la actividad de los funcionarios estatales o de organismos públicos internacionales que deben intervenir, en tal carácter, en asuntos vinculados a transacciones internacionales económicas, financieras o comerciales, favoreciendo así la competencia en igualdad de condiciones de los actores económicos[477].

[477] *Ibidem*, p. 148.

Cabe sostener que el fundamento de esta nueva legislación radica en el actual proceso de globalización, que implica la internacionalización de las prácticas comerciales y del fenómeno de la corrupción. La corrupción como arma mercantil se convierte en una cuestión de toma de decisión racional que es adoptada, planeada y ejecutada por empresarios que operan en ámbitos inmersos en el mercado global con la complicidad de funcionarios públicos. Es más, se ha señalado que la corrupción es considerada hoy en día como un gran problema social que puede poner en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedades, amenazar el desarrollo social, económico y político y arruinar el valor de la democracia y la moral.

El nuevo título dedicado a la corrupción internacional se situó entre los títulos destinados a tutelar con carácter general el correcto desempeño de la función pública; no obstante, las conductas incriminadas tutelan intereses que nada o poco tienen que ver con este. En concreto, el bien jurídico tutelado en este delito parece que debería cifrarse en «el correcto desarrollo del tráfico comercial internacional.

Ello es así, como señala Rodríguez Puerta, porque el núcleo esencial de la conducta se sitúa precisamente en la obtención, o intento de obtención, de contratos o beneficios irregulares, en los que debe intervenir un funcionario público extranjero o de una organización internacional, en el ámbito de la actividad económica internacional. De ser ese el objeto de tutela, la relación que media entre este y el correcto ejercicio de funciones públicas únicamente puede calificarse de mediata y fragmentaria.

De ahí que el lugar sistemático adecuado para incorporar este ilícito debería haber sido, atendido el bien jurídico, el título dedicado a los delitos socioeconómicos pues es lugar común señalar el poder corruptor que la llamada delincuencia económica ejerce sobre la administración pública involucrando a los funcionarios públicos o que la criminalidad organizada, unida a la criminalidad de empresa, por su capacidad expansiva y su habilidad corruptora en el ámbito político y social de las sociedades modernas[478].

5. Conducta típica

El artículo 397-A del Código Penal, sanciona a «El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o

[478] La corrupción en las transacciones comerciales e internacionales. El artículo 445 del Código Penal español, Julio Díaz-Maroto y Villarejo, en *Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2007, pp. 113 y ss.

indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años».

El delito consiste en ofrecer u otorgar sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas.

El ofrecimiento puede consistir en la promesa u obligación de dar en otro momento el dinero, el objeto, la compensación o la dádiva, como así también la propuesta de realización del negocio ilícito, siempre que ésta haya llegado a conocimiento del destinatario; no siendo necesaria su aceptación.

El otorgamiento no equivale simplemente a dar o entregar. Si bien el concepto comprende estas acciones, *otorgar* es también conceder algo, aunque no sea no sea un objeto material. Ello es consecuente con las distintas formas que asume el precio cuando consiste en favores o ventajas; por ejemplo, el otorgamiento de un sitial en una academia o en un club exclusivo o la ventaja dada al sobornado en una competencia.

El ofrecimiento y el otorgamiento pueden hacerse de manera directa o indirecta, esto es, de acuerdo a las acepciones que hemos reproducido al referirnos al cohecho activo, explícita o implícitamente; o por el propio autor (directa) o a través de otro (indirecta). Y el beneficiario puede ser el propio funcionario o un tercero.

Lo que el autor otorga o promete a cambio del servicio es una suma de dinero, o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas. Aquí, atento al texto expreso de la ley, no caben dudas de que la contraprestación puede consistir en *favores*, es decir, en ayudas, honras o distinciones de carácter sensual, honorífico o estético y las *promesas o ventajas*. Lo primero -dice LAJE ANAYA- es un virtual ofrecimiento, pacto o contrato, que contiene la expresión de voluntad de dar o hacer algo por alguien, en tanto que por ventajas se entiende la superioridad

de situación o los mejores derechos que se conceden a alguien respecto de otros».

El destinatario del ofrecimiento o del otorgamiento sólo puede ser un funcionario público de otro Estado o de un organismo público internacional. *Funcionario público extranjero* es «cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o electo; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional».

La actividad u omisión que se pretende del sobornado debe ser en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial. El término *«transacción»* es utilizado en el sentido de cualquier contrato de contenido económico, sea público o privado; ya sea una compra-venta, una licitación pública, la obtención de un permiso oficial, etc. No es necesario que el funcionario actúe directamente sobre la transacción, sino que es suficiente que lo haga en un asunto vinculado a ella; como sería el caso del soborno que se paga para eliminar los obstáculos a la importación de un producto.

Tal como sucede con el cohecho activo, el delito requiere una relación causal –objetiva y subjetiva– entre la entrega o el ofrecimiento del dinero o la dádiva y la prestación pretendida. Cualquier dádiva que se entregue al funcionario o al traficante que no tenga por destino algunas de las conductas previstas en el tipo en asunto vinculado con una transacción económica, financiera o comercial, no configura el soborno transnacional.

El acto pretendido debe ser futuro o, por lo menos, el sobornante debe dar u ofrecer la dádiva en la creencia de que lo es, porque la ley exige una relación de causa a efecto: se otorga o se ofrece *«vara»* y no en compensación de una actividad ya sucedida[479].

[479] Ver por todos, Clement, José L., y Ríos, Carlos I., *Cohecho y tráfico de influencias*, Lerner, Córdoba, 2011, pp. 155 y ss.

X

Lavado de activos provenientes de los Delitos contra la Administración Pública

1. A modo de introducción - De los peligros de la autonomización del Lavado de Activos

En primer término, la consideración del lavado de activos como un tipo penal autónomo no es de por sí un fenómeno dogmático indeseable. De la misma forma que el encubrimiento se desgajó de la participación, no existe obstáculo alguno a que el delito de blanqueo también haya tenido un proceso de autonomización. No obstante, el riesgo aparece cuando la autonomía hace perder de vista que el delito de blanqueo es, a la postre, un delito instrumental. Esa naturaleza de delito instrumental significa que el objetivo de política criminal que persigue el tipo es combatir en principio los delitos subyacentes, y básicamente combatir al crimen organizado. En otras palabras, desde que el delito de blanqueo surge a la vida jurídica como una manera de «cercar» económicamente a los miembros del crimen organizado, ello no puede hacernos perder de vista el objetivo principal que es la punición de las conductas que originan el dinero sucio, sin perjuicio de también sancionar el reciclaje de ese dinero. En ese contexto, la autonomía del lavado de dinero como tipo penal desemboca en soluciones racionales pero también en verdaderos desbordes a un derecho penal liberal. En los numerales que siguen analizaremos las consecuencias de esa autonomía tanto en sus beneficios como en sus derivaciones capaces de violentar un derecho penal democrático[480].

---

[480] ADRIASOLA, Gabriel, «El Lavado de Activos en Uruguay. Los riesgos de una autonomía desmedida», en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, José Urquizo Olaechea/Nelson Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2012, p. 25.

2. Exposición de motivos de la nueva Ley de Lavado de Activos - Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo De Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado

El Congreso de la República por Ley N° 29815 y de conformidad con el artículo 104° de la Constitución Política del Perú ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, entre las que figuran la modificación de la legislación sustantiva y procesal que regula la investigación, procesamiento y sanción de personas, naturales y jurídicas, vinculadas con el lavado de activos y otros delitos relacionados al crimen organizado con particular énfasis en la minería ilegal.

Que, actualmente asistimos a un preocupante incremento de la criminalidad vinculada con las actividades de minería ilegal, las cuales además de dañar gravemente el ecosistema, la vida y la salud de las personas, representan también una considerable desestabilización del orden socio económico, pues estas actividades ilícitas se encuentran estrechamente ligadas con el blanqueo de activos o de capitales, que buscan dar una apariencia de legalidad a bienes de origen delictivo e introducirlos indebidamente al tráfico económico lícito.

El lavado de activos se convierte hoy en un factor que desestabiliza el orden económico y perjudica de manera grave el tráfico comercial contaminando el mercado con bienes y recursos de origen ilícito. Que, sin perjuicio de otros delitos de especial gravedad e incidencia social, las actividades de minería ilegal representan una considerable fuente del delito de lavado de activos que actualmente constituye uno de los fenómenos delictivos más complejos del Derecho penal económico y es, sin duda, uno de los más lesivos del orden jurídico-social, por lo que la lucha del Estado contra estas actividades ilícitas debe abordarse de forma integral, tanto en un plano de prevención como de represión. Que la legislación actual sobre lavado de activos requiere innegablemente perfeccionarse tanto en términos de tipicidad como de procedimiento, el cual debe caracterizarse por contener reglas que faciliten y viabilicen la efectiva persecución penal y eventual sanción de los responsables de estos delitos. Que es necesario que el Estado cuente con los instrumentos legales que coadyuven a la lucha contra la criminalidad en sus diversas formas, dentro de la cual se insertan,

con particular incidencia, las actividades de minería ilegal, lo que justifica indiscutiblemente establecer una nueva normatividad sustantiva y procesal para la lucha contra el delito de lavado de activos y otros delitos vinculados a la minería ilegal o al crimen organizado.

De esta forma, en el marco normativo reciente en materia de represión y prevención de lavados de activos, advertimos las siguientes modificaciones e incorporaciones más trascendentes: (i) la tipificación penal del lavado de activos, incluyendo específicamente la tipificación del primero como un delito autónomo y no como delito conectado a otras formas delictivas precedentes; (ii) el establecimiento de una normativa administrativa de lavado de activos cada vez más extensa, acorde a ella se incorpora una figura omisiva culposa; y iii).- La incorporación como delictiva de la figura del autolavado.

3. Sistematización de los aspectos sustantivos del delito de lavado de activos desarrollados por la Corte Suprema

3.1. La naturaleza jurídica del delito de lavado de activos

3.1.1. Breve repaso del Derecho penal comparado

Se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito. El Lavado de Activos es un delito no convencional y constituye en la actualidad un notorio exponente de la moderna criminalidad organizada. Desde la promulgación de la Ley N° 27765 del 17 de junio de 2002, este ilícito penal se encuentra tipificado y sancionado fuera del Código Penal de 1991. En consecuencia, pues, en el presente la identificación del bien jurídico tutelado en este tipo de hecho punible ya no puede deducirse de la ubicación sistemática que tenían en la Parte Especial de nuestra legislación penal fundamental, los derogados artículos 296° A y 296° B. Por consiguiente, el precisar la calidad y alcances del bien jurídico tutelado en el lavado de activos constituye un primer problema dogmático que se debe abordar.

Al respecto cabe señalar que es frecuente encontrar en la doctrina y en el derecho penal extranjero, como tendencia predominante, considerar en estos casos como bien jurídico tutelada *las funciones, la estabilidad o el régimen jurídico de la economía,* así tenemos:

En el Derecho Penal español:	Inserta a los delitos de lavado de activos como conductas *afines* a la receptación (Artículos 301° a 304") en el Título XIII del Código Penal de 1995 sobre «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico». En ese contexto, GÓMEZ INIESTA destaca la potencialidad negativa del blanqueo, la cual *«reside en la desestabilización del mercado y de la economía»*[481]. Por su parte, otros autores, como DEL CARPIÓ DELGADO, rechazan tal calificación por lo difuso y omnicomprensivo que resulta considerar como bien Jurídico tutelado al orden socioeconónomico, demandando, en cambio, mayor concreción y relación directa o funcional con la operatividad del blanqueo de capitales *«En definitiva, el orden socioeconómico no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes. El legislador, a través de las distintas conductas tipificadas en el Título XIII, protege algunas esferas, elementos o intereses del orden socioeconómico. Pues bien, aquí está el centro de la cuestión, en qué medida la tipificación de las conductas constitutivas de blanqueo de bienes contribuyen a la protección de ese orden socioeconómico y más específicamente qué elemento o qué esfera de éste se está protegiendo. En nuestra opinión es la circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes»*[482].
En el Derecho Penal colombiano:	En el derecho penal colombiano, donde el lavado de activos también se incluye entre los Delitos contra d Orden Económico Social (Artículos 323° a 325° del Código Penal), la doctrina ha asumido posiciones similares a las debatidas en España como se aprecia en la propuesta hermenéutica sostenida por HERNÁNDEZ QUINTERO. *«...es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de morcada recesión en el nivel de la actividad económica»*[483].

[481] Cfr. GÓMEZ INIESTA, Diego J., *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 34.

[482] Cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 81.

[483] Cfr. HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando, *El lavado de Activos*, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 94.

En el Derecho Penal Uruguayo:	Otros sistemas jurídicos, donde se ubica el delito de lavado de activos en conexión con otros bienes jurídicos diferentes como la salud pública, debido a su tradicional vinculación con el delito tráfico ilícito de drogas, los especialistas también tienden a considerar bienes jurídicos específicos y propios de la actividad económica. En tal sentido LANGON CUÑARRO, comentando la legislación uruguaya de la **materia**, señala: «*Se ha discutido intensamente sobre cuál es el bien jurídico protegido por esta y las otras formas de legitimación de activos, siendo evidente que no puede sostenerse que lo que se protege es la salud pública, que sólo vendría a ser, en el mejor de los casos, un interés apenas indirectamente protegido, como puede serlo cualquier otro en general. En realidad la disputa se reduce a considerar si se protege la administración de justicia (por su evidente parentesco con el delito de encubrimiento y receptación) o el orden socio económico del Estado. Yo adhiero a esta segunda posición, por lo cual estrictamente las figuras deberían estudiarse sistemáticamente entre aquellas que afectan a la economía y la hacienda públicas (Título IX del CP.), dejándolas aquí sólo por tradición y para permitir una lectura más orgánica de la ley que las contiene, que es la que prevé los delitos contra el tráfico ilícito de drogas, que sí afectan la salud pública*»[484].

3.1.2. Breve repaso de las propuestas dogmáticas penales en torno al bien jurídico penal protegido

El orden económico social:	*Es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica*»[485]. ***La circulación de los bienes en el mercado:*** *La circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes*»[486].

484 Cfr. LANGÓN CUÑARRO, Miguel, *Código Penal*, tomo II, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, p. 272.

485 Cfr. HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando, *El lavado de Activos*, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 94.

486 Cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 81.

La administración de justicia como bien jurídico:	Otro sector, cada vez más minoritario de la doctrina y la legislación contemporánea, se indigna por señalar al lavado de activos como un delito *que atenta contra el bien jurídico administración de justicia.* Por lo general, también esta tendencia se respalda en la ubicación legislativa que tiene dicho delito o por su evidente similitud con las formas convencionales del encubrimiento o favorecimiento real. Como distingue BOTTKE, para esta opción: *«El blanqueo de dinero se erige en sabotaje de la persecución y recriminación penales justificadas por la necesidad y en la puesta en peligro o frustración de la producción procesal penal del comiso de las ganancias del hecho delictivo y los costes productivos del comiso que producía el instrumenta sceleris. Se erige en sabotaje del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y del aseguramiento. Supone el especial fracaso de las consecuencias del delito. Supone el fracaso penal»* (Cfr. BOTTKE, Wifried, «Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania», en *Revista Penal Nº* 2, Julio 1998, p. 12). En la audiencia pública realizada el 4 de noviembre como preámbulo de este Acuerdo Plenario se deslizó también esta posición por parte de una de las instituciones participantes (Cfr. Ponencia del Instituto de Ciencia Procesal Penal expuesta por la Profesora Dra. María del Carmen GARCÍA CANTIZANO)[487]. Ahora bien, en referencia al derecho penal nacional tal adscripción exclusiva y excluyente de tutela penal, a favor del bien jurídico administración de justicia, tam-

[487] Si enfocamos únicamente al lavado de activos desde un ángulo puramente operativo, la administración de Justicia resulta ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con dinero sucio *tienen la calidad material de efectos del delito.* Por ello se explica que subsista en el derecho extranjero alguna predilección por asimilar los actos de lavado de activos a la estructura típica del delito de encubrimiento real. Es decir, valorar a tales conductas como un modo de ocultar los efectos de un hecho punible perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia (Cfr. CAFETZOGLUS, Alberto Néstor, *Delitos con Drogas*, Centro Norte, Buenos Aires, 1991, p. 81). Un ejemplo elocuente de ello lo encontramos en el Código Penal Italiano (Cfr. Artículos 648° *bis* y 648° *ter).* Sin embargo, lo lineal y convencional del enfoque político-criminal que sustenta a esta posición no resulta compatible ni adaptable a los fines y dinámica contemporánea de las distintas operaciones que se califican como actos propios de lavado de activos. Sobre todo porque como afirma FABIÁN CAPARROS, tales conductas no están dirigidas únicamente «a *evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distanciar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de licitud y, de este modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el encubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de rendado, sino una consecuencia colateral, quizá necesaria, de la que también se beneficia el delincuente*». Cfr FABIÁN CAPARROS, Eduardo, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Colex, Madrid, 1998, p. 262.

	bién debe desestimarse a partir de la decisión legislativa de extraer al delito de lavado de activos del Código Penal. En efecto, si el legislador peruano hubiera considerado a tal ilícito como lesivo a la función judicial penal, le hubiera bastado para reprimirlo con modificar la redacción y los alcances del artículo 405° del Código Penal. Según esta disposición: *«El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años»*. Pero esa no fue la decisión adoptada por nuestra legislación. Es más, incluso en la etapa final de la elaboración de la Ley 27765 se rechazó la estructura del Proyecto de la Comisión que presidía la congresista Susana Higushi, la cual, justamente, proponía incluir al lavado de activos entre los delitos contra la función jurisdiccional.
Bien jurídico pluriofensivo:	Al margen de las dos propuestas examinadas sobre la calificación del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos, las que, además, también engloban a otras opciones de menor consenso y mucho más específicas como *la transparencia de las operaciones que tienen lugar en el circuito de la intermediación financiera o la posibilidad de restitución a su titular de los bienes ilícitamente obtenidos*, hoy en día es también frecuente encontrar en la doctrina una alusión directa al *carácter pluriofensivo del lavado de activos*. Esto es, a su conexión plural con la afectación sucesiva o simultánea de varios bienes jurídicos. Incluso en la propia doctrina española coexisten autores muy caracterizados, como ZARAGOZA AGUADO, que coinciden en señalar que *«No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata. Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato»*[488]. Por su parte, Fabián CAPARROS también pone de relieve las bondades nacionales y técnicas de esta tendencia en los términos siguientes: *«Con, toda probabilidad las conductas del reciclaje inciden negativamente- si bien en diferente medida- sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirnos. Desde este punto de vista compartimos la opinión de VIVES ANTÓN, PRADO SALDARRIAGA O VIDALES RODRÍGUEZ, quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de **una figura pluriofensiva**»*[489].

[488] Cfr. ZARAGOZA AGUADO, Javier, *El Blanqueo de Bienes de Origen Criminal, Separata del Curso Combate al Lavado de Dinero desde los Sistemas Judiciales*, CICAD-DEVIDA, Lima, Setiembre de 2002, p, 12.

[489] Cfr. FABIÁN CAPARROS, Eduardo, *El Delito de Blanqueo de Capitales, op. cit.*, p. 238.

3.1.3. Referentes para la construcción o elección del bien jurídico penal protegido en la legislación penal peruana

La posibilidad dogmática que ofrece la legislación peruana para asimilar esta tendencia a reconocer aspectos o funciones de la economía como el bien jurídico tutelado requiere atender previamente varios aspectos:

En primer lugar, el derecho nacional no coloca al lavado de activos como un delito típicamente económico.
En segundo lugar, no es del todo acertado asumir que el lavado de activos sólo colisiona con bienes jurídicos macrosociales, como el orden económico o el sistema financiero de un país. Fundamentalmente, porque si bien es cierto que los principales efectos del este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad de la economía de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueado de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. Ello se demuestra claramente con la existencia y permanencia «estables» y en «crecimiento», de las economías de los países que operan como *«paraísos fiscales o financieros»*[490].

3.1.4. Autores nacionales que postulan un bien jurídico de naturaleza pluriofensiva

Los autores nacionales al comentar la Ley N° 27765 asumen también una postura a favor de la pluriofensividad del lavado de activos, así tenemos:

1.- Bramont-Arias Torres:	Destaca lo siguiente: *«Nuestra opinión del bien jurídico es que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, donde se lesionan varios bienes jurídicos. Si bien consideramos que el delito de Lavado de Activos es un delito socioeconómico, por lo que en el fondo el bien jurídico principal de protección es el orden económico, y dentro del mismo específicamente el tráfico ilícito de bienes que debe imperar en toda sociedad, lo cual se vería afectado con la circulación de bienes ilícitos»*[491].

[490] Efectivamente, como destacan algunos autores: *«el orden socioeconómico no puede constituirse en bien jurídico protegido por el delito de Blanqueo de bienes ya que no puede olvidarse que alguna fase específica del blanqueo de bienes, en algunos casos concretos, es beneficiosa para el orden socioeconómico. Téngase como ejemplo el funcionamiento de la economía de los países conocidos como paraísos fiscales. En éstos, el mantenimiento y la mejora de sus variables económicas, tanto en la creación de empleo como en la obtención de divisas, se debe precisamente a la existencia de un poderoso sector de servicios, especialmente financiero cuya finalidad específica es la captación de bienes económicos extranjeros siendo indiferente si tienen su origen o no en un hecho delictivo»* (Cfr. DEL CARPIÓ DELGADO, Juana, *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

[491] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias*, San Marcos, Lima, 2003, p. 521.

2.- Galvez Villegas:	*«Estos actos de lavado o legalización de bienes o activos de procedencia ilícita, que si bien directamente afectan al orden o sistema económico, revisten también la condición de conductas pluriofensivas de distintos bienes jurídicos penalmente relevantes, y, por ello, tienen enorme trascendencia en la vida política, económica y social del país- y de la comunidad internacional-, ya que trastocan el orden económico-financiero, afectando su legitimidad y transparencia, a la vez que dificultan la planificación y política económica estatales»*[492].
3.- Prado Saldarriaga:	No obstante, cabe señalar que esa pluralidad de bienes jurídicos comprometidos fue formulada en nuestra doctrina incluso desde que el delito de lavado de activos fuera incorporado a la legislación peruana a inicios de los años noventa, y a pesar de su inclusión entre los delitos de tráfico ilícito de drogas: *« Ahora bien, la criminalización del lavado de dinero fue concebida por la política internacional antidroga como una posibilidad de control, destinada a neutralizar el modus operandi del narcotráfico a través de la interdicción y congelamiento de los capitales de inversión y reserva que permiten mantener en actividad a las organizaciones que se dedican a la producción y/o comercialización de drogas ilegales. Es, pues, desde ese objetivo funcional que deberá de ensayarse toda posible interpretación o discusión acerca del bien jurídico tutelado que está detrás de la penalización de los actos de lavado. En tal sentido, las limitaciones e inconvenientes que evidencian las diferentes posiciones que hemos reseñado se explican, sobre todo, por lo unilateral de sus enfoques acerca del delito y de su relevancia político-criminal, y que dejan, más bien, en un segundo plano, los criterios funcionales de eficacia y eficiencia de la criminalización. Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no esté orientado hada la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, Incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas»*[493].

[492] Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El Delito de Lavado de Activos*, Grijley, Lima, 2004, p xv.

[493] Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *El Delito de Lavado de Dinero Su tratamiento Penal y Bancario en el Perú*, 1DEMSA, Lima, 1994, pp. 65 y 66.

4.- García Cavero:	Desde su óptica dogmática de corte funcionalista, reconoce la negatividad y ofensividad de los actos de lavado de activos en tanto prácticas disfuncionales frente a las normas que rigen las expectativas sociales en un tráfico regular de los bienes que circulan en el mercado: *«la expectativa normativa de conducta de que el trafico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado, de manera que exista la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no tienen una procedencia delictiva, sino que se ajustan a las reglas del trafico jurídico-**patrimonial.** Por lo tanto, constituiría un grave error exigir en el delito de lavado de activos una afectación sensible al orden económico, pues, como lo demuestra la experiencia, el delito de lavado de activos puede ser **incluso** saludable para determinadas economías dependientes de este **flujo** de bienes. La defraudación normativa del delito de lavado de activos no se determina con criterios de eficiencia económica, sino a partir de determinada condición esencial del mercado, en la que confían los agentes económicos»*[494].

3.1.5. Toma de postura por los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la República en materia del bien jurídico protegido

Resulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley N° 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo:

1.- Los actos de colocación e intercalación:	Comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero.
2.- Los actos de ocultamiento y tenencia:	Afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado.

Simultáneamente, en todas estas etapas, el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales. **Esta dimensión pluriofensiva** es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada

[494] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Grijley, Lima, 2007, p. 490.

que establece la Ley N° 27765, pues como razona VIDALES RODRÍGUEZ, el desvalor de tales actos trasciende y engloba al que corresponde por cada uno de esta pluralidad de intereses sociales comprometidos[495].

4. Supuestos típicos del delito de lavado de activos conforme a la nueva Ley de Lavado de Activos - Decreto Legislativo N° 1106

Artículo 1°.- Actos de conversión y transferencia:	El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.
Artículo 2°.- Actos de ocultamiento y tenencia:	El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.
Artículo 3°.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito:	El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.
Artículo 4°.-Circunstancias agravantes y atenuantes	La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y entre trescientos sesenta y cinco y setecientos treinta días multa, cuando: 1. El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil. 2. El agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal. 3. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias. La misma pena se aplicará a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos objeto de los actos descritos en los artículos 1°, 2° y 3° del presente Decreto Legislativo.

[495] Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, *Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 93 y 94.

5. Supuestos típicos complementarios y dirigidos para viabilizar la detección de identificación de actos de lavado de activos

Artículo 5°.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas:	El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.
Artículo 6°.- Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información:	El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal. Si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculado a la minería ilegal o al crimen organizado, o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación no mayor de cuatro años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.

De esta forma, con dichos tipos penales se pretende reforzar las medidas de control y supervisión del sistema financiero, haciendo extensivas determinadas obligaciones de prevención a otros operadores económicos no necesariamente financieros, para evitar que sean utilizados para fines ilícitos de lavado de activos. Por consiguiente, la nueva ley conlleva la adaptación de nuevos deberes de diligencia, de comunicación de datos o de conservación de documentos, que obligarán a los sujetos afectados por la norma (entidades financieras, inmobiliarias, profesionales independientes, etc., a redefinir algunos aspectos de sus procedimientos internos de control y supervisión.

6. La consumación del delito de lavado de activos

Con las modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo N° 986 en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 27765 el delito de lavado de activos ha quedado configurado como un delito de resultado. Por tanto, en los actos de conversión, transferencia ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita la consumación del delito requiere, necesariamente, verificar los siguientes resultados:

1.- El agente **logró** con tales conductas, cuando menos momentáneamente, **dificultar** la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso.	2.- Esto es **asegurar**, siquiera mínimamente, tales activos y su potencia o real aplicación o integración en el circuito económico.
En consecuencia, pues, si dichos resultados no se realizan, esto es, se frustra de cualquier modo la operación de cubierta que el agente busca construir o consolidar sobre los activos que pretende lavar, se deberá calificar a tal inicio de ejecución como una tentativa, la cual será punible conforme a lo dispuesto en el artículo 16° del Código Penal[496].	

La doctrina extranjera califica como casos frecuentes de tentativa a los siguientes: a).- Se puede querer convertir billetes de baja denominación cambiándolos por otros de mayor valor, en la primera etapa del lavado, interrumpiéndose el proceso ejecutivo por acto de la autoridad, quedando por consiguiente el delito de lavado por conversión en grado de tentativa; y b).- O también se puede imaginar una transferencia de valores en proceso, por ejemplo de una cuenta a otra, que es interrumpida por intervención de la autoridad, en cuyo caso los autores habrán cometido lavado en grado de tentativa[497].

---

[496] Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no alcance a culminar el procedimiento de conversión o de transferencia de los activos ilícitos que hubiera emprendido, sea por la intervención de terceros o por otras razones o condiciones ajenas a su voluntad. En ese sentido, GARCÍA CAVERO precisa que: «El artículo 16 del Código Penal permitiría castigar el emprendimiento de actos dirigidos a realizar el delito sin llegar a consumarlo. Si bien con la anterior redacción resultaba cuestionable afirmar la tentativa en un delito de peligro abstracto, en la actualidad esa limitación conceptual no se presenta. Por esta razón, resulta perfectamente posible castigar como tentativa los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia que no consigan dificultar la identificación del origen de los activos, o su incautación o decomiso. En todo caso, dada la exigencia subjetiva de la tentativa, ésta solamente podría tener lugar en caso de una realización dolosa del delito de lavado de activos. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 512.

[497] Cfr. LANGÓN CUNARRO, Miguel, *Código Penal*, tomo II, *op. cit.*, p. 275). Ejemplos similares de formas de tentativa de actos de conversión y transferencia han sido expuestos por la doctrina nacional (Cfr. Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *El Delito de Lavado de Activos*, *op. cit.*, pp. 66 y 67).

En el marco de la nueva ley de lavado de activos -Decreto Legislativo N° 1106-, se introduce un cambio legislativo en cuanto retrae el momento consumativo, sin la necesidad o exigencia que se haya logrado dificultar la identificación del ilícito origen, su incautación o decomiso; así reza la ley:

Artículo 1°.- Actos de conversión y transferencia:	El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, **con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso**, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.
Artículo 2°.- Actos de ocultamiento y tenencia:	El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, **con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso**, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.
Artículo 3°.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito:	El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, **con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso;** o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

6.1. De la necesidad de distinguir la condición instantánea o permanente de la consumación en los actos que constituyen delitos de lavado de activos

Ahora bien, resulta pertinente destacar:

a.- Las distintas modalidades de conversión y transferencia que contiene el artículo 1:	«El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, **con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso**, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa».Constituyen modalidades de delitos instantáneos, siendo así el momento consumativo coincidirá con la mera realización de cualquiera de las formas señaladas por la ley.
b.- Los actos que tipifica el artículo 2° como supuestos de ocultamiento y tenencia:	«El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, **con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso**, será reprimido

	con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa».Su estructura ejecutiva, como regla general, es la propia de los delitos permanentes. En ellas, pues, las posibilidades delictivas incluidas imponen que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado por la conducta realizada se mantengan en el tiempo por voluntad expresa o implícita del agente. La permanencia del estado antijurídico, pues, y por consiguiente de la consumación. Puntualizándose que con la reciente modificatoria, no será necesario para los efectos consumativos que se haya evitado la identificación del origen, su incautación o decomiso.
c.- Los actos que tipifica el artículo 3 como supuestos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito:	Son supuestos de transporte, introducción o extracción de activos en el territorio nacional, y que atendiendo a su forma ejecutiva y su operatividad constituyen delitos de consumación instantánea.

La necesidad de distinguir la condición instantánea o permanente de la consumación en los actos que constituyen delitos de lavado de activos adquiere importancia práctica para resolver problemas relacionados con:

a.- La prescripción de la acción penal:	**a.1.-** En los **supuestos instantáneos**, como son las modalidades de conversión y transferencia, la prescripción comienza a contarse desde el instante preciso en que se completo la consumación. **a.2.-** En los **supuestos permanentes**, como son las modalidades de ocultamiento y tenencia, la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos, no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo.
b.- Las posibilidades de una participación post consumativos:	**b.1.-** En los **supuestos instantáneos**, como son las modalidades de conversión y transferencia, post consumación toda cooperación sólo podrá dar origen a responsabilidad por encubrimiento[498]. **b.2.-** En los **supuestos permanentes**, como son las modalidades de ocultamiento y tenencia, la intervención de un tercero que colabore o coopere accesoriamente con el autor mientras dure la ejecución, no podrá ser constitutiva de encubrimiento, sino de participación en forma de coautoría o complicidad; y se entenderá flagrante el delito en tanto persista el lapso consumatorio.

[498] Cfr. BRAMONT-ARIAS, Luis A., *Derecho Penal*, 3ª ed., Vilok, Lima, 1978, pp. 290 y 291.

7. El tipo subjetivo en el delito de lavado de activos

En cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, la construcción normativa que se utiliza en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 27765 permite identificar solamente delitos dolosos. El dolo, sin embargo, con el que debe actuar el agente, incluye también la modalidad eventual. El sujeto activo debe, pues, ejecutar los distintos actos y modalidades de lavado de activos de manera consciente y voluntaria, ello significa que:

Elementos que abarca el dolo:	Elementos que no abarca el dolo:
1.- El agente sabe o puede presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito.	1.- Sin embargo, no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de que delito previo se trata, ni cuando se cometió éste, ni mucho menos quienes intervinieron en su ejecución.
2.- La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito.	2.- Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia ni mucho menos que sepa quienes estuvieron involucradas en ellas.

En nuestra legislación, hasta antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Lavados de Activos -Decreto Legislativo N° 1106, del 19 Abril del 2012-, no se regularon formas culposas de lavado de activos. Por consiguiente, con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley sobre la materia, no resultaban compatibles con esta opción del legislador peruano las interpretaciones que pretendan inferir una modalidad culposa en base al sentido y alcance de la expresión legal «puede presumir». Por ejemplo, la que sostiene que con dicha expresión se alude a: «un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso»[499]. Como afirma GÁLVEZ VILLEGAS: «... siguiendo la tradición legislativa, y en cumplimiento del artículo 12 del Código Penal cuando el legislador quiere considerar el supuesto imprudente, lo refiere expresamente. En este orden de ideas, si el

[499] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, Grijley, pp. 510 y 511.

legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa sin recurrir a la fórmula puede presumir, que como acabamos de indicar, sólo hace referencia al supuesto de dolo eventual, que es como se ha venido interpretando»[500]. Cabe validar lo antes expuesto acerca de la atipicidad del lavado de activos culposo en la legislación peruana, a partir de una revisión del contexto legal internacional. Por ejemplo, el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA se refiere a la tipicidad culposa con el uso de la expresión «debiendo saber». En efecto, la nota 2 hecha a pie de página del artículo 2° del texto oficial vigente del Reglamento Modelo de la C1CAD-OEA, estipula lo siguiente: «Debiendo saber se interpreta en este Reglamento Modelo como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico[501].

El texto original de los artículos 1° y 2° de la Ley N° 27765 incluía un elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina considera como tendencia Interna trascendente o delitos de intención. Efectivamente, aquella redacción típica conectaba la acción dolosa del agente con un objetivo que se colocaba subjetivamente más allá de la mera colocación, conversión, ocultamiento o tenencia de los activos ilegales. La norma, exigía, además de dolo, que el agente persiguiera una finalidad ulterior o de objetivo de las acciones de lavado de activos y que se describía como «evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso». Esto fórmula legal permitía calificar de atípico cualquier supuesto culposo o de exceso de confianza propios de los terceros de buena fe. Lo cual fue destacado por los juristas nacionales: «La inclusión de este elemento de tendencia interna trascendente, que no estaba previsto en la normatividad derogado, creemos que constituye un acierto del legislador, pues de este modo se podrá evitar actuaciones punitivas arbitrarias, que abonen a la vigencia de un derecho penal garantista»[502].

---

500 Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El Delito de Lavado de Activos, op. cit.*, pp. 60 y 61.

501 Cfr. CICAD. Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Afeito de Drogas y otros Delitos Graves. Texto editado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Washington, D. C. s/i, p. 2.

502 Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El Delito de Lavado de Activos, op. cit.*, p. 62.

En el derecho comparado este tipo de elementos subjetivos distintos del dolo son utilizados para circunscribir mejor el ámbito del ilícito y desconectarlo de conductas delictivas similares que afectan el patrimonio (receptación) o la administración de justicia (encubrimiento real). Ejemplos de esta tendencia son el artículo 72° de la costarricense 7786 de 1998, el artículo 400 bis del Código Penal mexicano y el artículo 301°. 1 del Código Penal español.

La Ley N° 27765, pues, hasta antes del Decreto Legislativo número 986, demandaba que el proceder doloso del agente estuviera siempre preordenado a promover o viabilizar el proceso del lavado de los bienes de origen ilegal. Esto es, a crearles una apariencia de legitimidad o a alejarles de toda medida de interdicción. En definitiva, el sujeto activo tenía que actuar siempre con el fin de asegurar la ganancia delictivamente generada. Sin embargo, para la concreción típica bastaba que esa finalidad coexistiera en la realización de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia aunque no se lograra materialmente dicho objetivo. El lavado de activo era entonces un típico delito de peligro. Sobre el particular sostuvo Fabián CAPARROS: «No nos parece desacertada la incorporación al tipo de un elemento subjetivo complementario que exija al juzgador que de por probada la voluntad del agente de actuar con el ánimo de lograr esa finalidad encubridora. De este modo, la figura resultante adoptará la estructura propia de un delito de resultado cortado que, como tal, cumplida objetiva y subjetivamente la primera conducta - esto es, la circulación de un capital sucio a través de los cauces económicos oficiales-, no requerirá para su consumación más que la vertiente subjetiva de la segunda –actuar con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes–, no siendo preciso que se materialice objetivamente un resultado –el efectivo encubrimiento– que es independiente de la actuación del sujeto activo»[503]. En conclusión, pues, el elemento subjetivo especial que incluyó el texto originario de la Ley 27765 cumplía funciones dogmáticas y de político criminal importantes.

El Decreto Legislativo N° 986 suprimió las exigencias de esa tendencia interna trascendente y la transformó en el resultado típico. Por tanto, actualmente los artículos 1° y 2° sólo requieren de un dolo

[503] Cfr. FABIÁN CAPARROS, Eduardo, *El Delito de Blanqueo de Capitales, op. cit.*, pp. 343 y 344.

que, como se ha mencionado anteriormente, comprende exclusivamente la conciencia y voluntad de realizar actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia que dificultan la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso. Como bien anotó GARCÍA CAVERO: «el delito de lavado de activos se configura solamente si el autor realiza la conducta de conversión, transferencia ocultación o tenencia conociendo la aptitud concreta de su acción para dificultar la eventual identificación del origen, incautación o decomiso de los activos. Bajo estas consideraciones, hay una conducta típica de lavado de activos si el autor actúa con conocimiento o la posibilidad de conocer que esos bienes son de procedencia ilícita y pese a ello realiza una conducta voluntaria que sabe que va a evitar su eventual identificación, incautación o decomiso»[504].

En atención, pues, a lo expuesto, el comportamiento es atípico al carecer de dolo solo si subjetivamente en el agente concurren:

Atipicidad subjetiva:	La ignorancia, el error o la buena fe **sobre el origen ilícito de los bienes.**
Atipicidad subjetiva:	La ignorancia, el error o la buena fe **sobre la ilicitud de los resultados** específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos. Sobre este particular, DÍEZ RIPOLLÉS ha considerado también la ausencia de dolo cuando el agente conoce «la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia de un delito»[505].

Resulta pertinente destacar que la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos no demanda que su autor lo haya realizado con ánimo de lucro. Ello permite establecer una mejor diferencia entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 194° del Código Penal. Esto distinción, por lo demás, ha sido también destacada desde inicios de la década de los noventa por la doctrina extranjera. Así, por ejemplo, en Argentina CAFETZOGLUS ha señalado que si bien el tipo legal del lavado es semejante al del encubrimiento, el primero resultó «sensiblemente más amplio ya que

---

504 Cfr. GARCÍA CAVETO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial, op. cit.*, pp. 510 y 511.

505 Cfr. *Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 92.

capta toda intervención respecto de los valores provenientes de algunos de los delitos, que implique alguno de los actos enumerados, aún sin ánimo de lucro»[506]. Por su parte, el jurista portugués DE FARIA COSTA ha afirmado en igual sentido lo siguiente: «Si el blanqueamiento, tal como lo concebimos, no es más que una particular y específica receptación, él se basa, principalmente, en actividades criminosas ligadas al tráfico de drogas, pero, sobre todo, no radica en la intención de obtener para sí o para otra un mero ilegítimo (ventaja patrimonial, en la expresión de la ley), como acontece en la definición legal de receptación, sino en la finalidad de encubrir o disimular el origen ilícito del capital»[507].

Posición similar expresa en la doctrina española GÓMEZ INIESTA: «En el blanqueo se auxilia al delincuente para que se aproveche de los bienes de origen delictivo sin que se requiera interés lucrativo alguno (favorecimiento ajeno), mientras que en la receptación el autor se aprovecha para si de los efectos del delito actuando con propósito de enriquecimiento»[508].

En el marco de la nueva legislación sobre lavado de activos, Decreto Legislativo N° 1106, del 19 de Abril del 2012, se incorporó la figura omisiva culposa, entre los supuestos típicos complementarios y dirigidos para viabilizar la detección de identificación de actos de lavado de activo; así el artículo 5°.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, en su segundo párrafo estipuló que: «*La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal*».

En cuanto a la aplicación concreta del delito culposo, el legislador lo ha limitado a la imprudencia de carácter grave. Aunque no existen en la jurisprudencia unos criterios generales claros de qué supuestos pueden ser calificados de «graves», y cuáles de «leves» (impunes penalmente), es posible extraer de la misma algunas pautas de

---

[506] Cfr. *Delitos con Drogas, op. cit.*, p. 81.

[507] Cfr. DE FARIA COSTA, José, *O Blanqueamiento de Capitales. Separata Jornadas de Derecho Penal Económico*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1992, p. 20.

[508] Cfr. GÓMEZ INIESTO, Diego J., *El delito de blanqueo de Capitales en Derecho español, op. cit.*, p. 58.

aplicación del tipo imprudente. Así, en cuanto a los sujetos activos del delito, se puede afirmar que la jurisprudencia viene identificando habitualmente el desconocimiento del origen delictivo de los fondos con la imprudencia grave cuando los sujetos son profesionales, y no meros particulares. De hecho, resulta ciertamente infrecuente la aplicación del tipo imprudente a sujetos no profesionales, hasta el punto de haberse convertido en la práctica al tipo imprudente en una suerte de delito especial[509].

8. Reflexión dogmática en torno al caso de los Negocios Estándar o Conductas Neutras

Ahora bien, una reflexión dogmática propia merece el caso de los Negocios Standard o Conductas Neutras. En especial se debe evaluar con detenimiento la situación de algunos profesionales que como los contadores, notarios o abogados pueden brindar sus servicios profesionales a criminales conocidos o a personas cuya solvencia económica resultan de origen dudoso. Como señala la doctrina especializada, una zona gris entre las operaciones de lavado de activos y las conductas socialmente adecuadas o inocuas, es el que corresponde a los denominados negocios standard. Esto es, a los servicios regulares que se ofrecen abiertamente a todas las personas. En esta categoría, por ejemplo, quedan comprendidos desde las empleadas del hogar, pasando por los vendedores de suministros cotidianos (diarios, pan, gasolina, etc.), hasta llegar a los servicios profesionales o técnicos especializados (abogados, contadores, médicos, etc.). El problema se plantea, pues, en torno a decidir la relevancia penal o no de brindar tales servicios a personas que se conoce o se sospecha que están vinculadas con actividades criminales y de las cuales pueden provenir los recursos económicos que son utilizados para pagar la correspondiente contraprestación, precio u honorarios por el servicio brindado. Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS advierte lo siguiente: «*La solución no parece, sin embargo, tan evidente cuando la aportación de un sujeto a la actividad de lavado consiste en la mera prestación de los servicios propios de su profesión, es decir, en la realización de aquellas actividades que, en principio, se ofrecen a cualquier cliente que las solicite (negocios o*

[509] Ver CASTRO MORENO, Abraham, «El delito de lavado de activos en España», en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, José Urquizo Olaechea/Nelson Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2012, p. 56.

conductas standard). Las dudas sobre si estas actividades son objetivamente idóneas para integrar el tipo del lavado de activos se extienden incluso a aquellos supuestos en los que el autor conoce o sospecha que los bienes con los que será retribuido provienen de la previa comisión de un delito grave»[510].

Conforme a la doctrina especializada cabe declarar:

Tipicidad:	Atipicidad:
Asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos: «*La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio legítimo de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales*»[511].	Atipicidad o justificación de los casos representativos de negocios standard o conductas neutras. En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Por ejemplo, VIDALES RODRÍGUEZ, analizando la situación de los abogados, afirma que la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se limite a la realización de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica. Para otros juristas la conducta del abogado que ejerce la defensa y recibe horarios con dinero presuntamente ilegal también resulta atípica por ser adecuada socialmente y no generarse con ella un grado de riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado[512].

[510] Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Lavado de Activos y Negocios Standard, op. citg.*, p. 624.

[511] Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, *Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 122.

[512] Autores nacionales como GÁLVEZ VILLEGAS comparten tal posición: «*no se debe incurrir en el error de pensar que cualquier servicio de asesoría jurídica remunerado que se brinda a terceros que se encuentran involucrados en el delito previo v. gr. Tráfico de drogas, dará lugar al delito de lavado de activos, pues un acto de la vida cotidiana que se mantiene dentro de los socialmente adecuado y no supera el riesgo permitido, y que corresponde justamente a un trabajo o un servicio profesional, no puede generar responsabilidad penal alguna. El abogado que recibe una suma de dinero, por ejemplo, de un traficante de drogas, en virtud de una defensa letrada que viene llevando a cabo no está blanqueando dinero sucio, sino está cobrando por un servicio prestado*». Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, «El Delito de Lavado de Activos, Legislación Peruana. Aspectos Básicos», en *Vista Fiscal*, N° 1, noviembre de 2003, p. 82. BRAMONT-ARIAS TORRES también suscribe esta tesis: «*En el aspecto doloso normalmente se asume como punto a tener en cuenta si la actividad realizada por el sujeto está dentro de una actividad cotidiana, supuesto en el cual no se configuraría el tipo penal. En caso de no asumir esta postura, se comprendería como delito conductas discutibles como los casos del taxista que cobra*

9. Consideraciones relacionadas con el rol y la finalidad que guían el accionar de un lavador de activos

Sobre la base de los correctos enfoques reseñados de la doctrina nacional y extranjera es pertinente, además, tener en cuenta las siguientes consideraciones, relacionadas con el rol y la finalidad que guían el accionar de un lavador de activos y que no se reproducen en el quehacer de los que practican o ejercer negocios standard o conductas neutras. En efecto:

1.- Función:	La función de un lavador de activos es **asegurar** la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios.
2.- Ánimo:	Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una **consolidación** aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales.

De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios standard, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos. Pero, además, no existe, frente a tales conductas, una necesidad de pena, ni hay riesgos de debilitamiento de la prevención general, ni mucho menor el agente expresa en su conducta requerimientos de prevención especial. En la doctrina una interpretación similar es también recogida y expuesta con precisión del modo siguiente por RAGUÉS I VALLÈS: «*El fundamento expuesto de la punición del lavado de activos debe emplearse ahora como herramienta teórica para decidir en qué casos está legitimado el castigo de una conducta subsumible formalmente en el tipo de tal infracción y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios standard a sabiendas del origen delictivo de la contraprestación económica puede integrar el tipo de este*

---

y recibe dinero proveniente de un delito, o el caso del abogado que cobra sus honorarios de un narcotraficante, etc., las cuales serían conductas socialmente adecuadas». Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos, op. cit.*, p. 526.

delito. Trasladando a este ámbito la lógica que subyace a dicho fundamento se obtiene un criterio delimitador que dice así: sólo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de lavado si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella ex post puede valorarse como un incentivo para realizar de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito»[513].

Nunca antes de la aparición del lavado de activos como figura autónoma del delito de encubrimiento o favorecimiento real se había cuestionado el origen de los fondos con los que los abogados cobraban los honorarios por su defensa en juicio. Actualmente, se ha instalado alguna opinión que afirma que el abogado que cobra honorarios provenientes de un delito como pago de la defensa en juicio comete el delito de blanqueo cuando la única actividad de su cliente queda atrapada en alguno de los delitos subyacentes.

Se trata de una peligrosa aplicación de los tipos de blanqueo que se ha realizado en Europa extendiéndola a la recepción de honorarios «maculados» por parte de los abogados[514]. Esta extensión del tipo del blanqueo a los honorarios recibidos no ya por un asesoramiento sino por la defensa en juicio, pretende cercar al delincuente, de modo que no pueda acceder a una defensa de su elección poniendo en riesgo al abogado sobre quien debería recaer la carga de indagar el origen lícito o ilícito de los fondos con que se pagan sus honorarios. De este modo, si la persona acusada sólo tiene como fuente de ingresos una actividad criminal, se desvanece su derecho a la libre elección de un defensor. Bajo estas reglas, «un abogado penalista debe preguntar primero a un patrocinado con mucho efectivo, si ese dinero lo ha conseguido legalmente y si lo declararía bajo juramento»[515]. Este aislamiento legal al delito organizado se acerca claramente al concepto de derecho penal

---

[513] Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, *Lavado de Activos y Negocios Standard, op. cit.*, p. 647.

[514] Esta es la posición sostenida en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo. Ver Bacigalupo, Silvina, *op. cit., ut supra*, p. 73. Cfr. Centrone, Cosimo, «Appunti sulla tutela pénale del segreto bancario», Bella Editricce, Urbino, 2004, pp. 35 y ss. Citado por Adriasola, Gabriel, «El Lavado de Activos en Uruguay. Los riesgos de una autonomía desmedida», en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, José Urquizo Olaechea/Nelson Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2012, p. 33.

[515] Ambos, Kai, «La aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados», en *El penalista liberal, Libro Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 56.

del enemigo, negándole incluso un derecho esencial del Estado democrático de derecho cual es la libre elección del defensor, limitando ésta elección a la defensa de oficio. El Tribunal Superior Regional de Hamburgo ha sostenido en este caso que está afectado el derecho fundamental y humano del inculpado a un proceso penal justo, materializado especialmente en el derecho a la «igualdad de armas». Se ha tratado de limitar esta aplicación del tipo penal del blanqueo recurriendo a una interpretación restrictiva del tipo objetivo. De ese modo, se excluyen de la punibilidad la recepción de honorarios sin una tendencia interna de beneficiar al autor del delito o de dañar a la víctima. Es la interpretación que hemos propuesto al verbo «prestare» asesoramiento, pero que no se encuentra consagrada en el sentido literal del tipo objetivo. Tampoco hay que olvidar que la criminalización de honorarios «maculados» podría producirse mediante los tipos de adquisición u ocultación previstos en el artículo 55 de la ley. Son compartibles las críticas de ambos en el sentido de que esta solución «declara carente de tipo una conducta contrariamente al claro tenor literal del precepto». Otro intento de limitación a esta aplicación del tipo de blanqueo parte ya no del tipo objetivo sino del tipo subjetivo, condicionando la justificación del abogado defensor a su buena fe en el momento de aceptación de sus honorarios. A nuestro entender, debe preferirse una solución de justificación objetiva basada en el interés preponderante. En efecto, se dan acá dos intereses, por un lado el de las autoridades de perseguir y aislar al crimen organizado, y por el otro, el de preservar la integridad del derecho a la defensa en juicio[516].

10. Estructura típica del delito de lavado de activos

BIEN JURÍDICO:

El objeto de protección penal es pluriofensivo porque los supuestos típicos que ejecuta el agente afectan o ponen en peligro de modo simultáneo o sucesivo, durante las etapas y operaciones delictivas, una pluralidad de bienes jurídicos. Así por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero, y los supuestos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado.

[516] Para mayo detalle ver ADRIASOLA, Gabriel, «El Lavado de Activos en Uruguay. Los riesgos de una autonomía desmedida», en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, José Urquizo Olaechea/Nelson Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2012, p. 34.

TIPICIDAD	ATIPICIDAD O JUSTIFICACIÓN
1.- Tipicidad objetiva: 1.1.- Autor: el lavador, que puede recaer sobre un tercero no interviniente en el delito fuente, o un autor o partícipe en esté[517]. 1.2.- Agraviado: El Estado. 1.3.- Objeto de la acción: dinero, bienes, efectos o ganancias. 1.4.- Origen ilícito: delitos fuentes como el tráfico ilícito de drogas y otros, generadores de dinero, bienes, efectos o ganancias. 1.5.- Nexo del objeto de dinero, bienes, efectos o ganancias del delito fuente con el lavador.	
1.6.- Acciones típicas: conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia.	Conducta neutras: o justificación de los casos representativos de negocios standard o conductas neutras. En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Por ejemplo, VIDALES RODRÍGUEZ, analizando la situación de los abogados, afirma que la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se limite a la realización de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica[518].
1.7.- Consumación: El agente **logró** con tales conductas, cuando menos momentáneamente, **dificultar** la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso[519].Con la nueva modificatoria legal del 19 de abril del 2012, no se requiere que el agente en efecto haya logrado **dificultar** la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso.	

[517] La posibilidad que el autor del delito fuente sea también el autor de lavado de activos se incorporó con la tercera modificación que sufrió el artículo 6, esto es, a partir de la vigencia del Decreto Legislativo Nº 986, publicado el 22 de julio del 2007.

[518] Para otros juristas la conducta del abogado que ejerce la defensa y recibe horarios con dinero presuntamente ilegal también resulta atípica por ser adecuada socialmente y no generarse con ella un grado de riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado.

[519] Esto es **asegurar**, siquiera mínimamente, tales activos y su potencia o real aplicación o integración en el circuito económico.

1.8.- Contexto delictual: una organización criminal a través de la cual se realiza el lavado de activos. Ello es acentuado, desde las ópticas sustantiva y probatoria, al firmarse que «El lavado de Activos es un delito no convencional y **constituye en la actualidad un notorio exponente de la moderna criminalidad organizada**»[520].	
2.- Tipicidad subjetiva:	
2.1.- Dolo directo: el agente sabe que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito.	La ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen de los bienes.
2.2.- Dolo eventual: el agente puede presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito. El agente puede inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos de productos o ganancias del delito. La ignorancia, el error o la buena fe sobre la ilicitud de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos. Sobre este particular se considera también la ausencia de dolo cuando el agente conoce la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia de un delito.	
2.3.- La culpa, vía la figura omisiva culposa, entre los supuestos típicos complementarios y dirigidos para viabilizar la detección de identificación de actos de lavado de activo; así el artículo 5º.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, en su segundo párrafo estipuló que: «*La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal*».	Haber observado el protocolo de diligencia previamente establecido extrapenalmente.

[520] Ello también es relievado en el marco del delito fuente al indicarse que «Los denominados "delitos fuentes" han sido precisados relativamente, en una

11. Del delito fuente

José Luis CASTILLO ALVA señala que la noción legal de delito fuente o delito previo o como denomina la ley, el origen ilícito de los bienes comprende el delito de lavado de activos, es un elemento objetivo normativo del tipo penal y por tanto tiene que ser materia de acreditación[521]. Cesar HINOSTROSA PARIACHI, al respecto refiere que: «la existencia del delito fuente constituye un elemento objetivo (normativo) del tipo penal; y su prueba constituye una condición para establecer la tipicidad del lavado de activos (no se trata de una condición objetiva de punibilidad). Por lo tanto, el dolo del sujeto activo debe abarcar el delito fuente, como elemento objetivo del tipo penal. En este contexto, la vinculación entre delito fuente y el lavado de activos se produce en términos de accesoriedad limitada...»[522].

En la misma línea dogmática se tiene:

1.- El criterio de los Juzgados Penales Supraprovinciales:	En el auto de fecha 22 de abril del 2010, el Juez del Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial en la causa número 2008-000055-0-1801-JR-PE-04, señaló: «Décimo: Sobre el particular debe tenerse en cuenta que si bien el delito de lavado de activos constituye un delito autónomo de aquel delito precedente que dio origen a los activos y que por aquel pretende introducirse al sistema formal ello no significa de modo alguno, que dicha independencia sea absoluta, pues la existencia de un delito previo para el delito de lavado de activos, constituye un supuesto necesario para la construcción, procesamiento y eventual condena de una persona por

suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares -obviamente graves: sancionados con penas privativa de libertad significativas y realizados **tendencialmente en delincuencia organizada**». Finalmente desde la faceta probatorio se relieva que «En esta clase de actividades delictivas, **muy propias de la criminalidad organizada**, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de prueba directa». «Desde luego no (es) posible, por las propias características y el dinamismo **de la delincuencia organizada**, así como por las variadas y siembre complejas actividades del delito de lavado de activos - gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas **de la delincuencia organizada** (...) establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaria en este sector delictivo».

[521] CASTILLO ALVA, José Luis, «La Necesidad de Determinación del «Delito Previo»», en *El Delito de Lavado de Activos*, Gaceta Penal N° 2009, tomo 4, Lima, 2009, p. 339,

[522] HINOSTROZA PARIACHI, César, *El Delito de lavado de activos, Delito Fuente*, Grijley, Lima, 2009, p. 142.

	este tipo penal; en el sentido antes expuesto, el delito de lavado de activos requerirá que se hayan realizados conductas punibles (activas u omisivas) concretas, de donde provienen las ganancias que dieron lugar a los actos de conversión, transferencia u ocultamiento, consiguientemente, es de absoluta necesidad no sólo que existan referencias sobre el delito precedente, sino también, que se tenga indicios sobre el particular».
2.- Salas Penales Supraprovinciales:	En el auto que confirma auto de no procesamiento de fecha 20 de abril del 2010, Exp. N° 197-09: «11(...) consideramos que el delito previo del que proceden los activos que se estarían lavando debe presentar indicios mínimos de realización. Si por este hecho previo no existe ni siquiera una investigación preliminar, entonces faltará la base mínima para poder procesar e investigar por el delito de lavado de activos. El elemento típico de activos de «procedencia ilícita» exige cuando menos pruebas mínimas sobre la existencia del delito previo. La autonomía del delito de lavado de activos significa que no requiere previamente se condene por el delito previo, pero esta autonomía no puede llevar a entender que sea absolutamente innecesaria una base probatoria del delito previo».

De esta forma se acentúa la necesidad de fijar en «espacio y tiempo» el acto de narcotráfico u otro como «delito previo» o «delito fuente» en el hecho imputado como lavado de activos como exigencia del principio de legalidad penal. En efecto la ley penal contra el Lavado de Activos de manera reiterativa hace referencia a los bienes, efecto o ganancias «cuyo origen ilícito conoce o puede presumir», aludiendo a conductas (acciones y omisiones) concretas que tienen una dimensión espacial y temporal[523]. La referida ley penal remarca que los bienes que son objeto de conversión, transferencia u ocultamiento deben provenir de un ilícito (penal) que por su propia características posee particulares notas históricas derivadas de su condición de acontecimiento individual que se ubica en un determinado contexto temporal y espacial[524].

La ley de Lavado de Activos, Ley N° 27765, señala de forma expresa e inequívoca conductas punibles en la ley penal pasando a describir una serie de delito sobre los que se puede cometer actos de lavado de activos como el tráfico ilícito de drogas, terrorismo, tratas de personas, etc., que general las ganancias ilegales. Cesar HINOSTROZA PARIACHI al respecto señala que: «La Ley, en forma descriptiva, enumera todos los delitos fuente exigiendo en el sujeto activo conocimiento o presunción

[523] CASTILLO ALVA, José Luis, *op. cit.*, p. 342.
[524] *Ibidem*, pp. 342 a 343.

que el dinero, bien, efecto o ganancia proceda de alguno de estos delitos. Sin embargo, para determinar el conocimiento o presunción, debe existir datos concretos, reveladores del comportamiento delictivo previo, pues de lo contrario no estaríamos frente al lavado de activos»[525].

La precisión indubitable a conductas punibles hace referencia a acciones u omisiones individuales específicas y determinadas que permiten establecer los hecho productores de las ganancias, que luego darán lugar a las operaciones de blanqueo por los actos de conversión, transferencia, por lo tanto la ley no sólo hace referencia a un genérico e innominado delito previo, sino que exige que se pruebe conductas que por su propia naturaleza debe contener ciertas propiedades que se ubican en el tiempo y espacio[526]. Esto es, que al momento de calificar la denuncia penal del Ministerio Público y a lo largo de la instrucción, el Juez Penal, vinculado al principio de legalidad penal, tiene que verificar que en el hecho imputado se postule un delito previo, reitero, previo al delito de lavado de activos; y que este delito fuente o delito previo generador de las ganancias ilícitas que van a ser objeto de lavado de activos, tiene que estar postulado de forma clara y precisa, estableciendo la circunstancia de espacio y tiempo, esto es, cuando y en donde se realizó y por supuesto que sea previo al acto de lavado de activos imputado.

Este criterio se viene aplicando en la Sala Penal Nacional conforme exponemos a continuación:

Caso Nº 18-2009, Sala Penal Nacional - Delito de lavado de activos provenientes del narcotráfico:	
1.- Acusación sustancia de la Segunda Fiscalía Superior Especializada contra la Criminalidad Organizada, del 7 de agosto del 2009:	Primero: Que el 08 de mayo del 2003 en el almacén de carga de la Compañía Lan Chile ..., se produjo el decomiso de 182.780 kilogramos de clorhidrato de cocaína acondicionada en doce toldos de lona con estructura metálica lista para ser embarcada con destino a la ciudad de Toronto ... motivando la apertura de investigación financiera tendientes a establecer presuntas actividades de lavado de activos procedentes del TID, de la cual se estableció que Carlos Alberto Lam Rodríguez, sería el principal coordinador y responsable de la exportación de la droga al extranjero.Segundo: Se tiene que el procesado Lam Rodríguez conjuntamente con su cónyuge Cecilia Isabel Ishikawua Pérez, son propietarios del inmueble ..., el mismo que aparece registrado a nombre de Marino Ernesto Bracamonte Matute, se tiene información que estuvo

[525] HINOSTROZA PARIACHI, César, *op. cit.*, p. 118.
[526] *Ibidem*, p. 343.

	ocupado por Ishikawa Pérez y sus menores hijos habidos con Lam Rodríguez, pues dicho inmueble fue adquirido como terreno el 12 de marzo de 1998, por la suma de 17,000 dólares, no habiendo los esposos acreditado instrumentalmente que los ingresos percibidos por las diversas actividades laborales y comerciales que han referido a nivel policial ... presumiéndose que parte del dinero utilizado en esta construcción provenga de las actividades ilícitas de trafico de drogas ..., coligiéndose que la adquisición realizada por Mariano Ernesto Bracamonte Matute, sería un acto simulado con la finalidad de ocultar la titularidad sobre el mismo de los esposos Lam-Ishikawa ... formulo acusación contra: Carlos Lam Rodríguez ... en calidad de autores, por el delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, en su modalidad de actos de conversión y de actos de ocultamiento y tenencia... Contra Cecilia Isabel Ishikawa Pérez ..., Mariano Ernesto Bracamonte Matute ..., en calidad de autores..., por el delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas...
2.- Control de la acusación escrita por parte de la Sala Penal Nacional mediante resolución N° 1085 de fecha 11 de noviembre de 2009:	Declaró insubsistente la acusación, estableciendo que es necesario precisar en espacio y tiempo el delito fuente-o delito previo del acto de lavado de activos al precisar: «el representante del Ministerio Público no ha precisado respecto de Mariano Ernesto Bracamonte Matute y demás comprendidos, las circunstancias ni fechas en los que se habría perpetrado el delito previo o delito fuente, y del que los procesados habrían tenido conocimiento, que procedían las ganancias ilícitas que se blanquearon, y por el que se les ha comprendido en la presente causa instaurada por el delito de lavado de activos a trace procesados, como tampoco ha detallado el tipo de intervención de cada uno de ellos en dichos hechos, por lo que se deberá precisar como corresponde en su dictamen.
3.- Como consecuencia del control de la acusación escrita, la Fiscal Adjunta María Maguiña Torres emitió un nuevo dictamen de fecha 30 de diciembre de 2009, en el que opinó no haber mérito para pasar a juicio oral contra Marino Bracamonte	«Si bien es cierto existen indicios de que Carlos Lam Rodríguez, se dedica al tráfico ilícito de drogas, conforme se aprecia del proceso que se le sigue actualmente, se debe tener en cuenta que con fecha anterior al año 1998, no se tiene conocimiento que habría desarrollado esta conducta ilícita; en consecuencia, este Ministerio se ve imposibilitado de formular acusación contra Mariano Ernesto Bracamonte Matute, al no haberse determinado que el inmueble ... que le fue vendido por Carlos Lam Rodríguez, haya sido adquirido con dinero ilícito, toda vez que los hechos del delito precedente de lavado de activos datan del 8 de mayo del 2003, intervención que fue realizada como resultado del procedimiento especial efectuado en Canadá el 07 de octubre del 2002. Asimismo, no es posible formular acusación en este extremo, es decir con respecto a la adquisición del inmueble materia de análisis, contra los

Matute por el delito de lavado de activos proveniente del TID, toda vez que el delito fuente o delito previo es posterior al supuesto acto de lavado de activos que se le imputaba como veremos a continuación:	procesados Carlos Alberto Lam Rodríguez y Cecilia Isabel Ishikawa Pérez toda vez que ellos adquirieron el inmueble en 1998, años antes de la intervención que se realizó el 08 de mayo del 2003, vinculada a actos de tráfico ilícito de drogas, así como la intervención efectuada en Canadá el 07 de octubre del 2002, argumento que ha sido recogido en los fundamentos de hecho por el Fiscal Provincial, habiendo fijado un parámetro para la conducta de Lavado de Activos que se les imputa a los procesados citados...»
4.- La Sala Penal Nacional, en la resolución N° 650 emitida en el incidente N° 18-09-B, del mismo proceso penal que se le sigue a Carlos Lam Rodríguez y otros por el delito de lavado de activos provenientes del narcotráfico señaló lo siguiente:	«Por último, en lo que respecta a la tipicidad subjetiva, es de advertirse que como ya se ha mencionado, la fecha de suscripción del contrato de compra venta con pacto de retroventa se realizó meses antes de ocurrido los hechos que dieron inicio a la investigación judicial penal por delito de tráfico ilícito de drogas, y que luego diera lugar a la presente causa por delito de lavado de activos proveniente del TID, no pudiéndose exigir por tanto al accionante la presunción o conocimiento de una procedencia ilícita del dinero, efecto o ganancia». En este fundamento la Sala Penal Nacional no hace otra cosa que reconocer que el tipo penal de lavado de activos está estructurado o requiere del elemento normativo objetivo: origen ilícito de los bienes o delito fuente o delito previo generador del dinero, bienes, efecto o ganancias.

Dicho criterio también es recogido por el Juez del Segundo Juzgado Penal Supraprovincial, siguiendo a la doctrina que sustenta HINOSTROZA PARIACHI, en el auto apertorio de instrucción de fecha 7 de mayo del 2010 en la instrucción N° 10-20010 que se sigue a la familia Sánchez Paredes por delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, señala que como requisito indispensable por el principio de legalidad, aparte de postularse en el hecho imputado el delito previo circunstanciado en espacio y tiempo, se requiere además que este delito previo tiene que haber generado ganancias ilegales, conforme lo sostiene en la página número 7: «Ahora bien esta judicatura, considera necesario precisar que en armonía con la doctrina nacional, que la exigencia legal, expresa e inderogable, del delito previo o precedente se debe añadir como exigencia legal implícita -absurdamente descuidada- la existencia y acreditación de una operación criminal exitosa que produzca utilidades. Puede haber

delitos precedentes que no generen ganancias o que sean operaciones criminales fracasadas (cargamento de droga incautada, trata de blancas frustrada, etc.) y que nunca podrá ser utilizada como un hecho o delito fuente configurador de lavado de activos, sencillamente porque no ha generado beneficio económico alguno».

11.1. Autonomía del delito y prueba en el marco de la Nueva Ley de Lavado de Activos

La nueva Ley de Lavado de Activos, Decreto Legislativo N° 1106, del 19 de abril del 2012, en su artículo 10, dota de autonomía sustantiva al delito de lavado de activos, al prescribir que:

> «El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria.
>
> El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.
>
> También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias».

El lavado de dinero es una figura instrumental que nace como forma de combatir a la criminalidad organizada. Es en ese contexto y en ese ámbito que se deben estructurar los delitos subyacentes. Es decir, no es posible sostener que cualquier delito puede ser delito antecedente porque se desnaturaliza la finalidad de la persecución del lavado de

capitales. El manejo de fondos o bienes provenientes de cualquier delito está suficientemente tutelado con las figuras del encubrimiento y la receptación. En cambio, el modelo de prevención administrativa del lavado de activos, para ser eficaz, debe limitarse a aquellas conductas propias de la delincuencia organizada.

Para delimitar y acotar la nómina de delitos subyacentes en esa dirección, nos parece acertado recurrir al concepto manejado por Fernández de "delitos de comercio ilícito". Fernández señala al respecto que «el concepto de «delito de comercio ilícito» debe ser interpretado en un sentido amplio, es decir, delitos que producen regularmente beneficios económicos, materializados fundamentalmente en dinero, y por tanto, necesitados de procesos regulares de reintroducción en la economía legal». Kierp-Napfel otorga una definición complementaria de delitos de «comercio ilícito» relacionada estrechamente con la criminalidad organizada. Señala que estos delitos consisten en «la comisión, organizada colectivamente, de graves delitos para suministrar regularmente a la población o a individuos, bienes o servicios cuya oferta o adquisición esté prohibida». Con este concepto la nómina de delitos antecedentes necesariamente debería acotarse a delitos graves y llevados a cabo mediante estructuras asociativas. Esto condice con las posturas que ven en el lavado de dinero una lesión al orden económico, y para evitar que se violente el principio de mínima intervención del derecho penal, no solo las conductas subyacentes deberían ser propias de estructuras criminales sino también estar revestidas de gravedad económica.

Es indudable que el lavado de dinero es una expresión de la delincuencia organizada. La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, aprobada en Uruguay por Ley N° 17.961 de 15 de diciembre de 2004, lo caracteriza como un delito típico del crimen organizado en su artículo 6°. Por ello, este análisis debe ser precedido de una breve descripción de lo que llamamos delincuencia o crimen organizado. Desentrañar este concepto, nos permitirá luego abordar la problemática de cómo puede el derecho penal –si es que puede– combatir el lavado de activos. En esta dirección, un primer elemento que es necesario reconocer para identificar a una organización criminal es el número de personas. Ello porque el tipo penal de crimen organizado es un delito plural. La legislación comparada se divide entre aquellas que fijan un número

mínimo y aquellas en que dicho número no figura precisado. Por ejemplo, el artículo 416 del Código Penal Italiano, al regular la asociación para delinquir fija ese número en tres personas. El ejemplo del otro caso es el artículo 450-1 del Código Penal Francés que caracteriza la asociación criminal como un grupo organizado establemente con la finalidad de cometer crímenes o delitos graves. No obstante, en las legislaciones en las que no se fija un número mínimo de personas existe opinión doctrinaria de que tres personas es la cantidad mínima necesaria para que se genere el especial peligro que comporta este delito[527].

12. Incorporación de la figura delictiva del autolavado desde abril del 2012 en adelante[528]

Ha quedado sentado que el principio rector en el ámbito del lavado de activos es que nadie puede responder dos veces por un mismo hecho, lo que excluye a los autores y partícipes del delito previo del círculo de posibles sujetos activos del delito posterior de lavado de activos. Este principio está presente de modo expreso en las legislaciones penales de los países europeos de raíz romano-germánica común a nuestro Derecho nacional, teniendo todos ellos como punto de partida su adaptación a la estructura dogmática general establecida por los instrumentos internacionales de otorgar al delito de lavado de activos un carácter encubridor que conduce a reconocer la impunidad del autoencubrimiento, y, por consiguiente, del autolavado.

El instrumento internacional que más claramente establece el privilegio del autoencubrimiento impune en el ámbito del lavado de activos es el Convenio del Consejo de Europa o Convención de Estrasburgo, que en el art. 6.2.b se decanta por la inaplicación del delito de blanqueo de dinero a la persona que comete el delito previo. Esta regulación trae como consecuencia dogmática que autor y partícipe del lavado de activos sólo puede ser la persona que realiza

---

[527] Ver para una mayor profundización ADRIASOLA, Gabriel, «El Lavado de Activos en Uruguay. Los riesgos de una autonomía desmedida», en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, José Urquizo Olaechea/ Nelson Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2012, pp. 35 y 36.

[528] Para dicho tópico inicialmente nos remitiremos al desarrollo y aportes del joven maestro penalista José Antonio CARO JOHN sobre la materia en el libro: *Dogmática Penal Aplicada*, ARA Editores, Lima, 2010, p. 197.

los actos de conversión y transferencia sobre activos de origen ilícitos generados por una tercera persona, mas no por él mismo.

En el caso peruano este principio rige desde la dación de la Ley 27765, Ley penal contra el lavado de activos, de 27 de junio de 2002. Si bien el principio no se lee de una forma expresa en esta ley, ello no impide su potencial de vigencia por cuanto la validez de los principios no depende de un reconocimiento expreso del mismo en una ley. Por lo tanto, el principio del autolavado impune rige plenamente para la investigación, juzgamiento y aplicación de la ley a los supuestos casos de lavado cometidos por el mismo autor del delito precedente a partir de la fecha en mención. Ahora bien, encontrándose vigente este principio sin ninguna causa que la limite, el 22 de junio de 2007 el legislador emitió el Decreto Legislativo 986, es decir, casi cinco años después de la entrada en vigor de la Ley 27765, mediante el cual incorpora considerables modificaciones a la ley antilavado originaria. Entre una de las modificaciones destaca el añadido de un último párrafo al art. 6 de la Ley 27765 con el siguiente tenor:

> «también podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavados de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias».

Las consecuencias extraíbles a partir de esta modificación son las siguientes:

a) La confirmación de la impunidad del autolavado a los hechos comprendidos en un espacio temporal entre el 27 de junio de 2002 y el 22 de julio de 2007;

b) La introducción en el Derecho nacional de una excepción legal al principio general informador de que el autor del delito previo generador de los bienes ilícitos no puede ser autor del delito de lavado.

La excepción a la impunidad del autolavado declarada por el D. Leg. 986 responde en realidad a la tendencia moderna de punir al máximo las acciones de lavado de activos en todas sus manifestaciones, sobre todo dentro del contexto de la anticipación de las barreras de la punibilidad en un mundo globalizado que se ve cada vez más afectado por una delincuencia de carácter transnacional. Justamente como el principio del autolavado impune se originó en los propios instrumentos internacionales, en ese mismo ámbito posteriormente se introdujeron

excepciones al mismo pero esta vez no de orden dogmáticas que proveen de garantía al ciudadano, sino de necesidades político-criminales orientadas a reprimir con mayor drasticidad estas conductas delictivas sin dejar pendientes cabos sueltos por donde los lavadores puedan sustraerse a las acciones de la justicia penal. En este contexto, la Convención de Palermo de noviembre de 2000, al referirse en el art. 6 a la penalización del blanqueo del producto del delito, dejó abierta la posibilidad a que los Estados miembros de las Naciones Unidas penalizaran el autolavado si así lo consideraban pertinente y acorde a las necesidades del ordenamiento nacional. La Convención en el art. 6.2.e establece a este respecto:

> «si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante».
>
> Los delitos tipificados en el referido párrafo 1 son:
>
> «i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; y ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito».

Encontrándose vigente en la legislación penal nacional la excepción al principio del autoencubrimiento impune a partir del 22 de julio de 2007 no puede extenderse el ámbito de su vigencia temporal a hechos anteriores a su nacimiento. La pérdida de la garantía fundamental para el ciudadano de no tener que responder por un acto de autoencubrimiento en el campo del lavado de activos se compensa con otra garantía derivada del principio de legalidad, el de la irretroactividad de la ley penal. Dicho de otro modo: a la vez de sobrecargar legalmente de imputación al ciudadano por la doble sanción a un solo hecho que representa el autolavado punible, el D. Leg. 986 viene a descargar de imputación al ciudadano que intervino en un autolavado en el periodo anterior a la existencia de dicho decreto, reafirmando así la garantía irrestricta de la impunidad del autolavado

de los hechos cometidos durante los casi cinco años de vigencia que tuvo el texto originario de la Ley 27765.

La clave para solucionar los casos de conflicto de leyes penales en el tiempo radica en precisar el «momento del hecho», concepto en el que se condensan en una unidad funcional tanto el comportamiento en su acontecer del mundo exterior como la conminación penal del mismo contenida en el supuesto típico de la ley penal. El momento del hecho es el elemento comunicador central a partir del cual se construye el principio de legalidad en los términos del art. 1, inc. 2.24.d de la Constitución, que dice: «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». A partir de estas consideraciones se entiende entonces que la ley penal aplicable es sólo aquélla vigente en el «momento del hecho» o vigente «al tiempo de cometerse» el hecho. La doctrina reconoce también bajo el principio tempus regit actum al supuesto exigido de aplicación de la ley sólo a los actos cometidos durante su vigencia. Ahora bien, el Código Penal concreta en el art. 6 la premisa constitucional antes señalada de una forma más adecuada a la materia que le toca resolver: «la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales». A la par de precisar que la ley penal es aplicable sólo a los hechos comprendidos durante su vigencia, el art. 6 añade la excepción de una posible aplicación a un momento diferente al de su vigencia. ¿Cuál es este momento? En realidad son dos: a) cuando el hecho fue cometido durante la vigencia de una ley, y luego aparece una posterior más benigna que, por ser más favorable al procesado, se aplica de forma retroactiva. La retroactividad benigna se deriva en nuestro sistema jurídico del art. 103, 2da. oración de la Constitución, que establece «la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo»; y, b) cuando el hecho fue cometido durante la vigencia de una antigua ley, la misma que a pesar de estar derogada, se aplica al caso de manera ultractiva por ser más favorable que la ley posterior.

Tanto la aplicación retroactiva como la ultractiva de la ley penal tienen como supuesto condicionante lo más favorable al reo. Por lo mismo, constituyen el anverso y reverso de la misma moneda porque,

por ejemplo, si se pretendiera aplicar el D. Leg. 986 a hechos acontecidos antes del 22 de julio de 2008, esta pretensión sólo reuniría el significado de una vulneración del principio de retroactividad benigna, que reclama más bien una aplicación ultractiva del tenor originario inmodificado de la Ley 27765 por ser la más benigna a todas luces dado que durante ese periodo de tiempo no existía siquiera un «momento del hecho» por ser impune la intervención en el lavado de los activos generados por el propio autor mediante el delito precedente.

En esto consiste la interpretación y aplicación de la ley penal acorde con el principio general del Estado de Derecho, donde el operador de justicia tiene que sujetar su interpretación al tenor literal de las leyes dentro de su espacio natural de vigencia temporal compaginado con el momento comisivo del hecho porque de esa manera no sólo expresa su juicio de valoración dentro de los contornos establecidos por la ley penal, sino que además materializa en su decisión las finalidades y valores del orden jurídico del Estado de Derecho. Por lo mismo, la aplicación del D. Leg. 986 a hechos anteriores a su vigencia sólo manifiesta una vulneración de los principios de irretroactividad de la ley penal con su excepción de la retroactividad benigna, esto es, una vulneración de los principios constitucionales que legitiman y fundamentan el Estado de Derecho. Lo acabado de mencionar es absolutamente aplicable a todos los casos donde existe una investigación abierta por la supuesta comisión de un autolavado acontecido en un espacio temporal delimitado desde el 27 de junio de 2002 hasta el 22 de julio de 2007. Para el caso materia de la presente consulta, significa entonces que no es válido desde una perspectiva jurídica someter a una investigación por lavado de activos los hechos ocurridos en los años 2005, 2003 y 1998, sobre los que actualmente está en curso otra investigación por supuesto delito de defraudación tributaria.

Toda pretensión de aplicar el D. Leg. 986 a supuestos de autolavado anteriores a su entrada en vigor sólo comunica una manifiesta afectación del principio de legalidad. El autolavado impune perdió esa característica el 22 de julio de 2007 a través del D. Leg. 986 que introdujo en el último párrafo del art. 6 de la Ley 27765 precisamente la posibilidad de someter a investigación por lavado a la misma persona que realizó las supuestas actividades ilícitas generadoras de los activos.

Insistir a pesar de esto en extender la investigación a un tiempo anterior a la entrada en vigor del D. Leg. 986 quebranta el principio de irretroactividad de la ley penal, el principio de culpabilidad, el non bis in idem, y sin duda, de otras más. En suma, todos los hechos comprendidos en la denuncia penal que se realizaron desde el 27 de junio de 2002, y en los años posteriores como 2003, 2004, 2005, 2006, hasta el 22 de julio de 2007 están además cubiertos jurídicamente por el privilegio del autolavado impune: ¡No son punibles!

Para una mejor comprensión nos remitimos al siguiente cuadro evolutivo:

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS
– Decreto Legislativo N° 736 del 8 de noviembre de 1991 que incorporó al lavado de activos como una modalidad del delito de tráfico ilícito de drogas a través de los artículos 296 A y 296 B[529]. **Esto es, solamente el delito de narcotráfico era delito fuente del delito de lavado de activos.**
– Ley N° 25404 del 26 de febrero de 1992 que de cierto modo restituyó la figura delictiva pero como una forma agravada de la receptación del artículo 195. **Mantiene como único delito fuente al narcotráfico.**
– Decreto Ley N° 25428 del 11 de abril de 1992 si reincorporó el lavado de activos en el delito de tráfico ilícito de drogas nuevamente como artículos 296 A y 296 B. **Sigue manteniendo al TID como único delito fuente o delito previo.**
– Ley N° 26223 del 21 de agosto de 1993 modificó el artículo 296 B. **Sigue manteniendo al TID como único delito fuente o delito previo.**
– Ley N° 27765 del 26 de junio del 2002. **Aquí recién se amplía el ámbito típico al ya no considerarse sólo como delito fuente al narcotráfico sino también al delito de defraudación tributaria entre otros.**
– Ley N° 28355 del 6 de octubre del 2004, modificó los artículos 3 y 7 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos.
– Ley N° 28950 del 16 de enero del 2007, modificó el artículo 6 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos.
– Decreto Legislativo N° 986 del 21 de julio del 2007, modificó los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos. **A partir de esta fecha la norma penal establece la posibilidad embrionaria –excluida en virtud del Decreto Legislativo N° 1106– de considerar autor del delito fuente también autor de lavado de activos.**
– **Decreto Legislativo N° 1106**, que incorpora el delito de auto lavado de activos.

[529] La Ley N° 25399 del 5 de febrero de 1992 derogó el decreto legislativo al considerar que el Poder Ejecutivo había sobrepasado el ámbito de la ley autoritativa.

En efecto, la nueva Ley de Lavado de Activos, Decreto Legislativo N° 1106, del 19 de abril del 2012, en el último párrafo del artículo 10, incorpora como figura típica el delito de autolavado, al estatuir que: «También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias».

13. El valor de los bienes objeto del delito de lavado de activos y la determinación de la pena

Es importante destacar que para el derecho penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, como la vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 278 del Código Penal de aquel país establece: «*Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiere, administre, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos, sea en un acto o por la reiteración de hecho diversos vinculados entre sí*».

No obstante ello, estando a lo establecido en el inciso 4 del artículo 46 del Código Penal, el juez deberá apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado realizada por el agente, a fin de evaluar debidamente el grado de desvalor que la conducta representa y graduar en función de ella la proporcionalidad de la pena aplicable. Cabe anotar, además, que en otros delitos como el de defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación especifica de la pena (Cfr. Artículo 3 del Decreto Legislativo 813 o Ley Penal Tributaria). Tal valor dinerario, en todo caso, puede servir de referencia al operador de justicia para poder diferenciar el significado material de la operación de lavado de activos realizados por el agente, y decidir razonadamente la aplicación de una pena proporcional en cada caso.

14. Las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas

El artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1106, del 19 de abril del 2012, establece consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas, si es que los delitos contemplados en los artículos 1°, 2° y 3° del referido Decreto Legislativo fueren cometidos en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización o servicios, para favorecerlos o encubrirlos, el juez deberá aplicar, según la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible, las siguientes consecuencias accesorias de manera alternativa o conjunta:

1. Multa con un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas Unidades Impositivas Tributarias.
2. Clausura definitiva de locales o establecimientos.
3. Suspensión de actividades por un plazo no mayor de tres años.
4. Prohibición de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
5. Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
6. Disolución de la persona jurídica.

Simultáneamente a la medida impuesta, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores, hasta por un periodo de dos años.

El cambio de la razón social o denominación de la persona jurídica o su reorganización societaria, no impide la aplicación de estas medidas.

15. El decomiso

El artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1106, del 19 de abril del 2012, prescribe que: «*En todos los casos el Juez resolverá la incautación o el decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, conforme a lo previsto en el artículo 102°*»

Dispositivo que es complementado con la segunda disposición complementaria final, rotulado «*Destino de bienes incautados o decomisados*», *al estipular que:* «*La administración del dinero, bienes, efectos*

o ganancias ilegales que hayan sido incautados por los delitos previstos en el presente Decreto Legislativo se adecuará a lo establecido en las disposiciones sobre la materia previstas en la legislación vigente».

16. Reglas de Investigación y la prueba del delito de lavado de activos

El artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1106, del 19 de abril del 2012, establece que: «*el Fiscal podrá solicitar al Juez el levantamiento del secreto bancario, el secreto de las comunicaciones, la reserva tributaria y la reserva bursátil. La información obtenida en estos casos sólo será utilizada en relación con la investigación de los hechos que la motivaron*».

16.1. La Prueba Indiciaria

El Acuerdo Plenario N°3-2010/CJ-116, del dieciséis de noviembre del 2010, condiciona la construcción de una causa probable de lavado de activos a partir de la prueba indiciaria, en efecto en el ítem 13 del Acuerdo Plenario analizado se deja sentado que: «*la prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaría –no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa–. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaría es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida –a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas- de los datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema Vinculante número RN-1912-2005/Piura, del 6 de septiembre de 2005 (Acuerdo Plenario número 1-2006/ESV-22, del 13deortubrede2006)*».

De esta forma, los integrantes en pleno de la Corte Suprema de Justicia de la República, se remiten de manera expresa a la Ejecutoria Suprema Vinculante número RN-1912-2005/Piura, del 6 de septiembre de 2005 (Acuerdo Plenario número 1-2006/ESV-22, del 13deortubrede2006), para dotar al órgano jurisdiccional de una estructura argumental en materia de prueba indiciaria que servirá de estructura general para operativizar el catálogo de los hechos bases o indicios que indicarían «*en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito*»; efectivamente, se destaca que: «*a partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de*

la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito»[530]. Temática jurisprudencial - probatoria en materia de lavado de activos que analizaremos, en consecuencia, desde la producción jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República (Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22) y el Tribunal Constitucional (sentencia del 13 de Octubre del 2008, Exp. N° 00728-2008-PHC/TC).

16.2. Desarrollo jurisprudencial en materia de prueba indiciaria por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República[531]

En cuanto a la prueba indiciaria la Suprema Instancia incide en los siguientes tópicos:

1.- Los requisitos materiales legitimadores de la prueba indiciaria:	**a).-** El hecho base ha de estar plenamente probado, por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. **b).-** Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa. **c).-** También concomitantes al hecho que se trata de probar - los indicios deben ser periféricos respecto al dato factico a probar, y desde luego no todos lo son. **d).-** Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí.
2.- El objeto de la prueba indiciaria:	Su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.
3.- El hecho base:	El hecho base ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno.

[530] Ver ítems 34 del Acuerdo Plenario N° 3-2010 CJ-116.
[531] Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22.

4.- La deducción, inferencia e inducción:	Que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo. **5.- Reglas de la lógica y de la experiencia[532]:** Las máximas de experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que debe decidirse en el proceso y de las singulares circunstancias de él, conquistadas con la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación han sido deducidos, y además de los cuales deben valer para nuevos casos[533].
6.- Clases de indicios:	Que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar– pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera.

16.3. Indicios en materia de lavado de activos

En materia de lavado de activos, a partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, se postulan los siguientes hechos bases:

---

[532] Que, el razonamiento jurídico parece haber sido el primer ejemplo de racionalidad conceptual. Por otra parte, supongo que la lógica formal fue un resultado del razonamiento legal y la democracia política en la primera sociedad que reconoció la libertad de palabra y litigio, a saber, las ciudades estados de la antigua Grecia. Aunque se ha hablado mucho de la lógica legal, en realidad el razonamiento jurídico no difiere formalmente de la argumentación científica o tecnológica. De hecho, se reduce a la deducción de consecuencias (por ejemplos veredictos) a partir de generalidades (leyes, máximas morales y normas de procedimiento) y datos (concernientes, por ejemplo, a los precedentes y actos delictivos). Por consiguiente, cualquier aplicación de una ley positiva obedece a la misma lógica que la aplicación de una ley científica para explicar o predecir un hecho. Vale decir, en ambos casos el patrón de inferencia es: Generalización (es) y Evidencia sobre hechos: Conclusión. Mario BUNGE, *Las Ciencias sociales en discusión, Una perspectiva filosófica*, Sudamericana, Buenos Aires, 1999, p. 396.

[533] LEONE, Giovanni, *Presunciones, ficciones e indicios, Compilación y extractos, op. cit.*, p. 33.

1.- Incremento inusual del patrimonio del imputado:	Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etcétera.
2.- Operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias:	Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificarse estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferro, etcétera.
3.- Indicio añadido:	La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.
4.- Ausencia de una explicación razonable:	La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios[534].
5.- La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas:	Ese vínculo o conexión –contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delito graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción– ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relacionado con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de un aumento de patrimonio durante el periodo de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.

[534] Tal situación, conforme aclaró la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto y en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen.

16.4. Operatividad de las máximas de la experiencia[535]

Hecho básico:	Máximas de la experiencia:	Hecho consecuencia:
El imputado detentó el cargo de presidente de la comisión de adquisiciones, en dicho ejercicio adquirió un costoso inmueble.	El presidente de la comisión de adquisiciones que adquiere un costoso inmueble sin acreditar la fuente económica, incurrió en actos colusivos, de los que provienen sus activos.	El imputado, es el auto del delito de autolavado de activos provenientes de la comisión de delitos contra la Administración Pública.

16.5. Operatividad de las máximas de la experiencia en materia de lavado de activos provenientes de delitos contra la Administración Pública

Hechos base:	Máximas de la experiencia:	Hecho consecuencia:
1.- Detentar o haber detentado la condición de funcionario o servidor público. **2.- Detentar o haber detentado entroncamiento con funcionario o servidor público.** **3.- El funcionario o servidor público haber detentado cargo que lo vincule directa o indirectamente a fuente de dinero, ya sea de particular o estatal.**	A partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial.	Sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito.

[535] CAFFERATA NORES, José, *La Prueba en el proceso penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2001, pp. 191 y 194, quien puntualiza en relación a «La tenencia de la *res furtiva*», que uno de los indicios más frecuentemente manejados en la práctica judicial es la tenencia de *la res furtiva*, de la cual se suele inferir la autoría de su sustracción. En estos casos, la univocidad del indicio estará directamente determinada por la proximidad, en el tiempo y en el espacio, del hecho indiciario con el hecho indicado. En cuanto estos comienzan a distanciarse en esas dimensiones, comienza también a aparecer la posibilidad de explicaciones compatibles con hipótesis distintas de la del hecho indicado. Otro supuesto ilustrativo es el referido por el tratadista Félix Enrique CHIRA VARGAS-MACHUCA, *Indicio, prueba indiciaria y pericias criminales*, Grijley, Lima, 2005, p. 87.

4.- Incremento inusual del patrimonio del imputado, familiar o persona vinculada al funcionario o servidor público[536]. **5.- Operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias[537].** **6.- Indicio añadido[538].** **7.- Ausencia de una explicación razonable[539].** **8.- La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas[540].**		

[536] Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etcétera.

[537] Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificarse estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferro, etcétera.

[538] La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

[539] La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios.

[540] Ese vínculo o conexión –contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delito graves: terrorismo, tráfico ilícito

16.6. Esquema de la estructura de la prueba por indicios

El indicio[541]:	La inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia[542] (deben tenerse en cuenta los principios de: normalidad, causalidad y oportunidad):	Hecho consecuencia[543]
1.- **Hechos básicos incriminadores**, por ejemplo: El imputado detentó la presidencia del comité de adquisiciones de pertrechos militares durante los meses julio y diciembre del año 2012. 2.- Durante ese intervalo y después de las adquisiciones adquirió inmuebles que no se condicen con sus ingresos. 3.- Se determinó que parte de los bienes son obsoletos e inoperativos.	1.-Inferencia o conexión racional «incriminante»: Debe haber un enlace preciso y directo según las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.	1.- Acreditación del auto lavado de activos provenientes de delitos contra la Administración Pública.

de drogas, corrupción- ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relacionado con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de un aumento de patrimonio durante el periodo de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.

541 Letra «a)» del inciso 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal, prescribe que: La prueba por indicios requiere: a) **Que el indicio esté probado.** Para un mejor abordaje global y objetivo, por parte del Juez sentenciador, debe bifurcarse en: 1.- Hechos básicos incriminados, y 2.- Hechos básicos no incriminadores o contra indicios.

542 Letra «b)» del inciso 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal.

543 Al respecto Leone señala que: la correlación lógica entre el indicio y el hecho a probar debe ser entendida en un doble sentido: en primer lugar, en sentido positivo, los indicios deben desembocar en una única conclusión; y en segundo lugar, en un sentido negativo, deben excluir radical y absolutamente cualquier otra conclusión. Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal, op. cit.*, p. 244.

2.- Contraindicios o hechos básicos no incriminadores[544], por ejemplo: el procesado demostró haber recibido una herencia justo antes de la adquisición de los inmuebles.	2.-No verificación de la inferencia o conexión racional «incriminante», que puede configurarse por la presentación de indicios consistentes.	2.-No acreditación del verbo típico:No existe prueba de cargo decisiva para afirmar la autoría del autolavado de activos, puesto que no puede descartarse la realidad, afirmada por el procesado, esto es, haber sido beneficiario de una herencia sustantiva.
Regla: Debe explicitarse los medios probatorios que lo acreditan[545].	**Regla:** Debe explicitarse la regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en que se sustenta la inferencia.	**Regla:** Superado los estadios anteriores, se debe explicitar qué elementos de la estructura típica o título de participación se infirió.

De esta forma debemos analizar toda la prueba de parte, practicada para desvirtuar los indicios y la conexión racional existente entre el hecho base y el hecho consecuencia.

16.7. Construcción normativa de la prueba indiciaria en el Código Procesal Penal

El inciso 3ero. del artículo 158 del Código Procesal penal establece que la prueba por indicio requiere:

a).- Que el indicio **esté probado.** Al respecto el numeral «c)» recalca que, cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que **no se presenten contraindicios consistentes.**	b).- Que **la inferencia esté basada** en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.	**c).- Hecho final - delito (hecho consecuencia o hecho indiciado)**[546].

[544] Por así exigirlo la sentencia del 8 de agosto del 2005, Exp. N° 4831-2005-PHC/ Tribunal Constitucional, donde se puntualiza que: de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de **no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso** (...). (el subrayado es nuestro). La letra «c)» del inciso 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal recalca la verificación negativa de los contraindicios de cara a la configuración de la prueba por indicios.

[545] El dato fáctico surgirá de los dichos del testigo, de la declaración del imputado, de un dictamen pericial, de una inspección judicial o cualquier otro medio. JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 583.

[546] El citado dispositivo procesal expresamente no lo consigna como elemento integrante de la prueba indiciaria, empero en el contexto de la argumentación se encuentra implícita.

16.7.1. Marco normativo de complementación

Artículo II del Título Preliminar (Presunción de inocencia):	1.- Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme **debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.**
Artículo 10 (Indicios de delitos en proceso extra penal):	Cuando en la sustanciación de un proceso extra-penal aparezcan indicios de la comisión de un delito de persecución pública el Juez de oficio o a pedido de parte, comunicará al Ministerio Público para los fines consiguientes.
Artículo 156, inciso 2 (Objeto de prueba):	No son objeto de prueba **las máximas de la experiencia, las Leyes naturales (...), lo imposible y lo notorio.**
Artículo 158, inciso 1 (valoración):	En la valoración de la prueba el Juez deberá **observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.**
Artículo 393, inciso 2 (Normas para la deliberación y votación):	El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a **examinarlas individualmente y luego conjuntamente** con las demás. La valoración probatoria **respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.**

16.7.2.- Marco normativo de protección

Art. 397, inciso 1 (Correlación entre acusación y sentencia):	La sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezca al imputado.
Art. 425, inciso 2 (Sentencia de Segunda Instancia):	La Sala Penal Superior sólo **valorará independientemente la prueba** actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba en segunda instancia.
Art. 429, inciso 4 (Causales para interponer recurso de casación):	Si la sentencia o auto ha sido expedido con **falta o manifiesta ilogicidad de la motivación**, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

Art. 439, inciso 1, 3 y 4 (Procedencia de la acción de revisión):	1.- Cuando después de una sentencia se dictara otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, **resulta de su contradicción la prueba de inocencia de alguno de los condenados.** 3.- Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, **carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.** 4.- Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado.

16.8. Identificación de los elementos integrantes de la prueba indiciaria regulados en el Código Procesal Penal

El inciso 3ero del artículo 158 del Código Procesal penal establece que la prueba por incidió requiere:

a).- Que el indicio **esté probado.** Al respecto el numeral «c)» recalca que, cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como **que no se presenten contra-indicios consistentes.**	**b).- Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.**	**c).- Hecho final - delito (hecho consecuencia o hecho indiciado)[547].**

Red categorial que organizamos de la siguiente forma:

1.- Probado:	El hecho base ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno[548].
2.- Contingente:	Aquello que puede ser de modos diferentes a lo que es en sí mismo (y que, para Aristóteles, es algo propio del ser móvil y sometido a cambio) y como aquello que no está libre de contradicción. Será, pues, posible aplicar tal distinción al proceso de conocimiento y hablar de un objeto de conocimiento necesario o contingente, o bien de un conocimiento que posea el carácter de conocimiento necesario o contingente[549].

[547] Expresamente no lo consigna como elemento integrante de la prueba indiciaria, empero en el contexto de la argumentación se encuentra implícita.

[548] Ver Considerando cuarto de la Ejecutoria del 6 de Septiembre del 2005, R.N. N° 1912-2005, y Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 del 13 de Octubre del 2006.

[549] MUÑOZ, Jacobo / VELARDE, Julián, *Compendio de epistemología*, Trotta, Madrid, 2000, p. 419.

3.- Plurales:	Los indicios deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa[550].
4.-Concordantes:	Según la consolidada elaboración de la jurisprudencia son concordantes los indicios lo que convergen todos hacia una reconstrucción lógica y unitaria del hecho[551].
5.-Convergentes:	Hay que poner de relieve que el efecto de refuerzo de la convergencia de los indicios se verifica solamente en caso de concurrencia de varios indicios autónomos y no en la hipótesis de múltiples indicios mediatos, que procedan de una misma hilación conjetural. En resumen, hay convergencia de indicios cuando, concurriendo, se completan recíprocamente de modo que forman una verdadera y propia prueba acumulativa[552].
6.-Contraindicios:	El juez debe pesar y comparar respectivamente las pruebas en contra aducidas, así también, cuando se trata de apreciar en su verdadero valor las acriminaciones que resultan de los indicios, importa considerar atentamente todos los hechos de un orden opuesto. Los contraindicios, por vía de conclusión, hacen ver poderosamente debilitados los indicios de cargo, en cuanto de ellos resulte a favor del acusado una explicación enteramente favorable de los hechos que parecían correlativos del delito[553].
7.- Consistentes (consistencia):	Duración, estabilidad, solidez. Trabazón, coherencia entre los elementos de un conjunto[554].
8.- Inferencias:	El proceso discursivo por el que alguien pasa de una información, una creencia o un conocimiento a otra creencia u otro (presunto) conocimiento. Por ejemplo, uno infiere: i) que dos y dos son cuatro a partir de

[550] Ver Considerando cuarto de la Ejecutoria del 6 de Septiembre del 2005, R.N. N° 1912-2005, y Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 del 13 de Octubre del 2006.

[551] TRAVERSI, Alessandro, *La Defensa penal - técnicas argumentativas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 53. Quien precisa que por lo demás no se requiere que tales requisitos coexistan todos y cada uno de los indicios que valorar, ya que el juicio sobre la gravedad, la precisión y la concordancia debe ser fruto de una valoración unitaria y sintética, no atomizada, de todas las pruebas objeto de consideración, de manera que permita colmar las lagunas que cada prueba contiene en sí misma.

[552] *Ibidem*, pp. 53 y 54.

[553] MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 373.

[554] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª ed., Madrid, 2001, p. 631.

	las nociones o definiciones que conoce de la suma aritmética y de los números en cuestión; o ii) que, a juzgar por todos los indicios, el mayordomo ha sido el culpable. En esta perspectiva epistémica, las inferencias siguen corriendo a cargo de algún agente discursivo y discurriendo en una dirección, pero ahora se mueven en un marco de creencias, presunciones y presuposiciones[555].
9.- Reglas de la lógica[556]:	La lógica es una ciencia que se ocupa del conocimiento humano en cuanto es argumental, es decir en su función inferencial, mediante la cual discurrimos, combinamos conocimientos, extremos conclusiones. Nuestro cerebro no se limita a captar y registrar datos; también –y es su característica más notable– los relaciona derivando unas información de otras, para fundamentar o concluir[557].
10.- Reglas de la ciencia[558]:	Los conceptos científicos son las unidades básicas del conocimiento científico y se expresan lingüísticamente en los términos de un leguaje. En ellos puede distinguirse dos elementos fundamentales: su contenido empírico y su contenido teórico. El contenido empírico, o extensión, es aquello a lo que refiere, y el contenido teórico es el conjunto de propiedades y relaciones que comprende. El primero está conectado con la investigación empírica, y el segundo, con los procedimientos teóricos a través de los que se

[555] MUÑOZ, Jacobo / VELARDE, Julián, *Compendio de epistemología, op. cit.*, p. 332.

[556] El Código Procesal Penal en la relación a las reglas de la lógica destaca lo siguiente: Inc.2 del art. 393. El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, **especialmente conforme a los principios de la lógica.**

[557] GARCÍA RESTREPO, Luis E., *Elementos de lógica para el Derecho*, Temis, Bogotá, 2008, p. 14. Agregando el citado autor que: Y como el derecho es una disciplina, por naturaleza, lógica, debe evitar los «pecados contra la lógica» como admitir o introducir contradicciones, inconsistencias o incoherencias (...). Los individuos se vuelven malos pensadores porque no reflexionan el tiempo suficiente, no buscan pruebas y, menos aún, contrapruebas, o dependen de alguna autoridad dogmática –incluida la propia– para sustentar sus juicios.

[558] Al respecto el maestro Michele TARUFFO destaca que: el fenómeno cada vez más relevante y frecuente del uso de «pruebas científicas» demuestra que no sólo no hay impermeabilidad alguna entre la determinación judicial de los hechos y el uso de metodologías científicas, sino que cada vez es más habitual que los hechos sean determinados científicamente en el proceso. Permanece así inalterable el carácter de específica «cientificidad» de la prueba, derivado del hecho de que ésta supone el uso de métodos y conocimientos que trascienden el saber del hombre medio, pero esto no impide que corresponda en todo caso al juez servirse de esas pruebas particulares en la determinación de los hechos. En *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 333. Por su parte el tratadista

	da cuenta de las propiedades del referente. Contenido empírico y teórico pueden modificarse con el desarrollo de la ciencia[559] [560]
11.- Reglas de la experiencia[561]:	Las máximas de experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que debe decidirse en el proceso y de las singulares circunstancias de él, conquistadas con la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación han sido deducidos, y además de los cuales deben valer para nuevos casos[562].

Antes de ingresar al desarrollo de los elementos configurantes de la prueba indiciaria, desde la óptica del Código Procesal Penal, pasaremos revista a su desarrollo por la doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Augusto M. MORELLO relieva que: El juez –y primero los letrados de partes al controlar su admisibilidad y observar las conclusiones (científicas) del dictamen o el de los consultores técnicos respectivos- deberá, por consiguiente, comprender (al conocer y asumir) el tema probatorio, primero desde el perfil científico que lo identifica y distingue y, recién después, interiorizarlo desde la vertiente del Derecho cubriéndolo con el manto jurídico y consecuentes derivaciones (jurídicas) que provocará en la sentencia. La Prueba científica. *En la Prueba - Tendencias modernas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 155.

559 GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, *Filosofía y metodología de las ciencias sociales*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 115.

560 El Código Procesal Penal en la relación a las conocimiento científicos destaca lo siguiente: Inc. 2 del art. 393: El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica (...) **y los conocimientos científicos**. El conocimiento científico, el proceso cognoscitivo en general, que se apoya en el conocimiento sensible, en la experiencia sensorial. Así mismo, como especie del conocimiento intelectual, el científico requiere de los actos del entendimiento, de los conceptos, de los juicios y de los raciocinios; se trata de «juicios sobre objetos que se fijan intelectualmente por otros juicios», y de «razonamientos que de juicios determinados permiten obtener otros juicios nuevos». CUELLO IRIARTE, Gustavo, *Derecho probatorio y pruebas penales*, Legis, Bogotá, 2008, p. 217.

561 El Código Procesal Penal en la relación a las conocimiento científicos destaca lo siguiente: **1).-** Inc. 2 del art. 156. **No son objeto de prueba las máximas de la experiencia**, las leyes naturales (...) y lo notorio; **2).-** Inc. 2 del art. 393: El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, **las máximas de la experiencia (...)**.

562 LEONE, Giovanni, *Presunciones, ficciones e indicios*, compilación y extractos - Fernando QUINCENO ALVAREZ, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002, p. 33.

16.9. El indicio y los estadios del proceso penal (la formalización de la investigación, la acusación y sentencia)

El Código Procesal Penal subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio, el avance o la conclusión del proceso a la concurrencia de determinados estados intelectuales del juez en relación a la verdad que se pretende descubrir[563]. En este orden de ideas, el inciso 3 del artículo 158 establece que: La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trata de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

Normatividad que resulte aplicable a los diferentes estadios de la configuración progresiva de la pretensión punitiva, así como de los distintos los actos procesales; estos son, por ejemplo:

1.- La investigación del delito (Art. 65):	1.- El Ministerio Público, en la investigación del delito, **deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos**, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión.
2.- Presupuestos materiales de la prisión preventiva (Art. 268):	1.- El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existen **fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión** de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
3.- Formalización y continuación de la investigación preparatoria (Art. 336):	1.- Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, **aparecen indicios**, reveladores de la existencia de un delito (...) dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.
4.- La acusación (Art. 349):	1.- La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá: (..) c) **Los elementos de convicción** que fundamenten el requerimiento acusatorio (...)[564].

[563] CAFFERATA NORES, José, *La Prueba en el proceso penal, op. cit.*, p. 9.

[564] El acta de acusación, que es la base del procedimiento en los delitos (...), debe contener conclusiones claras y terminantes, enumerando cada uno de los cargos que pesan sobre el acusado y los medios en apoyo de estos cargos. Debe hacer resaltar las inducciones que pueden sacarse del hecho alegado; después demostrar cómo se ha consignado este hecho mismo. BONNIER, Eduardo, *Tratado Teórico Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*, Hijos De Reus, Madrid, 1914, tomo Segundo, p. 456.

5.- Contenido del auto de enjuiciamiento (Art. 353):	2.- El auto de enjuiciamiento deberá indicar, bajo sanción de nulidad (...) b) **El delito o delitos materia de la acusación fiscal** (...) c) Los medios de prueba admitidos (...).
6.- Apertura del juicio y posición de las partes (Art. 371):	2.- Acto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y **las pruebas** que ofreció y fueron admitidas (...). Finalmente, **el defensor** del acusado **expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo** (léase contraindicios) ofrecidas y admitidas.
7.- Alegato oral del Fiscal (Art. 387):	1.- El Fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados **y las pruebas en que se fundan**, la calificación jurídica de los mismos (...).
8.- Normas para la deliberación y votación de la sentencia (Art. 393):	2.- El Juez Penal para **la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente** con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. 3.- La deliberación y votación se referirá a las siguientes cuestiones: (...) b) **Las relativas a la existencia del hecho y sus circunstancias.**
9.- Requisitos de la sentencia (Art. 394):	La sentencia contendrá: **2.- La enunciación de los hechos y circunstancias** objeto de la acusación (...). **3.- La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas** o improbadas.
10.- Causales del recurso de casación (Art. 429):	Son causales para interponer recurso de casación: (...) 4).- Si la sentencia o auto **ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación**, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

16.10. Casuística sobre prueba indiciaria[565]

Blanqueo de capitales- En la Sentencia del Tribunal Supremo 575/2003, de 14 de abril, se mencionan algunos indicios ordinariamente aplicados para determinar la comisión del delito de blanqueo de capitales, afirmándose que: la especial naturaleza de esta clase de delitos (blanqueo de bienes de procedencia delictiva) como modalidad de receptación, será difícil de acreditar a través de prueba directa, salvo en el insólito caso de que el autor de los hechos confiese el delito cometido.

[565] Al respecto ver: CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal, op. cit.*, pp. 956 y ss.

Nos dice en tal sentido la Sentencia Nº 433 de 15 de marzo de 2000 «que la prueba directa prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo que caracteriza al planteamiento comisivo de este tipo de delincuencia, por lo que la prueba indiciaria será la más usual».

Esta Sala ha acudido, para evidenciar la comisión de un delito de estas características a los siguientes indicios:

a) Incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevado importe, dinámica de las transmisiones o tratarse de efectivo, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.

b) Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

c) Constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas.

El Tribunal sentenciador de instancia dispuso de una pluralidad de indicios, interrelacionados entre sí, y todos ellos confluyentes, apuntando en la dirección de los actos delictivos que se trataba de demostrar. Se destacó, asimismo, la relevante intervención del recurrente en la posesión, adquisición y negociación de los bienes que se estiman resultado del blanqueo, y que ascienden a un patrimonio de 75 millones de pesetas, acumulados en un periodo aproximado de 3 años, lo que resultó altamente sospechoso y sugerente.

En el capítulo de las adquisiciones, se reseñan muchas de ellas en el «factum», completadas en la fundamentación jurídica; los testigos Gaspar, Cornelio y Agustín ponen de relieve las maniobras y actividades para que el dinero que el recurrente manejaba en efectivo se convirtiera en los bienes que sorprendentemente y sin fundamento económico, incrementaron de forma notoria el patrimonio de la acusada (ex esposa suya) y de su padre. Junto a tales datos, debemos añadir las absurdas explicaciones ofrecidas a ese espectacular aumento del patrimonio, todas ellas debidamente analizadas por el Tribunal Sentenciador.

Caso de indicios insuficientes:

Hecho básico.-	Falta de conexión racional:	Rechazo por el Ad quem de la siguiente «consecuencia»:
1.- Se declara como hechos probados que el recurrente era copropietario, junto con el también procesado Luis Bravo Ricardo, del Bar Alaska, de Barcelona, «lugar frecuentado por personas dedicadas al tráfico de drogas, situación que aquellos conocían y en la que participaban[566].	1.-Resulta evidente que de los hechos probados (copropiedad del bar y conocimiento de algunos clientes procesados) no se infiere razonablemente que el recurrente fuera autor de un delito de tráfico de drogas[567].	«se infiere con claridad la existencia de elementos suficientes para apreciar unas conductas incardinables en el tráfico de drogas», y se puede concluir, con el Ministerio Fiscal, que los consocios del bar estaban «más atentos a las consecuencias económicas del tráfico que a este en sí, indudablemente favorecido en el establecimiento que regentaban».

566 El anterior relato fáctico, según se lee en la resolución, se basa en las declaraciones de ambos coencausados asistentes al local, hecho este último coincidente con un informe policial. De lo anterior, según la Audiencia Nacional, «se infiere con claridad la existencia de elementos suficientes para apreciar unas conductas incardinables en el tráfico de drogas», y se puede concluir, con el Ministerio Fiscal, que los consocios del bar estaban «más atentos a las consecuencias económicas del tráfico que a este en sí, indudablemente favorecido en el establecimiento que regentaban».

567 Así lo reconoció la posterior Sentencia del Tribunal Supremo, con apoyo del Ministerio Fiscal, que en su informe declaró la inexistencia de indicios suficientes a través de los cuales se pudiese concluir sin arbitrariedad que el procesado participaba en el tráfico de drogas. En efecto, ninguno de las pruebas practicadas constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, y de ellas no se deduce lógicamente la autoría, por parte del recurrente, del tipo por el cual fue condenado. La resolución motivada no contiene una motivación suficiente del juicio de inferencia, el cual por su debilidad y apertura, cabría que condujese a conclusiones alternativas, sin que ninguna de ellas pudiera considerarse efectivamente probada. En suma, la prueba indiciaria tampoco fue en este caso prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente. Tal vulneración constitucional no fue reparada por el Tribunal Supremo al dictar su Sentencia en casación. En esta, como se ha dicho, se declara que «no existe un apoyo indiciario del razonamiento de la Audiencia» para condenar al recurrente como participante en el tráfico de drogas, pero se concluye que sí existió base probatoria suficiente para condenarle como autor de ese delito por omisión, en función de su «posición de garante en relación a la comisión de delitos de carácter grave» dentro del ámbito cerrado constituido por el local comercial de su titularidad. Los hechos probados, según la Sala Segunda del Tribunal Supremo, permitirían concluir una «participación omisiva en el delito».

16.11. La tarea de la defensa técnica en materia de prueba indiciaria (Identificación de debilidades en materia de prueba indiciaria, pasibles de ser capitalizadas por la defensa técnica)

Conforme lo recalca la exposición de motivos del Código Procesal Penal, la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal, desarrollándose el proceso conforme a los principios de contradicción e igualdad[568], lo que exige que el abordaje de las instituciones del citado cuerpo normativo tenga que referirse, aunque vía pinceladas generales, a las distintas líneas de acción que podrá adoptar la defensa técnica en el contexto de una imputación penal bajo los cánones de la prueba indiciaria.

Para dicha tarea tendremos como referente metodológico la reciente sentencia del 13 de octubre del 2008[569], que da cuenta y pone en evidencia las debilidades y deficiencias de los operadores judiciales, exteriorizada y concretizada en la Ejecutoria Suprema del 22 de enero del 2007, observaciones y cuestionamientos, por lo demás, trasladables a los demás órganos jurisdiccionales y, por excelencia y prioritariamente, a los representantes del Ministerio Público en los

---

Sin embargo el anterior juicio condenatorio tampoco se basa en una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, entendida como «aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituya el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por una parte, y, por la otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad». En efecto, de los hechos acreditados no se concluye unívocamente que el recurrente conociera las actividades delictivas concretas que se dice venían realizándose en su bar. En segundo lugar tampoco resulta acreditada la existencia misma del tráfico en éste, que simplemente se presume. Por ello no quedan probados ni el elemento subjetivo ni el objetivo del tipo delictivo que se imputa al recurrente.

568 Inc. 1, del Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal: Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir en plena igualdad, en la actividad probatoria; y en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes.

569 Exp. N° 00728-2008-PHC/Tribunal Constitucional.

supuestos de sostenibilidad de su pretensión punitiva bajo los causes de la prueba indiciaria, explícita o tácitamente, quienes de conformidad al artículo IV del Título Preliminar del Código Penal tienen el deber de la carga de la prueba[570].

16.12. Síntesis de los cuestionamientos efectuados por el Tribunal Constitucional a la aplicación de la prueba indiciaria efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la República

Resulta ilustrativo para los fines de la defensa técnica como el Supremo Intérprete de la Constitución, partiendo del análisis crítico de la ejecutoria suprema del 22 de enero del 2007, fijó las siguientes pautas metodológicas para rebatir una sentencia condenatoria «sustentada» en prueba indiciaria; metodología que también deviene en una herramienta crítica para cuestionar las diferentes exteriorizaciones de la pretensión punitiva por parte del Ministerio Público, estas son:

1.- Deficiencia en la motivación interna en su manifestación de falta de corrección lógica:	El Tribunal penal **parte de la sentada premisa de que al existir desproporcionalidad en las heridas**, esto es, supuestamente 4 heridas en la accionante frente a las 60 heridas que presentó la occisa, la recurrente «es autora del resultado muerte», y más aún que [estas heridas] fueron ocasionadas «con violencia». El Tribunal penal **parte de la premisa de que en un contexto de forcejeo y de lucha entre madre e hija con el uso de instrumentos cortantes (cuchillos), ambas partes contendientes necesariamente deben presentar igual cantidad de heridas en el cuerpo; de no ser así, concluye que quien presente menos heridas, será sin duda el sujeto activo del delito de parricidio, mientras que aquel que presente más heridas será el sujeto pasivo de dicho ilícito.** De esta conclusión, se advierte que el razonamiento **se basa más en criterios cuantitativos antes que en aspectos cualitativos** como sería de esperar, permitiendo calificar de manera indebida los criterios cuantitativos como supuestos jurídicamente no infalibles, lo que es manifiestamente arbitrario; **pues, en efecto, puede ocurrir todo lo contrario, que quien presente menos heridas sea en realidad el sujeto pasivo del delito de parricidio (*incluso con una sola herida*), y que quien presente más heridas en el cuerpo sea en puridad el autor de dicho ilícito; de lo que se colige que esta-**

570 Inc. 1 del art. IV del Título Preliminar del Código de Procedimientos Penales: El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.

	mos ante una inferencia inmediata indeterminada o excesivamente abierta, que da lugar a más de un resultado posible como conclusión. La balanza de la *justicia constitucional* no puede permitir la inclinación hacia una conclusión en un determinado sentido cuando de por medio existen otras conclusiones como posibles resultados (cuanto mayor es la distancia, y por tanto mayor es el número de probabilidades, menor es el grado de certeza de la inferencia).
2.- Deficiencia en la motivación interna en su manifestación de falta de coherencia narrativa:	El magistrado Román Santisteban, en su voto dirimente, **en un primer momento señala que, la occisa agarró «*otro cuchillo* [el tercero] *con el que la atacó* [a la acusada**, ocasionándole un corte en la región palmar de la mano derecha], *dando lugar a que la acusada que portaba un cuchillo de cocina que había cogido anteriormente, comenzó a atacarla, mientras que la damnificada hacía lo mismo*»; sin embargo, en líneas posteriores, **sin mediar fundamentación ni explicación alguna, concluye que «*la occisa privilegió la agresión con un elemento de menor peligrosidad (objeto contundente duro o inclusive sus propios puños), la encausada utilizó primordialmente el arma cortante que portaba en la manos*»**. Según se puede apreciar de la propia argumentación efectuada por la Sala Penal, **ésta presenta una gruesa incoherencia en su narración** que no permite establecer con claridad la línea de producción de los hechos, y más arbitrariamente, invierte la realidad de los mismos, los que, según la propia Sala penal estuvieron «fehacientemente probados», por lo que existen suficientes elementos de juicio que invalidan la decisión cuestionada por ser *arbitraria* e incoherente.
3.- Deficiencia en la justificación externa:	De otro lado, del fundamentos **14.** a) y c), se desprende que el Tribunal penal ha establecido que **i)** se ha producido como resultado la muerte de María del Carmen Hilares Martínez, y luego **ii)** ha llegado a la conclusión de que **ese resultado ha sido causado por la accionante** Giuliana Flor de María Llamoja Hilares, **al inferirle una herida cortante en la zona de la carótida izquierda**; sin embargo, **no se han expuesto las razones objetivas que sustentan la vinculación de la acusada con el hecho atribuido.** Es decir, que en el camino a la conclusión no se ha explicitado o exteriorizado las circunstancias fácticas que permiten llegar a dicha conclusión, esto es, que **no se identifican debidamente las razones o justificaciones en la que se sustentarían tales premisas y su conclusión**, pareciendo más bien, que se trataría de un hecho atribuido en nombre del libre convencimiento y fruto de un decisionismo inmotivado antes que el producto de un juicio

	racional y objetivo. Y es que, si no se dan a conocer las razones que sustentan las premisas fácticas, tal razonamiento efectuado se mantendrá en secreto y en la conciencia de sus autores, y por consiguiente fallará la motivación en esta parte.
4.- Indebida motivación respecto al procedimiento de la prueba indiciaria:	No ha explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico, esto es, no ha explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico le ha motivado dicha conclusión.En consecuencia, al no haber obrado de ese modo, la ejecutoria suprema resulta una vez más arbitraria y, por tanto, inconstitucional. ¿Es constitucional sustentar una condena en base a la prueba indiciaria si en la sentencia no se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Definitivamente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y falte el hecho base y más aun que falte el enlace o razonamiento deductivo.

16.13. De la configuración de la pretensión punitiva del representante del Ministerio Público, vía prueba indiciaria

Cuando se trata del acto de prueba de la parte acusadora, la finalidad es persuadir al tribunal, con grado de certeza, acerca de todos y cada uno de los elementos configuradores de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre uno o más de los extremos de esa imputación, puntualizándose que la parte acusada no requiere crear certeza sobre los hechos que ella afirma para lograr la absolución, sino que, por el contrario, le basta con afectar la fuerza persuasiva de los hechos que fundamentan la acusación[571]. Lo expuesto, requiere por parte de la defensa técnica, tener en claro, diríamos más que el propio titular de la carga de la prueba, los parámetros y exigencias para conformar y configurar la pretensión punitiva, vía prueba indiciaria, en sus distintos estadios del proceso penal.

La primera idea es que la prueba no habla por sí sola, la prueba siempre consiste en versiones, relatos subjetivos y parciales, compuestos por un conjunto de información heterogénea en cuanto a su origen, amplitud y calidad (de manera que no hay tal cosa como asumir que la prueba simplemente «revela la verdad»). Como contracara, no

[571] *Ibidem*, pp. 68 y 76.

importa qué tan deliciosa sea la información que una prueba contiene en relación con el caso, si dicha información es entregada de una forma tan estratégicamente torpe y defectuosa que su contribución disminuya ostensiblemente, allí donde dicha información realmente ayuda a reconstruir los hechos. Lo que nos interesa destacar a estas alturas es que concebir el juicio estratégicamente[572] importa asumir que la prueba no habla por sí sola, sino a través de los litigantes; y los litigantes pueden presentarla de manera que ella revele en toda su plenitud la información que posee, o bien puede hacerlo de un modo que dicha información naufrague en un mar de detalles insignificantes, pase inadvertida por otras miles razones, pierda credibilidad, omita información o la entregue de un modo que no convoque adecuadamente la atención del tribunal[573].

Acorde a lo expuesto, proponemos el siguiente esquema para el manejo de la prueba indiciaria, a efectos de estimular la competencia entre los sujetos procesales, en un entorno de juego justo garantizado por el órgano decisor:

16.14. Litigación penal en materia de prueba indiciaria

Para el desarrollo del presente ítems haremos referente al rótulo «Algunas observaciones respecto a las proposición fácticas» del libro titulado: «Litigación Penal/Juicio oral y Prueba»[574] en la que se formula la interrogante: ¿Cuál es el test para evaluar la calidad de una proposición fáctica (en nuestro caso el indicio)? El «test de la superposición»: mientras más esté mi contraparte en condiciones de superponer a esa misma proposición fáctica otra interpretación al menos igualmente razonable y creíble de esos hechos, más débil ella es. Trasladando dicho postulado a la prueba indiciaria, podemos afirmar que los indicios son débiles cuando desembocan en más de una conclusión.

Es decir, que cuando se trata de probar y argumentar por medio de indicios se debe tener cuidado de realizar las siguientes tres

---

572 En este orden de idean, el inciso 4 del artículo 65 del Código Procesal Penal, se recalca que, desde la etapa de la investigación del delito: corresponde al Fiscal decidir **la estrategia de la investigación adecuada al caso.**

573 BAYTELMAN A., Andres / DUCE J., Mauricio, *Litigación Penal - Juicio Oral y Prueba, op. cit.*, p. 7.

574 BAYTELMAN A., Andres / DUCE J., Mauricio, *Litigación Penal - Juicio Oral y Prueba, op. cit.*, p. 99.

operaciones: primero, mencionar la proposición que es objeto de demostración, por ejemplo, el acusado tenía en su poder la cosa hurtada; segundo, probar ese hecho indicador, de que en realidad tenía la cosa; tercero, realizar la inferencia lógica o la conexión entre el hecho indicador y el hecho indicado. Esa conexión tiene verdadera fuerza argumentativa cuando es unívoca, cuando el hecho desconocido lleva al hecho desconocido. Si el hecho conocido por ejemplo tiene varias causas se vuelve equívoco, pierde fuerza argumentativa. Es decir, se conoce que una persona tenía manchas de sangre en su camisa pertenecientes al occiso. Este hecho puede ser equívoco, porque las manchas pueden tener su origen en el auxilio que se le prestó a la víctima o porque se manchó al momento de matar. Hay dos causas, una debe ser descartada.

Cuando la equivocación se hace recaer en la prueba del hecho indicador, los errores susceptibles de ser planteados son los siguientes: a).- De hecho por falso juicio de existencia, que tiene ocurrencia cuando se supone esa prueba o se omite considerar otra que la desvirtúa; b).- De hecho por falso juicio de identidad, que ocurre cuando se distorsiona su contenido físico; y c).- De hecho por falso raciocinio, que sucede cuando la premisa obtenida a partir de la prueba del hecho indicador, desde la cual se construirá el juicio lógico, fue el producto de un razonamiento apartado de las reglas de la sana crítica.

La inferencia lógica sólo es atacable por error de hecho por falso raciocinio y es carga del casacionista en tal eventualidad, aparte de probar la trascendencia, demostrarle a la Corte que el proceso intelectual que condujo a inferir la existencia del otro hecho fue irrespetuoso de la sana crítica, es decir, que contravino las leyes científicas, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia[575]. En la reciente producción casatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en torno a la aplicación del Código Procesal Penal, se recalca que: 1).- toda decisión jurisdiccional ha de estar motivada mediante un razonamiento jurídico (...) lo que a su vez permite controlar si la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica racional y la legalidad (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N° 05-2007-Huaura, Resolución del 11de Octubre

[575] CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, *Oralidad, debate y argumentación*, Ibáñez, Bogotá, 2006, pp. 216 y ss.

del 2007), y **2).-** El motivo casacional de defecto de motivación comprende dos supuestos: falta de ilogicidad de la motivación, que hace mención a la vulneración de las reglas de la lógica, de la experiencia, de la ciencia o de la psicología en la apreciación de la prueba (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N° 03-2007-Huaura, Resolución del 20 de Agosto del 2007)[576].

Por su parte, A. TRAVERSI destaca que: en el proceso basado en indicios, la tarea principal de la defensa es la de demostrar que no subsisten tales requisitos. Lo que puede suceder, o poniendo de relieve la ligereza y la superficialidad de cada indicio, o bien contraponiendo los indicios favorables a los acusatorios para insinuar la duda acerca de la aparente concordancia de éstos últimos[577]. Finalmente el tratadista peruano Reyna Alfaro recalca que es necesario que las inferencias que se formulan respecto a la prueba deben ser razonables, lo cual supone, en primer lugar, que las inferencias que se formulan no deben derivar de exageración de la prueba y, en segundo lugar, que las inferencias deben provenir del uso de las reglas lógicas. Esto, ciertamente, no resulta tarea sencilla cuando el abogado, como ser humano que es, pierde la objetividad y se deja llevar por apasionamiento[578].

16.15. Aplicación de la Prueba Indiciaria en materia de lavado de activos provenientes de delitos contra la Administración Pública

16.15.1. El delito fuente y la prueba en el delito de lavado de activos

Como ha quedado expuesto, el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente

---

[576] VILLAVICENCIO RÍOS, Frezia Sissi / REYES ALVARADO, Víctor Raúl, *El nuevo Código Procesal Penal en la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 301, 306 y 319; quienes recalcan que: existen «zonas abiertas» accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgado de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

[577] TRAVERSI, Alessandro, *La Defensa penal - técnicas argumentativas, op. cit.*, p. 54.

[578] REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Litigación estratégica y técnicas de persuasión*, Grijley, Lima, 2009, p. 229.

pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero. Los denominados «delitos fuente» han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares –obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada– que generen ganancias ilegales –su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso–, con excepción del delito de receptación. Así consta en el artículo 6° de la Ley de lavado de activos – modificada por el Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007; para una mayor ilustración proponemos el siguiente cuadro:

I.- El delito fuente:	II.- La ganancia ilegal:	III.- Integración a la economía o al sistema financiero de la ganancia ilegal:
1.- La exigencia de la comisión de un delito previo, cuya realización haya generado una ganancia ilegal.	La lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal, para su incautación y decomiso.	1.- El agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero la ganancia ilegal generada por la comisión del delito previo.
2.- Los denominados «delitos fuente» han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, se agregan delitos similares, obviamente graves, sancionados con penas privativas de libertad significativas y **realizados tendencialmente en delincuencia organizada.**		2.- Pretende sustraer del sistema de persecución estatal, para su incautación y decomiso. 3.- Desde la tipicidad objetiva se castiga tanto los actos de conversión y transferencia como los actos de ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de origen delictivo que dificultan la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

En orden a las exigencias del derecho probatorio penal es de tener en cuenta que la Ley Penal contra el Lavado de Activos, desde la tipicidad objetiva, castiga tanto los actos de conversión y transferencia

como los actos de ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de origen delictivo que dificultan la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

Desde la tipicidad subjetiva, el tipo legal exige al agente, de un lado, el dolo directo, es decir, el conocimiento seguro del origen ilícito del objeto delictivo, y, de otro, el dolo eventual, esto es, que sólo pueda presumir el origen delictivo del referido objeto, que tenga la probabilidad de saberlo. Se castiga, por consiguiente, ambas modalidades de dolo. Su conocimiento, por cierto, se refiere al hecho y sus circunstancias pero no a la calificación jurídica; y éste –el dolo– ha de ser antecedente o concurrente en la acción.

Ahora bien, dos son las cuestiones relevantes que es del caso precisar:

16.15.2. La determinación del origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias

No es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación:	**1.1.-** El artículo 6 de la Ley establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria.
	1.2.- Ello reconoce simplemente que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado.
	1.3.- El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal –como tal debe ser abarcado por el dolo– y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester, como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutivo.

16.15.3. El conocimiento de su origen ilícito

La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elemento objetivo del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria –no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa–. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad

organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa[579]. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida –a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinas premisas– de los datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema Vinculante N° 1912-2005/Piura, del 6 de septiembre de 2005 (Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22, del 13 de Octubre de 2006).

Los indicios han de estar plenamente acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable. Como Presupuestos generales –materiales y formales– en orden a la habilidad de la prueba indiciaria para constatar la realidad del delito de lavado de activos, se requiere:

A.- Existencia de hechos base o indicios plenamente acreditados:	B.- Un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano:	C.- Inferencia del supuesto típico del delito de lavado de activos:
En función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados – de modo que se refuercen entre sí.	Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia ha de existir un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano (perspectiva material).	El razonamiento del Tribunal ha de ser explícito y claro, debe (i) detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, así como (ii) sustentar un discurso lógico inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aún cuando sucinto o escueto es imprescindible para posibilitar el control impugnativo de la racional de lo racional de la inferencia (perspectiva formal).

[579] Al respecto el tratadista Andre Luis CALLEGARI, en el marco de la legislación brasileña, destaca las siguientes reservas del uso de la prueba indiciaria: El legislador brasileño, una vez más, ha ido demasiado lejos en la redacción del precepto que establece que son suficientes para la acusación del delito de blanqueo sólo los indicios del delito previo. A nuestro juicio, el precepto no está de acuerdo con las garantías constitucionales de la amplia defensa y de la presunción de inocencia. Es que, de acuerdo con este precepto, el acusado

16.15.4. Catálogo de indicios en materia de lavado de activos

Desde luego no es posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos -gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de la delincuencia organizada, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimiento en continua transformación y perfeccionamiento-, establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios o de prueba indiciaria en este sector delictivo. Empero, a partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito. Así tenemos:

1.- Incremento inusual del patrimonio del imputado:	Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etcétera.
2.- Operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias:	Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificarse estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su proceden-

tendrá que defenderse de una acusación de blanqueo de capitales basada en un delito previo que no ha quedado probado, es decir, respecto de cuya existencia sólo hay indicios. Además, en la hipótesis de la aceptación de la prueba de indicios es necesario adoptar algunos requisitos que puedan garantizar los derechos fundamentales del acusado. Sin embargo, a nuestro juicio, lo mejor sería una prueba segura del delito previo, en el sentido de permitir al juez la verificación del hecho típico y antijurídico que ha generado los bienes aptos para ser blanqueados. En *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 331.

	cia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferro, etcétera.
3.- Indicio añadido:	La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.
4.- Ausencia de una explicación razonable:	La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios[580].
5.- La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas:	Ese vínculo o conexión – contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delito graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción– ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relacionado con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de un aumento de patrimonio durante el periodo de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.

16.15.5. Configuración probatoria, vía prueba indiciaria de los elementos típicos del delito de lavado de activos

1.- Acreditación del aspecto objetivo:	**2.- Acreditación del aspecto subjetivo:**
1.- Sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes.	1.- El conocimiento, a título de dolo directo o eventual, puede «... inferirse de los indicios **concurrentes** en cada caso» (artículo 6º, primer párrafo, de la Ley). En este mismo sentido se inclina el artículo 3º.3 de la Convención de Viena

[580] Tal situación, conforme aclaró la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto y en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen.

	contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en cuya virtud el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.
2.- No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo –lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución–; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general.	2.- Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito. Tal certeza, como se ha indiciado, puede provenir de la prueba indiciaria, que ha de acreditar la presencia antecedentes de una actividad delictiva grave –de las indicadas en el citado artículo 6° de la Ley– que permitan en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesario ni la demostración acabada de un acto delictivo específico con todas sus circunstancias ni de los concretos partícipes en el mismo[581].
3.- Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves –las previstas en el artículo 6° de la Ley– o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal.	

17. El valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera o Informe de Inteligencia

1. Introducción

La Ley número 28306, del 28 de julio de 2004, que modificó las Leyes número 27693 y 28009, y la última Ley número 29038, del 12 de junio de 2007, creó la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú –en adelante UIF Perú–. Es una unidad especializada de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de

[581] Salvo la confesión –muy inusual en estos casos, aunque no imposible–, los elementos subjetivos del tipo, por su propia naturaleza, al no poder percibirse por los sentidos no pueden ser objeto de prueba en sentido estricto. Estos se obtienen a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia. Sobre el particular ya se han fijado algunos criterios básicos en el parágrafo anterior.

Fondos de Pensiones –en adelante, SBS–, encargada de recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo, así como, de coadyuvar la implementación por parte de los sujetos obligados del sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo para detectar operaciones sospechosas de lavados de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

Entre las funciones y facultades relevantes de la UIF-Perú se tiene: (i) solicitar a las instituciones del Estado informes, documentos, antecedentes y todo elemento útil para el cumplimiento de sus funciones; (ii) como solicitar recibir y analizar información sobre operaciones sospechosas a través de los Reportes de Operaciones Sospechosas, y los Registros de Operaciones; y (iii) comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que, luego de la investigación y análisis respectivos, presuma que estén vinculadas a actividades de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo.

Según el artículo 10°-A de la Ley número 28306 el denominado «Reporte de Operaciones Sospechosas» es un documento de trabajo de la UIF-Perú, reservado únicamente para el inicio del tratamiento y análisis de la información allí contenida. Esta información, luego del análisis e investigaciones respectivas, se tramitará al Ministerio Público en los casos en que se presuma haya vinculación con actividades de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

La primera disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1106, del 19 de abril del 2012, modificó a la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera, en concreto los artículos 3, 9, 10 numeral 10.2.3 inciso b), 10-A numeral 10-A.7 y 12 de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera, los cuales tendrán el siguiente tenor:

«Artículo 3.- Funciones y facultades de la UIF Perú, La UIF-Perú tiene las siguientes funciones y facultades:

1. Solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones, a cualquier organismo público del Gobierno Nacional, a los Gobiernos Regionales y Locales, instituciones y empresas pertenecientes a éstos, y en general a toda institución o empresa del Estado sin excepción ni reserva

alguna, y a todas las personas naturales o jurídicas privadas, quienes están obligados a proporcionar la información requerida bajo responsabilidad. Dicha información debe ser de acceso y manejo exclusivo del Director Ejecutivo de la UIF, para lo establecer un procedimiento especial que resguarde dicha información.

En los casos que la UIF-Perú considere necesario, podrá solicitar acceso a base de datos información será proporcionada a través de enlace electrónico.

No puede oponerse a la UIF-Perú reserva alguna en materia de acceso a la información, bajo responsabilidad.

2. Inscribir a los sujetos obligados y a los oficiales de cumplimiento que éstos designen, siempre que satisfagan los requisitos establecidos en la presente Ley.
3. Solicitar, recibir, requerir ampliaciones y analizar información sobre las operaciones sospechosas que le reporten los sujetos obligados a informar por la Ley N° 29038 y sus organismos supervisores, o las que detecte de la información contenida en las bases de datos a las que tiene acceso.
4. Recibir y analizar los Registros de Operaciones a que hace referencia el artículo 9° o cualquier información relacionada a éstos, los cuales deberán ser entregados obligatoriamente por los sujetos obligados a la UIF-Perú por el medio electrónico, periodicidad y modalidad que ésta establezca.
5. Comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que luego del análisis e investigación respectivos, se presuma que estén vinculadas a actividades de lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, para que proceda de acuerdo a ley. Su reporte tiene validez probatoria al ser asumido por el Fiscal como elemento sustentatorio para la investigación y proceso penal.
6. Cooperar en el ámbito de su competencia con investigaciones internacionales y/o solicitar, recibir, analizar y compartir información, a solicitud de autoridades competentes de otros países que ejerzan competencias análogas, en casos que se presuman vinculados a actividades de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo, comunicando los resultados a

la autoridad requirente y realizando las acciones correspondientes en el ámbito nacional.

7. Participar en el ámbito de su competencia en investigaciones conjuntas con otras instituciones públicas nacionales, encargadas de detectar, investigar y denunciar la comisión de ilícitos penales que tienen la característica de delito precedente del delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo.
8. Prestar la asistencia técnica que les sea requerida, cuando se trate de investigaciones relacionadas con el lavado de activos y el financiamiento de terrorismo.
9. Regular, en coordinación con los organismos supervisores de los sujetos obligados, los lineamientos generales y específicos, requisitos, precisiones, sanciones y demás aspectos referidos a los sistemas de prevención de los sujetos obligados a reportar y de los Reportes de Operaciones Sospechosas y Registro de Operaciones, así como emitir modelos de Códigos de Conducta, Manual de Prevención del delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo, Formato de Registro de Operaciones, entre otros, conforme a los alcances de lo dispuesto en la presente Ley y su Reglamento. En el caso de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia del Mercado de Valores, la función de regulación corresponderá a estas entidades y se ejercerá en coordinación con la UIF-Perú.
10. Supervisar y sancionar en materia de prevención del delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo, a aquellos sujetos obligados que carecen de organismo supervisor.
11. Excepcionalmente, dada la urgencia de las circunstancias o el peligro en la demora, y siempre que sea necesario por la dimensión y naturaleza de la investigación, podrá disponer el congelamiento de fondos en los casos vinculados al delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo. En estos casos, se deberá dar cuenta al Juez en el plazo de veinticuatro (24) horas de dispuesta la medida, quien en el mismo término podrá convalidar la medida o disponer su inmediata revocación.

Artículo 9.- Registro de operaciones

9.1. Todo sujeto obligado a reportar para los efectos de la presente Ley, debe llevar un Registro de Operaciones que se sujetará a las reglas establecidas en el presente artículo.

9.2. Los sujetos obligados a informar, conforme a la presente Ley, deben registrar cada operación que se realice o que se haya intentado realizar que iguale o supere el monto que establezca la UIF-Perú, por los siguientes conceptos:

a) Depósitos en efectivo: en cuenta corriente, en cuenta de ahorros, a plazo fijo y en otras modalidades a plazo.
b) Depósitos constituidos con títulos valores, computados según su valor de cotización al cierre del día anterior a la imposición.
c) Colocación de obligaciones negociables y otros títulos valores de deuda emitidos por la propia entidad.
d) Compraventa de títulos valores -públicos o privados o de cuota partes de fondos comunes de inversión.
e) Compraventa de metales y/o piedras preciosas, según relación que se establezca en el reglamento.
f) Compraventa en efectivo de moneda extranjera.
g) Giros o transferencias emitidos y recibidos (interno y externo) cualesquiera sea la forma utilizada para cursar las operaciones y su destino (depósitos, pases, compraventa de títulos, etc.).
h) Compra venta de cheques girados contra cuentas del exterior y de cheques de viajero.
i) Pago de importaciones.
j) Cobro de exportaciones.
k) Venta de cartera de la entidad financiera a terceros.
l) Servicios de amortización de préstamos.
m) Cancelaciones anticipadas de préstamos.
n) Constitución de fideicomisos y todo tipo de otros encargos fiduciarios y de comisiones de confianza.
o) Compra venta de bienes y servicios.
p) Operaciones a futuro pactadas con los clientes.
q) Otras operaciones que se consideren de riesgo o importancia establecidas por la UIF-Perú.

9.3. Las características del Registro serán especificadas por la UIF-Perú debiendo contener, por lo menos en relación con cada operación, lo siguiente:

a) La identidad y domicilio de sus clientes, habituales o no, acreditada mediante la presentación del documento en el momento de entablar relaciones comerciales y, principalmente, al efectuar una operación, según lo dispuesto en el presente artículo. Para tales efectos, se deberá registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación y objeto social de las personas jurídicas y/o naturales según corresponda, así como cualquier otra información sobre la identidad de las mismas, a través de documentos, tales como Documento Nacional de Identidad, pasaporte, partida de nacimiento, licencia de conducir, contratos sociales, estatutos u otros documentos oficiales o privados, sobre la identidad y señas particulares de sus clientes, según corresponda.

b) Los sujetos obligados deben adoptar medidas razonables para obtener, registrar y actualizar permanentemente la información sobre la verdadera identidad de sus clientes, habituales o no, y las operaciones comerciales realizadas a que se refiere el presente artículo.

c) Descripción del tipo de operación, monto, moneda, cuenta (s) involucrada (s) cuando corresponda, lugar (es) donde se realizó la operación y fecha.

d) Cualquier otra información que la UIF-Perú requiera.

9.4. El Registro de Operaciones debe ser llevado en forma precisa y completa por los sujetos obligados, en el día en que haya ocurrido la operación y se conservará durante diez (10) años a partir de la fecha de la misma, utilizando para tal fin medios informáticos, microfilmación o medios similares. El Registro se conservará en un medio de fácil recuperación, debiendo existir una copia de seguridad, según las disposiciones que emita al respecto la UIF-Perú. Las copias de seguridad estarán a disposición de la UIF-Perú y del Ministerio Público dentro de las 48 horas hábiles de ser requeridas, sin perjuicio de la facultad de la UIF-Perú de solicitar esta información en un plazo menor.

9.5. La obligación de registrar las operaciones no será de aplicación cuando se trate de clientes habituales de los sujetos obligados a informar, bajo responsabilidad de estos últimos; siempre y cuando los sujetos obligados tengan conocimiento suficiente y debidamente justificado de la licitud de las actividades de sus clientes habituales, previa evaluación y revisión periódica del Oficial de Cumplimiento.

9.6. Las operaciones múltiples que en conjunto igualen o superen determinado monto fijado por la UIF-Perú serán consideradas como una sola operación si son realizadas por o en beneficio de determinada persona. En tales casos, cuando los sujetos obligados o sus trabajadores tengan conocimiento de estas operaciones, deberán efectuar el Registro establecido en este artículo.

9.7. Sobre el Registro de Operaciones:

a) Los Registros de Operaciones deben estar a disposición de los órganos jurisdiccionales o autoridad competente, conforme a ley.

b) La UIF-Perú, cuando lo considere conveniente, puede establecer que los sujetos obligados a informar le alcancen directamente, el Registro de Operaciones o parte de él mediante el medio electrónico, periodicidad y modalidad que ésta establezca. Mediante Resolución de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones se regularán los aspectos referidos a la presente obligación.

c) Los sujetos obligados que cuenten con los medios informáticos suficientes deberán interconectarse con la UIF-Perú para viabilizar y agilizar el proceso de captación y envío de la información. Mediante Resolución de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones se regularán los aspectos referidos a la presente obligación.

d) En las operaciones realizadas por cuenta propia entre las empresas sujetas a supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, no se requiere el registro referido en este artículo.

9.8. La UIF-Perú, por resolución motivada, puede ampliar, reducir y/o modificar la relación de conceptos que deban ser

materia de registro, el contenido del Registro en relación con cada operación o actividad, modificar el plazo, modo y forma como deben llevarse y conservarse los Registros, así como cualquier otro asunto o tema que tenga relación con el Registro de Operaciones. El Registro de Operaciones deberá llevarse de manera electrónica en los casos que determine la UIF-Perú.

9.9. Las transacciones señaladas en el artículo 377° y 378° de la Ley N° 26702, se rigen adicionalmente por lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 10.- De la supervisión del sistema de prevención de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo

10.2.3.- Auditoría Externa

(...)

b) Los organismos supervisores de los sujetos obligados a informar, emitirán a la UIF-Perú Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) relacionados al tema de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo, cuando a través del ejercicio de sus funciones de supervisión detecten indicios de lavado de activos o del financiamiento del terrorismo. La UIF-Perú podrá solicitar al organismo supervisor toda la información relacionada con el caso reportado, conforme a los alcances de la presente Ley. Por Resolución SBS, la UIF-Perú establecerá los requisitos y características de dichos ROS.

(...).

Artículo 10-A.- De la garantía y confidencialidad del Oficial de Cumplimiento

(...)

10-A.7. Para los supuestos del parágrafo anterior, la Unidad de Inteligencia Financiera-UIF-Perú cuenta con un cuerpo de peritos informantes quienes acudirán a las audiencias judiciales para sostener la verificación técnica de los informes elaborados por sus funcionarios y de los reportes efectuados por el Oficial de Cumplimiento correspondiente, cuyas identidades se mantienen en reserva.

Artículo 12.- Del deber de reserva

12.1 Los sujetos obligados a informar a la UIF-Perú sobre las operaciones descritas en la presente Ley, así como sus accionistas,

directores, funcionarios, empleados, trabajadores o terceros con vínculo profesional con los sujetos obligados, bajo responsabilidad, están prohibidos de poner en conocimiento de cualquier persona, entidad u organismo, bajo cualquier medio o modalidad, el hecho de que alguna información ha sido solicitada y/o proporcionada a la UIF-Perú, de acuerdo a la presente Ley, salvo solicitud del órgano jurisdiccional o autoridad competente de acuerdo a ley o lo dispuesto por la presente Ley.

12.2 La disposición señalada en el párrafo anterior también es de aplicación para el Director Ejecutivo, los miembros del Consejo Consultivo y el personal de la UIF-Perú, del mismo modo es de aplicación para los Oficiales de Enlace que designen las instituciones públicas y los funcionarios de otras instituciones públicas nacionales competentes para detectar y denunciar la comisión de ilícitos penales con las que se realicen investigaciones conjuntas, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

12.3 Los sujetos mencionados en el párrafo precedente, conjuntamente con los sujetos obligados a informar y sus oficiales de cumplimiento, integran el sistema de control del lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo, y están todos sujetos al deber de reserva.

12.4 En ningún caso por el solo pedido de información se procederá por la entidad bancaria o financiera a cerrar la o las cuentas de la persona a cuyo requerimiento se formula la solicitud de información»

2. Definición

La UIF-Perú lidera el sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Los sujetos obligados a informar están legalmente determinados. A partir de los informes de aquéllos y de las solicitudes e instancias que curse la UIF-Perú, ésta iniciará el análisis e investigación de todas aquellas operaciones que pueden estar vinculadas a actividades de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo. En el plano de la investigación del delito de lavados de activos, la Ley reconoce las atribuciones de otras instancias de investigación, con las que puede incluso participar en actividades conjuntas de investigación. El Informe de la UIF-Perú, por tanto, no constituye requisito de procedibilidad alguno. Según el artículo 13°.2 del Reglamento de la Ley

que crea la UIF-Perú, aprobado por Decreto Supremo número 018-2006-JUS, del 25 de julio de 2006, el Informe que envía al Ministerio Público se denomina «Informe de Inteligencia». Contiene la labor de análisis producto de los reportes de operaciones sospechosas que recibe y de las investigaciones conjuntas que pueda solicitar, y su evaluación de las operaciones que presuma estén vinculadas con el delito de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. El sustento de la información producto del desarrollo del trabajo de inteligencia está inserto en los Anexos al Informe de Inteligencia.

3. Posturas del debate en torno al valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera o Informe de Inteligencia

I.- No equiparable a una pericia institucional:	II.- Equiparable a una pericia institucional:
La naturaleza jurídica del Informe de Inteligencia no puede asimilarse a una Auditoría Especializada de carácter financiero o pericia institucional, en función a las limitaciones y rasgos propios con el que ha sido regulado. En efecto, según el párrafo final del artículo 13.2. del Reglamento, el destinatario del Informe de Inteligencia está obligado a guardar la debida confidencialidad de la entidad informante y la reserva del contenido de la información[582].	Si el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional –en la medida en que así lo decida el UIF-Perú -; y, en tanto está acompañado de documentación, análisis financiero y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoración consiguientes, primero, servirá como indicio procedimental para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal, y, segundo, luego de ser sometido a contradicción por su nítido carácter pericial, podrá ser valorado como pericia institucional con arreglo al principio de libre apreciación[583].

[582] No puede ser empleada en el proceso jurisdiccional ni como medio probatorio, salvo que la UIF - Perú autorice expresamente sus anexos, que es el sustento de la información proporcionada. El emplazamiento judicial de un funcionario de la UIF - Perú sólo procede respecto de los documentos que obren en autos y que han sido autorizados por esa institución para constar en ellos. Más allá de lo limitado del uso procesal del Informe de Inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización en relación al cuerpo del citado Informe y al sustento de la información –los anexos–, llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue el acceso fluido a la autoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF - Perú.

[583] Ver último párrafo del ítem 38 del Acuerdo Plenario bajo comento.

4. Exigencias para que el Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera o Informe de Inteligencia sirva de indicio para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal o detente la condición de pericia institucional

1.- Para que sirva de indicio para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal:	1.1.- Si el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional, en la medida en que así lo decida el UIF-Perú.1.2. En tanto está acompañado de documentación, análisis financiero y contable, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoración consiguientes.
2.- Para que detente la condición de pericia institucional:	Ser sometido a contradicción, podrá ser valorado como pericia institucional con arreglo al principio de libre apreciación.

Esto es, debe observar y contener las siguientes exigencias[584]:

1.- De libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional:	El Informe de Inteligencia, previo a la incoación de la acción penal y con mayor razón previo a la calificación de la pretensión punitiva, debe haber sido conocido por los potenciales denunciados para lo cual éstos deben haber contado con un espacio suficiente para su conocimiento, debate y refutación; finalmente similar control, supra partes, deberá efectuar el órgano jurisdiccional.
2.- Acompañado de documentación:	El Informe de Inteligencia debe estar acompañado de documentación sustentatoria, esto es, elementos de evidencia que permite el conocimiento de la naturaleza, finalidad y resultados de la operación o transacción con los datos suficientes para su análisis. El Código Procesal Civil en su artículo 233 define como documento «todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho»[585].
3.- Acompañado de análisis financiero:	El Informe de Inteligencia debe contener un análisis financiero, esto es, la «utilización de técnicas específicas para examinar los documentos financieros de una empresa para controlar los flujos de fondo, productos y servicios, tanto internos como externos de la empresa»[586].
4.- Acompañado de análisis contable:	El Informe de Inteligencia debe contener un análisis contable, esto es, un «proceso de explicación y determinación de las pérdidas y beneficios a

[584] Además de contar con información comercial y bancaria, así como la valoración efectuada por los peritos.

[585] BACACORZO, Gustavo, *Diccionario de la Administración Pública*, Grijley, Lima, 1997, p. 357.

[586] ROSENBERG, J.M., *Diccionario de administración y finanzas*, Biblioteca Master Centrum, p. 22.

	partir de la revisión de una contabilidad mediante el uso de fórmulas sistemáticas»[587].
5.- Con conclusiones:	El Informe de Inteligencia debe haber arribado a conclusiones, esto es, el término de la argumentación o del discurso demostrativo de un incremento inusual del patrimonio, de operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias, etc. En efecto la conclusión es la afirmación (positiva o negativa) de la cual usted está dando razones. La afirmación mediante las cuales usted ofrece sus razones son llamadas «premisas»[588].
6.- Sometido a contradicción:	El Informe de Inteligencia debe ser sometido a contradicción lo que significa que el proceso de aportar elementos necesarios para definirse a favor o en contra de una posición, debe llevarse adelante con la activa participación, en pie de igualdad, de los sujetos involucrados, quienes se encuentra revestidos de las facultades de fiscalizar la producción de las pruebas, impugnar los resultados, contradecir los alcances y discutir los efectos que pretende asignársele, incluso debe contar con la posibilidad de proponer nuevas medidas a fin de descreditar las ya practicadas.Resulta imperioso, entonces, que la prueba sea introducida en una audiencia oral y pública, en presencia, o al menos con la previa citación, de todos aquellos que puedan verse perjudicados con la resolución que allí se adopte, en particular del imputado y su defensa técnica. Así entendida, la contradicción es un requisito fundamental de la validez y autoridad de la prueba, resultando esencial en la conformación de la garantía constitucional de defensa en juicio[589].
7.- Valorado con arreglo al principio de libre apreciación:	El Informe de Inteligencia debe ser valorado por el órgano jurisdiccionales con arreglo al principio de libre apreciación lo que se «refiere a todos y cada uno de los medios utilizados en el proceso concreto que se trate, debiendo el Tribunal valorarlos en su conjunto cuando hay varios sobre un mismo hecho, sin que a priori pueda concederse valor superior a uno sobre otro, siendo el Juzgador a quo, el que tuvo contacto directo con la práctica de la prueba, quien ha de valorarlos todos para conceder su crédito total o parcialmente al que, conforme a su criterio, más lo merezca»[590].

587 ROSENBERG, J.M., *Diccionario de administración y finanzas,* Biblioteca Master Centrum, p. 20.

588 WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación,* Ariel, Barcelona, 2004, p. 19.

589 CHAIA, Ruben A., *La prueba en el proceso penal,* Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 96.

590 La Prueba en el Proceso Penal, Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tomo I, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 48.

5. Exigencias jurisprudenciales para que el Informe de Inteligencia detente la condición de pericia institucional según el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116

5.1. Peritos

Los peritos, como sucede con los testigos, son terceros, es decir, no intervienen en el proceso como partes, sino que prestan su colaboración con el Tribunal, en orden a los conocimientos especializados que tienen, y pueden ofrecer unas determinadas conclusiones para el enjuiciamiento de los hechos que no son vinculantes para el juzgador. El perito informa, asesora, descubre al Juez los procesos técnicos o las reglas de experiencia de que él puede carecer, pero nunca le sustituye porque no se trata de un Tribunal de peritos o expertos, sino de una colaboración importante y no determinante por sí de la resolución judicial[591].

Es de precisar que no solo son aquellos nombrados individualmente por el juez, pues actualmente la actividad pericial –legalmente reconocida– la realiza **(a)** órganos públicos u oficiales como tales, integrados por expertos dedicados a la labor pericial y sujetos a estrictos marcos administrativos, por ejemplo, el Instituto de Medicina Legal y los peritos de la Policía Nacional, a través de sus laboratorios o de sus equipos profesionales que desarrollan su labor en sus propias dependencias o adscritos a los órganos del Ministerio Público o del Poder Judicial (en la estructura de la Policía Nacional aparece como órgano de apoyo la Dirección de Criminalística [vid. Art. 21 LOPNP, N° 27238, y art. 13. 5 del Reglamento de la LOPNP, Decreto Supremo N° 008-2000-IN]); y **(b)**

---

[591] Rives Seva, Antonio Pablo, *La prueba en el proceso penal - Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 229. Agregando que los peritos no vinculan con sus conclusiones a los Tribunales, salvo que se trate de pericias que respondan a conocimientos técnicos de carácter especial y sometido a reglas científicas inderogables o leyes mecánicas cuyos enunciados no se pueden alterar por el arbitrio o discrecionalidad de los jueces.
Por otro lado, los peritos están limitados a emitir afirmaciones tales como «el acusado es inocente», «el acusado es inimputable», «tal testigo dice la verdad». Tampoco es admisible la opinión sobre cuestiones de estricto derecho, salvo que haya patente imbricación con materia técnica extralegal. Por supuesto, no siempre es fácil distinguir entre pura cuestión de derecho y cuestión mixta de hecho y de derecho. La ayuda al juzgador consiste en el testimonio del perito sobre cuestiones técnicas o científicas que le permitan al juzgador hacer la inferencia jurídica. Ver al respecto: Chiesa, Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*, tomo I, Publicaciones JTS, 2005, p. 514.

instituciones profesionales (vid. Art.275 TUO LOPJ)[592]. Siguiendo esta línea argumental resulta homologable la pericia institucional a la pericia de oficio, esta última cuya designación corresponde al Juez Penal[593]; en consecuencia, ante la preexistencia de un informe o dictamen emanado de instituciones oficiales no será necesario la designación de peritos durante la instrucción o el desarrollo del proceso.

5.2. Dictamen pericial

El Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116, en el numeral 8, del ítem II (de los fundamentos jurídicos) establece que no resulta necesaria la designación de peritos por el Juez, en los supuestos de la preexistencia de informes o dictámenes de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República –cuando emite los denominados «Informes Especiales»–, que gozan de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia[594]; a partir de ello, podemos colegir que la evacuación del informe de las instituciones oficiales en cuestión son equiparables a lo que en puridad constituye

---

592 SAN MARTIN CASTRO, Cesar, *Derecho procesal penal*, tomo I, Grijley, Lima, 2003, p. 698.

593 Los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República –cuando emite los denominados «Informes Especiales»–, que gozan de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia]. Ver el numeral 8, del ítem II de los fundamentos jurídicos del acuerdo plenario examinado.

594 Si la diligencia pericial practicada en el procedimiento preliminar no fuere reproducible como prueba en el acto de la vista oral, dadas sus circunstancias, podría adquirir carácter de prueba preconstituida si habiéndose llevado a efecto con cumplimiento de todos sus requisitos y garantías no fuera impugnada o se aportara contrapuesta con tal intención. [Ver MONTÓN REDONDO, Alberto; MONTERO AROCA, Juan, y otros, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, Valencia, 2001, p. 305.]
En nuestro medio el maestro SAN MARTÍN CASTRO señala que la actividad pericial, puede incluso ser extraprocesal o provenir de otro proceso, esto es, aquella practicada antes del proceso o fuera del mismo, así dicha actividad puede producirse con inmediata anterioridad al nacimiento del proceso penal, detentando el carácter de pruebas preconstituidas, pasibles de ser presentadas antes de iniciarse la instrucción, en sede preliminar -policial o fiscal- con ocasión de levantarse el Atestado o las actuaciones fiscales, de suerte que pueden denominarse, como precisa CLIMENT DURÁN, informe pericial policial (incluimos, por nuestra parte, el informe pericial fiscal, de suerte que ambos pueden designarse genéricamente preliminar). Ver SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, p. 695.

el dictamen pericial, esto es, el dictamen expedido por los señores peritos designados por el Juez Penal.

Lo cual no es óbice, para solicitar la ampliación del dictamen o la designación de otros para la dilucidación de extremos no desarrollados o deficientemente abordados.

Por su parte el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 18 de febrero del 2005, Exp. N° 4032-2004-AA/TC, estableció que *es admisible la inclusión en el proceso del «informe» cuestionado, dado que, en este caso, no se trata de una nueva «pericia» y menos aun que esta vaya a sustituir a la pericia que como pieza propia del proceso penal corre en el expediente respectivo, sino más bien de un medio de prueba documental sometido como tal a la valoración del juez.*

6. Marco legal en materia de prueba pericial

6.1. Marco legal citado por el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116

I.- Durante la instrucción:	I.- Durante el juicio oral:
El título VI «Peritos» del Libro Segundo «De la instrucción» del Código de Procedimientos Penales regula, entre otros aspectos, el nombramiento, número, plazo y emisión del dictamen o informe pericial, así como la entrega del citado dictamen o informe y **el examen** de los peritos por el Juez Penal. Esa diligencia sumarial –el examen pericial–, según el artículo 168 del citado Código, **es obligatoria para el Juez y su realización debe cumplir con el principio de contradicción**, a cuyo efecto debe citarse a las partes, cuya concurrencia es facultativa.	El Título III «Audiencias» del Libro Tercero «Del Juicio» de la Ley Procesal Penal prevé la concurrencia de peritos al acto oral. El artículo 259 del citado Estatuto dispone que los peritos, cuando se les cite, **serán examinados** por las partes procesales y el Tribunal, sin perjuicio de que los dictámenes periciales –presentados en la instrucción o en la audiencia– se lean obligatoriamente.

6.2. Marco legal complementario durante la instrucción o pre-procesal (Código de Procedimientos Penales y Código Procesal Penal)

1.- Art. 65 (peritajes realizados por la policía):	En los laboratorios y gabinetes de la Policía Judicial se realizaran los peritajes que las investigaciones exijan. Los profesionales que estén a cargo de ellos o formen parte de la institución serán designados de preferencia con el carácter de peritos oficiales.
2.- Art. 160 (nombramiento de peritos):	El juez instructor nombrará peritos, cuando en la instrucción sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales. Este nombramiento se comunicará al inculpado, al Ministerio Público y a la parte civil.
3.- Art. 161(número de peritos):	Los peritos serán dos, y el juez instructor deberá nombrar de preferencia a especialistas donde los hubiere, y, entre éstos, a quienes se hallen sirviendo

	al Estado. A falta de profesionales nombrará a persona de reconocida honorabilidad y competencia en la materia. Si el juez instructor designa peritos que no estén al servicio del Estado, en el mismo auto les fijará honorario.
4.- Art. 162 (plazo de entrega):	En el mismo decreto en que se nombre peritos deberá determinarse el plazo en que han de presentar su dictamen, cuidándose de que este plazo sea suficiente.
5.- Art. 163 (requerimiento a peritos):	Los peritos que retarden el dictamen serán compelidos a emitir dentro de 48 horas.
6.- Art. 164 (excusa de los peritos):	Los peritos pueden excusarse por las mismas causas que permiten a los testigos negarse a prestar declaración.
7.- Art. 165 (tacha de peritos):	El inculpado puede tachar a los peritos por las mismas causas que a los testigos. El juez investigará los hechos en que se funde la tacha. Si ésta resulta comprobada, nombrará a otros peritos. La tacha no impide la presentación del dictamen. El inculpado y la parte civil pueden nombrar, por su cuenta, un perito, cuyo dictamen se añadirá a la instrucción.
8.- Art. 166 (urgencia de reconocimiento):	Si las circunstancias exigen un inmediato reconocimiento por temor de que se borren las huellas del delito, el juez instructor podrá ordenar que lo practiquen uno o dos peritos. En este caso, no es necesario dictación alguna, y la operación deberá practicarse dentro de las 24 horas. El dictamen emitido en esta forma podrá ser sometido al estudio o de otros peritos, designados conforme a los artículos anteriores, los cuales a su vez, reconocerán, en cuanto sea posible, las cosas que fueron materia del primer dictamen. Para el examen que debe seguir a la entrega de los informes, serán también citados los peritos que hicieron el primer reconocimiento.
9.- Art. 167 (ratificación y debate pericial):	Los peritos entregarán, personalmente, sus dictámenes al juez instructor, quien, en ese mismo acto, les tomará juramento o promesa de decir la verdad y los examinará como si fuesen testigos, preguntándoles si ellos son autores del dictamen que presentan, si han procedido imparcialmente en el examen y en la información que suscriben, y todas las circunstancias que juzgue necesario aclarar y que se deriven ya de los hechos que se conocen por la instrucción ya de los que resulten de los dictámenes. Si hubiere contradicción en los dictámenes, el juez abrirá un debate, en que cada uno de los peritos exponga los motivos que tiene para opinar como lo hace, debiendo el juez exigirles que redacten, en síntesis, los argumentos expuestos. Los peritos no pueden negarse a dar las explicaciones que el juez les pida. Deberán llevarse a esta diligencia las personas o cosas materia del dictamen pericial, siempre que sea posible.
10.- Art. 243 (informe de peritos en materia de lesiones):	En caso de lesiones corporales el Fiscal exigirá que los peritos determinen en su informe el arma o instrumentos que las haya ocasionado, y si dejaron o no deformaciones y señales permanentes en el rostro, puesto en peligro la vida, causado enfermedad incurable o la pérdida de un miembro u órgano y, en general, todas las circunstancias que conforme al Código Penal influyen en la calificación del delito.

6.3. Marco legal complementario durante el juicio oral (Código de Procedimientos Penales)

1.-Art. 214 (asistencia de peritos):	Cuando el Tribunal acuerde la concurrencia de algunos peritos o testigos, es obligatoria la asistencia de éstos. Su ausencia, sin embargo, cuando el Tribunal resuelva llevar a cabo la audiencia, no anula el procedimiento.
2.-Art. 229, inc. 3 (concurrencia de los peritos en la audiencia):	Dentro de los 3 días de recibido el escrito de acusación el Tribunal resolverá: 3. Cuáles son los testigos y peritos que deben concurrir a la audiencia.
3.-Art. 232 (ofrecimiento de peritos):	Hasta tres días antes de la realización de la audiencia, las partes pueden ofrecer medios probatorios para su actuación en el acto oral, indicando específicamente la pertinencia y el aporte que pudiere obtenerse con su actuación. En el caso de peritos se les identificará y precisará los puntos sobre los que deben declarar o exponer. De esta solicitud se acompañará un número de copias suficientes para cada uno de los interesados, las que la Sala mandará entregar. La Sala ordenara la comparecencia de los peritos, corriendo de cuenta de los interesados los gastos que ella ocasione.
4.-Art. 238 (ofrecimiento de peritos):	Las partes que ofrezcan peritos nuevos estarán obligadas a indicar específicamente la pertinencia y el aporte que pudiera obtenerse con su intervención, identificándolos y precisando los puntos sobre los que deban declarar o exponer.
5.- Art. 241 (solicitud de postergación por inconcurrencia de peritos):	Antes de que empiece el debate, el acusado, su defensor, el Fiscal o la parte civil puede pedir que se postergue la audiencia hasta que vengan los peritos citados que no han concurrido o los nuevamente ofrecidos. El Presidente preguntará a la otra parte lo que tiene que exponer sobre esta petición, y con su respuesta el Tribunal resolverá inmediatamente, fijando nueva fecha, si se acepta la postergación.
6.- Art. 242 (sanción a los inasistentes a la audiencia):	El perito citado por el Tribunal que haya dejado de concurrir sin justa causa debidamente comprobada será penado inmediatamente por el Tribunal Correccional con multa que puede llegar a quinientos soles.

6.4. Marco legal complementario (Ley Orgánica del Poder Judicial)

1.- Art. 273 (idoneidad):	Los peritos judiciales deben reunir los requisitos que las leyes procesales exigen, tener conducta intachable y figurar en la nómina que remitan las instituciones representativas de cada profesión.
2.- Art. 275 (informes ilustrativos de instituciones profesionales):	Los órganos jurisdiccionales pueden solicitar de oficio a las instituciones profesionales que emitan informes ilustrativos o peritajes sobre asuntos específicos.
3.- Art. 276 (informes o pericias de funcionarios de la Administración Pública):	En caso de que se solicite informes o pericias a los funcionarios de la Administración Pública, estos están obligados a presentar su colaboración bajo responsabilidad, salvo que se afecten las labores a su cargo, a juicio de su superior jerárquico, en cuyo caso deben excusarse.
4.- Art. 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (irregularidades):	Las irregularidades cometidas por los peritos en el desempeño de sus funciones son puestas en conocimiento de las instituciones profesionales que los propusieron, sin perjuicio de aplicarse las sanciones que establece la ley.

6.5. Marco legal complementario de remisión supletoria[595]

1.- Art. 262 del Código Procesal Civil (procedencia):	La pericia procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga.
2.- Art. 263 del Código Procesal Civil (requisitos):	Al ofrecer la pericia se indicaran con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. Los peritos son designados por el Juez en el número que considere necesario.
3.- Art. 265 del Código Procesal Civil (actuación):	El dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas.
4.- Art. 266 del Código Procesal Civil (observaciones):	Los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas. Las observaciones y las correspondientes opiniones de los peritos se harán constar en el acta. Las partes podrán fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones, mediante escrito que debe presentarse en un plazo de tres días de realizada la audiencia. Excepcionalmente el Juez puede conceder un plazo complementario.

[595] Primera disposición complementaria - disposiciones finales del Código Procesal Civil: *Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.*

5.- Art. 268 del Código Procesal Civil (nombramiento de peritos):	El Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial formula anualmente la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el Juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los Juzgados donde no haya peritos que reúnan los requisitos antes señalados.
6.- Art. 281 (formación de la convicción del Juez):	El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.

6.6. Elementos de la prueba pericial (Acuerdo Plenario N2-2007/CJ-116)

1.- El reconocimiento pericial:	Reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado. Exigencias que también concurren en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, ya que el informe de inteligencia detentará la condición de indicio, para incoar el proceso penal o inculpación formal, debe «*estar acompañado de documentación, análisis financiero y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como se las conclusiones y valoración consiguientes*».
2.- El dictamen o informe pericial:	Que es la declaración técnica en estricto sentido. Según el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, servirá de indicio para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal[596].
3.- El examen pericial propiamente dicho.	A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral. Al respecto el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, lo incorpora como requisito *sine quanon* para que detente la condición de pericia institucional al exigir que el informe de inteligencia debe ser sometido a contradicción, para ser valorado como pericia institucional con arreglo al principio de libre apreciación.

[596] Bajo la condición de que: i).- El Informe de Inteligencia haya sido de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional, en la medida en que así lo decida la UIF - Peru, y ii).- En tanto está acompañado de documentación, análisis financiero y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoración consiguientes.

6.7. Conciliación con los otros derechos y principios inmersos en la discusión

I.- No exclusión del derecho de las partes a solicitar la presencia de los peritos, salvo que se trate de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales:	1.- Lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos o profesionales suscriptores para el examen correspondiente. Solo se tiene en cuenta las características de la prueba pericial – con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales.
II.- Los principios han de acomodarse a la realidad social:	2.- Los principios han de acomodarse a la realidad social –la presencia ineludible de los peritos o profesionales suscriptores que la elaboran el informe de inteligencia impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia–, ello sin perjuicio de reconocer que **la actividad impugnativa de la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto físico –falsedad– o el aspecto técnico –inexactitud– del informe pericial**. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos o profesionales suscriptores, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericial de parte.
III.- No interés de la realización del examen por los sujetos procesales o su no cuestionamiento expresa o tácitamente:	3.- Si las partes no interesan la realización del examen o no cuestionan el dictamen pericial o informe de inteligencia, expresa o tácitamente –lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes– es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen.
IV.- En todo caso, el análisis de la eficacia procesal estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen solicitado y los recaudos de la causa.	4.- Por el contrario, si las partes lo solicitan o requerida la concurrencia de los profesionales suscriptores y estos –por cualquier motivo– no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. **En estos casos, la regla será la pérdida de la eficacia probatoria autónoma de la pericia**, a menos que las objeciones de las partes –debidamente explicitadas– carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularías, o por ser tardías o extemporáneas.

7. De los supuestos habilitantes para relevar el examen de los profesionales suscriptores

Los informes o dictámenes de instituciones oficiales de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República –«Informes Especiales»–, **en atención a que no sería muy factible su ratificación en el acto del juicio oral**, toda vez, que los informes emanados de dichas instituciones oficiales **poseen unas garantías técnicas de fiabilidad y objetividad**[597], **que obligaría a los profesores integrantes del mismo a un desplazamiento constante por toda la geografía nacional**. Es por ello, que se ha otorgado la validez, y por tanto, la aptitud enervante de la presunción de inocencia, a los informes periciales que gozan de presunción iuris tantum, aunque los profesionales dictaminantes no hayan comparecido en el acto del juicio oral[598].

8. Fiabilidad de la pericia

El acuerdo plenario establece como requisito para exceptuar de ratificación o examen a los profesionales suscriptores, que: **(i).- no requiera de verificaciones de fiabilidad adicionales** o **(ii).- cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados** que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona, primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo. En este orden de ideas, el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, destaca que el Informe de Inteligencia debe estar acompañado de documentación, análisis financiero y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoración consiguientes.

---

[597] Un ejemplo de cuestionamiento o reconocimiento por parte del propio Estado de las deficiencias técnicas de informes expedidos por instituciones oficiales, lo constituye los informes del Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA, que por Decreto Supremo N° 025-2006-VIVIENDA de fecha 8 de septiembre de 2006, quedó desactivado y extinguido (Artículo 2), indicándose que: de los estudios y acciones realizadas por la Comisión Especial Multisectorial para la Arquitectura Gubernamental en Materia de Gestión del Territorio (CEMAG) creada por Resolución Ministerial N° 102-2006-PCM, modificada por la Resolución Ministerial N° 131-2006-PCM, se ha determinado que **CONATA es un organismo centralizado, que no cuenta con un sistema de evaluación eficiente que garantice una adecuada valuación de las propiedades inmuebles en el territorio nacional**, lo que genera un déficit en los niveles de recaudación de las municipalidades y una situación de inequidad entre los contribuyentes del impuesto predial.

[598] RIVES SEVA, Antonio Pablo, *op. cit.*, p. 231.

Los informes periciales deben estar rodeados de suficientes garantías de fiabilidad y no solo en cuanto a su alcance o contenido, sino en cuanto a que quienes los lleven a efecto no estén influenciados por condicionantes externos[599]. Ante dichos supuesto el artículo 165 del Código de Procedimientos establece que *el inculpado puede tachar a los peritos –en nuestro caso a los profesionales suscriptores del Informe de Inteligencia– por las mismas causas que a los testigos.* Por otro lado, *los peritos pueden excusarse por las mismas causas que permiten a los testigos negarse a prestar declaración,* conforme lo regula en artículo 164 del citado cuerpo legal.

En cuanto al supuesto de la pericia en que **su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados** –que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona, primacía del aspecto técnico sobre el factico perceptivo– se trata de supuesto en que se trate de pericias que respondan a conocimientos técnicos de carácter especial y sometidos a reglas científicas inderogables o leyes mecánicas cuyos enunciados no se pueden alterar por el arbitrio o discrecionalidad de los jueces[600].

9. De la inacción de la defensa técnica de cara a cuestionar la pericia y la configuración de la doctrina de la tácita aceptación

Han reconocido la validez como medio de prueba de los informes periciales o de inteligencia efectuados por organismos oficiales hechos en el trámite de instrucción o a nivel preliminar ***si nadie propone prueba para el juicio oral sobre el mismo extremo***[601]. En efecto en el numeral 9 del ítem II (Fundamentos jurídicos), se establece que: *Si las no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expresa o tácitamente –lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes– es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen.*

La prueba pericial y cuasi pericial en principio, como es norma general en toda clase de prueba, ha de ser practicada en el juicio oral quedando así sometida a las garantías propias de los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación que rigen tal acto;

---

599 MONTÓN REDONDO, Alberto; MONTERO AROCA, Juan, y otros, *op. cit.*, p. 306.
600 RIVES SEVA, Antonio Pablo, *op. cit.*, p. 229.
601 *Ibidem*, p. 230.

pero puede ocurrir que, practicada en el estadio pre jurisdiccional o en trámite de instrucción, ***conocida así por las partes al darles traslado de la causa para calificación, nadie propusiera al respecto prueba alguna para el acto del juicio, en cuyo caso, por estimarse que hubo una aceptación tácita, ha de reconocerse aptitud a esas diligencias periciales o cuasi periciales para ser valoradas como verdaderas pruebas***, máxime si han sido realizadas por un órgano de carácter público u oficial.

Cuando se trata de informes periciales o cuasi periciales sobre circunstancias de hechos fundamentales en la causa penal concreta que se tramite, practicados durante el sumario o diligencias previas, máxime cuando son realizados por organismos oficiales o por funcionarios públicos especializados al respecto (pruebas dactiloscópicas, informes médicos, análisis de sustancias toxicas, etc.), ***y ninguna de las partes propone prueba alguna sobre ese extremo***, lo que motiva que en el acto del juicio oral nada se practique sobre tal particular, ha de entenderse que hay una aceptación tácita por todas las partes sobre la mencionada pericial, y ello permite que el Juzgado o Tribunal en la instancia pueda considerar como probado el hecho al que se refieren esas diligencias realizadas durante la fase de instrucción.

Esta doctrina no cuestiona en absoluto la doctrina general atinente a que la prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia debe practicarse en el acto del juicio oral ni tampoco pretende, pues no podría hacerlo respetando la Constitución, invertir la carga probatoria sobre los hechos integradores de una infracción penal, sino únicamente aclara que los hechos que deben ser objeto de prueba son los controvertidos y si sobre una determinada cuestión técnica existe un dictamen técnico en las actuaciones, emitido por Organismos Oficiales **fiables**, que no es cuestionado por la defensa, la acusación puede legítimamente prescindir de llevar al juicio oral a los técnicos informantes, en **evitación de los problemas prácticos que la reiteración de tal comparecencia conllevaría, sin que la defensa que no cuestionó el resultado de la pericia** pueda en apelación, vía recurso de nulidad, negar con éxito su valor probatorio, precisamente porque aceptó expresa o tácitamente su resultado.

En consecuencia, no es conforme con la buena fe procesal cuestionar en los alegatos, ad portas de expedir sentencia, el dictamen pericial en base a argumentos ya identificables desde la etapa de la

instrucción, o cuestionarla ante la instancia de revisión aquello que tácitamente fue admitido, pues la parte pudo cuestionar sobre el particular, y si pudo hacerlo y no lo hizo es porque aceptaba su realidad como hecho no discutido.

10. Del cuestionamiento oportuno y progresivo del dictamen pericial

En el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116, se reconoce que la actividad impugnativa de la defensa técnica puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico -falsedad- o el aspecto técnico -inexactitud- del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos o profesionales suscriptores, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte.

Por otro lado, si las partes solicitan o requieren la concurrencia de los peritos y éstos -por cualquier motivo- no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe de inteligencia estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes -debidamente explicitadas- carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas.

Conforme a la exposición del Maestro Cesar SAN MARTÍN CASTRO[602], en cuanto a la tacha de peritos o profesionales suscriptores, debemos puntualizar que a diferencia del derrotero resolutivo conjuntamente con la sentencia, deberá tramitarse y ser resuelta por el Juez Instructor lo más pronto posible, para que, de ser el caso, relevarse a los profesionales y designar a otros para contar con la prueba pericial necesaria en el estadio de la resolución de la causa[603]. Lo contrario conllevaría a la inevitable o inminente improcedencia de la tacha al expedirse la sentencia, ya que de lo contrario no se contaría con la prueba pericial para el momento de la compulsa y resolución del caso.

---

[602] Las clases dictadas por el Maestro César SAN MARTÍN CASTRO, en el seminario de Derecho Procesal Penal: *Análisis de los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema* (Instituto de Ciencia Procesal Penal, 01al 29 de abril del 2008.)

[603] Art. 165 del CdePP: *El inculpado puede tachar a los peritos por las mismas causas que a los testigos. El Juez investigará los hechos en que se funde la tacha. Si ésta resta comprobada, nombrará otros peritos.*

11. La acentuación de su faz documental

La solución jurisprudencial expuesta en el acuerdo plenario aludido postula que el informe pericial, en nuestro caso el informe de inteligencia, cuyos profesionales no se han ratificados o no han sido examinados durante el juicio oral **desplegará su eficacia inculpatoria en la etapa decisoria a través de la acentuación de su aspecto relevantemente documental**[604]. Desde esta faz el «contradictorio» consistirá fundamentalmente en su lectura, en cuanto a lo pertinente, y su debate en el acto oral.

En la medida en la que el recurrente no pretendía sino una ratificación de los profesionales ante el Tribunal, los principios que garantizan el juicio justo no se verán perturbados dado que **el informe pericial fue leído en la vista, con lo que ha quedado salvaguardada, y además la Defensa no pretendía combatir las conclusiones mediante el interrogatorio de los profesionales, sino simplemente su ratificación, la infracción es puramente formal y no excluye el carácter probatorio de un informe pericial cuyo carácter oficial excluye toda duda sobre la identidad de sus firmantes.**

La misma calificación de meramente formalista y por ende, no necesaria, mereció la petición de la defensa de que el perito se ratificase en su informe, **que no había sido oportunamente impugnado,** estimando que fue acertada la decisión de la Audiencia de no suspender el juicio ante la incomparecencia del perito[605].

12. Casos típicos en los que puede operar la excepción de examen y ratificación

La jurisprudencia española[606] establece como casos paradigmáticos para que pueda operar las excepciones desarrolladas en los siguientes supuestos:

1.- La prueba pericial dactiloscópica[607]:	En la actualidad se ha abierto paso una corriente jurisprudencial que excusa la necesidad de ratificación judicial cuando el informe proviene de organismos oficiales de carácter nacional. La razón reside en la fiabilidad que *prima facie* ofrecen los informes emitidos por el órgano central; las dificultades de su reproducción en juicio, pues los funciona-

[604] El examen pericial, como toda prueba ***con un aspecto relevantemente documental,*** ver numeral 8 del ítem II (Fundamentos jurídicos).
[605] Rives Seva, Antonio Pablo, *op. cit.*, p. 232.
[606] Ver al respecto Rives Seva, Antonio Pablo, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

	rios especializados en dicho servicio habrían de acudir a ratificar sus informes en todos los Juzgados y Tribunales de la Nación; y el principio de lealtad procesal que obliga a todos los participantes en el plenario y exige de la defensa, si está provista de razones serias y consistentes, una explícita actividad proponiendo la ratificación de la prueba en el juicio o bien articulando la contraprueba oportuna[608].
2.-Análisis de sustancias estupefacientes:	En principio tienen valor y eficacia que corresponde a la competencia técnica de los organismos públicos de que procedan, con garantía de imparcialidad y objetividad; adquiriendo el valor de prueba de cargo sin necesidad de ratificación en juicio oral cuando ninguna de las partes, ante la incomparecencia del técnico firmante, solicita la suspensión del juicio, lo que equivale a la aceptación tácita de su eficacia.
3.- La prueba pericial grafológica:	Esta pericia no ofrece particularidades propias, por lo que se puede reproducir lo dicho sobre la no necesidad de ratificación en el juicio de los informes emitidos por organismos oficiales si no son impugnados, se estima que la prueba pericial caligráfica efectuada era bastante para emitir un fallo condenatorio por delito de falsedad al no haber sido impugnada.
4.- Informe pericial sobre funcionamiento de armas:	La comprobación de la idoneidad del arma para el disparo necesita una serie de pruebas cuya realización constituye propiamente una prueba pericial, para lo que si bien no es necesario especiales conocimientos técnicos ya que basta con la comprobación de su funcionamiento realizando las oportunas pruebas en una galería de tiro, sí es necesario hacer una serie de comprobaciones sobre los mecanismos que accionan y hacen funcionar el arma.

---

607 Art. 194 del Código de Procedimientos Penales: *Para la investigación del hecho que constituye el delito o para la identificación de los culpables, se emplearán todos los medios científicos y técnicos que fuesen posibles, como exámenes de impresiones digitales, de sangre, de manchas, de trazas, de documentos, armas y proyectiles.*

608 Otras sentencias entienden que: los informes de identificación dactiloscópica de la Policía tienen en sí mismos todos los elementos que permiten su valoración y contradicción; y que para contradecir las conclusiones del informe, la defensa tiene que demostrar que todo el documento es falso o bien que dichas conclusiones se apoyan en menos coincidencias que las científicamente exigidas o, en todo caso, que las semejanzas de las huellas no son tales. Si el informe no se basa en hechos falsos, las partes disponen, por tanto, en el documento mismo de todos los elementos necesarios para la contradicción de sus conclusiones, el interrogatorio personal del técnico no resulta necesario para la contradicción del informe en el juicio oral. En RIVES SEVA, Antonio Pablo, *op. cit.*, p. 236.

13. La valoración del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera o Informe de Inteligencia

Dado que el Acuerdo Plenario Nº 3-2010/CJ-116, acentúa el «nítido carácter pericial» del informe de inteligencia, afirmando que «podrá ser valorado como pericia institucional» con arreglo al principio de libre valoración; en consecuencia dicho informe de inteligencia debe ser valorado bajo el derrotero analítico de la prueba pericial. Para tal efecto nos remitiremos a los aportes, construcciones y remisiones efectuadas por el maestro español Jordi Nieva Fenoll[609], así señala que la prueba pericial –en nuestro medio el informe de inteligencia– es probablemente el medio de prueba que con más facilidad puede escapar a la valoración judicial, básicamente porque los conocimientos que expresa el perito normalmente no pertenecen a la llamada «cultura general» y, por ello, no es posible utilizar juicios casi intuitivos, como sí ocurre con la mayoría del resto de medios de prueba. Reconózcase que si se ha llamado a un perito al proceso –o se recurre al informe de inteligencia–, ello ha sido porque el juez no posee los conocimientos técnicos necesarios para resolver el caso concreto, dado que escapan de lo jurídico. O incluso poseyéndolos, en un ánimo de garantizar la máxima objetividad de dichos conocimientos, ha decidido practicar la prueba pericial. Ello no debería ser estrictamente necesario porque el juez es imparcial, y si realmente tiene los conocimientos técnicos, los aplicará con imparcialidad, exactamente igual que realizará el resto de su labor.

Pero quizás la prudencia aconseja que incluso teniendo el juez esos conocimientos, se practique igualmente la prueba pericial, a fin de que las partes puedan interrogar al perito respecto de su dictamen, cosa que no podrían hacer realmente con el juez. El juzgador podrá hacer uso de esos conocimientos técnicos en su valoración, por descontado, aunque lo más procedente es que los utilice durante el interrogatorio al perito, porque de esa forma permite que las partes conozcan cuáles son sus inquietudes acerca del dictamen, pudiéndose defender debidamente en lo que reste de proceso, aprovechando las oportunidades que les queden.

Con todo, ésa no es la situación habitual, ni mucho menos. Lo que solemos encontrarnos es a un juez que no posee la formación

[609] Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, pp. 285 y ss.

necesaria ni tan siquiera para entender debidamente el dictamen. Y ello no es una crítica, sino que es perfectamente habitual y hasta lógico en muchos casos. No obstante, el problema que se deriva de ello es que la asunción del dictamen en la sentencia puede ser directa y acrítica, de manera que no se motive realmente la resolución, sino que el juez se limite a transcribir las razones del perito sin entenderlas realmente. Y eso es justamente lo contrario a lo que reiteradamente exige la jurisprudencia.

A continuación, vamos a intentar dar algunas posibles claves para evitar que ello sea así, esto es cómo puede valorarse el informe de inteligencia, tal y como le va a quedar al juez encima de la mesa en el momento de la redacción de la sentencia. Y con unos criterios que el juez y los sujetos procesales puedan controlar realmente:

1.- La profesionalidad del perito:	Antes que nada, lo primero que debe controlarse es que el perito posea los conocimientos necesarios para poder dictaminar sobre la materia de que se trate. Para ello, no es suficiente que se halle en posesión de un título profesional, sino que, además, es necesario que acredite solvencia en la práctica de su profesión. También es muy útil que informe de su experiencia ante los tribunales, a fin de valorar si es un perito habitual, o bien es un experto que se dedica a su trabajo cotidiano y que, excepcionalmente, colabora con los órganos jurisdiccionales. Para ello, es necesario que el perito, en su comparecencia en el proceso, lleve a cabo una actuación que no suele hacer habitualmente –aunque se ve en algunos procesos–, y ni tan siquiera está prevista en las leyes: es necesario que presente un *curriculum vitae* con las acreditaciones precisas de su contenido. Sin embargo, en ningún caso se le exige al experto que aporte otros puntos que son de gran interés para la valoración, como su experiencia y trayectoria. Parece imprescindible que el perito se refiera en su *curriculum* justo a esos puntos. Es imprescindible el análisis de la persona del perito en cuanto a sus conocimientos, habilidades y competencias profesionales. Y es que habida cuenta de las dificultades que tendrá el juez para evaluar el dictamen en el fondo, el hecho de que pueda saberse si el perito es o no un buen profesional, puede ayudar mucho en esa evaluación. Desde luego, es precisa una cierta flexibilidad en la valoración de estos requisitos profesionales, porque no creo que sea procedente establecer un modelo de «indicativos de calidad» que deben concurrir en un perito, y que después el experto profesional cumpla formalmente, rellenando las casillas correspondientes del modelo de *curriculum*. Esa orientación favorece la formación de *currícula* absolutamente aparentes, falsos en rea-

	lidad; que desde luego entorpecen el análisis de la auténtica profesionalidad del experto. Por ello, sería necesario observar si el perito posee publicaciones en revistas de reconocido prestigio en la materia de la que se trate, o si está en poder de alguna especialización complementaria a su grado universitario. O incluso si ya ha realizado dictámenes en la materia objeto del juicio con anterioridad. Todo ello sí puede ser objeto de valoración objetiva, y es fácilmente controlable por un juez. A lo que no debería atenderse, en absoluto, es al rango académico o profesional que ocupe el perito en un determinado esquema organizativo de una empresa, por ejemplo. Las designaciones para dichos cargos no dependen en la mayoría de las ocasiones de criterios objetivos de evaluación de la calidad de los designados, sino de simples relaciones de confianza que posean con quienes propiciaron sus nombramientos. Además, una vez que se llega a esos cargos, las labores que suele desempeñar muchas veces la persona escogida son más bien de gestión o dirección, antes que puramente científicas. Por tanto, los cargos, por sí mismos, no son en absoluto una garantía de calidad. En el pasado, como consecuencia de simplificaciones sociológicas evidentes, se había tendido a valorar a las personas profesionalmente a través de los cargos que ocupaban, tendencia que aún perdura pero que, por fortuna, se percibe cada vez como más débil. Pues bien, cuestiones sociológicas aparte, lo que debe observarse es la trayectoria científica del perito a través de su *curriculum*, sin tener en cuenta el cargo que ocupe, pues es posible que ello no sea determinante de la mayor calidad del dictamen, sino simplemente, y permítaseme el comentario, de un aumento arbitrario del precio del mismo. Con todo ello no se excluye que, finalmente, el perito acabe realizando un mal dictamen, porque para averiguar ese extremo habrá que acudir al dictamen en sí, analizándolo de la forma que veremos seguidamente. Pero al menos, conocer cumplidamente su profesionalidad nos permitirá un primer acercamiento a la posible calidad del dictamen, lo que permitirá que el juez tome más o menos en cuenta sus conclusiones. O incluso sepa a qué atribuir los defectos evidentes que localice en el mismo.
2.- La coherencia interna y la razonabilidad del dictamen pericial	El primer punto que se debe controlar es que el dictamen sea inteligible y, sobre todo, no resulte contradictorio. La coherencia y sus requisitos son conocidos para cualquier jurista. Pero la intelegibilidad del dictamen es algo mucho más comprometido, porque no es infrecuente que el perito, siendo para él obvio mucho de lo que dice, no pierda mucho el tiempo en explicarlo demasiado. De esa forma, el texto del dictamen acaba resultando confuso, oscuro, y lo cierto es que no se aciertan a entender las razones por las que el perito haya dictaminado de un modo

u otro.Un dictamen, en esas condiciones, no puede ser creíble, y salvo que el perito lo concrete más en su comparecencia ante el tribunal, su resultado debería ser desechado, porque ningún juez podrá motivar en una sentencia que ha seguido un dictamen pericial cuyas razones no entiende, no desde el punto de vista científico, sino desde la perspectiva meramente descriptiva.

Por ello, sin perjuicio de que sería bueno que el juez contara con una mínima formación en los campos periciales más frecuentes para conseguir entender el dictamen, aunque sea someramente, también es preciso que el perito no pierda de vista, de que el dictamen que debe realizar está dirigido a personas que no son expertas y que, por tanto, debe hacer un esfuerzo suplementario en la exposición de sus conclusiones, a riesgo de que no sean tenidas en cuenta finalmente y el dictamen acabe resultando, en su conjunto, inútil, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero.

El dictamen debe transmitir sus ideas con facilidad, debe ir refiriendo los temas objeto de dictamen con precisión y, sobre todo, debe contestar a las cuestiones que se le han planteado, sin dejar cabos sueltos, pero tampoco extralimitándose, es decir, respondiendo a otros puntos que no son objeto de dictamen. Eso es lo que otorgará la congruencia del dictamen. Y es que si el mismo es incongruente, se abre también la oportunidad de que lo acabe siendo la misma sentencia.

Pues bien, como ha quedado dicho y en conclusión, si el dictamen no posee estas características no debería ser tomado en consideración. Puede intentarse corregir o precisar el dictamen durante la comparecencia del perito, como veremos después. Pero también es posible que esa misma comparecencia revele que el dictamen es sumamente defectuoso, o que el perito no tiene la preparación suficiente para realizar su labor. En esos casos, el juez, si todavía es procedimentalmente posible en ese momento del proceso, debe disponer la práctica de una nueva pericia, puesto que de lo contrario, ante la insuficiencia de prueba, únicamente le quedará como solución, en última instancia, la aplicación de las reglas de carga de la prueba. O en el proceso penal, respetar la presunción de inocencia y, por tanto, absolver.

Por consiguiente, en estos casos de falta de coherencia interna del dictamen que provoca que el peritaje no sirva absolutamente para nada, antes que evitar una siempre extrema aplicación de las reglas de carga de la prueba o de la **presunción** de inocencia, merece la pena intentar que un nuevo dictamen esclarezca la cuestión debatida, para así acercar el proceso lo más posible a la realidad de los hechos.

3.- El seguimiento de parámetros científicos de calidad en la elaboración del dictamen y el uso de resultados estadísticos:	No existen, ni pueden existir, unos criterios absolutamente fijos e inmutables de calidad en la ciencia. Pero normalmente, en los tiempos modernos, se suele partir de la base de que un buen resultado de investigación es aquel que demuestra experimentalmente sus hipótesis, tanto a través de la reproducción del experimento que trajo el resultado investigador, como mediante la realización de experimentación alternativa que no ofrezca un resultado distinto. La experimentación, no obstante, no siempre es posible por diferentes motivos, a veces éticos, otras veces de orden totalmente científico, dado que no todas las hipótesis de la ciencia resultan, a día de hoy, empíricamente demostrables. Basándonos en estos tradicionales postulados, es posible construir un modelo que permita controlar la calidad de los dictámenes periciales, pero adaptándolos al hecho de que, evidentemente, no es exactamente lo mismo la comprobación experimental científica, por una parte, y el análisis crítico de un dictamen pericial por la otra, dado que el primero se basa precisamente, en muchas ocasiones, en esa comprobación experimental previa y ajena al dictamen. Hay que centrarse, evidentemente, en lo más objetivo, porque va a ser lo único que, una vez más, podrá acreditar cualquier juez en su motivación. En este sentido, y buscando ser lo más generalistas posible para abarcar el mayor número de pericias, puede concluirse que el juez debería centrar su observación del dictamen en los siguientes puntos: 1.*Que las técnicas* y *teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes* y *están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional:* para comprobar este extremo, el dictamen debería contener los siguientes puntos: – Mención de las publicaciones de calidad en las que habrían visto la luz esas técnicas y teorías para ser utilizadas, aunque se trate de manuales de la disciplina, si no existen esas publicaciones tan especializadas. – Si no hay publicaciones, o bien el examen pericial es tan frecuente que no resulta necesario acreditarlo de ese modo, hay que justificar al menos que la técnica utilizada es de uso regular en la praxis científica, industrial o profesional. – Además, es preciso que el perito haya descrito pormenorizadamente el procedimiento de análisis que llevó a cabo, así como que utilizó el instrumental especializado adecuado para el examen. De lo contrario, es posible que solamente citando publicaciones a mayor abundamiento, excluya explicar el *iter* técnico que le llevó a sus conclusiones.Con ello, el perito enseña las entrañas de su dictamen, de manera que expone las herramientas que utilizó y cómo fueron usadas. De esa forma es posible contrastar su dictamen con el de otro perito. Sobre todo se

	posibilita de ese modo la práctica útil de un segundo dictamen pericial para comprobar el primero. El segundo perito podrá así valorar críticamente las conclusiones de su compañero con conocimiento de causa. Y es que es posible que con la técnica llevada a cabo por el primer perito se obtengan unos resultados, y en cambio con otra alternativa los resultados sean distintos. Si los peritos no explican sus procedimientos e instrumentos, los resultados que expongan quedarán en el vacío, no sabiendo el juez a qué dictamen atender.
4.- ***Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes:***	Muchas de las profesiones que aportan dictámenes al proceso poseen esas normas en sus criterios deontológicos, o bien incluso en pequeños manuales al uso. Algunas también han sido objeto de normas jurídicas incluso. Pues bien, el dictamen tiene que hacer mención de todo ello para que el juez pueda comprobar que, realmente, se siguieron tales estándares y normas de calidad. El dictamen no debe limitarse a una simple mención de que se siguieron dichas normas, o que, por ejemplo, el laboratorio donde se practicó el análisis tiene unos estándares de calidad reconocidos oficialmente por inspecciones oficiales pasadas. Todo eso ofrece garantías, pero no son suficientes. A los efectos del proceso debe informarse de que esas normas de calidad fueron seguidas, informando, por ejemplo, de la antigüedad de las instalaciones donde se realizó el dictamen y del instrumental empleado. No es frecuente encontrar ninguno de esos puntos en los dictámenes, porque se dan por obvios muchas veces y, además, no son necesarios realmente en todas las pericias. Por ejemplo, en el dictamen de un arquitecto no es necesario que el mismo informe de la antigüedad de sus lápices, reglas, o de su ordenador, pero sí que es preciso que dé noticia de los aparatos de medición que utilizó, por ejemplo.
5.- ***El dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica:***	El dictamen, cuando sea procedente, contenga información estadística contrastable sobre el acierto de sus resultados. El contraste puede ser aportado con publicaciones que contengan estudios sobre la misma técnica utilizada en el dictamen. Ello es bastante común en las publicaciones científicas de las ciencias experimentales, por lo que no debería suponer mayor esfuerzo para el perito aportar esos datos. Incluso en el caso de que la conclusión del perito no pueda sustentarse en experimentación científica previa, por falta de investigación suficiente en el campo de que se trate, el perito puede dar su opinión igualmente, aunque este extremo deberá ser tenido en cuenta. Ésta es la forma de no rechazar *a priori* dictámenes sobre enfermedades nuevas, por ejemplo, que pese a que se desconozca mucho de su etiología, un experto podría dictaminar sobre las posibles causas de las mismas. El tribunal,

	lógicamente, deberá considerar el hecho de que, en estos casos, la prueba pericial no podrá tener la misma fuerza, pero no por ello debe ser rechazada por completo. En todo caso, el perito debe informar siempre acerca de lo amplia que era la muestra estadística de supuestos similares que utilizó, v. *gr.*, para calcular el precio de un inmueble en el caso de un arquitecto. O para describir la peligrosidad de un «punto negro» en una carretera en el caso de un técnico en seguridad vial. Y es que no son aceptables los informes *grosso modo*. Ese tipo de informaciones, en realidad, lo que hacen es encubrir una falta de estudio estadístico de casos similares, que debe realizarse dado que no se le está preguntando al perito cuánto cree él que vale una finca, sino que se le pide que investigue ventas similares, de las que dé noticia objetiva, y que efectivamente se acabarán saldando con el precio que él dice. O bien en el caso de pericias ambientales, no se le solicita al perito si cree que un río está contaminado, sino que acredite verdaderamente que el consumo de las sustancias halladas en el río son incompatibles con la salud de la fauna y de la flora, justificando por qué. Con una mínima experiencia podemos calcular por encima el precio de un inmueble, o podemos detectar si un producto está en malas condiciones en caso de que su corrupción sea evidente. Pero lo que pretendemos de un perito es que nos explique por qué, lo que sólo puede realizarse acudiendo a una muestra de supuestos similares lo suficientemente amplia, acreditando además por qué dicha muestra es, precisamente, suficientemente amplia según los parámetros científicos. Estamos hartos de ver en los medios de comunicación estudios sobre la incidencia del consumo de un alimento o sustancia en la salud de las personas, cuya muestra es pequeñísima y sólo busca impresionar al público para dar publicidad a un determinado centro de investigación o también a un determinado producto. Evidentemente, la calidad de la publicación donde haya salido publicado el estudio puede ser un parámetro de valoración de la muestra, como he dicho anteriormente, pero lo deseable es que el peritaje se base en un estudio completo que recoja todas las fuentes al efecto.
6.- *El dictamen se base en suficientes hechos y datos:* el perito debe acreditar que su examen no fue ejecutado superficialmente,	A tal efecto puede aportar u ofrecer datos muy concretos de las mediciones que realizó, justificando que el hecho de no tomar más muestras obedeció a que no hubiera servido de nada, o no hubiera aportado ulteriores evidencias al dictamen. Dar noticia de datos sin acreditar la fiabilidad de la fuente, o no informar de ese tiempo transcurrido, serán evidencias claras de que el dictamen no se realizó correctamente. Para valorar todo lo anterior, la experiencia del juez en los distintos

sino que la recogida de muestras y evidencias fue realizada debidamente:	dictámenes periciales, que debiera formar parte de su aprendizaje, como ya referí, tendría que jugar un papel fundamental, porque podrá valorar si el dictamen es ilusorio, o está basado realmente en datos auténticos y, sobre todo, suficientes, utilizando debidamente su propia experiencia adquirida a través del debido aprendizaje. No obstante, el problema que tiene todo lo anterior es el que suele encontrarse siempre que un profesional realiza trabajos reiterados: la utilización de modelos. Para ganar tiempo, los peritos, al igual que el común de los juristas, trabajan con plantillas que hacen menos farragoso su trabajo. De esa forma ahorran repetir lo mismo una y otra vez. Pero con cierta frecuencia acaba sucediendo lo mismo que con los escritos judiciales o los escritos de parte: que en el producto final del trabajo, es decir, el dictamen, se dan un cúmulo de informaciones que a nadie interesan, o que simplemente son sobreabundantes porque nada significan, y sencillamente están dispuestas para otorgar una falsa imagen de erudición al trabajo realizado. Además, a veces se cometen evidentes errores de trascripción. Con la finalidad de evitar esos defectos, que en el fondo encubren el hecho de que el dictamen no se ha realizado, habría que luchar contra la costumbre de utilizar los citados modelos. Soy consciente de que ello es muy difícil, prácticamente imposible, aunque debería hacer pensar el hecho de que si algo se repite mucho, quizás es que ni siquiera es necesario decirlo. El dictamen resultará más breve y probablemente desmerezca a los ojos de un necio por su falta de «volumen». Pero si contiene las informaciones precisas y ha seguido los parámetros de calidad enunciados en este apartado, lo más conveniente es que no diga absolutamente nada más. Una cosa es utilizar una mínima plantilla para elaborar un informe, y otra cosa es hacer un uso abusivo y sistemático del llamado «cortar y pegar». Por supuesto, del modo que estoy indicando la elaboración de los dictámenes se dificulta, porque se hace más farragosa para el perito. Pero a la vez se simplifica la labor judicial que, en otro caso, es decir, si el dictamen dice siempre el mismo tipo de palabras vacías, lo que sucede es que el juez no sabe con qué carta quedarse. Hay que extender definitivamente la conciencia de que un dictamen pericial no es una forma sencilla de que un perito gane un sobresueldo con un trabajo que, en el fondo, le aburre, diciendo una y otra vez lo mismo. Para ello, debería servir de punta de lanza la labor de la jurisprudencia rechazando dictámenes que no reúnan los requisitos enunciados en este apartado. Con ello, el resultado de esta prueba podrá ser verdaderamente útil e inteligible, como ya sucede en no pocas ocasiones. Por tanto, creo que con todo lo anterior se han ofrecido los únicos

	parámetros que el juez puede valorar realmente a la hora de examinar un dictamen pericial, sin conocer realmente la ciencia empleada en ese dictamen. Todo lo anterior creo que es muchísimo más que remitir simplemente al juez a las «reglas de la sana crítica», a fin de proceder a la valoración de esta prueba. Con los criterios ofrecidos, a la hora de valorar lógicamente el dictamen, el juez contará por lo menos con una serie de puntos objetivos en que apoyarse. Hay que resignarse al hecho evidente de que el juez no va a conocer, normalmente, las máximas de experiencia técnicas utilizadas por el perito, por lo que aunque ciertamente pueda acudir a bibliografía específica para ilustrarse sobre la materia, parece mucho más plausible que consulte los criterios objetivos anteriormente mencionados, que no que intente utilizar una supuesta ciencia privada que probablemente no posea. Aunque no puede descartarse el valor que tendrá que el juez, para su mejor comprensión, intente verdaderamente adquirir dichos conocimientos.

14. El error de tipo y prohibición en el delito de lavado de activos

En el delito de blanqueo de capitales se observará con cierta frecuencia el concepto de «error del tipo penal». El «error» es tanto la ignorancia como el conocimiento equivocado de la realidad. Es así entonces que las formas de culpabilidad pueden verse excluidas por el error, que se trata, repetimos, de una representación falsa de la realidad.

No se tendrá en cuenta en estos casos cuando el agente tiene dudas, ya que esos casos entrarán dentro del análisis del «dolo eventual».

Introduciéndonos en los distintos supuestos, el tratadista Roberto DURRIEU remarca que se podrá dar el supuesto en el que el agente está convencido de que los bienes tienen un origen lícito, cuando en realidad proceden de un delito. En este caso, por supuesto, no cabe imponer pena alguna debido a la exclusión del dolo. De todas las posibilidades de error, ésta es la que ofrece mayores problemas, sobre todo en el plano probatorio. En efecto, es difícil comprobar la concurrencia de tal conocimiento, que en muchas oportunidades deberá constatarse por medio de indicios, y aun así resulta complejo determinar si realmente se trata de un error del tipo, por caso fortuito, culpa, o dolo en su categoría eventual.

En cambio, no se excluirá el dolo cuando el sujeto crea que los bienes que aplica provienen de un delito cuando en realidad lo son de otro, pues

entonces el error será irrelevante ya que se cumple igualmente la exigencia del tipo penal en tanto se representó que los bienes provenían de la ilicitud. La respuesta a este supuesto no merece mayores complicaciones de interpretación, puesto que el legislador no exige el conocimiento preciso del delito previo, sino que se refiere tan sólo a la categoría genérica de «delito». Es decir, es indistinto si el sujeto activo cree que el dinero que blanqueará proviene de un secuestro extorsivo, cuando en realidad lo es de un soborno, ya que se habrá cumplido de todas maneras con el requisito del tipo penal, que es el de tener pleno conocimiento o sospechar que el dinero proviene de un delito, sea cual fuere el crimen.

También puede producirse, pero en menor medida, el error respecto de la relación del objeto y el delito previo. Esto ocurre, por ejemplo, cuando pese a conocer el origen delictivo de un determinado bien el blanqueador desconoce sobre las conversiones o transformaciones intermedias que unen al bien con el delito previo del que provienen. Este tipo de error también es absolutamente irrelevante para la aplicación de la figura de lavado, ya que el blanqueador de todos modos conoció el origen ilícito del bien. Es más, no sólo es irrelevante este detalle, sino que tal hecho será frecuente, ya que es muy común que el dinero o cualquier otro efecto originado del ilícito sea transformado en varias etapas para finalmente ingresar al mercado lícito.

Como en todo delito, puede suceder que el agente desconozca justamente que su conducta es delictiva. Ante todo debemos decir que este supuesto es muy restrictivo debido a que sería muy absurdo suponer que el sujeto activo invoque en su defensa que ignora que su conducta está prohibida por el derecho. Sin embargo, si ese fuera el caso, de todos modos deberá interpretarse que de haberse actuado debidamente el error se hubiera evitado, entrando así en el terreno del dolo eventual. A los efectos de analizar esta última cuestión, nos referimos a la aplicación del dolo eventual en estos supuestos, será importante saber si el agente se trata de una persona que lógicamente pudiera poseer los conocimientos elementales de la materia, ya que si fuera éste el caso será inadmisible el planteo del agente que invoque no conocer que su conducta está penada[610].

---

610 Roberto DURRIEU (H.), *El lavado de dinero en la Argentina*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 178 y ss.

Por su parte el tratadista Carlos ARÁNGUEZ SÁNCHEZ sistematiza las diferentes formas de error bajo la siguiente estructura argumental:

1.- Error respecto al origen del bien en un delito previo. Teoría del error sobre los elementos normativos del tipo con valoración jurídica:	De todas las posibilidades de error, las que ofrecen más problemas, tanto en la práctica como en la teoría serán aquellas que tratan sobre el conocimiento equivocado de la procedencia de los bienes. Si, como hemos comentado, es difícil probar la concurrencia de tal conocimiento, que deberá constatarse a través de indicios, la cuestión se complica ahora aún más, dada la relevancia de ciertas variantes de error que analizaremos en este apartado. Además, el origen delictivo del bien es un elemento de carácter normativo, y no existe un amplio consenso doctrinal sobre el tratamiento que deba dispensarse al desconocimiento de un elemento normativo. Dejando a un lado los problemas de prueba sobre el conocimiento real que tenía el sujeto sobre el origen del bien, nos interesa ahora centrarnos en la solución dogmática correcta al error sobre un elemento normativo del tipo. La doctrina mayoritaria se muestra partidaria de diferenciar entre el error sobre el conocimiento del soporte fáctico que sirve de base a este elemento y el error sobre su valoración. Nosotros nos sumamos a esta distinción, y ello porque no compartimos la opinión de PÉREZ MANZANO, para quien «si se defiende la teoría del dolo, como todo error afecta al dolo y en esa medida a la culpabilidad, el tratamiento de todos los supuestos sería en principio el mismo, y no debería diferenciarse tampoco entre desconocimiento de elementos fácticos y normativos». Por el contrario entendemos que tal diferenciación es inevitable, se defienda la teoría de dolo o de la culpabilidad, desde el momento en el que el art. 14 Cp distingue entre el error «sobre un hecho constitutivo de la infracción penal» y el error «sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal»[611]. La distinción que hemos defendido, aplicada al delito de blanqueo, supone diferenciar entre el error sobre las circunstancias fácticas del hecho del que proceden los bienes y el error sobre la consideración de esos hechos como delitos graves.

[611] Posición esta última más acorde a nuestro Código Penal, dado que el artículo 14 del referido Código Punitivo, rotulado como «Error de tipo. Error de Prohibición», establece que: «*El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es vencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud de hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible, se atenuará la pena*».

2.- Error sobre las circunstancias fácticas del hecho del que proceden los bienes:	Los siguientes supuestos tienen en común que el sujeto tiene una apreciación errónea de los hechos de los que proceden los bienes. Debemos distinguir varios casos: 2.1.- *Creencia de que el bien, que tiene su origen en un delito grave, tiene un origen legal:* Ejemplo 1: Un sujeto adquiere una casa de campo pensando que su anterior propietario la adquirió legalmente, cuando realmente la compró con dinero proveniente del tráfico de drogas. En el caso de que se desconozca la proveniencia del bien ilícito, creyendo que tiene un origen legal, estaríamos ante un error de tipo, por lo que la conducta se castigaría como imprudente si el error es vencible, y quedaría impune si es invencible. 2.2.- *Creencia de que el bien, que tiene su origen en un delito grave, procede de un delito menos grave o falta:* Ejemplo 2: Un sujeto adquiere un abrigo de piel pensando que proviene de un hurto (delito menos grave) cuando realmente proviene de un robo (delito grave). En este supuesto también estaríamos ante un error de tipo, pero a diferencia del caso anterior habrá que atender a la problemática concursal que se nos presenta, pues cabe la posibilidad de que la conducta del sujeto sea incluible en un tipo penal que en el cual el desconocimiento de la gravedad del delito carezca de relevancia. Así pues, en el ejemplo 2, si se dan los requisitos que delimitan la receptación del blanqueo (ánimo de lucro, etc.), debemos concluir, en base al principio de especialidad, que estamos ante un delito de receptación en lugar de apreciar un error de tipo sobre el delito de blanqueo. 2.3.- *Creencia de que el bien tiene su origen en un determinado delito grave, cuando proviene realmente de otro delito grave distinto:* En tal caso el sujeto conoce que la proveniencia del bien se sitúa en un delito grave, pero ignora qué delito concreto se encuentra en el origen del bien. Ejemplo 3: El autor piensa que el capital proviene de un delito de tráfico de órganos humanos cuando realmente proviene del tráfico de material radioactivo. Puesto que el legislador no exige el conocimiento del delito preciso del que provienen los bienes, sino que se refiere a las categorías de delitos en base a grupos (delitos graves o delitos descritos en los arts. 368 a 372 Cp), podemos afirmar como principio general que el error sobre el conocimiento concreto del delito cometido dentro de cada categoría es irrelevante, si el delito del que se creía provenían los bienes, así como el delito del que realmente provenían, eran ambos delitos graves, y ninguno de ellos relativo al tráfico de drogas (lo que nos reconduciría a un tipo agravado).

Por ejemplo, el blanqueador sabe que una organización se dedica al secuestro, a la prostitución mediante coacción y a la explotación de menores en espectáculos pornográficos, pero desconoce el origen exacto de la cantidad que esta organización le entrega para su blanqueo, que puede encontrarse en cualquiera de los delitos antes mencionados. En tal caso el error es irrelevante, pues la desviación entre el origen supuesto y el real no traspasa la frontera de la esencialidad. Sería un error equiparable a un error *in personam* en un delito de homicidio. Tal desconocimiento no afecta a la calificación jurídica de los hechos.

LEIP ha planteado en Alemania la siguiente cuestión, ¿en los casos en los que el legislador agrava la pena por la proveniencia de un determinado delito, el error que afecte a tal calificación puede tener relevancia? En nuestro Código penal existe una agravación cuando el delito previo es un delito de tráfico de droga o precursores, luego -la cuestión planteada por LEIP también tiene relevancia en el Ordenamiento penal español. En nuestra opinión, el error que verse sobre esta calificación será siempre inesencial, ya que:

a) Puede que el sujeto crea que el bien proviene del narcotráfico, cuando realmente procede de otro delito grave (por ejemplo, un robo con intimidación). Puesto que conoce su proveniencia de un delito grave, podrá ser castigado por el tipo básico de blanqueo, pero no por el tipo agravado. Sin embargo, BLANCO CORDERO mantiene que la solución a este supuesto sería un concurso ideal entre un delito de receptación imprudente y una tentativa inidónea de blanqueo de capitales. No nos resulta satisfactoria esta solución, pues el sujeto conoce que los bienes provienen de un delito grave, por lo que en modo alguno puede entenderse que su actuar es imprudente. Además, las consecuencias de la solución propuesta por BLANCO CORDERO convierten a esta conducta en impune, ya que tanto la receptación imprudente como la tentativa inidónea de blanqueo no pueden ser sancionadas a su juicio.

b) Puede que el sujeto crea que el bien proviene de otro delito grave (por ejemplo, un robo con intimidación), cuando realmente procede del narcotráfico. En tal caso, el sujeto responderá sólo por el tipo básico de blanqueo, siendo indiferente que tal error sea vencible o invencible, ya que el art. 14 Cp ha eliminado las dudas sobre el tratamiento del error sobre circunstancias que agraven la pena. También aquí, BLANCO CORDERO mantiene que la solución a este supuesto, en caso de error vencible, sería un concurso ideal, en esta ocasión entre blanqueo de capitales imprudente y tentativa inidónea de receptación. Esta solución tampoco nos parece de recibo, ya que el desconocimiento de la circunstancia agravante sólo impide su apreciación, pero no excluye el conocimiento de que el bien procede de un delito grave, por tanto, nos parece inapro-

	piado hablar de blanqueo imprudente, por el contrario, creemos que concurre el tipo básico de blanqueo doloso, que en su caso entraría en concurso aparente de normas con el delito de receptación.
3.- Error de subsunción; el error sóbrela valoración de los hechos y su encuadre como delitos graves:	Ya dijimos que el requisito de que los bienes tengan su origen en un delito grave es un elemento normativo. Por ello, además de conocer el soporte fáctico de este elemento, el sujeto ha de hacer un juicio de esos hechos para situarlos en la categoría de delitos graves. En palabras de JESCHECK, debe conocer su «significado jurídico-penal». Ya hemos comentado que en absoluto es necesaria una calificación jurídica correcta de los hechos, sino simplemente una «valoración paralela en la esfera del profano», que, según MIR PUIG, exigirá únicamente que el sujeto conozca el significado que posee el elemento normativo a nivel profano, y además esa exigencia de conocimiento debe concretarse acudiendo al mismo nivel social en el que se halla el autor. Lo expuesto hasta ahora nos conduce a la siguiente pregunta, ¿cuál es la valoración paralela de «delito grave» que debemos exigir al profano? Para contestar a ello, deberíamos centrarnos primero en qué entiende un ciudadano cualquiera por «delito». En este sentido, nos parecen correctas las apreciaciones de PÉREZ MANZANO, que entiende que quien no tiene conocimientos técnicos en Derecho identificaría «delito» con un hecho que puede provocar una intervención policial (ésta es la diferencia con el ilícito administrativo o civil), y que puede acarrear incluso una pena de cárcel (aquí la diferencia con las faltas). Desde luego, es muy resbaladiza esta cuestión de calibrar la valoración que el profano hace del concepto de delito. Sin embargo, la doctrina recurre a ella en otras ocasiones. Así, por ejemplo, el error de prohibición directo, «cuando el autor ignora la desvalorización que el Derecho atribuye al hecho». Así, el error de subsunción irrelevante se produce cuando conociendo los hechos del delito previo, el sujeto les otorga una calificación jurídica diferente, pero encuadrada en el mismo grupo de delitos graves o delitos relativos al tráfico de drogas. La calificación de unos determinados hechos como delito de robo con intimidación o delito de estafa por el sujeto carece de trascendencia, pues ambos delitos comparten, a efectos de aplicación del delito de blanqueo, una misma categoría. Lo relevante aquí es que el sujeto conoce su antijuridicidad penal y están incluidos en el mismo grupo de delitos graves. Por el contrario, cabe imaginar la conducta de un banquero suizo que acepta un fuerte depósito de dinero que sabe que es producto del impago de los impuestos que un empresario español debe a nuestra Hacienda Pública. El banquero suizo conoce el soporte fáctico de esa evasión fiscal (el impago de impuestos), luego no hay error de tipo. También sabe que el blanqueo es un delito, luego no hay error de prohibición directo. Pero

	se equivoca al valorar el impago de impuestos, pues él piensa que la evasión de impuestos es una infracción administrativa (tal consideración tiene en el Derecho suizo, alemán, etc.), no planteándose siquiera la posibilidad de que tal hecho sea constitutivo de un delito grave en nuestro país. Este sería un caso de error de subsunción, que debería ser tratado a nuestro juicio como un error de prohibición. Pero esta cuestión puede complicarse aún más, pues el actor no sólo debe valorar los hechos como delitos, sino, de una forma profana, calificarlos de graves. Eso significa que no basta con que el sujeto considere los hechos de los que proceden los bienes como delictivos, sino que además tendrá que considerarlos como delito grave. Y aquí comienzan los verdaderos problemas a la hora de valorar el error de subsunción en el delito que nos ocupa, ya que la gravedad de un delito es, fuera de su concreción técnica, muy relativa. Cualquier profano considerará al asesinato o al homicidio como un delito grave, pero no creo que existiera tanta unanimidad si interrogáramos a los ciudadanos sobre si el que una mujer consienta que se le practique un aborto, o la negativa a realizar la Prestación Social Sustitutoria son hechos considerados por ellos como delito grave o menos grave. En definitiva, la evaluación paralela de la gravedad del delito que ha de hacer el profano no es nada fácil de delimitar, por lo que cabe el riesgo de que nuestros Tribunales pasen por alto tan espinosa cuestión, y presuman que el sujeto se representó como posible (dolo eventual) que los hechos que conocía, y sabía que eran delictivos, podían ser constitutivos de un delito que merece la calificación de grave.
4.- Error respecto a la relación de objeto y delito previo:	Pese a conocer indubitadamente el origen delictivo de un determinado bien, el blanqueador puede desconocer o errar sobre las conversiones o transformaciones intermedias que unen a ese bien con el delito previo del que proviene. Tal situación es comparada por LEIP con un error en el curso causal, de modo que si la desviación entre lo que el sujeto imagina y la relación real del bien con el delito previo no justifica otra valoración jurídica, tal error es irrelevante, pues se cumple la exigencia del tipo penal de conocimiento del origen del bien. En efecto, no parece adecuado variar la calificación del caso, si la circunstancia sobre la que versa el error no altera la valoración de los hechos. Es irrelevante para la aplicación del tipo de blanqueo que se piense que un bien ha sufrido varias conversiones previas, cuando realmente proviene directamente de una operación de narcotráfico.
5.- Error respecto al sujeto transmitente de los bienes:	Los casos en los que el sujeto adquiere un bien, que sabe tiene una procedencia ilícita, de un sujeto al que cree erróneamente poseedor de buena fe, han sido considerados por LACKNER como un error de tipo.Pero

	en nuestra legislación, y puesto que ya avanzamos que la posesión de buena fe no descontamina definitivamente el bien, debemos concluir que tal error es irrelevante.
6.- Desconocimiento del carácter delictivo de la conducta de blanqueo:	Un error de prohibición directo puede plantearse en el caso de que el sujeto ignore la desvalorización que el Derecho atribuye a la acción de blanqueo por él realizada. PÉREZ MANZANO recurre a la STS de 5 de octubre de 1992 (ponente: RUIZ VADILLO), para ilustrar esta posibilidad. La mujer del narcotraficante que emplea el dinero obtenido por su marido para subvenir sus gastos diarios puede saber que su marido cometía un delito, pero no conocer que la conducta que ella realizaba era subsumible en el delito de blanqueo. No fue esa la opinión del Tribunal Supremo. Idéntico tratamiento merecen los supuestos conocidos como «doble error de prohibición». BLANCO CORDERO pone como ejemplo la persona que adquiere bienes que proceden del narcotráfico desconociendo que el blanqueo es un delito, pero creyendo realizar un delito contra la Hacienda Pública por no declarar esa operación, pero en realidad la cantidad defraudada no excede del límite marcado por el delito contra la Hacienda Pública. En tal caso, se produce un error de prohibición, por faltar la conciencia de antijuridicidad respecto del delito que realmente realiza.Lógicamente, la mayoría de estos supuestos serán tratados como error de prohibición vencible, ya que de haberse actuado con el debido celo, el error se hubiera evitado.
7.- Error respecto a la concurrencia de una causa de justificación:	Se trata de supuestos en los que el sujeto cree actuar al amparo de una causa de justificación, que en realidad no concurre. Tal sería el caso del empleado de banca que incumple los deberes reglamentarios de información sobre determinadas operaciones financieras por la creencia de que con ello respeta el deber de secreto bancario y el derecho a la intimidad de su cliente. La doctrina discute si la calificación más correcta es la aplicación de un error de prohibición vencible o la apreciación de imprudencia. BLANCO CORDERO, partiendo de la teoría estricta de la culpabilidad, considera que en caso de error sobre los elementos inesenciales estaríamos ante una causa de justificación incompleta. En nuestra opinión se trata de un error de prohibición, que eso sí, difícilmente podrá ser considerado como invencible[612].

[612] Sobre la integridad de dicha taxonomía véase la magnífica obra del maestro Carlos ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, en su obra titulada: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 286 y siguientes.

ACUERDOS Y
SENTENCIAS PLENARIAS

I
Parte general

1.- El instituto de la retroactividad de la ley penal más favorable

SENTENCIA PLENARIA N° 2-2005/DJ.301-A

Asunto: Sustitución de penal por retroactividad benigna. La aplicación de la Ley N° 28002

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959, han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA PLENARIA

I. ANTECEDENTES

1. Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959 y 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Corresponde en este caso, luego de las labores preparatorias del Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, dar cumplimiento a lo dispuesto por el citado artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, y dictar una sentencia plenaria respecto a la definición de los criterios necesarios para la aplicación del artículo 6° del Código Penal, sobre sustitución de penas por retroactividad benigna con motivo de la entrada en vigor de la Ley número 28002. Con motivo de la interpretación y aplicación de dicha institución ha surgido una discrepancia entre las Ejecutorias Supremas del dieciséis de marzo de dos mil cinco, recaída en el Expediente número trescientos cincuenta y dos - dos mil cinco, emitida por la Segunda Sala Penal Transitorias, y del veintisiete de abril de

dos mil cinco, recaída en el Expediente número ciento treinta - dos mil cinco, dictada por la Sala Penal Permanente. Esta última Ejecutoria, con arreglo al apartado dos del referido artículo 301°-A de la Ley Procesal Penal, decidió la convocatoria al Pleno Jurisdiccional.

3. La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en el quinto fundamento jurídico, luego de hacer referencia al Pleno Jurisdiccional de los Vocales Superiores del año dos mil cuatro, que dictó un Acuerdo Plenario sobre este tema, y aceptando que la sustitución de la pena que es de dictarse al amparo del artículo 6° del Código Penal, en función a los artículos 296° y 297° del Código Penal debe evaluarse y definirse en cada caso concreto con arreglo a las exigencias de los principios de legalidad y de proporcionalidad, y aplicarse en base a criterios comunes que no afecten las diferencias entre tipos básicos, tipos agravados y tipos atenuados. Asimismo, en el sexto fundamento jurídico estipuló que la sustitución no debe llevar a una nueva pena concreta, y por ello -siguiendo al aludido Pleno Superior- incorporó cuatro criterios de sustitución: (1) si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal; (2) si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal; (3) si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal; y, (4) si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (artículo doscientos noventa y seis), no se podrá reducir la pena.

4. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, por mayoría, en el tercer fundamento jurídico estableció que al alterarse las bases de la determinación de la pena con motivo de la Ley número 28002, conforme al artículo 6° del Código Penal, ineludiblemente debe sustituirse la pena impuesta por otra más benigna. En el cuarto fundamento jurídico precisó que la sustitución debe respetar las diversas circunstancias que permiten concretar legalmente la pena, que desde el derecho procesal debe atender a la declaración de hechos probados y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para determinar judicialmente la nueva pena, y desde el derecho material debe acatar el principio de proporcionalidad de la pena, los criterios rectores de los artículos 45° y 46° del Código Penal, sin que resulte aceptable acudir a criterios o pautas matemáticas o estándares tasados de cualquier índole para establecer la nueva penalidad, que no son acordes con un sistema de determinación legal relativa de la pena. Finalmente, en el sexto fundamento jurídico estatuyó que si en la sentencia materia de sustitución se comprendió

una atenuación especial y se impuso una pena por debajo del mínimo legal resulta imperativo que la nueva pena resultado de la sustitución deba ser inferior al mínimo legal estipulado en la nueva ley; a su vez, estimó que no es posible instituir reglas fijas para la sustitución de las penas ni es posible desconocer los efectos de la cosa juzgada en orden a la declaración de hechos probados y determinación de las circunstancias jurídicamente relevantes de la individualización de la pena ya establecidas en la sentencia condenatoria firme.

5. La deliberación y votación del asunto en discusión se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría de nueve señores Vocales y con el voto discrepante del señor SIVINA HURTADO, que se agregará en documento aparte se emitió la presente sentencia plenaria. Se designó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y LECAROS CORNEJO, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 6° del Código Penal consagra el instituto de la retroactividad de la ley penal más favorable. En caso de conflicto en el tiempo de leyes penales debe aplicarse la ley más favorable, incluso cuando media sentencia firme de condena, en cuyo caso -en tanto la pena subsista, está pendiente o en plena ejecución- «...el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponde, conforme a la nueva ley» -si la nueva ley descriminaliza el acto, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho, tal como dispone el artículo 7° del Código acotado-. Se trata en este caso, según doctrina unánime, de una excepción a la prohibición de revivir procesos fenecidos, a la cosa juzgada.

7. La Ley número 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, reordenó la Sección II -tráfico ilícito de drogas- del Capítulo III -delitos contra la Salud Pública- del Título XII -delitos contra la Seguridad Pública- del Libro II del Código Penal. Entre otros tipos legales, modificó el artículo 296°, que es el tipo básico, a cuyo efecto independizó el supuesto de posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito, y perfiló el de tráfico de precursores; en esos casos, en comparación con la norma originaria, disminuyó la pena conminada. Asimismo, modificó el artículo 297°, que instituía las circunstancias agravantes, reordenando alguna de ellas y agravando otras en relación con las últimas normas vigentes con anterioridad, esto es con las Leyes número 26223 y 26619. Es así que, en el caso del citado artículo 297°, para sus siete supuestos disminuyó la pena, de veinticinco años de privación de libertad -fijado en la legislación anterior- a quince

años como mínimo y veinticinco años como máximo, sin alterar las penas de multa e inhabilitación; y, para los jefes, dirigentes o cabecillas de una organización dedicada al tráfico de drogas o insumos para su elaboración, al igual que si el agente se vale del tráfico de drogas para financiar actividades terroristas, fijó una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años.

8. Los problemas que se han venido presentando, y que específicamente han dado lugar a Ejecutorias Supremas discrepantes, se centran en determinar si dado el supuesto de condenas en ejecución por los supuestos del artículo 297° del Código Penal cómo debe procederse según el artículo 6° del Código acotado. O más específicamente, sobre el entendido que es de aplicación la ley más favorable, en este caso, la Ley número 28002, que para determinados supuestos típicos prevé una pena privativa de libertad más benigna, cómo opera la sustitución de la sanción por la que corresponde conforme a la nueva ley, qué pena en concreto debe imponerse, en tanto la ley no fija pautas específicas sobre el particular.

9. Una primera directiva, de carácter general, que se advierte del propio artículo 6° del Código Penal, es que si se llega a la conclusión que la nueva ley es más favorable que la anterior y que, en todo caso, ésta importa una pena menor, el Juez debe sustituir la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley. Si la ley es más benigna porque conmina el hecho típico con una sanción menor, entonces, necesariamente debe sustituirse la pena impuesta por otra de menor efecto lesivo. En estos casos, el Juez no puede optar por una decisión distinta. La variación del marco punitivo –pena legal abstracta–, desde una perspectiva de favorabilidad, tiene como efecto imprescindible que la pena impuesta varíe.

10. Otra directiva, también de carácter general, tiene que ver con el ámbito de la cosa juzgada. La inmutabilidad de la sentencia firme de condena, con excepción de la pena –si, desde luego, la variación legal incide en ese sólo ámbito, debe ser respetada. Y ésta tiene lugar en la declaración de hechos probados y en la precisión de las circunstancias y factores formalmente considerados en el fallo como relevantes para determinar judicialmente la pena: todas las circunstancias de atenuación, incluidas las especiales o excepcionales, y las eximencias imperfectas, que en su conjunto autorizan una pena por debajo del mínimo legal, así como otras consideradas puntualmente en la sentencia que –a juicio de la Sala de ese entonces– justificó una pena determinada. Desde ese límite, no corresponde al Juez que califica la sustitución cuestionar o no aplicar los criterios, formalmente firmes

y expresados en la sentencia que formulara en su día el Tribunal que emitió el fallo.

11. En tal virtud, si el Tribunal anterior impuso el mínimo legal o el máximo legal según la ley anterior el Tribunal de la sustitución no tiene otra opción que adaptar la pena a los mínimos o máximos legales previstos por la nueva ley, en tanto y en cuanto –claro está– que esos parámetros sean inferiores a la ley anterior. Asimismo, siguiendo esa misma pauta metodológica, cuando el Tribunal anterior impuso una pena por debajo del mínimo legal o una pena dentro de los parámetros previstos en la ley anterior, es obvio igualmente que el Tribunal de la sustitución debe imponer una pena por debajo del nuevo mínimo legal o una pena dentro de los parámetros previstos en la nueva ley. Esos son límites o parámetros estrictos que circunscriben el poder de cognición y el ámbito de enmienda de la sentencia anterior por el Tribunal de la sustitución, que se justifican por el reconocimiento de los principios rectores de la cosa juzgada y de la propia favorabilidad que informa la institución de la sustitución.

12. Finalmente, como se ha indicado en la última parte del párrafo anterior, puede darse el caso que el Tribunal originario imponga una pena por debajo del mínimo legal o una pena dentro de los parámetros previstos en la ley anterior. La pena, sin duda, debe sustituirse siguiendo esos criterios y resultados, pero como no existen reglas tasadas sobre el particular –ni es posible instituirlas en razón al sistema de determinación legal relativa de la pena del Código Penal–, de cómo operar en esos casos para llegar a una pena sustituida concreta, el Tribunal de la sustitución debe graduarla en función a los factores y circunstancias señaladas en la sentencia y que fluyen de autos, específicamente los artículos 45° y 46° del Código Penal, con estricto respeto al principio de proporcionalidad referido a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho cometido. Otros factores a ponderar serán también, de un lado, el nuevo cuadro de penas instituido por la nueva ley para el conjunto de delitos regulados por ella y referidos a la misma Sección modificada; y, de otro lado, aunque sin estimarlo como el factor principal o preferente, la lógica proporcional en relación a la concreta cuantía de la pena que impuso el Tribunal originario.

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, el Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunido de conformidad con el apartado dos del artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959; por mayoría de 9 votos contra uno:

HA RESUELTO

14. ESTABLECER la siguiente doctrina legal, respecto a la aplicación del artículo 6° del Código Penal en relación con la Ley número 28002:

1°) Cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme, la pena impuesta con arreglo a la ley anterior ineludiblemente debe ser sustituida.

2°) La sustitución de la pena debe respetar los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para la determinación judicial de la pena, los que son inmutables.

3°) La nueva pena a imponerse debe respetar los principios de proporcionalidad y de legalidad.

4°) Si se impuso el máximo o el mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o el mínimo legal, respectivamente, establecida en la nueva ley; y,

5°) Si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o ésta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley o, según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley. En ambos casos, el nivel de disminución queda librado al Tribunal de la sustitución, a cuyo afecto valorará el conjunto de factores y circunstancias fijados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, así como las demás previstas en la Ley e incorporadas en la sentencia. Otros factores que deben tomarse en consideración son, de un lado, el nuevo cuadro de penas instituido por la nueva ley para el conjunto de delitos regulados por ella y referidos a la misma Sección modificada; y, de otro lado, aunque sin ser estimado como el factor el principal o preferente, la lógica proporcional en relación a la concreta cuantía de la pena que impuso el Tribunal originario.

15. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedente vinculante para los magistrados de todas las instancias judiciales, y que, en todo caso, las Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en especial las vinculantes, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos de la presente Sentencia Plenaria.

16. PUBLICAR esta Sentencia Plenaria en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR SIVINA HURTADO

1. Insisto en las consideraciones y conclusiones que, en su oportunidad, consigné en mi voto singular recaído en el recurso de nulidad número 130-2005, del veintisiete de abril de dos mil cinco, que precisamente dio lugar a la convocatoria al Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de este Supremo Tribunal.

2. Ante la entrada en vigencia de una ley penal que conmine la infracción penal con una pena menor considero que ineludiblemente la pena impuesta en la sentencia que está ejecutándose debe ser sustituida, aunque respetando tanto (1) las consecuencias necesarias de la cosa juzgada: hechos declarados probados y las circunstancias reconocidas como relevantes en orden a la individualización de la pena en el fallo cuya revisión se pide, cuanto (2) el principio de proporcionalidad de la pena y los criterios de individualización judicial de la pena.

3. Para la fijación de la nueva pena, y en tanto es de descartarse de plano que se efectúe cualquier tipo de revalorización que lleve a imponer una nueva pena concreta, debe asumirse las siguientes reglas de sustitución:

a) si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal;
b) si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal;
c) si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (artículo 296° del Código Penal); y
d) si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (artículo 296° del Código Penal) no se podrá reducir la pena.

S.
SIVINA HURTADO

2.- La determinación judicial de la pena de inhabilitación y el monto de la reparación civil

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 948-2005

Junín

Lima, siete de junio de dos mil cinco.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Juan Román Marcelino Arge Chanco; de conformidad con la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el recurrente cuestiona la sentencia por los siguientes fundamentos: i) que para la imposición de la pena de inhabilitación no se ha tenido en cuenta su confesión sincera, y se ha puesto en riesgo su subsistencia; ii) que para fijar la reparación civil no se ha observado sus bajos ingresos económicos. **Segundo:** Que se imputa al encausado Arge Chanco que en su calidad de Director del «Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca» se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la adquisición de dos computadoras. **Tercero:** Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del encausado en la comisión del hecho punible; que la impugnación se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena de inhabilitación impuesta y al monto de la reparación civil; que la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil -que no es una pena-, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil ex delito es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; que de autos se advierte que el encausado Arge Chanco se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la compra de computadoras para un centro educativo, lo que generó perjuicio tanto a la propia institución académica cuanto a los educandos; que, siendo así, el monto fijado por el Tribunal sentenciador por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a ley. **Cuarto:** Que, por otro lado, al acusado Arge Chanco se le impuso un año de pena privativa de libertad por la comisión del delito de peculado, el mismo que da lugar a que se aplique a su autor la pena conjunta, siempre de carácter principal, de inhabilitación conforme fluye del artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, cuya duración está en función a lo dispuesto por el artículo treinta y ocho del código acotado; que, en tal virtud, debe enmendarse el fallo en ese extremo y fijar la citada pena con arreglo al principio de proporcionalidad, según la entidad del injusto y la

culpabilidad por el hecho típico perpetrado. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en sentencia de fojas doscientos cincuenta y dos, su fecha veintinueve de octubre de dos mil cuatro, que condena a Juan Román Marcelino Arge Chanco por delito contra la administración pública -peculado- en agravio del Estado y del «Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca», a un año de pena privativa de libertad, y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de los agraviados en proporción de quinientos nuevos soles para cada uno; con lo demás que contiene, declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto impone la pena accesoria de inhabilitación por un año, reformándola **IMPUSIERON** la pena principal de inhabilitación de un año conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y los devolvieron.

SS.
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ

3.- Combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes

ACUERDO PLENARIO N° 2-2006/CJ-116

Asunto: Combinación de Leyes o unidad en la aplicación de las leyes.

Lima, trece de octubre dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitorias –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas–, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y se deciden por la aplicación del denominado principio de combinación de leyes y, alternativamente, del denominado principio de unidad en la aplicación de leyes. Entre ellas las Ejecutorias recaídas en las consultas número 69-2005/ Ayacucho, del 11 de junio de 2005, y número 110-2005/Puno, del 28 de abril de 2006.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la dación efectuada, por mayoría de 10 votos por la mera posición: combinación de leyes contra 4 votos: unidad en la aplicación de la ley, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente del voto de mayoría al señor MOLINA ORDÓÑEZ, y como redactor del voto de minoría al señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo. Sin embargo, como excepción a este carácter irretroactivo surge el principio consagrado en el segundo párrafo del artículo ciento tres de la Constitución Política que establece la retroactividad de la «Ley Penal más favorable al reo en caso de duda o de conflicto entre leyes penales», y que tácitamente desplaza a la regla *tempus regit actum*.

7. En igual sentido, el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la norma *normarum*, estatuye que «es principio y derecho de

la función jurisdiccional: La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

8. Asimismo, el artículo seis del Código Penal prescribe que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible; empero, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Dicha disposición es conexa con el principio constitucional de la aplicación retroactiva de la Ley en cuanto le sea favorable al reo.

9. Bajo esas premisas legales puede extraerse del voto de los citados preceptos que la ley penal aplicable a una relación jurídica será la que se encuentre vigente cuando sucedió la *quaestio facti* –como regla general– o, en su defecto, la que se promulgue con posterioridad siempre que sea más beneficiosa. Para establecer la mayor benignidad en la sucesión de leyes aplicables a un caso concreto –cuando concurra más de una ley desde el momento de ocurrido los hechos– debe efectuarse una comparación entre el contenido de los dispositivos que contengan y sobre ese mérito decidirse por la que sea más favorable al reo.

10. Sin embargo, también es posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo los preceptos más favorables, en virtud al «principio de combinación» que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo.

11. Es congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer –dentro de las leyes penales– los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza escoger entre dos leyes distintas –íntegramente– en el tiempo, resulta coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo.

12. Cabe enfatizar que con ello no se está creando una tercera Ley o *Lex tertia*, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad. Por lo demás, esta concepción guarda concordancia con el principio de necesidad de la intervención penal, porque cuando se producen variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo, es evidente que el legislador ha estimado necesario regular –en sentido benéfico– la intervención penal.

13. Por lo demás, el legislador ha consagrado el «principio de combinación en la Exposición de Motivos del Código Penal de mil novecientos noventa y uno», a cuyo efecto ha señalado que: «En acatamiento del artículo doscientos treinta y tres, inciso siete de la Constitución Política [de mil novecientos setenta y nueve], se prescribe la aplicación de lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo

de leyes penales (artículo seis). De esta manera, el Proyecto sustituye el principio de la unidad de leyes aplicable, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el artículo siete, del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas».

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por mayoría de 10 votos contra 4:

ACORDÓ

ESTABLECER como doctrina legal, respecto al principio de combinación de leyes, que es de aplicación en el conflicto de leyes penales en el tiempo, pudiendo escogerse lo más favorable de una y otra ley, siempre que sea más favorable al reo. Los principios jurisprudenciales que rigen son los señalados en los párrafos 10 a 13 de la presente Sentencia Plenaria.

PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales, y que, en todo caso, las Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos del presente Acuerdo Plenario.

PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
SALAS GAMBOA
GONZALES CAMPOS
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
URBINA GAMBINI

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES SIVINA HURTADO, SAN MARTÍN CASTRO, VALDEZ ROCA Y CALDERÓN CASTILLO

Los señores Vocales Supremos que suscriben discrepan radicalmente de los fundamentos y sentido del voto mayoritario que antecede. Los motivos de nuestra discrepancia, redactados por el señor SAN MARTÍN CASTRO, son los siguientes:

1. La Constitución Política de 1993 en materia de aplicación temporal de la ley penal sustantiva consagra, en primer lugar, que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando ésta favorece al reo -artículo 103°, segundo párrafo-; y, en segundo lugar, que en caso de conflicto entre leyes penales se debe aplicar la ley más favorable al procesado -artículo 139°, literal 11-. Ambas disposiciones constitucionales -vinculadas, a su vez, al principio limitador del *ius puniendi* que es el de legalidad (artículo 2°, numeral 24°, literal 'e' de la Ley Fundamental) y, dentro de él, a la denominada garantía 'criminal', asociada entre otras a la exigencia genérica de prohibición de retroactividad (*lex praevia*)- consagran, de un lado y como regla general, el principio *tempus regit actum*, y de otro lado, como excepción común al Derecho penal, la exigencia de ley previa que expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición -una ley penal de esas características sólo tiene efectos *ex nunc*, no *ex tunc*- y que, a su vez, garantiza la vigencia material del principio de seguridad jurídica: sólo si una conducta está previamente prohibida puede el ciudadano saber que si la realiza incurre en responsabilidad, sólo así puede acomodarse a la ley y disfrutar de seguridad en su posición jurídica.

2. En este sentido, desarrollando en lo pertinente ambos preceptos constitucionales, el artículo 6° del Código Penal precisa: «La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible [*tempus comissi delicti*]. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales». Es evidente, entonces, en primer lugar, que el conflicto ha de producirse entre dos o más leyes penales y no entre las diversas disposiciones de dichas leyes, esto es, entre la ley derogada y la nueva ley; y, en segundo lugar, que ni los preceptos constitucionales citados ni el mencionado artículo 6° del Código Penal estatuyen que debe aplicarse en caso de conflicto temporal los aspectos de las leyes opuestas que sean más favorables al acusado. Lo que en buena cuenta hace el voto mayoritario es 'crear' jurisprudencialmente una tercera ley con disposiciones no

incorporadas puntualmente en una norma con rango de ley, vista como totalidad o como unidad.

3. La invocación a la exposición de motivos del Código Penal vigente no es de recibo, primero, porque si bien es válido y razonable utilizarla como un criterio que ayuda a la interpretación normativa, en sí misma no es una fuente formal del ordenamiento jurídico, la que se circunscribe a los preceptos de la propia ley, a su sentido literal posible; y, segundo, por cuanto en el caso concreto lo expuesto en la exposición de motivos, en puridad, no se refiere al texto, tal y como fue aprobado, del artículo 6° del Código Penal. Éste hace mención, con palpable claridad, a la ley más favorable; no se refiere a los aspectos favorables de una ley para aplicarlos con relativa independencia del texto íntegro de la misma y, de ese modo, en comparación con la ley o leyes derogadas, 'construir' pretorianamente una disposición ad hoc para el caso concreto, vulnerando la vocación de generalidad de toda norma jurídica y, adicionalmente, el principio constitucional de separación de poderes. No se puede confundir, entonces, «ley» con «artículo de la ley».

4. En tal virtud, es de precisar que cuando se presenta un supuesto de conflicto de leyes penales en el tiempo ha de acogerse, como regla básica y fundamental, el principio de unidad de aplicación de la ley -criterio de alternatividad estricta de las leyes penales en conflicto-, de suerte que a los efectos de escoger la solución más favorable se ha de considerar como hipotéticamente coexistentes las leyes que se han sucedido desde el momento de la comisión del delito y deberá compararse in concreto o en bloque y aplicarse de manera completa -como un todo- la ley que permita la consecuencia menos gravosa -perspectiva de análisis referida al caso concreto-. [El juez debe considerar paralelamente el resultado a que se llegaría con una y otra ley y aplicar la más benévola, debe referirse al caso que se juzga]. No es posible aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra -conmixtión de ambas leyes-, pues con ello el órgano jurisdiccional estaría creando una nueva ley o lex tenia que no existe con fragmentos de otras dos, asumiendo de ese modo funciones legislativas que no le competen y que la Constitución entrega el Congreso de la República, obviando además los criterios generales establecidos por el legislador.

5. En la práctica jurisprudencial es frecuente la invocación a la aplicación de las disposiciones sobre prescripción y, simultáneamente, de los preceptos que regulan las penas conminadas en los tipos legales

respectivos, lo que ha determinado que en muchos casos el órgano jurisdiccional 'combine' desde una perspectiva temporal las disposiciones respectivas de las leyes en conflicto. Sin embargo, esa solución no es aceptable porque aún cuando se afirme la posibilidad de aplicar dos disposiciones de leyes penales diferentes -sólo factible, según esa concepción, en las denominadas leyes complejas divisibles-, en el caso de dos instituciones con diferente nivel de tratamiento y concepción jurídica no es posible tal fraccionamiento, y de hacerlo -como lamentablemente se viene haciendo- equivaldría a crear una tercera ley, lo cual está constitucionalmente prohibido -y así lo dicen los partidarios de esa concepción-; en este caso ni siquiera se aplica por separado cada clase de reacción penal según la fase de determinación que corresponda, sino que se combinan reglas jurídicas indivisibles pertenecientes a diferentes ámbitos jurídicos. Así las cosas, no se trata siquiera de una interpretación integrativa, sino de una creación judicial de una tercera ley.

6. Por consiguiente, no cabe invocar el principio de combinación de leyes penales para resolver un conflicto de leyes penales en el tiempo. Nuestra Constitución y el Código Penal asumen la concepción de unidad de la aplicación de la ley penal material, esto es, el criterio de alternatividad estricta.

SS.

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VALDEZ ROCA

CALDERÓN CASTILLO

4.- Reparación civil y delitos de peligro:

ACUERDO PLENARIO N° 6-2006/CJ-116

ASUNTO: Reparación civil y delitos de peligro.

Lima, trece de octubre dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas–, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como base de la discusión los problemas que plantea la reparación civil respecto de los delitos de peligro. En no pocos casos ha llegado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia supuestos en los que se recurría del objeto civil de la condena penal porque las Salas Penales Superiores estimaban que en esa clase de delitos, por ejemplo, el de tenencia ilícita de armas de fuego, no existía daño que resarcir.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en aisladas Ejecutorias Supremas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y VEGA VEGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales, acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil. El objeto del proceso penal, entonces, es doble: el penal y el civil. Así lo dispone categóricamente el artículo 92° del Código Penal, y su satisfacción, más allá del interés de la víctima –que no ostenta la titularidad del derecho de penal, pero tiene el derecho a ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión del delito–, debe ser instado por el Ministerio Público, tal como prevé el artículo 1° de su Ley Orgánica. El objeto civil se rige por los artículos 54° al 58,225°.4, 227° y 285° del Código de Procedimientos Penales y los artículos 92° al 101° del Código Penal –este último precepto remite, en lo pertinente, a la disposiciones del Código Civil.

A partir de esas normas, nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales: la protección de la víctima y aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito, en cuya virtud garantiza «...la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección» (ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 27).

7. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con 'ofensa penal' –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente– [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto, infracción /daño, es distinta*]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.

8. Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (1) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la

disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir -menoscabo patrimonial-; cuanto (2) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existencialismo patrimoniales, tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas -se afectan, como acota ALASTUEY OOBÓN, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno- (conforme ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, 2002, pp. 157/159).

9. Los delitos de peligro -especie de tipo legal según las características externas de la acción- pueden definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar [el peligro es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], sea cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión -peligro concreto- o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido -peligro abstracto- (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 223). Los primeros son, siempre, delitos de resultado, y los otros son delitos de mera actividad.

10. A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aun cuando es distinto el objeto sobre el recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados.

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos -sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal -que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual-. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar

restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo] (conforme: ROIG TORRES, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 124/125).

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.

I. DECISIÓN

11. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1169 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDÓ

12. ESTABLECER como regias de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 7 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

13. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin prejuicio de la excepción que, estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano.

Hágase saber.

SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI

5.- Determinación de principios jurisprudenciales

ACUERDO PLENARIO N° 1-2007/ESV-22

Motivo: Determinación de principios jurisprudenciales

Asunto: Ejecutorias Supremas vinculantes

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

1. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. En el presente caso, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

3. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que le correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas el año pasado. A continuación, el Equipo de Trabajo designado, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que no podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionan en la parte resolutiva del presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. El artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22°, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.

6. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.

7. El Pleno Jurisdiccional de lo Penal, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de cuatro Ejecutorias Supremas, que se pronuncian acerca de:

A. El contenido y los elementos del *ne bis in odem* material. Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

B. El alcance del tipo legal de omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y relaciones con el Ministerio Público.

C. Cambio jurisprudencial y retroactividad benigna de la ley penal. Impertinencia de la aplicación del artículo 6° del Código Penal.

D. Acuerdos Plenarios y aplicación retroactiva de sus disposiciones. Alcance del artículo 6 del Código Penal.

III. DECISIÓN

8. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia la de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDARON

9. ORDENAR la publicación en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias Supremas que a continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.

10. En consecuencia, constituyen precedentes vinculantes:

1°) Recurso de Nulidad número 2090-2005, cuarto y quinto fundamento jurídico.

2°) Recurso de Nulidad número 496-2006, quinto fundamento jurídico.

3°) Recurso de Nulidad número 1500-2006, quinto fundamento jurídico.

4°) Recurso de Nulidad número 1920-2006, tercer fundamento jurídico.

11. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior. Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINAGANVINI

6.- Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador - El contenido y los elementos del *ne bis in idem* material:

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2090-2005

Lambayeque

Lima, siete de junio de dos mil seis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Víctor Miguel Carrillo GonzAles contra el auto superior de fojas setecientos sesenta y cuatro, de fecha cinco de abril de dos mil cinco, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el recurrente al formalizar su recurso de nulidad de fojas setecientos setenta y siete afirma que la Sala Penal Superior vulneró el principio *ne bis in idem*, establecido en el inciso diez del artículo doscientos treinta de la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, pues mediante la resolución recurrida dispuso la continuación de su procesamiento a nivel judicial pese a que por los mismos hechos había sido previamente sancionado administrativamente por doce meses con cese temporal y sin goce de remuneraciones. **Segundo:** Que se imputa al encausado Víctor Manuel Carrillo Gonzales, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pitipo durante el periodo de mil novecientos noventa y nueve haber adicionado a la suma de seiscientos setenta y siete nuevos soles la palabra dólares americanos, con la finalidad que la Municipalidad agraviada pague una suma mayor a la que realmente debía hacerlo y él apropiarse de la diferencia, que ascendía a mil seiscientos veinticinco nuevos soles; que, además se le atribuye que coadyuvó a que sus coencausados Alejandro Jacinto Muro -Alcalde de la Municipalidad de Pitipo- y Juan Armando Chirinos Tello -tesorero- entreguen al imputado Genaro Segura Azaña cheques por un valor de ciento ocho mil sesenta nuevos soles, y que los encausados Alejandro Jacinto Muro Távara y Armando Chirinos Tello proporcionen a José Carbonel Acosta la suma de cuatro mil nuevos soles sin que exista motivo alguno. **Tercero:** Que, como está jurídicamente consolidado, el Derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación sólo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la *ultima ratio* en relación con los demás medios de control social. **Cuarto:** Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la

contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa. **Quinto:** Que el principio *ne bis in idem* materia tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada «prohibición de exceso», esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente. **Sexto:** Que el principio de *ne bis in idem* contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal; que en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes -posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro-; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los

expedientes números veinte cincuenta - dos mil dos-AA/TC, veintiocho sesenta y ocho - dos mil cuatro-AA/TC, veintitrés veintidós - dos mil cuatro-AA/ TC, treinta y uno noventa y cuatro - dos mil cuatro-HCÍTC, respectivamente. **Sétimo:** Que, en el contexto expuesto cabe indicar que la sanción disciplinaria impuesta al encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzales, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pitipo, se debió al incumplimiento de sus funciones y a la comisión de graves faltas administrativas que incluso no son materia de acusación fiscal –conforme se aprecia en la Resolución de Alcaldía de fojas setecientos catorce–; que, en cambio, en el presente caso se juzga hechos con contenido penal –véase acusación fiscal de fojas setecientos veinticinco–, distintos a los que originaron la medida disciplinaria que se le impuso, razón por la cual de autos no aparece acreditada vulneración alguna al principio de *ne bis in idem*. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de fojas setecientos sesenta y cuatro, de fecha cinco de abril de dos mil cinco, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada deducida por el encausado Víctor Miguel Canillo Gonzales en el proceso que se le sigue por delito contra la administración pública, peculado y otros en agravio de la Municipalidad Distrital de Pitipo, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VALDEZ ROCA
LECAROS CORNEJO
CALDERÓN CASTILLO

7.- Cambio jurisprudencial y retroactividad benigna de la ley penal. Impertinencia de la aplicación del artículo 6 del Código Penal:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. Nº 1500-2006
Piura
Lima, diecisiete de julio de dos mil seis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Noni Cadillo López contra la resolución de fojas trescientos noventa y ocho, de fecha treinta de enero de dos mil seis, que declara improcedente la solicitud de adecuación del tipo penal; de conformidad con lo opinado

por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero:** Que mediante sentencia de fojas trescientos veintiuno, de fecha uno de junio de dos mil cuatro, entre otros, se condenó a Noni Cadillo López como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado –artículo doscientos noventa y siete, inciso seis, del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil dos– a cinco años de pena privativa de la libertad; que dicho condenado se mostró conforme con esa sentencia, según se aprecia del acta final de fojas trescientos catorce. **Segundo:** Que, sin embargo, mediante escrito de fojas trescientos setenta y ocho, del seis de diciembre de dos mil cinco, es decir, luego de más de un año de expedida la sentencia condenatoria, solicitó la adecuación de tipo penal, petición que fue desestimada por el Tribunal Superior; que el encausado en su recurso de nulidad de fojas cuatrocientos seis sostiene que al momento de resolver no se tuvo en cuenta el Acuerdo Plenario número tres - dos mil cinco/CJ- ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco, publicado el veintiséis de noviembre de dos mil cinco, que por ello en base a los hechos declarados probados resulta inaplicable el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, en tanto que si bien fue intervenido en posesión de quinientos diez gramos de pasta básica de cocaína no existió concierto con los coacusados David López Silva y Jorge Acosta Huamán para el transporte de la droga . **Tercero:** Que el Acuerdo Plenario tres - dos mil cinco/CJ - ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco, respecto a la pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas, estableció: a) La sola existencia o concurrencia, sin más de una pluralidad de agentes (tres o más) en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo doscientos noventa y siete inciso seis del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal); b) la simple ejecución del delito sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada; es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito; es decir, la existencia e intervención de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el dictado inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal; c) (...) si quien participa en el hecho como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo interviene, o necesariamente intervendrán por lo menos tres personas, incluida él, no será posible ser castigado por dicha agravante; y, d) la decisión

conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención (...). **Cuarto:** Que de autos se llegó a establecer que la ideación, deliberación, decisión y ejecución del delito se realizó en forma concertada entre los encausados Jorge López Huamán, Noni Cadillo López y David López Silva, pues la droga era trasladada desde Lima a Piura y el sentenciado López Huamán manifestó haberse puesto de acuerdo con Cadillo López para transportar la droga y que previamente concertó con López Silva, por lo que el argumento que sostiene el recurrente en el sentido que no existió pluralidad de agentes y, por tanto, que su conducta debe tipificarse en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, carece de todo sustento probatorio, máxime si los hechos fueron debidamente valorados en su oportunidad por la Sala Superior, momento en que pudo cuestionar la tipificación de su conducta, sin embargo se conformó con la mencionada sentencia. **Quinto:** Que el artículo ciento treinta y nueve, inciso trece, de la Constitución Política, reconoce la garantía de la cosa juzgada, en cuya virtud emitida sentencia firme, ésta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos más favorables –véase el inciso once del citado numeral constitucional– referidas a modificaciones normativas más favorables ex post facto, conforme al artículo seis del Código Penal; que, en el presente caso, no se trata de un supuesto de cambio legal *ex post facto*, sino de una solicitud instada mucho después que la sentencia condenatoria quedó firme –en sede de ejecución procesal– en el proceso penal declaratorio de condena–; que es de precisar, lo que es de opinión mayoritaria en la doctrina penalista, que el cambio jurisprudencial no es un cambio normativo [ni siquiera lo establecido en la jurisprudencia vinculante antes mencionada puede calificarse de un cambio en la jurisprudencia precedente, pues sólo se trata de una precisión de los alcances de una concreta figura delictiva], menos aún en el ámbito del Derecho Penal que tiene como principio rector la reserva absoluta de ley para definición de las conductas punibles [en realidad, como apunta BACIGALUPO ZAPATER, los cambios jurisprudenciales sólo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya existente en el momento del hecho, por lo que no afectan la objetividad del Derecho Penal ni al principio de confianza (*Derecho Penal. Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 133)], así como que en el caso de autos no ha mediado la entrada en vigor de una nueva ley que comprenda en sus alcances los hechos objeto de la condena. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas trescientos noventa y

ocho, su fecha treinta de enero de dos mil seis, que declara improcedente la solicitud de adecuación del tipo penal solicitado por el sentenciado Noni Cadillo López; en el proceso que se le siguió en su contra y otros por delito contra la Salud Pública –tráfico ilícito de drogas– en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.

SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VALDEZ ROCA
LECAROS CORNEJO
CALDERÓN CORNEJO

8.- Acuerdos Plenarios y aplicación retroactiva de sus disposiciones. Alcance del artículo 6 del Código Penal

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1920-2006

Piura

Lima, ocho de agosto de dos mil seis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Oscar Rimay Dávila contra el auto superior de fojas setecientos cuarenta y nueve, de fecha diecisiete de marzo de dos mil seis, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que mediante escrito de fojas setecientos veintinueve, del quince de diciembre de dos mil cinco, el sentenciado Rimay Dávila solicitó la aplicación inmediata del Acuerdo Plenario número tres-dos mil cinco/CJ- ciento dieciséis, del veintiséis de noviembre de dos mil cinco, y en consecuencia la adecuación del tipo penal previsto en el artículo doscientos noventa y siete inciso siete del Código Penal –en mérito al cual fue sentenciado– al tipo penal base previsto en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal; que, según sostiene, el Acuerdo Plenario en mención señala que la sola existencia o concurrencia, sin más, de una pluralidad de agentes en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo doscientos noventa y siete inciso seis del Código Penal (anteriormente inciso siete), ya que tal concepción violaría el principio de la proscripción de la responsabilidad objetiva, además que la simple ejecución, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada, siendo imperativo el conocimiento por parte de cada

participante de la intervención de que por lo menos tres personas participan en la comisión del delito; que en el presente caso, anota el recurrente, el sentenciado Santos Gerardo Mama Prieto no ha tenido conocimiento que eran por lo menos tres las personas que iban a participar en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, lo que se aprecia de la propia sentencia que lo condena, pues tomó como fundamento diferente sustento al de la pluralidad de agentes referida; que, sin embargo, dicha solicitud fue desestimada por el Colegiado Superior por resolución de fojas setecientos cuarenta y nueve, del diecisiete de marzo de dos mil seis, lo que dio lugar a la interposición del recurso de nulidad correspondiente, el mismo que se formalizó mediante escrito de fojas setecientos setenta y seis e invocó los mismos argumentos esgrimidos en la primigenia solicitud, la determinación de una insuficiente fundamentación en la resolución recurrida, y la invocación a la aplicación igualitaria del citado Acuerdo Plenario. **Segundo:** Que, ahora bien, el recurrente Rimay Dávila fue condenado como autor de la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas y tenencia ilegal de armas de fuego, previstos y sancionados por los artículo doscientos setenta y nueve y doscientos noventa y siete inciso sexto modificado por Ley veintiocho mil dos, del Código Penal, a siete años de pena privativa de libertad, multa e inhabilitación, para lo cual se valoró, entre otros, la pluralidad de agentes que intervinieron en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas. **Tercero:** Que, si bien con posterioridad a la fecha de expedición de la sentencia condenatoria se dictó el Acuerdo Plenario número tres-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, el mismo que a tenor a lo señalado en el artículo trescientos uno A del Código de Procedimientos Penales tiene carácter vinculante y ha de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éste no es de aplicación retroactiva ya que ésta solo atañe a la ley penal, tal como lo establece el artículo seis del Código Penal; que, al respecto, cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo porque, como aclara ROXIN, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida [*Derecho Penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1999, p. 165]; que, en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial no es conforme al principio de legalidad. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en el auto superior de fojas setecientos cuarenta y nueve, su fecha

diecisiete de marzo de dos mil seis, que declara improcedente la adecuación del tipo penal solicitado por el sentenciado Oscar Rimay Dávila en el procedimiento seguido en su contra y otros por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado; y los devolvieron.

SS.
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VALDEZ ROCA
LECAROS CORNEJO
CALDERÓN CASTILLO

9.- Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia

ACUERDO PLENARIO N° 6-2007/CJ-116

ASUNTO: Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias,

en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia otras Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de la suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia –entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 5762-2006/Cajamarca, del doce de noviembre de dos mil siete–.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor PRÍNCIPE TRUJILLO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El Título V «Extinción de la acción penal y de la pena» del Libro Primero «Parte General» del Código Penal regula, entre otros aspectos, la suspensión de la prescripción de la acción penal. Según estatuye el artículo 84° del citado Código: «Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido». La citada disposición legal, así expuesta, existe como presupuestos que determinan el efecto suspensivo del plazo de prescripción, en primer lugar, que preexista o surja ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado; y, en segundo lugar, que la decisión que incida sobre la iniciación o continuación del proceso se realice en otro procedimiento, obviamente distinto del que se ve impedido de continuar o del que, por lo anterior, no pueda instaurarse.

7. La posibilidad de que el Supremo Tribunal conozca de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios –vía

recurso de nulidad- pasa por el filtro del recurso de queja excepcional conforme a lo dispuesto por el apartado dos del artículo 297° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959. El objeto de este recurso extraordinario es, claro está, que la Sala Penal Suprema resuelva la admisibilidad de un recurso de nulidad rechazado por la Sala Penal Superior que actuó como Tribunal *Ad Quem*. El mencionado recurso será estimado siempre que: «... se acredite que la resolución impugnada o el procedimiento que la precedió infringió normas constitucionales o normas con rango de ley directamente derivadas de aquéllas». Es importante precisar que, como consecuencia de la interposición del recurso de queja, el Superior Tribunal dicta el auto concesorio respectivo y ordena la formación del cuaderno de queja. Éste se eleva al Supremo Tribunal, que absuelve el grado previo dictamen fiscal, y remite copia certificada de la respectiva Ejecutoria Suprema al Colegiado Superior, el que de estimarse el recurso interpuesto concede el recurso de nulidad antes denegado.

En este sentido, se debe dilucidar si la interposición del recurso de queja excepcional suspende los plazos de prescripción.

8. El primer presupuesto material que determina la suspensión del plazo de prescripción -indicado en el párrafo 6- se presenta, con toda evidencia, puesto que la interposición del recurso de queja da origen a una cuestión jurídica inédita, centrada en definir si el órgano jurisdiccional de mérito -en concreto, el Tribunal *Ad Quem*- vulneró la Constitución o, en un sentido más amplio, el bloque de constitucionalidad, de suerte que su dilucidación, más allá o independientemente del propio efecto del recurso en análisis, obliga a establecer si la causa debe o no continuar, si se abre o no una instancia jurisdiccional excepcional. Es decir, impide hasta su dilucidación el archivo definitivo del proceso penal incoado, el mismo que habría operado de no haberse interpuesto el citado recurso.

9. El segundo presupuesto material que ocasiona la suspensión del plazo de prescripción -precisado, igualmente, en el párrafo 6- también concurre en el presente caso. En efecto, como consecuencia de su interposición se forma un cuaderno de queja, que opera de forma independiente al expediente principal a través de un procedimiento, sin duda excepcional y autónomo, a mérito del cual el archivo de la causa se suspende hasta que no se resuelva el recurso de queja.

Por tanto, la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecúa a las exigencias de los procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal. En consecuencia, para el cómputo de los

plazos de prescripción en el referido supuesto no puede considerarse el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo.

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDARON

11. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos seis a diez, que para el cómputo de los plazos de prescripción en los procesos sumarios no se considera el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepción -contra la resolución que pone fin a la instancia- y la remisión de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso de queja y concede el recurso de nulidad respectivo al Superior Tribunal. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales Superiores deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.

12. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ

PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI

10.- Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80° y 83° del Código Penal

ACUERDO PLENARIO N° 9-2007/CJ-116

Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80° y 83° del Código Penal

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penal Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondía analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos en lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que detectaron las discrepancias existentes en

la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80° del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha disposición en relación a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 83° del citado cuerpo legal.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes y necesarios para configurar una doctrina legal que haga razonable disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El Código Penal distingue de manera sistemática, y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80° regula lo concerniente al plazo ordinario y en el artículo 83° *in fine* hace referencia al plazo extraordinario.

7. Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando «el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción». Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82° del Código Penal.

8. Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29° o en diferentes delitos tipificados en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80° del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua.

9. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena

privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83° del Código Penal.

10. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

III. DECISIÓN

11. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDARON

12. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis al diez, los criterios para la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80° del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha disposición en relación a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 83° del citado cuerpo legal. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos parágrafos.

13. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI

11.- Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena

ACUERDO PLENARIO N° 1-2008/CJ-116

Asunto: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena.

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría

Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales y Nacional de Magistrados de lo Penal realizados el Arequipa, Lima e Iquitos entre los años dos mil siete y junio de dos mil ocho, que analizaron y decidieron sobre los alcances hermenéuticos de las Leyes número 28726 y 28730, en lo que atañe (1) a las circunstancias de reincidencia y habitualidad (artículos 46°, incisos 12 y 13, 46° B, 46° C, y 69° del Código Penal); así como (2) al concurso real de delitos (artículos 50° y 51° del Código Penal). Particularmente en lo referente a sus presupuestos y requisitos legales, así como sobre sus efectos en la determinación de la pena concreta.

Dado que la sentencia del Tribunal Constitucional número 0014-2006-PI/TC, del diecinueve de enero de dos mil siete, declaró la constitucionalidad de las reformas legales que introdujeron las aludidas circunstancias, corresponde ahora al Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia definir las reglas más idóneas para su adecuada aplicación, partiendo, para ello, de la evaluación de los siguientes problemas:

a) La operatividad paralela de las mismas circunstancias de reincidencia y habitualidad en disposiciones legales con funciones diferentes: artículos 46°, Incisos 12 y 13, del Código Penal (circunstancias genéricas y comunes); y, 46°B y 46°C del citado Código (circunstancias cualificadas de agravación).
b) La eficacia de las agravantes cualificadas de los artículos 46°B y 46°C del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad para la determinación judicial de la pena concreta.
c) Implicancias de los efectos de la agravante cualificada del artículo 46°C del Código Penal sobre habitualidad frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos de los artículos 50° y 51° del mismo Código.

d) Elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46°B del Código Penal sobre reincidencia y 46°C del citado Código sobre habitualidad

e) Determinación de la pena en caso de concurrencia de la circunstancia cualificada del artículo 46°A del Código Penal, con las previstas en los artículos 46°B o 46°C del mismo Cuerpo de Leyes.

f) Límites de las penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46°B y 46°C del Código Penal.

g) Eficacia de los antecedentes penales en los casos de reincidencia según los artículos 46°B y 69° *In fine* del Código Penal.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la Sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e Incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

6. El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado («juicio de subsunción»). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste («declaración de certeza»). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida («individualización de la sanción»).

La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativa que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez Penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.

7. Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico. Esto es, el legislador sólo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

En un nivel operativo y práctico la determinación judicial de la pena tiene lugar a través de etapas. Generalmente se alude a dos etapas secuenciales.

En la primera etapa, el Juez deba determinar la pena básica. Esto es, verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal. Por ejemplo, en el artículo 108° se reprime el delito de asesinato consignando sólo el extremo mínimo de la pena que se señala en quince años. Para conocer el máximo se deberá recurrir al artículo 29° que contempla como límite genérico de las penas privativas de libertad temporales treinta y cinco años.

En la segunda etapa, el Juzgador debe individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando, para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos 46°, 46°A, 46°B y 46°C del Código Penal y que están presentes en el caso penal.

8. Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* de pena aplicable al hecho punible cometido. En ese contexto se considera como circunstancias comunes o genéricas a aquellas que pueden operar con cualquier delito, por ejemplo, las circunstancias

previstas en el artículo 46° del Código Penal. Esta clase de circunstancias sólo permiten graduar la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por la pena básica. En cambio las circunstancias cualificadas, si bien pueden operar también con cualquier delito, como el caso del artículo 46°A del Código Penal, ellas disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley («...un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido»). Será hasta este nuevo máximo legal la pena básica y dentro de la cual el juez deberá determinar la pena concreta.

9. Un aspecto importante en la relación circunstancias y determinación judicial de la pena, es el que corresponde a la concurrencia de circunstancias en un caso penal. Esto es, que en la causa puedan estar presentes varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes; o, simultáneamente, circunstancias agravantes y atenuantes. Al respecto, la teoría penal más representativa precisa que al producirse una concurrencia de circunstancias, el Juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente. Esto es, toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta.

Por tanto, a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido. Por último, frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo situarse la pena concreta en el ámbito medio de la pena básica (GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1988, p. 222).

Sin embargo, es pertinente destacar que la concurrencia simultánea o sucesiva de varias circunstancias sólo tiene efectividad en la determinación de la pena concreta cuando todas las circunstancias concurrentes son compatibles entre sí. Esto es, siempre que cada circunstancia concurrente se refiera a un factor o indicador diferente. Lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de la persona que fue detenida cuando pretendía ingresar a un Centro Penal una bolsita de polietileno conteniendo cincuenta gramos de pasta básica de cocaína. Efectivamente, en este supuesto las circunstancias concurrentes son compatibles, pues aluden a dos factores distintos: lugar de comisión del delito (artículo

297°, inciso 4, del Código Penal) y escaso volumen del objeto de acción del delito (artículo 298° del Código Penal).

10. La deficiente técnica legislativa que se detecta en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46°A y 46°B del Código Penal debe subsanarse por el juez para aplicar con sentido de equidad dichas disposiciones.

Por consiguiente, el órgano jurisdiccional deberá recurrir a criterios de interpretación de la ley penal que tomen en cuenta la finalidad del legislador, los antecedentes legislativos nacionales y extranjeros de la materia, así como la función dogmática y político criminal de las normas examinadas. Esto es, el juez deberá de aplicar –en lo pertinente de modo integrado– los métodos teleológico, histórico y sistemático de interpretación de la ley penal que reconoce la doctrina a fin de alcanzar un resultado hermenéutico razonable, útil y legítimo. Como advierte la doctrina: «El intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver» (HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3° ed., Grijley, Lima, 2005, pp. 220 y ss.).

En este contexto, la reincidencia y la habitualidad, como circunstancias cualificadas de agravación, deben aplicarse tomando en cuenta su función represiva diferenciada, así como la distinta construcción normativa y de efectividad punitiva que a cada una de ellas les ha dado el legislador. Sin embargo, el juez debe también, en lo posible, armonizar la eficacia de tales circunstancias con la que legalmente corresponde a las demás disposiciones del Código Penal preexistentes y posteriores a la Ley número 28726.

11. La sucesión de leyes penales en el tiempo se rige por las exigencias del principio de legalidad y por el principio de favorabilidad frente a la duda razonable sobre su eficacia o alcance interpretativo. Estos criterios rectores, plenamente seguidos por la doctrina penal y constitucional, resultan idóneos para resolver el conflicto normativo que se presenta entre los párrafos finales de los artículos 46°B del Código Penal sobre reincidencia y 69 del Código Penal sobre cancelación de antecedentes penales por cumplimiento de la pena impuesta. No obstante, como lo han destacado los expertos, en el examen de la favorabilidad de una ley penal frente a otra el Juez no debe limitarse a realizar un análisis meramente abstracto sino que él debe posesionarse dentro de las coordenadas específicas del caso concreto que debe resolver (HURTADO POZO, José, *op. cit.*, pp. 300 y ss.).

12. La reincidencia es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social. El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio.

Desde una perspectiva general se puede calificar de reincidente a quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el plus de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva.

Los requisitos para la calificación de reincidencia, en función a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46°B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69° del citado Código, en su versión establecida por la Ley número 28730, del trece de junio de dos mil seis, son los siguientes:

1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva.
2) Los delitos –se excluyen las faltas–, antecedente y posterior han de ser dolosos. El delito posterior debe de cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.
3) No hace falta que el delito posterior esté en el mismo Título del Código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica.
4) El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad –condición básica para calificar de reincidente a un delincuente–, es de cinco años. Para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46°C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpetrarse «...en un lapso que no exceda de cinco años».

5) Es una circunstancia personal e incomunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos. El primero, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva -que establece la fecha exacta de la excarcelación-; en defecto de uno o ambos documentos registrales, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El segundo, como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285°A del Código de Procedimientos Penales. Por tanto, no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresiva que vulneraría el principio de contradicción.

Respecto de la medida de la pena al reincidente es de indicar lo siguiente:

A. La especialidad de la agravación de la pena por reincidencia se fundamenta básicamente, como ya se indicó, por razones de prevención especial -vida del autor anterior al delito- y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho -no representa una causa de aumento de culpabilidad- (CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *Individualización judicial de la pena*, Colex, Madrid, 1997, p. 197). Si la culpabilidad es un principio estructural básico del Derecho penal, una de sus consecuencias es la función limitadora de la pena que debe cumplir dicho principio.

B. Establecida la calidad de reincidente del agente, y como la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado, el órgano jurisdiccional deberá determinar hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad concreta -primera operación adicional-. Es evidente que las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué empezar y, en su caso, agotar el tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El marco penal adecuado a la culpabilidad por el hecho debe ir referido necesariamente a un concreto autor y a las circunstancias del hecho realizado; y, hasta dicho límite, no hay ya razones para excluir

las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor, esto es, evitar su recaída en el delito (JAÉN VALLEJO, Manuel, *Justicia penal contemporánea*, Librería Portocarrero, Lima, 2002, p. 59).

C. Dentro del marco establecido por la culpabilidad: determinación de un marco, necesariamente ampliado en sus posibilidades legales en virtud del artículo 46°B del Código Penal, tiene lugar la segunda operación adicional -efectos punitivos concretos de la reincidencia-, con la que culmina la individualización de la pena. En este nivel se ha de tener en cuenta que la culpabilidad por el hecho pudo agravarse por haberse rebelado el autor contra normas sociales cuya validez le queda clara por medio de una condena anterior por un nuevo delito doloso. Sin embargo, la agravación de la pena sólo se producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico afectado y que no ha sido impresionado por la pena anterior, al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena [así Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, del dieciséis de enero de mil novecientos setenta y nueve].

13. Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación:

a) Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes. Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional.

b) Sobre la eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación judicial de la pena concreta. La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijada por el artículo 46°B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo original).

c) Sobre la operatividad de la agravante cualificada del artículo 46°C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos. Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50° y 51° del Código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicará esta sanción excluyéndose las demás).

d) Sobre los elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46°B y 46°C, se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el artículo 111° del Código Penal de mil novecientos veinticuatro. Además resulta similar al considerado por el artículo 46°C del Código Penal vigente para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente.

En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

e) Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de circunstancias cualificadas del artículo 46°A, con las previstas por los artículos 46°B, 46°C. Si concurrieran las agravantes cualificadas del artículo 46°A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las de reincidencia o habitualidad se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el artículo 46°A del Código Penal (de treinta y cinco años de privación de libertad).

f) Límites de la penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46°B y 46°C. En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29°, 46°A, 50° y 51° del Código Penal, en ningún caso la pena concreta

que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicará dicha pena.

g) Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los artículos 46°B y 69° *in fine*. La reforma del artículo 69° del Código Penal, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo tugar mediante la Ley número 23730, del trece de mayo de dos mil seis. Esto es, cuatro días después que la Ley número 28726 que introdujo el artículo 46°B del Código Penal sobre la agravante de reincidencia. Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así el párrafo *in fine* del nuevo texto del artículo 69°, donde se dispone que: «La reincidencia deja sin afecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena», derogó el párrafo final del artículo 48°B del Código Penal que establecía que: «A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados». De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley número 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Ahora bien, esa excepción sólo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del numeral 69° del Código Penal. En todo caso, cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación (ver literal 'd'), operará definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por esa condena.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

ACORDARON

15. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° y 13°, literales a, b, c, d, e, f, y g, para la configuración de las agravantes por reincidencia y habitualidad, así como para la determinación de la pena concreta en tales casos.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula

el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

17. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDÓÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINAGANVINI

12.- Alcances de la pena de inhabilitación

ACUERDO PLENARIO N° 2-2008/CJ-116

Asunto: Alcances de la pena de inhabilitación

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo–, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas de Derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la pena de inhabilitación. Específicamente resolvió abordar los alcances de la pena de inhabilitación, la extensión y tiempo de duración de la inhabilitación, tanto principal como accesoria, así como las exigencias procesales para su imposición.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos Jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corres-

ponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor RODRÍGUEZ TINEO, y se incluyó al señor PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal

6. La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitad de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

7. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplicada conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho –se basa en la incompetencia y el abuso de la función– (artículos 39° y 40° del Código Penal).

La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del Código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177°, 181-B y 398° del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

§2. Contenido de la pena de Inhabilitación

8. El artículo 36° del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39° del

Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36°.

En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena.

§3. Duración y cómputo de la pena de inhabilitación

9. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunto, corre paralelamente a las otras peñas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisible consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese cuerpo de leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

10. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la «naturaleza de las cosas», por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

A. Taxativamente, de conformidad con el inciso 6) del artículo 36° del Código Penal, modificado por la Ley número 29106, la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.

B. El inciso 8) del artículo 36° del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos –no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido.

C. Respecto del inciso 1) del artículo 36° del Código Penal: «Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular», como la norma alude a una relación de derecho público e indica privación, es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio –privación de titularidad–. Se trata por tanto de una privación definitiva –no es una pena perpetua, sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA–. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. En este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos desde que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo, cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (conforme: ZAFFARONI).

§4. Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación

11. El artículo 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el artículo 225°.3 del Código de Procedimientos penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273° del aludido Código prescribe que la acusación oral del Fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el Tribunal, en el ejercicio de su poder; de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al

tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, el artículo 285° de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que esta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias.

La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el Fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé al artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2°.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es ésta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan.

El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación, la (1) congruencia fáctica: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta «vinculación fáctica»; y, (2) la congruencia jurídica: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa («vinculación jurídica»).

La congruencia cuantitativa, en función al *petitum* del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285°-A. Desde esta perspectiva, aunque el Fiscal tiene el deber de concretar la pena, la fijación no vincula al Tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la vinculación penológica es relativa, pues el artículo 397°.3 estípula, bajo la condición de su legalidad –tiempo y extensión–, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al Fiscal una facultad específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

12. Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas, según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema.

A. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37° el Código Penal establece que la pena de inhabilitación -según su importancia y rango- puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de inhabilitación principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de inhabilitación accesoria, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39° del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad, regulada por ley. Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40° del Código Penal.

B. Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.

C. Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es clara, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta -en el presente caso la inhabilitación- está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.

D. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se

vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas.

E. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39° y 40°) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga *ex oficio iudex*, pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida.

Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.

13. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente:

A. El artículo 46°, primer párrafo, del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo .

B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo 33° del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111° segundo y último párrafo, 117°, 121°A, 124° segundo párrafo, 122°-A, 124°, 153°A, 155°, 157°, 169°, 170°, 177°, 181°-A, 181°-B, 183°-A, 200° cuarto párrafo, 222°, 223°, 225°, 237°, 243°, 243°-C, 247° *in fine*, 259°, 260°, 274°, 296°, 296°-A, 297°, 300°, 303°-B, 316°.1 y 2,317° *in fine*, 318°, 318°-A penúltima párrafo, 320°, 323° *in fine*, 324°, 376°A, 393°, 394°, 395°, 396°, 398°, 399°, 400°, 401°, 409°-B y 450°-A.

En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353° -delitos contra los Poderes del Estado y el orden constitucional-, 360° -delitos contra la voluntad popular-, 426° -delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos contra la administración de justicia-, 432° -delitos de falsificación de documentos-, y 436° -delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales. En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 -delitos aduaneros-, artículo 10°.b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 -delitos de terrorismo-, artículos 5° y 6°-A.

En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijada su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39° del Código sustantivo.

C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación -en el propio tipo delictivo o en los artículos 38° y 39°- la omisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.

D. Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo especifica los derechos objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36° del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170° del Código Penal y 5° del Decreto Ley número 25475. En todos estos casos rige el mismo principio del literal anterior: la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esa consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, la fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

E. Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueran

pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, no el acusatorio. No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de desvinculación. En este caso, como es obvio, debe extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

14. Distinto es el caso de la potestad de subsanado o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *A Quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio el Tribunal *Ad Quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300°.1 del Código de Procedimientos Penales y 409°.3 del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de Instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el Fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de Revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11° y 12°.

§5. Ejecución de la pena de inhabilitación

15. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal a accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectiva para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368° del Código Penal).

B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030° y 2032° del Código Civil.

C. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36°.1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.

D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36°.1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se da la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargada del control del tránsito.

G. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera: o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como –si correspondiere– a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

H. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

16. El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez

Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente nacional, regional o municipal y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión –claro está– de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente.

III. DECISIÓN

17. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

ACORDARON

18. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8° al 16°.

19. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Planarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

20. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDÓÑEZ
SANTOS PEÑA

VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

13.- Asunto: determinación de la pena y concurso real

ACUERDO PLENARIO N° 4-2009/CJ-116

Asunto: Determinación de la pena y concurso real

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los

Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el concurso real de delitos y la pena que corresponde imponer en estos casos. En especial, la concreción de los criterios para su identificación jurídico material y las reglas que le son inherentes para la determinación de la pena, así como el ámbito del poder de definición penológica del órgano jurisdiccional en orden al objeto del debate y las potestades que resultan cuando media recurso acusatorio.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. El concurso real de delitos

6. El artículo 50° del Código Penal -en adelante, CP- regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General,* Grijley, Lima, 2006, p. 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo. El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos. Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de delitos independientes.

C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto–, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* Grijley, Lima, 2008, p. 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

7. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado «principio de acumulación». El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito –límites mínimo y máximo o pena básica– en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión –pena concreta parcial–. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la

pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave). Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

8. Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51° CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto*

que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública. Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185° CP), falsedad documental (artículo 427° CP) y lesiones graves (artículo 121° CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves. Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de delitos.

B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.

C. Unidad de autor.

9. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un solo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General* I, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, p. 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51° CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50° CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51° CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

§ 2. El concurso real de faltas

10. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50°-A para regular el denominado

concurso real de faltas. Según éste artículo: «Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado».

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de faltas independientes.

C. Pluralidad de personas perjudicadas.

D. Unidad de autor.

11. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente «...infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza».

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50°-A CP: «...será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado». Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50° y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una «pena privativa de libertad prevista», la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440°.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el

modificado inciso 3 del artículo 440° CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441° CP o contra el patrimonio del artículo 444° CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia –pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes– que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales. Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50°-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y que era el siguiente: «Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado». La redacción proyectada aludía, pues, a un «delito» y no una falta, por lo que sí era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50°-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial El Peruano, Suplemento de normas legales, edición del martes 29 de septiembre de 2009, p. 403452). Por tanto, el texto vigente ha quedado redactado con el siguiente tenor: «Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado».

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuántas faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad. En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas la penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos

de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34° CP *[ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales]* y 440°.4 CP *[ciento ochenta días-multa]*, respectivamente.

§3. Acusación fiscal y congruencia

12. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225°.2 del Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP– y 349°.1-b del Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–). Un requisito formal de la acusación es, precisamente, su exhaustividad y concreción –debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225° ACPP o 349°.1 NCPP–. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.

La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 21° y 22° CP, y artículos 136° ACPP o 161° NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48750° CP).

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos –concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa–, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [QUINTERO OLIVARES, Gonzal, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2° ed., Aranzadi, Navarra, 2000, p. 747].

13. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión –así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena– debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación

procesal o de información judicial –cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos–. El planteamiento de la tesis, según el artículo 285°-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal –inmutable en sí mismo– y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado. Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.

Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos –por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate–. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aun cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto –de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas–, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.

Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit.*, p. 748].

14. El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°.1 NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes –y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser

deducida de oficio por el Tribunal- la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección -casos de una acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal-. El artículo 374°.1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387°.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad de solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

15. Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.

Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Esta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

16. Los artículos 225° y 273° ACPP y 349°.1 y 387°.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285°-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397°.3 NCPP, sin

embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El *petitum* o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego -y en la concepción asumida por el NCPP- tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de la organización del Estado [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel, «La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal», en *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, Iberius, Madrid, 2004, p. 30].

El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

17. El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal -por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria-. En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo -que es la pauta legal fijada por el NCPP-, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacia del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).

Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel, *op. cit.*, p. 33].

18. Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal *Ad Quem*.

Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50° CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entid- político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aun cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal. Sí, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compatible con el marco penal legalmente establecido -incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50° CP-, en aplicación del principio de interdicción de la reforma peyorativa (artículos 300°.1 ACPP y 409°.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

III. DECISIÓN

19. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

ACORDARON

20. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 18°.

21. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

22. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARAN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

14.- Personas jurídicas y consecuencias accesorias

ACUERDO PLENARIO N° 7-2009/CJ-116

Asunto: Personas jurídicas y consecuencias accesorias

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009 y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los problemas suscitados con motivo de la aplicación de las medidas contra las personas jurídicas, previstas en el artículo 105° del Código Penal de 1991 -en adelante CP-. Modificado.

Dos factores concurren etiológicamente en la explicación de tal actitud de los jueces nacionales. En primer lugar, la ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el CP, que sólo enumera las sanciones aplicables y señala de modo muy general los presupuestos generales para su utilización concreta. Y, en segundo lugar, la carencia de normas procesales precisas en el ACPP, que no han sido objeto de una ley complementaria en armonía con las

exigencias de la ley penal material, para emplazar e incorporar procesalmente a las personas jurídicas involucradas con un hecho punible. El necesario desarrollo normativo ha sido cumplido por el nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–, pero, como se sabe, su vigencia es progresiva y no comprende hasta el momento varios Distritos Judiciales.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. Problemática actual

6. El CP incorporó sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas y las denominó consecuencias accesorias. Con esta decisión político-criminal la legislación nacional procuraba establecer un inédito nivel de respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultase involucrada una persona jurídica. Lo cual, por lo demás, se adhería a una consolidada tendencia en el derecho comparado [TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Grijley, Lima, 2007, pp. 92 y ss.].

7. Sin embargo, a más de dieciocho años de vigencia del CP el desarrollo jurisprudencial producido en torno a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no ha resultado relevante ni satisfactorio. Efectivamente, la imposición judicial y concreta de estas sanciones ha permanecido, todo ese tiempo, ignorada o muy alejada de la praxis funcional de la judicatura penal en todas las instancias.

Esta constatación resulta trascendente en la actualidad, pues el artículo 105° CP, luego de las modificaciones introducidas el año 2007 por el Decreto Legislativo 982, dispone preceptivamente la aplicación jurisdiccional de estas consecuencias accesorias siempre que se verifiquen los requisitos y presupuestos que dicha norma establece.

8. Dos factores concurren etiológicamente en la explicación de tal actitud de los jueces nacionales. En primer lugar, la ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el CP, que sólo enumera las sanciones aplicables y señala de modo muy general los presupuestos generales para su utilización concreta. Y, en segundo lugar, la carencia de normas procesales precisas en el ACPP, que no han sido objeto de una ley complementaria en armonía con las exigencias de la ley penal material, para emplazar e incorporar procesalmente a las personas jurídicas involucradas con un hecho punible. El necesario desarrollo normativo ha sido cumplido por el nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–, pero, como se sabe, su vigencia es progresiva y no comprende hasta el momento varios Distritos Judiciales.

§2. Algunos aspectos dogmáticos generales

9. En el Código Penal las consecuencias accesorias se encuentran ubicadas en el Capítulo II del Título VI del Libro Primero - Parte General. Únicamente los artículos 104° y 105° CP se refieren a consecuencias accesorias que pueden recaer sobre una persona jurídica, siempre que ésta resulte vinculada o beneficiada con la comisión o encubrimiento de un delito. Sin embargo, estas dos disposiciones aluden a consecuencias accesorias con distintas funciones y efectos. Efectivamente, en el artículo 104° CP se regula una especie de responsabilidad civil subsidiaria que deberá afrontar la persona jurídica ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes vinculados en la comisión de una infracción penal. Y en el artículo 105° CP se detalla un amplio catálogo de sanciones que se aplicarán a estos entes colectivos.

10. La problemática dogmática y procesal que corresponde evaluar en este Acuerdo Plenario se remitirá, exclusivamente, a la segunda de tales normas, pues la primera, si se cumplen sus presupuestos y en lo que fuera pertinente, cabe incorporarla en sede procesal con arreglo a las normas sobre el tercero civilmente responsable. Al respecto, cabe señalar, conforme lo ha resaltado uniformemente la doctrina nacional, que los antecedentes del artículo 105° CP se remontan al Proyecto de Código Penal de setiembre de 1989 (artículos 103° a 105°) que tuvo como fuente legal extranjera al Anteproyecto de Código Penal español de 1983 (artículos 136° a 138°).

11. Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales [GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008, pp. 757 y ss.]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas -desde su actividad, administración u organización- con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. [ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del artículo 105° CP* por el Decreto Legislativo número 982, en tanto que se advierte que sus disposiciones no son aplicadas y desarrolladas jurisprudencialmente como corresponde. Ante tales defectos, en especial porque la ley material no desarrolló suficientemente los presupuestos básicos para su debida implementación y porque en los Distritos Judiciales que siguen rigiéndose por el Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACPP- el legislador no implemento disposiciones sobre el particular, resulta conveniente que este Supremo Tribunal fije los criterios o directivas indispensables para su correcta utilización en sede judicial. «Principales problemas de aplicación», en *Anuario de Derecho Penal 2003*, pp. 484 y ss.].

12. Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39° CP. No son, pues, un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesoria, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo [ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el artículo 105° CP, a más de quince años de su vigencia», en *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal* (José HURTADO POZO, editor), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad

de Friburgo, Lima, 2009, pp. 493 y ss.]. Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva de imposición de consecuencias *accesorias*.

§3. Alcances y limitaciones del artículo 105 del CP

13. Actualmente, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo número 982, el artículo 105° CP tiene la siguiente estructura normativa:

> «Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:
>
> 1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
> 2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
> 3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
> 4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
>
> La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años. Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.
>
> El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas».

14. Del citado artículo es posible señalar que el Juez debe imponer consecuencias accesorias siempre que se verifique en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente:

A. Que se haya cometido un hecho punible o delito.
B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.
C. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito.

Ahora bien, en dicha norma coexisten cuatro clases de consecuencias accesorias que el juez penal puede imponer a una persona jurídica. Cada una de las cuales tiene distinta configuración y efectividad. Resulta, por tanto, necesario identificar, seguidamente, sus principales características y funciones.

15. Las consecuencias jurídicas previstas en el citado artículo 105° CP, tienen las siguientes características y funciones:

A. El inciso 1) dispone la clausura temporal o definitiva de locales o establecimientos. Es decir, regula sanciones que afectan el funcionamiento de los ambientes físicos e inmuebles en los cuales la persona jurídica realiza sus actividades organizacionales y operativas. Cuando la clausura sea temporal no puede durar más de cinco años. Es importante precisar que para que proceda esta medida el local o establecimiento tiene que haber servido para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento del delito [CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, pp. 310 y 311].

B. El inciso 2) considera la disolución de la persona jurídica. Es la sanción más grave que se podría imponer a un ente colectivo [HURTADO POZO, José, «Personas jurídicas y responsabilidad penal», en *Anuario de Derecho Penal 1996, Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 148. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *op. cit.*, pp. 488/499]. Por tanto, la disolución debe de quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica, la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de fachada o de papel. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización. Pero, también, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral.

C. El inciso 3) regula la suspensión de actividades de la persona jurídica. Esta sanción sólo puede ser impuesta con carácter temporal y sin exceder a dos años. La suspensión de actividades puede ser total o parcial. Sin embargo, ella, en su opción parcial, deberá recaer solamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas específicas que se relacionaron con el delito cometido o con su *modus operandi* y efectos [ESPINOZA GOYENA, Julio César, «La persona jurídica en el nuevo proceso penal», en *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*, Palestra, Lima, 2005, p. 329]. La suspensión total deberá justificarse por la absoluta naturaleza ilícita del quehacer ejercido por la persona jurídica.

D. Por último, el inciso 4) contiene la prohibición de realizar actividades futuras de aquellas que involucraron a la persona jurídica con la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible. Esta modalidad de consecuencia accesoria puede ser temporal o definitiva. En el primer caso la prohibición no puede extenderse más allá de cinco años. Con esta sanción se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene, pues, un claro sentido de inhabilitación para su desempeño futuro. No obstante, el alcance de esta sanción es limitado y especial, pues no puede extenderse hacia otras actividades no vinculadas con el delito.

16. En el artículo 105° CP no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, así como la justificación interna o externa de las decisiones jurisdiccionales que impongan las distintas consecuencias accesorias que dicha norma contempla. No obstante, esta limitación normativa puede ser superada, de modo transitorio, recurriendo a la implementación judicial de los criterios adoptados, para tal efecto, por el artículo 110° del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley número 29153 [Véase: Congreso de la República: Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal, J&O Editores Impresores SAC, Lima, 2009], en tanto en cuanto sus postulados en modo alguno son implicantes con los establecidos por el vigente CP y constituyen reglas de desarrollo plenamente derivadas desde los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en el Título Preliminar del Código Penal. Por tanto, corresponde utilizarlos en todo proceso de determinación judicial, cualitativa y cuantitativa, de las consecuencias accesorias que deban imponerse en un caso concreto. Tales criterios son los siguientes:

A. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
B. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
C. La gravedad del hecho punible realizado.
D. La extensión del daño o peligro causado.
E. El beneficio económico obtenido con el delito.
F. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
G. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.
H. La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

17. Es pertinente destacar que por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, también, con justificada racionalidad, las exigencias generales que derivan del **principio de proporcionalidad concreta** o de **prohibición del exceso.** En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la ***necesidad especial*** de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso *sub judice* y según los criterios de determinación anteriormente detallados. Ello implica, pues, que **excepcionalmente,** el Juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición.

Por lo demás, cabe recordar que estas opciones jurisdiccionales no son ajenas a nuestra legislación vigente y se expresan normativamente en el sentido y función del artículo 68° del Código Penal, al tratar de la exención de pena. No obstante, es de demandar siempre que esta clase de decisiones sean consecuencia de un riguroso análisis fáctico y normativo, y que ellas sean motivadas de manera específica y suficiente.

18. En el artículo 105° CP también se incluyen salvaguardas a favor de los derechos de terceros: trabajadores y acreedores, los que pudieran resultar afectados con la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica. Por consiguiente, el Juez está autorizado por dicha norma para disponer, ante la autoridad competente, la intervención del ente colectivo sancionado hasta por dos años. Con esta medida se procura controlar o paliar los efectos transpersonales que, necesariamente, producirán la aplicación de una o más consecuencias accesorias, sobre el patrimonio o la estabilidad laboral de personas ajenas al quehacer ilegal de la persona jurídica o de sus órganos de gestión. Sin embargo, esta posibilidad de promover la intervención, por su propia naturaleza y operatividad, sólo debe utilizarse cuando se impongan consecuencias accesorias de efectividad temporal como la clausura de locales o la suspensión o prohibición de actividades.

Finalmente, el artículo 105° CP, en su último párrafo, declara que la imposición de consecuencias accesorias no será afectada o mediatizada por acciones fraudulentas u encubridoras, dirigidas maliciosamente a la frustración de la decisión judicial como *«El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria...»*.

§4. Consecuencias accesorias, persona jurídica y proceso penal

19. En el ámbito procesal toca delinear las garantías y los procedimientos que deben viabilizar la aplicación judicial de consecuencias accesorias a una persona jurídica. En este espacio debe definirse el procedimiento más idóneo que asegure, con puntual observancia de los principios y garantías procesales constitucionalmente relevantes, la presencia y la intervención en un proceso penal del ente colectivo; así como la identificación de las partes legitimadas y de las características fundamentales de una dinámica contradictoria que sea idónea para debatir, sin mengua de las garantías del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, la relevancia penal de la concreta intervención de una persona jurídica en el hecho *sub judice*.

En algunos sistemas jurídicos extranjeros es también la legislación material la que demanda la habilitación de este escenario procesal. Así, por ejemplo, en España el artículo 129° del Código Penal advierte que las consecuencias accesorias aplicables a una persona jurídica requieren de una audiencia previa donde ella pueda alegar, a través de sus representantes legitimados, lo que le sea favorable («*El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias*»).

20. En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanan de las garantías de defensa procesal –derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación– y de tutela jurisdiccional –en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos–.

Con tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación –en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario–, circunscripta a la posible aplicación de consecuencias accesorias, ello sin perjuicio de que concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil

acumulado como tercero civil. Es evidente que nadie puede ser acusado, sin antes haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defensiva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar. Al respecto, el NCPP ya considera a la persona jurídica como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal en el Título III, de la Sección IV, del Libro Primero. Pero ya no para afrontar únicamente eventuales responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesoria [SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Idemsa, Lima, 2009, p. 80]. Esta orientación legislativa, además, dispone, para todo ello, la realización de un proceso penal de corte unitario que comprenderá tanto a personas naturales como jurídicas, aunque con formulación de cargos y requerimientos diferenciados en atención a la naturaleza particular del sujeto imputado y de las necesidades específicas del *thema probandum* que le conciernen [ESPINOZA GOYENA, Julio César, *op. cit.*, p. 314].

21. En el NCPP las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90°/93°. Cada una de estas normas legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las personas jurídicas, así como sobre la actividad procesal que estas pueden desplegar. La morfología y función de tales disposiciones es la siguiente:

A. El artículo 90° NCPP identifica a las personas jurídicas que pueden ser partes procesales y objeto de emplazamiento por la autoridad judicial. En él se fijan los presupuestos necesarios para el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal. Al respecto, el presupuesto esencial que exige dicha norma se refiere a la aplicación potencial sobre el ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan los artículos 104° y 105° CP. Esta disposición también concede al Fiscal legitimación exclusiva para requerir ante la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal. Tal norma, por lo demás, no obsta a que, respecto del artículo 104° CP y en sus estrictos marcos, el actor civil tenga legitimación activa conforme a la concordancia de los artículos 104° y 105° NCPP.

B. El artículo 91° NCPP disciplina la oportunidad y la tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica como parte procesal. Esta norma señala que la solicitud de emplazamiento del Fiscal se debe formular ante el Juez de la Investigación Preparatoria, luego de comunicarle su decisión formal de continuar con las investigaciones y hasta antes de que se declare concluida la investigación preparatoria. En este artículo se detallan también los datos básicos de identificación que deberá contener la solicitud fiscal y que son los siguientes:

(i) La identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etcétera).

(ii) El domicilio de la persona jurídica (sede matriz o filiales).

La solicitud, además, debe señalar, de modo circunstanciado, los hechos que relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. Por tanto, se debe referir la cadena de atribución que la conecta con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. Y, en base a todo ello, se tiene que realizar la fundamentación jurídica que justifique incluir al ente colectivo en el proceso.

La tramitación que deberá darse a la solicitud será la misma que detalla el artículo 8° NCPP para el caso de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones.

C. El artículo 92° NCPP trata de la representación procesal de la persona jurídica. La norma establece que el órgano social de la persona jurídica debe designar un apoderado judicial. Sin embargo, se excluye de dicho rol a toda persona natural que esté comprendida en la misma investigación y bajo la imputación de los mismos hechos que determinaron el emplazamiento y la incorporación procesal de la persona jurídica. La norma dispone, además, un plazo de cinco días para que el órgano social de la persona jurídica cumpla con designar al apoderado judicial. Si al vencimiento de dicho plazo no se hubiera realizado tal designación la hará el Juez de la Investigación Preparatoria.

D. En el artículo 93° NCPP se detalla los derechos y garantías procesales que se reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal. Al respecto, se reconoce a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos derechos y garantías que corresponden, en un debido proceso legal, a toda persona natural que tiene la condición de imputado. Principalmente, el derecho a una defensa activa, a la posibilidad de contradicción procesal, a la impugnación dentro de la ley de toda resolución que la cause gravamen.

E. El apartado 2 del artículo 93° NCPP regula una actuación especial de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada la cual, sin embargo, en ningún caso, puede generar que se afecte o suspenda la continuación del proceso.

22. La vigencia escalonada del NCPP en el país, como se ha destacado, limita la utilidad de las normas procesales alusivas a la persona jurídica y, por ende, dificulta la aplicación judicial de las consecuencias accesorias en muchos Distritos Judiciales. Por tal razón y tomando en cuenta las reglas y el procedimiento fijado por aquel para dicha finalidad, corresponde postular un conjunto de criterios operativos en aplicación directa de los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio, conforme a lo dispuesto, en lo pertinente en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal, a cuyo efecto se tendrá en consideración, en cuanto sea legalmente compatible con la estructura del ACPP, los siguientes criterios operativos, inspirados en el NCPP:

A. El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91°.1 NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal.

B. La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92° NCPP.

C. La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral.

D. La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.

E. La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio

oral. El Juez o Sala Penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

III. DECISIÓN

23. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

ACORDARON

24. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 11° al 22°.

25. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

26. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

15.- La prescripción de la acción penal en el art. 46°-A y art. 49° del Código Penal

ACUERDO PLENARIO N° 8-2008/CJ-116

Asunto: La prescripción de la acción penal en el art. 46°-A y art. 49° del CP.

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los alcances de la aplicación del artículo 46°-A y el artículo 49° del Código Penal -en adelante, CP- en la prescripción de la acción penal. En específico, el problema a tratar incide en la implicancia cuantitativa que tienen las circunstancias agravantes previstas en los artículos 46°-A y 49°, último inciso del primer párrafo, CP a efectos de su cómputo en el plazo de la prescripción de la acción penal, por cuanto, éstas incrementan, en el primer caso: en un tercio la pena por encima del máximo legal de pena fijado para el delito cometido; y en el segundo: en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor CALDERÓN CASTILLO, quien expresa el parecer mayoritario del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. Los artículos 46°-A y 49° CP

6. El artículo 46°-A CP regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo -funcionario público-. El texto legal de dicha norma fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997, modificado por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. El referido artículo 46°-A CP posibilita al Juez incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal

fijado para el delito cometido -segundo párrafo del artículo mencionado-. Asimismo fija un límite, al precisar que ésta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29° CP -35 años-. La norma penal, que es de naturaleza *abstracta-concreta*, fija criterios adicionales propios y legitimadores del incremento de una mayor culpabilidad por el hecho -con la consiguiente agravación de la pena-. Así la ostentación de una determinada condición profesional, incrementará la culpabilidad, cuando existe una relación interna entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo. Empero, no existe un principio jurídico general según el cual los integrantes de determinados grupos profesionales tengan un deber intensificado de comportarse de conformidad con la norma. [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo*, p. 4]. Acorde con dicho criterio nuestra norma penal -artículo 46°-A CP-, se sujetará a dichas exigencias: subjetivo y objetivo. Se incrementará la pena, sólo si el sujeto activo se aprovecha de su condición de *miembro* de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para *cometer* un hecho punible, o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público o cuando el sujeto haya desempeñado cargos -haber sido autoridad, funcionario o servidor público- y se aprovecha de los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. Y cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario -se entiende privado ya de su libertad-, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro (de conformidad al segundo y tercer párrafo de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo número 982). Aunque con los criterios fijados, se tendrá que tener especiales consideraciones con la última referencia.

7. El artículo 49° CP, cuyo texto fue modificado por la Ley número 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito «continuado». Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el «delito masa». En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley -delito continuado- por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas

una pluralidad de personas; supuesto en el que el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal [Raúl PEÑA CABRERA, autor citado por Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, p. 126].

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, «sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro» [Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, autor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 689].

Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada «pena de arranque» será la pena base del delito continuado [Rocío CANTARERO BRANDES, autora citada por AYALA GÓMEZ, Ignacio, «El delito masa», en *Consejo General del Poder Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, p. 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como una «subespecie del delito continuado» [Rocío CANTARERO BRANDES autora citada por AYALA GÓMEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un *injusto de mayor gravedad* [AYALA GÓMEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto *plus* punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una «unidad» sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa:

a) la realización de un delito continuado; y,

b) pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

Cabe destacar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que «resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente

personal pertenecientes a sujetos distintos». Se estima como tales a la vida y la salud individual (PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 144).

De modo que, el delito masa viene a ser una circunstancia agravante específica del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

§2. La determinaciónjudicial de la pena

8. La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal [PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *op. cit.*, p. 95]. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento el Juez considera el hecho acusado como típico antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena –identificación de la pena básica–, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta –individualización de la pena concreta–. Finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las «circunstancias» que concurren en el caso concreto.

9. Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato, y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser circunstanciado [BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal. Parte General*, obra completas, tomo I, ARA Editores, Lima, 2004, p. 1192]. En virtud a ello es que se señala que sólo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.

Entre las clases de circunstancias, encontramos:

a) Las «circunstancias comunes o genéricas», que son aquellas que operan en el proceso de determinación de la pena de cualquier delito –como es el caso de las previstas en el artículo 46° y el artículo

46°-A del CP–, con la salvedad de que sólo se pueden considerar dichas agravantes a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, es decir, que a veces por la propia estructura del tipo legal no se pueden aplicar. Con ello se respeta la prohibición del principio de la doble valoración del injusto y del reproche penal. En el caso específico del artículo 46°-A del CP, su aplicación es exclusivamente para delitos donde no se requiera una cualidad especial en el sujeto activo –miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público–.

b) Las «circunstancias especiales o específicas» que son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente. Así por ejemplo, las previstas en el artículo 189° CP, que operan únicamente con el delito de robo; en el artículo 186° que operan solamente con el delito de hurto; en el artículo 297° que operan solamente con el delito de tráfico ilícito de drogas; y el *«delito masa»* –regulado en el último inciso del primer párrafo del artículo 49° del CP–, que opera únicamente con el delito continuado.

c) Las circunstancias denominadas «elementos típicos accidentales», son aquellas que concurren con una conducta típica. Ésta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo es el parricidio [PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La determinación judicial de la pena. Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Centro de Investigaciones Judiciales, Investigación y Publicaciones, Lima, pp. 35-37].

Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales [BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉ, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Trotta, Madrid, 1999, pp. 396-397].

La función de las circunstancias es determinar el *quantum* de la pena, es decir, afectan su medida, ya sea para aumentarla o disminuirla. Por eso mismo, aquellas que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida [BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *op. cit.*, p. 1195].

§3. La prescripción de la acción penal

10. El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir, aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *op. cit.*, p. 126]. Mediante la prescripción de la acción penal se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *op. cit.*, p. 45]. Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80° CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual «*...al máximo de la pena -abstracta- fijada por la ley para el delito*» -prescripción ordinaria-, mientras que el artículo 83° CP reconoce la denominada prescripción extraordinaria de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente -el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquél- conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que para efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo. Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad -como consecuencia de la regulación de la prescripción-, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos

establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley. Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, p. 330].

11. Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción «*...fijado por la ley para el delito*» [artículo 80° CP], es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46°-A CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49° CP).

Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Ésta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella pena-marco. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no solo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la criminal –que exige que la conducta este prevista en la ley con suficiente precisión o determinación– y la penal –que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas–. La pena concreta, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (pena concreta), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (cuantificación de la culpabilidad) [ZIFFER, Patricia S., en *Determinación judicial de la pena* (Claus ROXIN, Mary BELOFF, Mario MAGARIÑOS, Patricia S. ZIFFER, Eduardo Andrés BERTONI y Ramón TEODORO RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas

«circunstancias» (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta.

12. En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46°-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo –funcionario público– y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena –pena concreta–, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito. Sin duda, el artículo 46°-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal. Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena.

13. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado –delito masa–, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma cómo ha sido regulada en el artículo 49° CP, constituye ya un delito en sí –delito masa–. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto –la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito–, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por

el presente texto y cinco en contra respecto del artículo 46°-A CP, y de 11 Jueces Supremos por el presente texto y 4 en contra en lo concerniente al artículo 49° CP, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

ACORDARON

15. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 13°.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

17. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

VOTO SINGULAR DE LOS SEÑORES SAN MARTÍN CASTRO, PRADO SALDARRIAGA Y PRÍNCIPE TRUJILLO RESPECTO DEL ARTÍCULO 46°-A CP Y DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Los señores Jueces Supremos que suscriben discrepan del análisis del artículo 46°-A CP en orden a la prescripción de la acción penal.

Expresa el parecer de los suscritos, cuya ponencia se suscribe íntegramente, el señor PRADO SALDARRIAGA.

Los señores Jueces Supremos que suscriben discrepan del análisis del artículo 46°-A CP en orden a la prescripción de la acción penal. Expresa el parecer de los suscritos, cuya ponencia se suscribe íntegramente, el señor PRADO SALDARRIAGA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. Sobre la función y eficacia del artículo 46°-A CP

1. El artículo 46°-A CP fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997. Inicialmente reguló una circunstancia agravante genérica, pero cualificada, que tenía como supuesto calificante la condición especial del sujeto activo quien debía ser un funcionario público. Posteriormente el contenido legal de dicha norma fue ampliado en sus circunstancias y alcances por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. Sin embargo, desde su texto original, el aludido dispositivo producía como efecto punitivo un incremento de la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido. Es decir, el efecto de la configuración de los supuestos agravantes contemplados en el artículo 46°-A CP fue siempre una modificación formal del marco de conminación de la pena prevista para el delito cometido, posibilitando y que se expresaba en un nuevo máximo legal cuyo límite final se extendía a un tercio por encima del máximo original.

Así, por ejemplo, en el delito de cohecho activo genérico, tipificado en el artículo 397° *ab initio* CP la pena conminada tiene un máximo legal original de seis años de pena privativa de libertad. Sin embargo, si dicho delito es cometido por un funcionario público aprovechándose de su condición, el nuevo máximo legal de la pena conminada, para dicho caso, será de ocho años, al extenderse aquel un tercio (dos años) por encima del límite máximo original (seis años). Igual modificación de la extensión máxima de la pena conminada se produciría de presentarse los demás supuestos de agravación regulados en el texto vigente del artículo 46°-A CP. Por ejemplo, si el agente desde un establecimiento penitenciario, donde se encuentra recluido, resulta involucrado, como autor o partícipe, en delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

§2. La prescripción de la acción penal y el artículo 46°-A CP

2. De manera concreta, la prescripción de la acción penal puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución

de un delito. No obstante, en un plano más técnico se le identifica como la pérdida, por parte del Estado, de la facultad de ejercitar en un caso concreto el *ius puniendi*. Otros conceptos de prescripción aluden más bien a los efectos que aquella produce sobre la antijuridicidad de un hecho punible y sobre la culpabilidad o responsabilidad de su autor. Señalándose que aquella tendría la condición de circunstancia que invalida el delito y sus consecuencias.

Tradicionalmente en el Derecho penal peruano, el legislador ha elaborado un sistema normativo sobre la prescripción, en el cual se han diferenciado los plazos de extinción en función de la naturaleza de las penas conminadas y de su duración legal. Ese fue, por ejemplo, el criterio que predominó en el Código Penal de 1924, y que era coherente con la pluralidad de tipos de penas privativas de libertad que en él coexistían (Confrontar: artículos 119° y siguientes ACP). En el Código Penal de 1991 se adoptó un régimen legal diferente e inspirado en el Derecho penal colombiano y alemán. Según él, la regla general dispone que para la determinación del plazo de prescripción de la acción penal debe tomarse en cuenta al límite máximo de la pena privativa de libertad conminada en la ley para el delito cometido. Esto es, dicho límite máximo de pena legal identifica al término del plazo de la prescripción ordinaria. Sin embargo, se ha establecido que, en ningún caso, dicho plazo será superior a veinte años. Ahora bien, tratándose de penas conminadas no privativas de libertad (multas, limitativas de derechos, restrictivas de la libertad), conjuntas o alternativas, el plazo ordinario de prescripción será de dos años.

3. Estando a lo antes expuesto queda, pues, por determinar, si al plazo de vencimiento de la prescripción de la acción penal y que corresponde, según el precitado artículo 80° CP, al «*fijado por la ley para el delito*» imputado, materia del proceso penal incoado, es posible adicionarle el incremento de pena la conminada que dispone la concurrencia en el caso de una circunstancia agravante genérica y cualificada contemplada por el artículo 46°-A CP. Al respecto, es pertinente señalar que las circunstancias agravantes y sus efectos están también sometidos a iguales principios y garantías, que derivan del principio de legalidad (taxatividad, regulación expresa y previa, certeza en la descripción legal de sus componentes). Sobre todo aquéllas que como las reguladas en los artículos 46°-A CP modifican los estándares de la pena máxima abstracta o conminada originalmente para el delito. Esto es, por imperio del principio de legalidad, las circunstancias agravantes cualificadas y sus efectos punitivos deben tener una presencia formal o abstracta igual que la prevista y regulada en la penalidad de

cada hecho punible. Esta exigencia garantista demanda que, de antemano, el delincuente y el juez deben tener siempre previsto por la ley un espacio potencial de sanción o pena básica.

Por consiguiente, no puede haber pena concreta posterior que difiera de los límites precedentes de una pena conminada o básica. El juez sólo puede evaluar y aplicar procesalmente la pena que la ley considera (en abstracto) como posibilidad cierta y previamente regulada para el caso global imputado (delito y circunstancias). En tal sentido, si la posibilidad de extensión de la pena se amplía por las circunstancias agravantes cualificadas también debe ampliarse el plazo de persecución del delito circunstanciado cometido. Siendo así, resulta coherente y legal sostener que la presencia formal en la imputación de las circunstancias agravantes del artículo 46°-A CP crea un nuevo marco penal abstracto o conminado cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado. Por tanto, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos deberá tomarse también como base ese nuevo marco punitivo abstracto o conminado.

Ahora bien, será menester exigir que el Fiscal en su denuncia o acusación escrita refiera expresamente que le son también imputadas al procesado las circunstancias del artículo 46°-A CP, para que el juez evalúe, en tales casos, la prescripción de la acción penal en función a los efectos que aquellas producen en la pena conminada del delito.

4. Por otro lado, es del caso reiterar que similares razonamientos corresponde al artículo 49° *in fine* CP. Ambas circunstancias agravantes, por la manera como han sido reguladas por el legislador, han creado un nuevo marco penal abstracto -la pena abstracta o conminada en estos casos corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado- o del delito más grave en el delito masa cuando los actos realizados por el agente fueran de diferente naturaleza.

En tal virtud, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos debe tomarse como base dicho nuevo marco punitivo abstracto o conminado.

Por estos fundamentos; **NUESTRO VOTO**: es porque se considere como doctrina legal los fundamentos jurídicos alternativos precisados en los párrafos 1° al 4° precedentes.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

16.- Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio

ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116

Asunto: Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio.

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, después de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de Derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia el Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, y las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que se dictaron respecto de la pena de inhabilitación. En especial, la solicitud formulada por el Jurado Nacional de Elecciones en su oficio número 5979-2009-SG/JNE, del 11 de los corrientes, si la indicada pena se ejecuta inmediatamente, sin perjuicio del recurso impugnatorio planteado contra ella, o si se requiere que quede firme para el inicio de su ejecución.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos -personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades -públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad -pena principal o accesoria- dicha sanción

estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.

7. Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente –aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional– o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas.

Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermenéutica, está vinculado con el párrafo 15° del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: «*La ejecución de la pena de inhabilitación,* [...], *requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales.* [...] *A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución...*». También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9° del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que «*El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme*».

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad– sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales de 1940 –en adelante, ACPP–, como en el artículo 403°.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–.

El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

8. Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código

Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto–. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412°.1 NCPP–, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal –en adelante, CP– se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme. En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

B. Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede «*...entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política*» –así lo precisa el artículo 331° *in fine* ACPP–. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha

determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio.

En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP -con diferencia del régimen del NCPP- se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

9. En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes.

Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución -el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial- para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

ACORDARON

11. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 9°.

12. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

13. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

17.- Prescripción: problemas actuales

ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CJ-116

Asunto: prescripción: problemas actuales

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 04 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En cuanto al tema en debate: «Prescripción: Problemas Actuales» informaron oralmente los señores Percy GARCÍA CAVERO -en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal-, y Marco Antonio HERRERA GUZMÁN -en representación del Módulo Penal de Camaná - Corte Superior de Arequipa-.

3. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitorias, interviniendo todos con igual derecho de

voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como Ponentes los señores LECAROS CORNEJO, BARRIOS ALVARADO y CALDERÓN CASTILLO, con la participación del señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. Aspectos generales

5. La prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la ley sustantiva para el delito incriminado -pena abstracta-. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria -de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público- y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción -a su pretensión punitiva- y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible -prescripción de la pena-.

6. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable.

7. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de Derecho donde la prescripción cumple una función de garantía fundamental de los

ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes.

8. En este sentido, la prescripción varía, en cuanto a su duración, según la naturaleza del delito que se trate y cuando más ingente sea la pena regulada en la Ley, mayor será el plazo de la prescripción para el delito incriminado. También modula la duración del mismo según las vicisitudes del procedimiento y atendiendo a otras consideraciones de especial relevancia: causas de suspensión y de interrupción.

§2. Planteamiento de los problemas

9. Determinar los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la duplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.

10. La prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas.

11. Establecer el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación Preparatoria.

§3. Desarrollo del primer tema

12. El legislador incrementó el plazo de prescripción –duplicó– en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú –*«el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos»*–. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos. Esto implica un mayor desvalor de la acción –como conducta peligrosa para los bienes jurídicos– complementado con el desvalor

de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

13. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

14. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó -método lógico-sistemático-. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal se orienta al *Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo* del mismo cuerpo legal, «*Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos* «, atendiendo a dos aspectos concretos:

A. En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B. Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros,

desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

15. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

A. Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito -funcionario o servidor público- y el patrimonio del Estado.

B. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que éste ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción, custodia sobre bienes públicos.

C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

16. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

17. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

A. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.

B. La segunda modalidad se refiere a bienes de sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40° y 60° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2° del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

C. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

18. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal.

§4. Desarrollo del segundo tema

19. El Libro Tercero del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas sólo con penas principales de multa o de prestación de servicios a la comunidad. En lo que respecta al plazo ordinario de la prescripción de la acción penal y de la pena en las faltas, el inciso 5 del artículo 440° señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que «la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años».

20. Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las reglas especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consiguiente, dado que el mismo numeral 440° *ab initio* establece que: «*Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero (...)*», es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos.

21. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83° *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.

22. Ahora bien, el artículo 440°, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas. Es en el artículo 46°-B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: «*Igual condición tiene*

quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas». Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:

A. La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.

B. La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.

C. Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440°.

§6. Desarrollo del tercer tema

23. Tercer tema. El apartado uno del artículo 339° del nuevo Código Procesal Penal prescribe que «*la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal*». Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad, legalidad y razonabilidad.

24. La «suspensión» de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal –constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso–. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

26. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión *«sui generis»*, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde este acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

27. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la «suspensión» con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de «interrupción» de la Prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de Suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

28. Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:

A. Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo.

B. El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.

29. Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada –el acto del Fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso– para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado.

30°. Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159° de la Carta Política.

31° La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución –inserto en la garantía del debido proceso– y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:

A. El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado. Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para iniciar la persecución penal, como «la Formalización de la Investigación Preparatoria» es una causa que suspende el curso de la prescripción.
B. Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos.

C. La suspensión del plazo de la prescripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales, pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legítima. En ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad –relevante jurídicamente– cuando se persigue y castiga una infracción punible.

D. No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse.

E. La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores de investigación dentro del proceso penal –propio de un sistema acusatorio– y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la «suspensión de la prescripción» se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva.

F. En el Nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un plazo establecido: La Investigación Policial o Fiscal veinte días, la Investigación Preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y para casos complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales como innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y pérdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el artículo 360° [inciso 1 y 5] –*«si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión y no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación»*–. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.

G. Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334° [inciso 2] y 343° regula las situaciones en las que el plazo de la investigación

preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria –Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de investigación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado– para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas procesales cuando las considere excesivas –se materializa por medio de una audiencia de control de plazos–. Es evidente el interés y voluntad del legislador de someter a control el plazo del proceso por el Juez que ejerce las funciones del control de garantías –y reglado en el sistema procesal penal– en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del Fiscal la duración de la investigación.

32. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite.

III. DECISIÓN

33. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

34. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° al 32°.

35. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

36°. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial «El Peruano». Hágase saber.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

18.- Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del Código Procesal Penal 2004

I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO PENAL

ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116

Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del Código Procesal Penal 2004.

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor PRADO SALDARRIAGA, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal –que incluyó el Foro de «Participación Ciudadana»– de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de «Participación ciudadana» a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Alcides CHINCHAY CASTILLO (Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal); Gino VALDIVIA GUEROLA (Fiscal Adjunto Provincial de Arequipa), y Eduardo ALCOCER POVIS, del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

4. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias (a excepción del doctor PARIONA PASTRANA, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-U6 y la suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la Investigación Preparatoria

6. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del

artículo 339° inciso 1: «*La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal*» declaró expresamente en su fundamento jurídico 27 lo siguiente: «*La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la 'suspensión' con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de 'interrupción' de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal –formalizando la investigación– el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declarara.*

7. Sin embargo, con posterioridad a este Acuerdo Plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto *a insistir en la conveniencia de asumir que lo previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción* y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el Acuerdo Plenario sobre la materia (Cfr. Sentencia de Apelación del 21 de marzo de 2011, recaída en el Expediente N° 00592-2008-49-1302-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de Huaura, fundamentos 4.1 a 4.10 y Voto singular del Juez Superior Reyes Alvarado. Asimismo, comentario a dicha sentencia de José David BURGOS ALVARADO, «La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?», en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, tomo 22, Abril 2011, pp. 61 y ss.). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los artículos 83° y 84° del Código Penal sustantivo. Frente a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, «La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?», en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, tomo 23, mayo 2011, pp. 221 y ss.). Las ponencias presentadas en la Audiencia Pública Preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a todas la *ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339°* y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos así como prácticos de tal disposición legal.

§2. La fuente legal extranjera del artículo 339° inciso 1 valida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo Plenario de 2010

8. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339° inciso 1 es plena y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233° del Código Procesal Penal de Chile también establece que: «*Lo formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96° del Código Penal*». Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur, los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: «*Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él*». Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación hecha por el Acuerdo Plenario es correcta y tiene plena validez técnica y práctica.

§3. La suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal en el derecho penal histórico peruano han regulado siempre causales y efectos distintos

9. En el Derecho penal histórico nacional, también los efectos y las causales de interrupción y suspensión de la acción penal han estado claramente estipulados sin que haya posibilidad alguna de confundirlos. Remitiéndonos únicamente al Código Penal de 1924 podemos constatar incluso que los artículos 121° sobre interrupción y el 122° sobre suspensión ponían en evidencia tales diferencias. Es más, en el segundo de los artículos citados, incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo *in fine* la primera de dichas normas: «*Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior*». Importante salvedad no fue reproducida por el actual artículo 84° del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal. De esta manera, desde el plano histórico, se vuelve a ratificar la pertinencia y solidez hermenéutica de lo acordado en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

§4. Las relaciones intrasistemáticas entre los artículos 83° y 84° del Código Penal de 1991, con el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional

10. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83° de Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. *Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.* Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:

1. «La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado.
2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido».

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

§5. Necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004

11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional.

Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de *un* tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.** Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art. 96°), de octubre de 1984 (Art. 83° , de agosto de 1985 (Art. 89°) y de abril de 1986 (Art. 88°) que precediero al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisi

le.[4] III. DECI

IÓN

12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

13. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 11°.

14. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

15. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
SALAS ARENAS
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
MORALES PARRAGUÉZ

II
Parte especial

1.- Determinación de principios jurisprudenciales

ACUERDO PLENARIO N° 1-2005/ESV-22

Determinación de principios jurisprudenciales. Art. 22° TUO LOPJ

Asunto: Ejecutoria Supremas Vinculantes.

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301 2-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22° Y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. En el presente caso –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas–, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

3. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala

de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad» se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionarán en la parte resolutiva del presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. El artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22°, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.

6. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.

7. El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de cuatro Ejecutorias Supremas, que pronuncian acerca de:

a) Los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción –o más, concretamente, del derecho de conocimiento de los cargos–, y el pleno cumplimiento del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959.

b) La definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo –en concreto, de la acción típica– del delito de corrupción de funcionarios –cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el artículo 393° del Código Penal.

c) La precisión que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. Esta, como ha venido insistiendo reiteradamente este Supremo Tribunal, se determina en función al daño ocasionado por el delito.

d) La no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.

III. DECISIÓN

8. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDÓ

9. **ORDENAR** la publicación en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias Supremas que a continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.

10. En consecuencia, constituyen precedentes vinculantes:

1°) Recurso de Nulidad N° 224-2005, tercer fundamento jurídico.

2°) Recurso de Nulidad N° 1091-2004, cuarto fundamento jurídico.

3°) Recurso de Nulidad N° 948-2005, tercer fundamento jurídico.

4°) Recurso de Nulidad N° 1538-2005, cuarto fundamento jurídico.

11. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior. Hágase saber.

SS.

SIVINA HURTADO

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

BALCAZAR ZELADA

MOLINA ORDÓÑEZ

BARRIENTOS PEÑA

VEGA VEGA

PRINCIPE TRUJILLO

2.- Conceptos relativos al tipo penal del delito de corrupción de funcionarios:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1091-2004
LIMA

Lima, veintidós de marzo del dos mil cinco.

VISTOS; los recursos de nulidad interpuesto por los sentenciados Julio Alberto Peña García, Paúl Alfonso Castillo Aguilar y Héctor Villanueva Granda; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como Vocal Ponente el doctor Victoriano Quintanilla Quispe; y **CONSIDERANDO Primero:** Que, el sentenciado Julio Alberto Peña García al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil doscientos setentisiete, manifiesta su disconformidad en el extremo de la sentencia que lo vincula con su co-procesado Héctor Villanueva Granda, al señalar que éste era su «contacto», lo cual no se ajusta a la realidad, ya que esta persona sólo efectuaba labores de limpieza de su vehículo a cambio de una propina; que, de otro lado en cuanto se refiere a los formularios de solicitud para el trámite de pasaportes signados con el número F-cero cero uno, dice haber comprado en las ventanillas de la entidad a la persona de Elizabeth Ticona López por su precio normal de veinticinco nuevos soles, y no que los «conseguía» , pues dicho término se presta a otras interpretaciones; añade que el paneux fotográfico incorporado al presente proceso como medio probatorio no resulta idónea; finalmente sostiene que en ningún momento ha realizado u omitido actos contrarios a su deber ni mucho menos ha aceptado donativos, promesa o cualquier otra ventaja faltando a sus obligaciones. **Segundo:** Por su parte Héctor Villanueva Granda a fojas mil doscientos ochenta y tres afirma que el motivo de su presencia en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez el día de los hechos, era con el fin de cobrar un dinero que le debía su co-procesado Peña García; pero se dio la casualidad que éste, le entregó dicho formulario, destinado para un familiar y al no presentarse ninguna persona a recoger, abusando de la confianza, lo vendió a su co-procesado Castillo Aguilar. **Tercero:** Que, por su parte éste último a fojas mil doscientos ochenta y seis, cuestiona el operativo realizado por la Policía Nacional del. Perú al considerar que se ha llevado a cabo sin contar con la anuencia o conocimiento del representante del Ministerio Público; que, de otro lado la sentencia sólo se sustenta en la sindicación que efectúa la testigo Heidi Katheryn Gómez Lau, sin embargo, no existe nexo causal entre la conducta del recurrente de solicitar un formulario a su co-encausado Villanueva Granda a petición de aquella, concluyendo que es

inocente de los cargos. **Cuarto:** Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término «aceptar», el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario. **Quinto:** Que, la incriminación que pesa sobre los procesados se funda en que con fecha dieciocho de setiembre del dos mil uno, Julio Alberto Peña García, en su condición de Jefe del Área de Migraciones del Aeropuerto Internacional «Jorge Chávez» aceptó el requerimiento de su co-procesado Villanueva Granda para que a cambio de una determinada suma de dinero le entregara un formulario de solicitud para la tramitación de pasaportes, cuya venta en la época era restringida por la escasez de éstos, el mismo que había sido solicitado por su co-encausado Castillo Aguilar, propietaria de la agencia de viajes «Águila Tours» para el trámite de pasaporte de la persona de Heidi Katheryn Gómez Lau (colaboradora del Servicio de Inteligencia de la Policía Nacional del Perú), los cuales quedaron al descubiertos al llevarse a cabo un operativo policial estableciéndose el modus operandi utilizando para tales fines la citada agencia de viajes, sito en el Pasaje Nacarino número ciento treinta y seis del Distrito de Breña, con la activa participación de los nombrados Castillo Aguilar y Villanueva Granda en calidad de cómplices. **Sexto:** Que, estos hechos se encuentran acreditados con el documento correspondiente consistente en el pasaporte número dos millones doscientos setentiún mil seiscientos sesenta y cinco que corre a fojas ochenta y siete, el mismo que si bien es cierto, al ser verificado por la Unidad Operativa Policial se constató que cumplía todos los requisitos legales; sin embargo, ha sido obtenido en forma ilícita, configurándose el delito imputado y la responsabilidad penal de los citados encausados, la misma que se encuentra corroborado con la versión del propio Villanueva Granda, quien en su manifestación policial de fojas dieciséis en presencia del representante del Ministerio Público y abogado defensor narra con lujo de detalles, señalando que ante la petición de Castillo Aguilar a fin de conseguir el mencionado formulario obrante a fojas sesenta y ocho, se contactó con su co-acusado Peña García, entonces Jefe del Puesto de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional «Jorge

Chávez», quien le solicitó la suma de ciento cincuenta dólares americanos a cambio de entregarle dicho documento, lo cual se efectivizó en horas de la tarde del dieciocho de setiembre del dos mil uno a inmediaciones de la Municipalidad de Breña; añadiendo que los formularios que le fueron incautados al momento de su intervención, también le fueron otorgados por el mismo Peña García el veinte de setiembre del citado año en el Restaurant «El Mesón», por lo que se concluye que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. **Séptimo**: Que, de otro lado en la recurrida se advierte que se ha omitido fijar el plazo de inhabilitación en cuanto se refiere al sentenciado Peña García, por lo que debe integrarse en virtud de la facultad conferida en el penúltimo parágrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, modificado por el decreto legislativo número ciento veintiséis; por tales consideraciones declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas mil doscientos sesenta y nueve, su fecha nueve de octubre del dos mil tres, que condena a JULIO ALBERTO PENA GARCIA, como autor del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; fija en diez mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado; e **INTEGRANDO** la propia sentencia: FIJARON en tres años el plazo de inhabilitación; asimismo condena a PAÚL ALFONSO CASTILLO AGUILAR y HÉCTOR VILLANUEVA GRANDA, como cómplices primarios del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de la libertad, suspendida por el término de dos años; fija en cinco mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor del Estado; e inhabilitación por el término de tres años; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
VALDEZ ROCA
PONCE DE MIER
QUINTANILLA QUISPE
PRADO SALDARRIAGA

3.- Definición y estructura típica del delito de Peculado art. 387° C.P.:

ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116

Asunto: Definición y Estructura Típica del delito de Peculado ART. 387° C.P.

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco.

Los Vocales Supremos en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

1. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301°-A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número 959, y 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

2. Para efectos –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas– y con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala Penal, un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala Penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal antes citado, y, por consiguiente permita deslindar esta figura típica de los demás tipos penales que se encuentran comprendidos en el Título XIII del Código Penal - Delitos contra la Administración Pública.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la Complejidad y amplitud del Tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Gonzáles Campos, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 387º del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que: «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...»; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como: «Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos.. .»; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes: «Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. ...» (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley Nº 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico -penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.
b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.
c) Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.
d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.
e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

8. Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

9. En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: «la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público» como elementos Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

a) La sustracción. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDÓ

11. ESTABLECER como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6°, 7° y 8° del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

12. PRECISAR que el principio jurisprudencial antes mencionado debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13. PUBLICAR este acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
SIVINA HURTADO
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO

4.- Asociación ilícita para delinquir - Cosa juzgada:

ACUERDO PLENARIO N° 4-2006/CJ-116

Asunto. Cosa Juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir.

Lima, trece de octubre de dos mil seis.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir su cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria -de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para delimitar la institución de la cosa juzgada respecto al delito de asociación ilícita para delinquir. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 4215-2004/Lima, del 5 de julio de 2005.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria Supremas analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspon-

dientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Gonzales Campos, San Martín Castro y Príncipe Trujillo, quienes expresan el parecer del Pleno.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El diseño de un Estado Democrático de Derecho importa limitaciones al *ius puniendi* del Estado, a toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el reforzamiento de la plena vigencia de los Derechos Fundamentales y de las condiciones de su realización.

7. El Pacto Internacional de la Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14°, inciso 7), estatuye que: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento en cada país».

8. La Constitución Política del Estado en el artículo 139°, inc. 13, establece que: «La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efecto de cosa juzgada».

9. El Código Penal en su artículo 78°, sobre las formas de extinción de la acción penal y la pena, señala: «La acción penal se extingue: ...2) Por la autoridad de cosa juzgada. Esta norma hace referencia a la denominada eficacia negativa de la cosa juzgada, es decir, impide una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad; evita que una misma persona pueda ser enjuiciada dos veces por los mismos hechos en tanto se trate de un enjuiciamiento jurídico homogéneo.

10. Más precisamente, el mismo Código en su artículo 90° afirma que: «Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente». Todas las resoluciones que ponen fin al proceso producen el efecto de cosa juzgada una vez firmes, precisión en la que se incluyen los autos de sobreseimiento en tanto se los considera como negación anticipada del derecho de penar del Estado.

11. Desde el punto de vista procesal, el artículo 5° del Código de Procedimientos señala: «Contra la acción penal puede deducirse las excepciones... de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona». Ello significa, en cuanto a los límites subjetivos

de la cosa juzgada, que la única identidad que cabe entender es la pasiva o del condenado, esto es, a quien se le atribuye el hecho punible materia de condena firme –nunca la activa o del acusador– [en el proceso penal se busca la declaración de que existe el deber y el derecho de castigar, de imponer penas; este deber-derecho incide directa y solamente sobre la persona del acusado, lo que por razones de certeza y seguridad jurídicas prohíbe la extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal a un tercero, distinto del imputado]. Respecto a los límites objetivos de la cosa juzgada, se requiere que se trate tanto del mismo suceso histórico –identidad de una conducta que sucedió en la realidad externa– [hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio], cuanto del mismo fundamento –que se subsuma en tipos penales o administrativos de carácter homogéneo–. Esto último –la denominada «consideración procesal del hecho»– debe entenderse desde una perspectiva amplia, de suerte que comprenda los concursos de leyes y reales de delitos o de ilícitos administrativos, con exclusión de los supuestos de delitos continuados y concursos ideales en que el bien jurídico fuera heterogéneo.

12. El delito de asociación ilícita está descrito en el artículo 317° del Código Penal. Dice la citada disposición: «El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años...».

Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación –a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas– sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.

Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar–, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

13. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar.

III. DECISIÓN

14. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDÓ:

ESTABLECER como reglas de valoración las que se describen en los párrafos 6 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 13, constituyen precedentes vinculantes.

PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, sin prejuicio de la excepción que, estipula el segundo párrafo del artículo 22°, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

GONZÁLES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

VALDÉZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

VEGA VEGA

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDÓÑEZ

PEIRANO SÁNCHEZ

VINATEA MEDINA

PRINCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI

5.- El alcance del tipo legal de omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y relaciones con el Ministerio Público:

ACUERDO PLENARIO N° 1-2007/ESV-22
MOTIVO: DETERMINACIÓN DE PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES
ASUNTO: EJECUTORIAS SUPREMAS VINCULANTES

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. En el presente caso, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

3. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que le correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas el año pasado. A continuación, el Equipo de Trabajo designado, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que no podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal,

en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se dispuso la publicación de las Ejecutorias 1 que se mencionan en la parte resolutiva del presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. El artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22°, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.

6. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.

7. El Pleno Jurisdiccional de lo Penal, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de cuatro Ejecutorias Supremas, que se pronuncian acerca de:

A. El contenido y los elementos del *ne bis in idem* material. Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

B. El alcance del tipo legal de omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y relaciones con el Ministerio Público.

C. Cambio jurisprudencial y retroactividad benigna de la ley penal. Impertinencia de la aplicación del artículo 6° del Código Penal.

D. Acuerdos Plenarios y aplicación retroactiva de sus disposiciones. Alcance del artículo 6° del Código Penal.

III. DECISIÓN

8. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDARON

9. ORDENAR la publicación en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias Supremas que a continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.

10. En consecuencia, constituyen precedentes vinculantes:

1°) Recurso de Nulidad número 2090-2005, cuarto y quinto fundamento jurídico.

2°) Recurso de Nulidad número 496-2006, quinto fundamento jurídico.

3°) Recurso de Nulidad número 1500-2006, quinto fundamento jurídico.

4°) Recurso de Nulidad número 1920-2006, tercer fundamento jurídico.

11. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior. Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. Nº 496-2006
AREQUIPA

Lima, diecisiete de julio de dos mil seis.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Leonidas Agapito Cahuína Zapana y por la Procuradora Pública Anticorrupción de Arequipa contra la sentencia condenatoria de fojas quinientos cincuenta y cuatro, del veintiuno de diciembre de dos mil cinco; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO **Primero**: Que el encausado Cahuína Zapana en su recurso formalizado de fojas quinientos setenta y uno alega que la Sala Superior tuvo en cuenta las declaraciones de Maruja Tapia Pacompia, Roxana Margarita Paz Cóngora, Juan Carlos Carpio Tutti, Cristian Cayra Tapia y Evidio Mamani Condori, las que se llevaron a cabo en un proceso en el que no es parte, por lo que se habría recortado su derecho de defensa; agrega que tampoco se culminó la declaración del testigo Carlos Ciro León Félix, pero a pesar de ello el Colegiado Superior tomó en cuenta su manifestación prestada en sede policial, por lo tanto, al no haberse desistido el Ministerio Público de la citada testimonial dicha prueba queda pendiente de actuación o debe ser prescindida; añade que no se cumplió con recabar el expediente que dio origen a la presente investigación para determinar si se adjuntó el Acta de Reconocimiento y Manifestación Policial, y que en el considerando noveno el Colegiado tiene como cierto que nunca existió el Acta de Reconocimiento, por lo que no puede concluir que se cometió el delito de Ocultamiento de Prueba, lo que comprueba que no se valoró las pruebas en su conjunto; por último, precisa que existe reiterada

jurisprudencia respecto a que la simple sindicación de una parte no es motivo para sancionar penalmente a una persona, y que en el tipo penal que se le imputa el sujeto activo debe haber asumido formal y materialmente las funciones omitidas o retardadas, siendo que en presente caso el recurrente es un servidor subordinado a otra autoridad, quien es el representante del Ministerio Público, el Fiscal Provincial del Módulo Básico de Paucarpata, por lo que solicita ser absuelto de los cargos en su contra; que la Procuradora Anticorrupción al formalizar su recurso a fojas quinientos ochenta y dos refiere que el Colegiado Superior no tuvo en cuenta que la acusada Maruja Tapia Pacompia aceptó en su manifestación policial que entregó la suma de quinientos nuevos soles a su coencausado Leonidas Cahuína Zapana y que está probado que éste se encontraba laborando el día del evento delictivo, es decir, el diecinueve de febrero de dos mil uno, en consecuencia, solicita se declare nula el extremo que absuelve al acusado Cahuína Zapana por delito de cohecho propio. **Segundo**: Que a pesar que a la Procuradora Pública se le notificó en su domicilio procesal en el Distrito Judicial de Arequipa el dictamen acusatorio y el auto de enjuiciamiento que señala el día y hora para la instalación de la audiencia –véase fojas trescientos setenta y dos y trescientos noventa y cuatro–, pero no asistió a las diligencias del juicio oral; que la sentencia se dictó el veintiuno de diciembre de dos mil cinco –en acto público– y con fecha veintinueve de diciembre de dos mil cinco se remitió copia de la referida sentencia absolutoria a la Procuraduría Pública, la cual con fecha treinta de diciembre presenta su recurso de nulidad; que, en estos casos, los plazos procesales empiezan a correr desde el día siguiente de la fecha de la resolución, por lo que el concesorio de este medio impugnatorio carece de eficacia procesal. **Tercero**: Que las pruebas actuadas permiten acreditar la culpabilidad, que el citado encausado Cahuína Zapana en su instructiva de fojas ciento noventa y siete acepta que en su condición de efectivo policial intervino a Carpió Tuntti, Cayra Tapia y Mamani Condori cuando éstos tenían en su poder los objetos despojados a Roxana Margarita Paz Cóngora, e incluso elaboró el Atestado Policial; que si bien citado acusado expresa que nunca se llevó a cabo el reconocimiento de los detenidos por parte de la denunciante Paz Cóngora –y por lo tanto, no existió la citada Acta de Reconocimiento–, este argumento se desvirtúa, en primer lugar, con la declaración de la agraviada Paz Cóngora –véase a fojas once vuelta copia certificada de la preventiva de la antes citada en el proceso número dos mil uno doscientos veinticuatro-cero-cuatrocientos diez-JR-PE-OL y la copia certificada de fojas treinta y siete llevada a cabo en Juicio Oral–, quien

se ratifica en su denuncia policial y además señala que se llevó a cabo un reconocimiento de sus agresores, y, en segundo lugar, con la copia certifica del acta de entrega de bienes de fojas nueve, que acredita que la agraviada Paz Cóngora se acercó a la Comisaría el día veinte de febrero de dos mil uno, día en que se llevó a cabo el reconocimiento. **Cuarto**: Que a lo mencionado se suma que se encuentra acreditado que Carpio Tuntti, Cayra Tapia y Mamani Condori fueron detenidos el diecinueve de febrero de dos mil uno, conforme se verifica con la copia certifica de Registros de Detenidos de fojas noventa y dos, pero al momento de ingresar el Atestado Policial respectivo no puso a disposición ningún detenido, tal como precisa José Luis Tasaico Muñoz, Juez Mixto del Distrito de «Mariano Melgar», en el Juicio Oral de fojas quinientos doce. **Quinto:** Que, en cuanto a los fundamentos del acusado recurrente, es de tener presente que las declaraciones Tapia Pacompia, Paz Cóngora, Carpio Tutti, Cayra Tapia y Mamani Condori no se llevaron a cabo en el presente proceso, sino en el proceso por robo agravado –el ya citado proceso dos mil uno doscientos veinticuatro-cero-cuatrocientos diez-JR-PE-OL–, y en esta causa sólo agregaron copias certificadas, por lo que el recurrente en su debida oportunidad pudo tachar los documentos o formular alguna observación, pero no hizo uso de su derecho de defensa; que, con respecto a que no puede ser considerado sujeto activo del delito de Omisión o Retardo de Actos Funcionales, si bien existe cierta subordinación con relación al representante del Ministerio Público, también lo es que éste como funcionario público –efectivo de la Policía Nacional del Perú– tiene sus propias obligaciones, como lo es, en el presente caso, elaborar el Atestado Policial, comunicar de la detención de tres sospechosos y entregar todos los bienes incautados así como las diligencias realizadas; que, por último, en cuanto a la supuesta contradicción en la sentencia recurrida en el noveno fundamento jurídico, de la revisión de la misma se tiene que tal aseveración no es correcta, ya que se ha tomado en forma sesgada dicho considerando puesto que si bien se indica «que la agraviada no se ha presentado a la diligencia de reconocimiento», ello es en mención a las conclusiones arribadas en el atestado policial. Por estos fundamentos: I. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas quinientos cincuenta y cuatro, del veintiuno de diciembre de dos mil cinco, que condena a Leonidas Agapito Cahuína Zapana como autor del delito contra la Administración Pública en las modalidades de Abuso de Autoridad y Ocultamiento de Medio Probatorio, en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de la libertad con el carácter de suspendida por el plazo de dos años, con cuarenta y cinco días multa y la pena

accesoria de inhabilitación de tres años, y fija en dos mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del Estado. II. Declararon **NULO** el concesorio de fojas quinientos ochenta y seis, del doce de enero de dos mil seis, que concede el recurso de nulidad a la señora Procuradora Pública Anticorrupción; e **INADMISIBLE** el recurso impugnatorio formalizado a fojas quinientos ochenta y dos; y los devolvieron.

SS.
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VALDEZ ROCA
LECAROS CORNEJO
CALDERÓN CASTILLO

III
Parte procesal

1.- Principio acusatorio y modificación de la calificación jurídica del hecho

ACUERDO PLENARIO N.º 1-2005/ESV-22

Determinación de principios jurisprudenciales. Art. 22° TUO LOPJ

Asunto: Ejecutorias supremas vinculantes

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente.

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. En el presente caso -sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas-, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

3. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionarán en la parte resolutiva del presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. El artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22°, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.

6. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.

7. El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de cuatro Ejecutorias Supremas, que pronuncian acerca de:

a) Los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que

necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción -o más, concretamente, del derecho de conocimiento de los cargos-, y el pleno cumplimiento del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959.

b) La definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo -en concreto, de la acción típica- del delito de corrupción de funcionarios -cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el artículo 393° del Código Penal.

c) La precisión que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. Esta, como ha venido insistiendo reiteradamente este Supremo Tribunal, se determina en función al daño ocasionado por el delito.

d) La no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.

III. DECISIÓN

8. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDÓ:

9. ORDENAR la publicación en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias Supremas que a continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.

10. En consecuencia, constituyen precedentes vinculantes:

1°) Recurso de Nulidad N° 224-2005, tercer fundamento jurídico.

2°) Recurso de Nulidad N° 1091-2004, cuarto fundamento jurídico.

3°) Recurso de Nulidad N° 948-2005, tercer fundamento jurídico.

4°) Recurso de Nulidad N° 1538-2005, cuarto fundamento jurídico.

11. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior. Hágase saber.

SS.
SIVINA HURTADO
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 224-2005
Sullana

Lima, veintiuno de abril de dos mil cinco.-

VISTOS, el recurso de nulidad interpuestos por los acusados Sebastián Serna Jaramillo e Iván Leguía Morales contra la sentencia condenatoria de fojas doscientos tres, su fecha diez de diciembre de dos mil cuatro; de conformidad con las conclusiones del dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el abogado del acusado Leguía Morales en su recurso formalizado de fojas doscientos veintiuno sostiene que su defendido desconocía la participación de terceros en el delito, que el Fiscal Superior tipificó la conducta de su defendido en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal pese a lo cual en la sentencia se tipificó el delito en la circunstancia agravada del inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, así como que no está probado que integre una organización criminal ni se ha tenido en cuenta las condiciones personales del mismo ni su minoridad restringida; que el abogado del acusado Serna Jaramillo en su recurso formalizado de fojas doscientos veinticinco apunta que su patrocinado realizó el ilícito por necesidad económica, y que se abrió instrucción y se acusó por el tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas pese a lo cual se le ha condenado por el

tipo agravado del inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal. **Segundo**: Que de autos aparece que el Fiscal Provincial en la denuncia formalizada de fojas sesenta y uno denunció a los encausados calificando los hechos en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, modificado por la Ley veintiocho mil dos, pese a lo cual en el auto apertorio de instrucción de fojas sesenta y tres, del veinticuatro de julio de dos mil tres, aclarado por auto de fojas ciento veintiséis, del dieciséis de diciembre de dos mil tres, se tipificó la conducta imputada en el tipo básico del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, la que fue objeto de acusación fiscal en esos mismos términos según se aprecia en el dictamen de fojas ciento setenta y cuatro; que, no obstante ello, el Tribunal de Instancia en la sentencia recurrida, sin hacer mención a las razones de su discrepancia ni haber generado un debate previo en el acto oral, calificó los hechos en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal (ver: fundamento jurídico sexto), aunque no impuso una pena superior a la fijada en la acusación fiscal. **Tercero**: Que si bien es cierto que –con arreglo al principio acusatorio– la sentencia condenatoria no puede sobrepasar el hecho y las circunstancias del mismo –esto es, en este último supuesto –las situaciones que rodean, que están alrededor, a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor–, fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento, lo que constituye un límite infranqueable para el Tribunal de Instancia, también es verdad que sobre esa base fáctica es del todo posible que la Sala Penal Superior pueda modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación –lo que incluye, obviamente, las denominadas «circunstancias modificativas de la responsabilidad penal»–, pero a condición –en cumplimiento del principio de contradicción o más concretamente del derecho de conocimiento de los cargos–: que «... previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse...» y se haya seguido el trámite previsto en el numeral dos del artículo doscientos ochenta y cinco guión A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve; que ese trámite no ha sido cumplido en el presente caso, de suerte que la sentencia recurrida al obviarlo ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, pues ha dejado en indefensión material a los imputados. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas doscientos tres, su fecha diez de diciembre de dos mil cuatro; MANDARON se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, debiendo tenerse presente en todo caso lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero de esta Ejecutoria; y los devolvieron.

SS.
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ

2.- La constitución de la parte civil y el proceso de ejecución

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 1538-2005
Lima

Limas, veinte de junio de dos mil cinco.-

VISTOS; oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por el agraviado Enrique Barrera Aramburú contra el auto superior de fojas seiscientos cuarenta y nueve, del veintiuno de enero de dos mil cinco; con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que este Supremo Tribunal conoce del presente recurso por haber sido declarada fundada la queja interpuesta por el agraviado Barrera Aramburú, según se advierte de la Ejecutoria Suprema de fojas seiscientos cuarenta y nueve. **Segundo:** Que la Juez del Séptimo Juzgado Penal de Lima por auto de fojas cuatrocientos veintiuno, del diecinueve de enero de dos mil cuatro, declaró procedente la desafectación del cincuenta por ciento del producto de la venta del certificado de participación de la Bolsa de Valores de Lima solicitada por la sociedad conyugal formada por María Violeta Ríos Gamarra de San Cristóbal y el sentenciado Eduardo San Cristóbal Carrillo; que contra esta resolución recurrió en apelación el agraviado Barrera Aramburú conforme a su escrito de fojas cuatrocientos setenta, la que fue concedida por auto de fojas cuatrocientos setenta y seis, del veintisiete de enero de dos mil cuatro; que, sin embargo, el Superior Tribunal no absolvió el grado por estimar que el impugnante carecía de legitimación para recurrir, y a su vez mediante auto de vista de fojas quinientos setenta y ocho, del veintinueve de abril de dos mil cuatro, declaró improcedente el recurso de apelación y nulo el concesorio del mismo. **Tercero:** Que el agraviado Barrera Aramburú en su recurso de nulidad de fojas quinientos ochenta y seis cuestiona la decisión del Tribunal Superior alegando que en la etapa de ejecución del proceso no es necesaria la constitución en parte civil, la cual

-según entiende- se limita al proceso declarativo. **Cuarto:** Que, en efecto, como ya ha sido establecido por esta Suprema Sala al amparar el presente recurso de queja, no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal declaratorio de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor; que la constitución en parte civil del agraviado sólo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil, que sólo una sentencia firme de condena puede estipular (véase artículos cincuenta y siete y cincuenta y ocho del Código de Procedimientos Penales); que declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno no puede limitarse y, menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría -como se hizo el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional (ver: artículo ciento treinta y nueve, apartado tres de la Ley Fundamental)-, que garantiza el acceso a los Tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos; que a ello tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto que no está en discusión la determinación del monto de la reparación civil, sino su cobro efectivo, respecto del cual, por cierto, debe tenerse en cuenta lo declarado y ejecutado en sede civil. **Quinto:** Que como el Superior Tribunal no absolvió el grado pronunciándose sobre el fondo del asunto e indebidamente negó legitimación al recurrente, incurrió en la causal de nulidad prevista por el apartado uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **NULO** el auto de vista de fojas quinientos setenta y ocho, del veintinueve de abril de dos mil cuatro; en consecuencia, ORDENARON que el Tribunal Superior se pronuncie sobre el fondo del asunto; en el proceso -fase de ejecución- seguido contra Eduardo San Cristóbal y otros por delito de estafa y otro en agravio de Enrique Barrera Aramburú y otros; y los devolvieron.

SS.

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDÓÑEZ

3.- Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado

ACUERDO PLENARIO Nº 2-2005/CJ-116

Concordancia jurisprudencial

Art. 116º TUO LOPJ

Asunto: Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorías de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente.

ACUERDO PLENARIO

1. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas– con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan el valor de las sindicaciones de coimputados, testigos y agraviados, a los efectos de tener por enervada la presunción de inocencia de los imputados que son señalados como autores del delito y justificar la declaración de judicial de culpabilidad.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas de Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y LECAROS CORNEJO, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2° numeral 24 literal d) de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por los jueces con criterio de conciencia. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo–, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles–, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia –determinadas desde parámetros objetivos– o de la sana crítica, razonándola debidamente.

7. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba –de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado–, sobre la base de la apreciación lógica

realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados –en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible–, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto.

8. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho descalificación procedimental–, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad –no de mera legalidad–, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.

9. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una

regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

11. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

III. DECISIÓN

12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDÓ

13. ESTABLECER como reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados –testigos víctimas– las que se describen en los párrafos 9° y 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia,

dichos párrafos, con las prevenciones señaladas en el párrafo 11°, constituyen precedentes vinculantes.

14. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deber ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

15. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
SIVINA HURTADO
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO

4.- La prueba indiciaria

ACUERDO PLENARIO N° 1-2006/ESV-22

Determinación de principios jurisprudenciales

Art. 22° TUO LOPJ

Asunto. Ejecutorias Supremas Vinculantes

Lima, trece de octubre dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional

de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. En el presente caso, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

3. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondía analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas–, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionarán en la parte resolutiva del presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. El artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22°, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.

6. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces

de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.

7. El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de tres Ejecutorias Supremas, que pronuncian acerca de:

a) Los alcances típicos del delito de colaboración terrorista, estatuido en el artículo 4° del Decreto Ley número 25475.
b) Los presupuestos materiales de la prueba indiciaría, necesarios para enervar la presunción constitucional de inocencia.
c) La noción de juez legal, la competencia territorial y la asunción de la concepción de ubicuidad restringida para la determinación del lugar de comisión del delito.

III. DECISIÓN

8. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ

9. ORDENAR la publicación en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias Supremas que a continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.

10. En consecuencia, constituyen precedentes vinculantes:

1°) Recurso de Nulidad N° 1450-2005/Lima, sexto fundamento jurídico.
2°) Recurso de Nulidad N° 1912-2005/Piura, cuarto fundamento jurídico.
3°) Recurso de Nulidad N° 2448-2005/Lima, sexto y séptimo fundamento jurídico.

11. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior.

Hágase saber.-
SS.
SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1912-2005
Piura
Lima, seis de septiembre de dos mil cinco.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Agustín Eleodoro Romero Paucar contra la sentencia de fojas quinientos cuarenta y seis, su fecha doce de abril de dos mil cinco; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo penal; por sus fundamentos pertinentes; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el acusado Romero Paucar en su recurso formalizado a fojas quinientos sesenta y uno indica que no existe la certeza de su responsabilidad penal en los presentes hechos, ya que los testigos de Datila Vigil Romero, Rómulo Izquierdo Rivera, Rosario Vigil Romero, Darbi Valdivieso Vigil, Juan Castro Aguilera, Eberth Reyes Tuse, Rule Pesantes Yangua, y Carmen Amelia Yangua Landacay coinciden en afirmar que el recurrente se encontraba en el lugar distinto de los hechos que ocasionaron la muerte de Segundo Humberto Mantilla Bautista; agrega además que no se tomó en cuenta que la pericia de absorción atómica no arroja positivo para los tres elementos indispensables para determinar que una persona efectuó algún disparo. **Segundo:** Que el cargo contra el acusado Romero Paucar por el delito homicidio calificado

sólo se basa en la testimonial de Pedro Carvajal Nonajulca de fojas trescientos sesenta y tres, quien expresa que viajó juntamente con el occiso agraviado hasta Ayabaca, que éste le manifestó que en el ómnibus venía una persona a quien había intervenido por posesión de drogas pero no le preciso de quien se trataba que las declaraciones de Pedro Loayza Flores, Santos Romero Vega, Datila Vigil Romero e Hipólito Saavedra de Cocha sólo hace referencia a situaciones anteriores o posteriores sin hacer referencia a la participación del encausado en el hecho sobre el cual se le acusa. **Tercera**. Que, al respecto, cabe indicar, en primer lugar, que el acusado sostiene que desconocía que el agraviado llevaba la investigación en su contra (lo que no es motivo suficiente para acreditar la comisión del hecho delictivo); que, en segundo lugar, que el no acreditar con exactitud dónde se encontraba al momento de los hechos tampoco permite establecer la responsabilidad penal que se le imputa; que, en tercer lugar, el arma que se le encontró es un revolver «Ruger» calibre treinta y ocho especial –ver pericia balística forense de fojas cuatrocientos setenta y cuatro–, mientras que las balas que causaron el deceso del agraviado corresponde a un proyectil para cartucho de pistola calibre nueve milímetros - Parabellum, de plomo encamisado con un peso de ocho punto dos gramos, por lo que no existe similitud entre los proyectiles y el arma en cuestión; que, en cuarto lugar, la pericia de absorción atómica de fojas cuatrocientos ocho que se le practicó al acusado arroja sólo la presencia de plomo, más no de antimonio y bario. **Cuarto:** Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaría, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos Pahm Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio (a) éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los

diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son–, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar– pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera –esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe–; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo. **Quinto:** Que, en el presente caso, no se ha desvirtuado fehacientemente la presunción de inocencia y por ende no está acreditada la responsabilidad penal del acusado Romero Paucar por el delito de Homicidio Calificado, ya que del análisis de las pruebas aportadas en el proceso sólo se tiene la mera sospecha de que el acusado pudo haber sido el autor del homicidio; que a partir de esas referencias, débiles en sí mismas, estimar que atentó contra la vida de una persona –indicio de móvil delictivo–, sin mayores datos periféricos adicionales –y debidamente enlazados– en orden a su presencia u oportunidad física para la comisión del delito, a la oportunidad material para hacerlo, a una actitud sospechosa o conducta posterior, y a una mala justificación –que no han sido acreditadas–, son evidentemente insuficientes para concluir que el acusado mató al agraviado. **Sexto:** Que, en tal virtud, ante la insuficiencia probatoria, es de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, y al amparo del artículo trescientos, primer párrafo, del Código acotado corresponde dictar sentencia absolutoria por delito de homicidio. **Séptimo:** Que, con respecto al delito de tenencia ilegal de armas, se encuentra acreditada la responsabilidad penal del acusado Romero Paucar, puesto que se halló en su poder dos armas sin contar con licencia respectiva, conforme

se aprecia del acta de registro domiciliario de fojas doscientos treinta. **Octavo:** Que dada la forma y circunstancias en que se cometió el delito, y al absolvérsele del delito de homicidio, la pena debe disminuirse prudencialmente ya que la misma resulta excesiva para el delito de tenencia ilegal de armas. Por estos fundamentos: I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia de fojas quinientos cuarenta y seis, su fecha doce de abril de dos mil cinco, que condena a Agustín Eleodoro Romero Paucar como autor del delito de tenencia ilegal de armas en agravio del estado, y fija en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor del Estado; **II.** Declararon **HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia que condena a Agustín Eleodoro Romero Paucar por delito de homicidio agravado en agravio de Segundo Humberto Mantilla Bautista, y en cuanto le impone doce años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene al respecto; reformándola **ABSOLVIERON** a Agustín Eleodoro Romero Paucar la acusación formulada en su contra por delito de homicidio agravado en agravio de Segundo Humberto Mantilla Bautista; en consecuencia MANDARON archivar provisionalmente el proceso, y de conformidad con lo preceptuado por el Decreto Ley veinte número mil quinientos setenta y nueve: ORDENARON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de este delito; y le IMPUSIERON seis años de pena privativa de libertad por el delito de tenencia ilegal de armas, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo vencerá el veinte de abril de dos mil diez; III. Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ

5.- Declaración de contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos materiales

ACUERDO PLENARIO N° 5-2006/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial

Art. 116°TUOLOPJ

Asunto: Declaración de contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos materiales

Lima, trece de octubre de dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria -de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para delimitar los presupuestos materiales para la declaración de contumacia de un acusado en la etapa de enjuiciamiento. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 3725-2005/Lima, del 26 de octubre de 2005.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria Supremas analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por

unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores GONZÁLES CAMPOS, SAN MARTÍN CASTRO y LECAROS CORNEJO, quienes expresan el parecer del Pleno.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. La Constitución Política, en función a la jerarquía de las normas que la integran y a los principios y valores que entraña, vincula rigurosamente al legislador y a los jueces. En esta perspectiva se concibe el denominado «Programa Penal de la Constitución», que contiene el conjunto de postulados político jurídico y político criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el Legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar. Entre los preceptos que lo integran e incorpora el texto constitucional se encuentran aquellos que regulan los derechos de los justiciables y el modo o forma en que el Estado ha de conducirse para la determinación de la responsabilidad penal de las personas. Entre ellos, sin duda, están las garantías genéricas del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva. Esta última garantía, a su vez, contiene un elemento esencial vinculado a la llamada de la parte -al imputado, en el proceso penal-, al proceso, y con él, los requisitos constitucionales que son exigibles a los actos de comunicación y, en consecuencia, a la posibilidad legítima de declaración de ausencia y/o contumacia, con todos los efectos que dicha declaración contiene para el entorno jurídico del imputado.

7. El artículo 139°, numeral 3), de la Ley Fundamental garantiza el derecho de las partes procesales a acceder al proceso en condiciones de poder ser oído y ejercitar la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En tal sentido, como postula PICO I JUNOY, los actos de comunicación de las resoluciones judiciales -notificaciones, citaciones y emplazamientos-, en la medida en que hacen posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso [*Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 54]. Dada su trascendental importancia es obvio que corresponde al órgano jurisdiccional examinar cumplidamente que los actos de comunicación, el emplazamiento a las partes, en especial al imputado con la llamada al proceso, cumplan escrupulosamente las normas procesales que los regulan a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación.

8. La contumacia está íntimamente vinculada a esa institución procesal de relevancia constitucional, cuya definición legal se encuentra

en el artículo 3°, inciso 1), del Decreto Legislativo número 125, y que a su vez ratifica que el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso penal, y si no lo hace se expone a una declaración de contumacia. El ordenamiento procesal penal nacional reconoce, además, la ausencia, y en ambos casos, como es evidente, consagró como dogma la imposibilidad de desarrollar el juicio oral –fase angular del sistema acusatorio– sin la necesaria presencia del acusado [en este sentido, el Código –acota GIMENO SENDRA– llevó hasta sus últimas consecuencias el principio general del Derecho, conforme al cual 'nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído', interpretando dicho precepto como exigencia de comparecencia física del imputado en el proceso a fin de que pueda ejercitar su defensa privada y, en último término, su derecho a la última palabra: *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 215].

Lo relevante de ambas instituciones: contumacia y ausencia, de configuración legal, a las que se anudan variados efectos procesales que incluso entrañan una intensificación de las medidas de coerción personales, es que se requiere de una resolución judicial motivada que declare el estado de ausencia o contumacia del imputado, la cual importa una verdadera obligación judicial que habrá de dictarse cuando se cumplan escrupulosamente los presupuestos materiales estipulados por la ley procesal, y que a su vez se erige en condición necesaria para dictar las medidas de coerción limitativas de la libertad del imputado.

La indicada resolución judicial tiene una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado de ausente o contumaz, al que va ligado normalmente la adopción de medidas provisionales personales. La declaración de contumacia constituye una situación procesal que legitima al juez para ordenar la detención del procesado **renuente a acatar el cumplimiento de determinados mandatos procesales.**

9. El citado artículo 3° del Decreto Legislativo número 125 define la institución de la contumacia. El contumaz, en términos generales, es el imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales, y pese a ello deja de concurrir, se aparta voluntariamente del proceso [el encausado es consciente de la existencia de un proceso penal dirigido contra él y decide no acudir a la llamada del órgano jurisdiccional]. Es significativo a estos fines el literal a) del citado artículo, que precisa que se reputa contumaz: «Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehúye el juzgamiento

en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal. A estos efectos, el artículo 1° de la Ley número 26641 exige que el auto que declara la condición de contumaz del imputado –sin esa resolución judicial no es posible calificar a un acusado de contumaz– sólo se dictará desde que»... **existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso** ...».

10. La contumacia puede declararse en sede de instrucción o de la etapa intermedia o del enjuiciamiento. El artículo 2° de dicho Decreto Legislativo regula, aunque genéricamente, la posibilidad de declararla en la etapa de instrucción, a cuyo efecto remite a lo dispuesto en los artículos 205° y 206° del Código de Procedimientos Penales. Esa disposición, como es obvio y aplicando integrativamente el artículo 1° de la Ley número 26641, sólo exige que **existan evidencias irrefutables** que el inculpado, según se encuentre en los supuestos del artículo del referido Decreto Legislativo número 125, **rehúye el proceso –concretamente, la instrucción–** para que se dicte el auto de declaración de contumacia. No se requiere, desde luego, una reiteración del mandato y una segunda incomparecencia para la emisión del auto de contumacia, situación que incluso es evidente en los supuestos de citación para diligencia de lectura de sentencia en los procesos sumarios (conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional número 3014- 2004-HC/TC, del 28.12.2004; número 7021-2005-HC/TC, del 17.10.2005; y, número 2661-2006-HC/TC, del 17.4.2006). En este último caso: lectura de sentencia en los procesos penales sumarios, se explica porque no se trata propiamente de una fase procesal autónoma que requiere de una sucesión de actos procesales y diligencias de presentación de cargos, actividad probatoria, alegatos, última palabra, y deliberación y sentencia.

11. El auto de enjuiciamiento o, en su caso, el de citación a juicio, por el contrario, tiene precisiones estrictas para el emplazamiento del acusado presente; está asociado a un apercibimiento específico y un trámite escrupuloso. Prescribe al respecto el artículo 210° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 125, que: «...Tratándose de, reos con domicilio conocido o legal conocido en autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz [...], señalándose nueva fecha para la audiencia, siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel. Si el acusado persiste en la inconcurrencia, se hará efectivo el apercibimiento, procediéndose en lo sucesivo conforme a los artículos 318° al 322° del Código de Procedimientos Penales».

12. Siendo así, son presupuestos materiales para la declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento: a) que el acusado presente, con domicilio conocido o legal, **sea emplazado debida o correctamente** con la citación a juicio [se entiende que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ello acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz, tal como ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 4834-2005-HC/TC, del 8.8.2005]; b) **que la indicada resolución judicial, presupuesto de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada**; y, c) **que el acusado persista en la inconcurrencia al acto oral, en cuyo caso se hará efectivo el apercibimiento previamente decretado, esto es, la emisión del auto de declaración de contumacia**, y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes. En tal virtud, el órgano jurisdiccional deberá examinar cuidadosamente el debido emplazamiento al imputado, la correcta notificación, y sobre esa base proceder en su consecuencia [El Tribunal Constitucional en la sentencia número 3411-2006-HC/TC, del 12.5.2006, ha insistido en que si no se notifica debidamente al imputado no es legítimo declararlo reo contumaz]. Para la declaración de contumacia, acto seguido, es **central la nota de «persistencia» en la incomparecencia voluntaria** del acusado al acto oral, la cual significa mantenerse firme o constante en una cosa o, más concretamente, ante el emplazamiento judicial, es decir, no cumplirlo deliberadamente.

Ahora bien, si el párrafo analizado está en función a la iniciación del acto oral o a su continuación, esto es, si la norma procesal precisa que se señalará nueva fecha para la audiencia siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel, a partir de lo cual se hace mención a la persistencia del acusado en su incomparecencia, entonces, es evidente que la resolución judicial de contumacia se dictará una vez que el acusado incumpla este segundo emplazamiento, a mérito de lo cual se renovarán las órdenes para su captura, se le emplazará por edictos y se reservará el proceso hasta que sea habido, tal como lo dispone, en lo pertinente, el artículo 319° del Código de Procedimientos Penales. Es claro, asimismo, que si el acto oral tiene lugar por la concurrencia de otros acusados, la declaración de contumacia se hará efectiva una vez se cite al acusado inconcurrente para la continuación del juicio oral, aplicando en lo pertinente las normas antes invocadas.

13. Por otro lado, en vista que el auto de contumacia importa, además, la restricción de la libertad personal del imputado –en todo

caso, una medida de coerción personal más intensa–, tal y como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 934-2002-HC/TC, del 8.7.2002, si el juez rechaza indebidamente la recusación –al margen de la ley procesal–, lesionando con ello el principio constitucional del procedimiento preestablecido, tal decisión deviene ilegítima. Sobre el particular es de rigor precisar que con posterioridad a dicha sentencia se han dictado la Ley número 28117, del 10.12.2003, y el Decreto Legislativo número 959, del 17.8.2004, que han introducido cambios sustanciales en el régimen y procedimiento de la recusación y excusa o inhibición de Jueces y Vocales.

Las normas antes citadas, a diferencia del texto procesal originario, autorizan al rechazo liminar o de plano del pedido de inhibición o de la solicitud de recusación, estipulan un plazo determinado para recusar y reordena el trámite incidental correspondiente, y delimitan los motivos de recusación contra Vocales.

En tal virtud, si se vulnera el nuevo ordenamiento procesal rechazando de plano la recusación, sin amparo en la respectiva autorización legal, obviamente rige la doctrina jurisprudencial inicialmente mencionada. Es claro, sin embargo, que si una recusación se rechaza de plano por un motivo legalmente establecido en la Ley procesal obviamente será posible –más allá de la interposición del respectivo recurso de apelación contra tal desestimación liminar, que no tiene efecto suspensivo– dictar el auto de contumacia y las medidas restrictivas de la libertad correspondientes.

Por lo demás, si se da trámite a una recusación, aun cuando éste no suspende el proceso principal ni la realización de diligencias o actos procesales –cuya actuación está sujeta a la efectiva concurrencia del Ministerio Público y citación a las partes–, y existe expresa prohibición de expedir resolución que ponga fin a la instancia o al proceso –*vid.*: apartado dos del artículo 33 del Código de Procedimientos Penales–, debe entenderse que tampoco se puede dictar una medida limitativa de la libertad, como consecuencia de un auto de contumacia, en tanto las dudas sobre la imparcialidad judicial no se deslinden definitivamente conforme a sus trámites regulares. Cabe acotar que lo expresamente autorizado son actos o diligencias procesales, no la expedición de una resolución que incida en un derecho fundamental de la trascendencia de la libertad personal, y además siempre está prohibido –esta vez por regla expresa– clausurar el proceso hasta que la recusación o inhibición esté resuelta.

14. En síntesis, **la declaración de reo contumaz no constituye una facultad discrecional** de la Sala Penal Superior, **sino que está sometida**

a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente. Es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y se persistir en la inconcurrencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319° del Código de Procedimientos Penales. Por último, un Juez recusado o con pedido de inhibición del Ministerio Público, una vez que se acepta iniciar el trámite respectivo, no puede dictar una medida limitativa de la libertad como consecuencia de un auto de contumacia al margen de las normas que regulan la recusación y la inhibición o excusa de magistrados.

III. DECISIÓN

15. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1169 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ

16. ESTABLECER como reglas de valoración, en la etapa de juicio oral, las que se describen en los párrafos 7 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 14, constituyen precedentes vinculantes.

17. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin prejuicio de la excepción que, estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

18. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial «El Peruano». Hágase saber.

SS.
SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PENA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ

PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI

6.- Cuestión previa e identificación del imputado

ACUERDO PLENARIO N° 7-2006/CJ-116

Asunto. Cuestión previa e identificación del imputado.

Lima, trece de octubre dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas–, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como base de la discusión los problemas que plantea la individualización del imputado, exigida por el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, y la posibilidad que, de oficio, ante su incumplimiento, pueda deducirse de oficio una cuestión previa tomando como referencia la Legislación sobre homonimia –Leyes número 27411 y 28121–.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en aisladas Ejecutorias Supremas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y Urbina Gambini, quienes expresan el parecer del Pleno.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, del 16.12.2003, estipula que para abrir instrucción, entre otros motivos, se requiere que se haya individualizado al presunto autor o partícipe de un delito concreto. Se trata, en estricto sentido procesal, de un requisito de admisibilidad de la promoción de la acción penal, cuyo incumplimiento constituye un motivo específico de inadmisión del procesamiento penal. La norma en referencia prescribe que, en esos casos, se devolverá la denuncia y los recaudos al Ministerio Público, tal como ha sido ratificado por la Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, del 29.4.2004.

7. La individualización de imputado, por imperio, de los artículos 19o al 22° del Código Civil, importa que a la persona a quien se atribuye un hecho delictuoso determinado se la identifique con el nombre y sus apellidos, de los padres –si es hijo matrimonial– o progenitores que los hayan reconocido –si es hijo extramatrimonial– o adoptantes –si es adoptado–, según el caso. Cualquier determinación sobre el particular importa un problema probatorio que debe merecer la decisión judicial correspondiente en el modo y forma de ley. A los efectos de la inculpación penal, que da lugar a la primer resolución judicial de imputación, basta esa referencia completa para estimar cumplido el mencionado requisito de admisibilidad.

8. El artículo 3o de la Ley número 27411, modificado por la Ley número 28121, del 16.12.2003, estipula que el mandato de detención dictado por el órgano jurisdiccional deberá contener, a efecto de individualizar al presunto autor, los siguientes datos obligatorios: 1.)

nombre y apellidos completos, 2.) edad, 3.) sexo, y 4.) características físicas, talla y contextura [la policía que reciba la requisitoria u orden de captura en casos de omisión de uno de esos datos, está facultada a solicitar la correspondiente aclaración al órgano jurisdiccional].

Como se desprende de su texto, lo que se persigue con esa legislación es evitar los casos de homonimia –de quien tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentre requisitoriado por la autoridad competente (artículo 2o, Ley número 27411)–, pero de ninguna manera introducir, a los efectos del procesamiento, un requisito de admisibilidad de la acción penal.

Desde luego, la identidad del requerido por la justicia penal está en función a la consiguiente requisitoria que la autoridad judicial ha de cursar a la policía contra las personas a quien se ha dictado, legalmente por una u otra razón, mandato de detención. Es evidente, entonces, que la debida –identidad del requerido guarda relación con el presupuesto material de indicios de criminalidad– y las consiguientes situaciones procesales que puedan tener lugar en el curso del proceso penal, respecto a la persona a quien se atribuya ser autor o partícipe de un hecho punible, pero no necesariamente con la necesidad de individualización del imputado como requisito de admisibilidad de la promoción de acción penal. Ambos elementos si bien están relacionados entre sí no guardan correspondencia absoluta, porque para abrir instrucción sólo se requiere de una persona identificada con sus nombres y apellidos completos, y para dictar una requisitoria se necesita que el imputado, además de sus nombres y apellidos completos, registre en autos otros tres datos: edad, sexo, y características físicas, talla y contextura.

9. Si bien la inscripción de una persona en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil prueba con suficiencia la existencia y la propia identificación de una persona, su ausencia –por lo demás, no extraña en nuestro país– no puede significar que se ha incumplido el requisito de individualización del imputado á los fines del procesamiento penal. La no inscripción de una persona ante la RENIEC es sólo un dato indiciario que el juez debe tomar en cuenta para la valoración general del procesamiento penal –y, en su caso, para la orden judicial de detención y la consiguiente requisitoria–, pero no constituye prueba privilegiada que acredita sin más que se trata de un individuo incierto o no individualizado. Ello es tan cierto que el propio artículo 3° de la citada Ley incorpora ese elemento: el Documento Nacional de Identidad, a cargo de la RENIEC, como una exigencia no obligatoria para la inscripción y ejecución de una requisitoria judicial.

10. En tal virtud, si se plantea una cuestión previa basada en el hecho exclusivo que el imputado no se encuentra inscrito en la RENIEC o no se ha consignado el número del Documento Nacional de Identidad, tal planteamiento carece de sustancia o mérito procesal para acogerlo. De igual manera, el Juez Penal no podrá devolver la denuncia fiscal formalizada por ese sólo, mérito al Fiscal Provincial. Por lo expuesto, debe entenderse que cuando la Disposición General 5.3 de la Directiva número cero cero tres-2004-CE-PJ, aprobada por la referida Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, DEL 29.4.2004, establece que: «Si como consecuencia del pedido de aclaración, el Juez Penal o Mixto verifica la inexistencia de los datos de identidad personal señalados en el primer párrafo del presente acápite, procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa, de conformidad con b establecido por el artículo 4o del Código de Procedimientos Penales», ello soto procederá cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, el referido al nombre y apellidos completos, o cuando se ha probado positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente.

III. DECISIÓN

11. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 B del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ

12. ESTABLECER como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los' delitos de peligro las que se describen en los párrafos 6 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

13. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin prejuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber:

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI

7.- Valor probatorio de la pericia no ratificada

ACUERDO PLENARIO N° 2-2007/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial

Art. 116°TUOLOPJ

Asunto: Valor probatorio de la pericia no ratificada

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones

preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de pericias no ratificadas –entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 3927-2005/San Martín, del veintiséis de abril de dos mil seis–.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El Título VI «Peritos» del Libro Segundo «De la Instrucción» del Código de Procedimientos Penales regula, entre otros aspectos, el nombramiento, número, plazo y emisión del dictamen o informe pericial, así como la entrega del citado dictamen o informe y el examen de los peritos por el Juez Penal. Esa diligencia sumarial del examen pericial, según el artículo 168° del citado Código, es obligatoria para el Juez y su realización debe cumplir con el principio de contradicción, a cuyo efecto debe citarse a las partes, cuya concurrencia es facultativa.

El Título III «Audiencias» del Libro Tercero «Del Juicio» de la Ley Procesal Penal prevé la concurrencia de peritos al acto oral. El artículo 259° del citado Estatuto dispone que los peritos, cuando se les cite, serán examinados por las partes procesales y el Tribunal, sin perjuicio de que los dictámenes periciales –presentados en la instrucción o en la audiencia– se lean obligatoriamente.

7. Es evidente que la prueba pericial es de carácter compleja; y, más allá de los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos

fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República -cuando emite los denominados 'Informes Especiales'-, que gozan de una presunción *iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia], consta de tres elementos: a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), b) el dictamen o informe pericial -que es la declaración técnica en estricto sentido-, y c) el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral.

8. La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias preprocesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259° del Código de Procedimientos Penales. Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concreta el principio de contradicción -y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y publicidad-, es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial -que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral- no requiere de verificaciones de habilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no sólo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona -primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo-, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. En esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, no es condición ineludible de la pericia como medio de prueba válido, valorable por el juez del juicio. En consecuencia, su no actuación no es causal de nulidad de la sentencia -la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento- ni de exclusión de la pericia como medio de prueba.

9. Lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente. Sólo se tiene en cuenta (1) las características de la prueba pericial -con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales-, y (2) que los principios han de acomodarse a la realidad social -la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia-, ello sin perjuicio de reconocer

que la actividad impugnativa de (a defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico -falsedad- o el aspecto técnico -inexactitud- del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte.

Si las partes no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expreso o tácitamente -lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes- es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen. Por el contrario, si las partes lo solicitan o requerida la concurrencia de los peritos y éstos -por cualquier motivo- no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes -debidamente explicitadas- carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas.

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDARON

11. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho y nueve, que la ausencia de la diligencia de examen o ratificación pericial no necesariamente anula lo actuado ni excluye el informe o dictamen pericial del acervo probatorio. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos parágrafos.

12. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINAGANVINI

8.- Pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo:

ACUERDO PLENARIO N° 3-2007/CJ-116

Asunto: Pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorías Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorías que podían cumplir ese cometido.

Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de las recusaciones contra jueces a quienes una de las partes ha interpuesto una demanda de hábeas corpus o de amparo –entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 588-2006/ Lambayeque, del catorce de septiembre de dos mil seis–.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. La recusación es una institución procesal de relevancia constitucional. Garantiza, al igual que la abstención o inhibición, la imparcialidad judicial, esto es, la ausencia de prejuicio; y, como tal, es una garantía específica que integra el debido proceso penal –numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución–.

Persigue alejar del proceso a un juez que, aun revistiendo las características de ordinario y predeterminado por la ley, se halla incurso en ciertas circunstancias en orden a su vinculación con las partes o con el objeto del proceso –el *thema decidendi*– que hacen prever razonablemente un deterioro de su imparcialidad.

La imparcialidad, como ha quedado consagrada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –así, Sentencia Piersack contra Bélgica, del uno de octubre de mil novecientos ochenta y dos; y, Sentencia Herrera Ulloa contra Costa Rica, del dos de julio de dos mil

cuatro, párrafo ciento setenta- tiene, aunque la doctrina procesalista tiende a relativizarla, dos dimensiones, una de carácter subjetivo y vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto -test subjetivo-; y otra objetiva, predicable de las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales [la primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario; y, la segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad] -test objetivo-.

7. Las circunstancias antes mencionadas, denominadas causas de recusación, están legalmente tasadas y son las previstas en los artículos 29° y 31° del Código de Procedimientos Penales. Para acreditar si existe o no vulneración del derecho al Juez Imparcial no sirve un análisis abstracto y a priori y, en definitiva, general, sino que es menester examinar cada caso concreto para determinar que el juez, de uno u otro modo, no es ajeno a la causa -opción por el criterio material o sustancial en vez del criterio meramente formal-. Como precisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Hauschildt contra Dinamarca del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, lo relevante es que los temores estén objetivamente justificados, deben alcanzar una cierta consistencia -no basta la simple opinión del acusado o de la parte recusante-; y, la respuesta de si existe parcialidad o no varía según las circunstancias de la causa, a cuyo efecto debe valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales realizadas por el Juez.

8. Es recurrente en nuestra práctica forense que-con motivo de una demanda de hábeas corpus o de amparo interpuesta contra una concreta decisión o actuación del juez de la causa y también cuando se ha interpuesto una queja ante el órgano disciplinario judicial, paralelamente se recuse al magistrado al amparo de la causal genérica de temor de parcialidad prevista en el artículo 31° del Código de Procedimientos Penales. Se cuestiona en esos casos que el juez, como consecuencia de esas acciones legales, no ofrecería garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto. En estos supuestos se está ante una causal de imparcialidad subjetiva, en cuya virtud se entiende que la convicción personal del juez como consecuencia de la aludida acción legal le restaría apariencia de imparcialidad. Pero, como ya se anotó, la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; en consecuencia, no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento

en cuestión para estimar lesionada la imparcialidad judicial. Se requiere, por consiguiente, indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad. El Tribunal, en este caso, debe realizar una valoración propia del específico motivo invocado y decidir en función a la exigencia de la necesaria confianza del sistema judicial si el juez recusado carece de imparcialidad; debe examinar, en consecuencia, la naturaleza de los hechos que se le atribuyen como viólatenos de la Constitución o del ordenamiento judicial, y si su realización, en tanto tenga visos de verosimilitud, pudo o no comprometer su imparcialidad.

9. Lo expuesto es determinante y justifica, de un lado, que la ley exija que el recusante explique con la mayor calidad posible el motivo que invoca (así, artículo 31° del Código de Procedimientos Penales); y, de otro lado, que se ofrezcan los medios probatorios necesarios para acreditar la causal (así, artículo 34°-A del citado Código). Se está ante un incidente que requiere de un procedimiento debido y, específicamente, de la acreditación de los motivos que se aleguen, para lo cual es aplicable, en lo pertinente, el artículo 90° del Código de Procedimientos Penales –en especial, el último extremo del apartado uno–.

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDARON

11. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis a ocho, que la sola presentación de una recusación contra el juez de la causa bajo el argumento que se le ha interpuesto una demanda de hábeas corpus o amparo o una queja ante el órgano disciplinario del sistema judicial: Poder Judicial o Consejo Nacional de la Magistratura no justifica su estimación por el órgano jurisdiccional. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos parágrafos.

12. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI

9.- Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales

ACUERDO PLENARÍO N° 4-2007/CJ-116

Asunto: Desvinculación procesal.

Alcances del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Pénales Permanente y Transitorias de , la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARÍO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitaron el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el alcance del principio de desvinculación procesal en relación con el artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislación número 959 -entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 2490-2006/La Libertad, del tres de julio de dos mil seis-.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorías Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 225° del Código de Procedimientos Penales, literal 2), establece que el escrito de acusación que formule el fiscal debe contener la descripción de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, a la vez que la invocación de los artículos pertinentes del Código Penal. Esa descripción es el límite o marco de referencia del juicio oral, a la que el Fiscal en la correspondiente fase decisoria -luego de la fase probatoria propiamente dicha del mismo- deberá ceñirse cuando formule acusación oral [así, el artículo 273° del Código de Procedimientos Penales estatuye que el Fiscal en su exposición de los hechos que considere probados en el juicio y en

la calificación legal pertinente se mantendrá dentro de los límites fijados por el escrito de acusación escrita].

7. Lo expuesto no significa, en modo alguno, que el hecho –acción u omisión punible– descrito en la acusación escrita quede inalterado. En sus aspectos secundarios, cuando se trate de incorporar circunstancias agravantes de tal entidad que modifiquen la tipicidad del hecho punible en cuestión [que es un supuesto de variación no sustancial de las circunstancias del hecho punible; elementos circunstanciales o colaterales **del hecho nuclear**], el artículo 263° del Código de Procedimientos autoriza a que el Fiscal solicite al Tribunal una prórroga para formular una acusación complementaria, siempre por un tipo legal más grave. Dicha norma procesal prevé que el Tribunal así lo disponga, previo trámite oral de carácter contradictorio.

8. El principio de correlación entre acusación y sentencia, que exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal –artículos 273° y 263° del Código Ritual–, es de observancia obligatoria; el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entonces, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la sanción penal correspondiente. En caso de incumplimiento la sentencia incurre en causal de nulidad insanable con arreglo al artículo 298°, literal 3), del Código de Procedimientos Penales. Ratifica esa prescripción el apartado uno del artículo 285°-A del citado Código, introducido por el Decreto Legislativo número 959, que estatuye que el Tribunal en la sentencia que profiera no podrá sobrepasar –aunque sí, degradar– el hecho y las circunstancia jurídicamente relevantes, fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria.

9. Como se sabe, el objeto del proceso penal –o, con más precisión, el hecho punible– es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio –eje de esa institución procesal y que, en puridad, conforma al juez– y de contradicción –referido a la actuación de las partes–. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal –o que ésta sólo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación–. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha

valer por el acusado -que es lo que se denomina, propiamente, **el objeto del debate**-. Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes -civiles, en este caso- si bien no pueden **alterar el objeto del proceso**, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de concretar su cognición a los términos del debate.

10. El Tribunal ha de pronunciarse respecto al hecho punible imputado [**una concreta conducta o hecho histórico atribuido** al imputado en todo su alcance: concepto procesal de hecho, y a su relevancia jurídico penal desde el bien jurídico vulnerado], el mismo que no puede mutar sustancialmente. Desde los principios acusatorio y de contradicción, los hechos imputados deben respetarse, no pueden alterarse; es decir, la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas que agraven -de oficio, sin necesidad de previo debate, aunque el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes- la responsabilidad del acusado [ello no significa una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, pues el Tribunal -conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral- puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que no impliquen un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia. Es ajena a esa limitación, al no infringir los principios acusatorio y de contradicción, cuando la Sala sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de la ejecución delictiva, pues su apreciación no importa una modificación de los hechos esenciales de la acusación y, en esos casos, el Tribunal está sometido al principio de legalidad por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la pedida erróneamente por la acusación. En estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o fallo sorpresivo, precisamente por la comunidad de hechos que entraña].

La calificación jurídica del hecho también debe ajustarse a la acusación; no es posible modificarla al no ser ajena al debate contradictorio [primer extremo del apartado dos del citado artículo 285°-A de la Ley Procesal Penal], aunque, como se ha dejado expuesto, es de tener en cuenta el alcance del objeto del debate -las partes están en condiciones de fijar líneas jurídicas alternativas que el Tribunal ha de valorar-. Ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

en la sentencia Delcourt contra Francia, del diecisiete de enero de mil novecientos setenta, reiterada en la sentencia Colak del seis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, que la acusación comprende el hecho y su calificación jurídica, y ambos ámbitos deben ser de conocimiento del imputado para que pueda defenderse y de lugar a un juicio equitativo.

11. Si bien **es inmutable** el hecho punible imputado, es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate –plantear la tesis de desvinculación– la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad –no una circunstancia de atenuación, en el que sólo rige la nota de tipos legales homogéneos: que sean de la misma naturaleza y que el hecho que los configuran sea sustancialmente el mismo, esto es, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal– o justifique la imposición de una medida de seguridad, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación.

Las denominadas «circunstancias modificativas» son, como se sabe, elementos fácticos accidentales del delito, contingentes o no esenciales, que no pueden servir de fundamento al injusto o a la culpabilidad, cuya función es concretar con mayor énfasis la conducta de los individuos y precisar mucho más el grado de responsabilidad penal en orden a la determinación de la pena a imponer.

La tipificación del hecho punible –el título de imputación– también puede ser alterada de oficio en alguna medida, ya sea porque exista un error en la subsunción normativa según la propuesta de la Fiscalía o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el título de condena.

En ambos casos el referido artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado –que es lo que se denomina «plantear la tesis de desvinculación»–, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que se autoriza a este último a solicitar la suspensión de la audiencia y el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba. Aquí se concreta, como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.

12. Si bien es posible que el Tribunal dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento de determinados requisitos. La norma procesal últimamente

invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes. Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados –como argumento principal, alternativo o secundario–, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa.

Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los materiales de hecho afirmados por la parte contraria –la Fiscalía en este caso– y de la prohibición de la indefensión –que es la vertiente negativa de dicha garantía–, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial –aducidos por las partes o que pueden proceder de la aplicación del principio *iura novit curia*– han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos, de suerte que desde una perspectiva negativa están prohibidos los fallos sorpresivos. Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica, y aun cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa [véase la Sentencia Gea Catalán contra España, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco], de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida no se produce un supuesto de indefensión, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido esta regla expresa una importante limitación al principio *iura novit curia*], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes.

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDARON

14. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a doce, que el Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Ésta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa.

15. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

16 PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINAGANVINI

10.- La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300° CPP)

ACUERDO PLENARIO N° 5-2007/CJ-116

Asunto: La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300° CPP)

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, presento a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia otras Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la *non reformatio in peius* y la modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena –artículo 300° del Código de Procedimientos Penales–, en especial las recaídas en los recursos de nulidad N° 945-2007, y N° 1307-2007, del 4 y 6 de septiembre de 2007.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Lecaros Cornejo, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 300° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959, establece el ámbito del recurso de nulidad y señala que:

«1) Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema sólo puede confirmar o reducir la pena impuesta (*reformatio in peius*) y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación.

2) Las penas o las medidas de seguridad impuestas a los sentenciados que no hayan sido objeto de recurso de nulidad, sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorable.

3) Si el recurso de nulidad es interpuesto por el Ministerio Público, la Corte Suprema podrá modificar la pena o medida de seguridad impugnada, aumentándose o disminuyéndola, cuando ésta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito.

6) Los criterios establecidos en los numerales precedentes serán de aplicación a los recursos de apelación interpuestos en el proceso sumario previsto en el Decreto Legislativo N° 124 y en todos los demás procedimientos establecidos por la ley».

7. La prohibición de «reforma peyorativa», significa, según Claus ROXIN, que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo ha recurrido el acusado o la Fiscalía a su favor (*Derecho Procesal Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 454). La interdicción de la *reformatio in peius* forma parte del régimen de garantías legales de los recursos, en cuya virtud los pronunciamientos de la sentencia que no hayan sido impugnados por las partes –en especial por la parte recurrente– quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior, por consiguiente, no es posible un pronunciamiento más gravoso para el recurrente, salvo si corresponde mejorar su situación jurídica [está demás reiterar que la sentencia que resuelve el recurso debe respetar en todo caso los límites de la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia que se exige para la instancia anterior]. Como tal, esa limitación está conectada, de un lado, al derecho a la tutela jurisdiccional, y, de otro, al derecho de defensa, en su vertiente negativa de prohibición

de la indefensión. Su incumplimiento no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal; si el Tribunal Revisor modifica la sentencia de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción del recurrente, vulnera ostensiblemente no sólo el derecho de defensa –se vulnera el principio de contradicción en la medida que se excede de los términos del debate recursal–, tergiversa el propio derecho al recurso e infringe el principio acusatorio, que exige que el Tribunal debe obrar con respeto y dentro del marco de las peticiones señaladas por el recurrente y se erige, en puridad, en el verdadero fundamento de dicha institución, conectada a su vez con la garantía de la correlación entre acusación y sentencia que deriva de aquél –de ahí que integra el contenido esencial del debido proceso penal–. En ese caso existe una notoria falta de correspondencia entre la argumentación del recurso y los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada.

8. Con esa premisa es del caso analizar si en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto sólo por el imputado o por la Fiscalía en su defensa, la Sala revisora puede, según el caso:

A. Variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado).
B. Variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor).
C. Variar la pena de principal a accesoria o viceversa.
D. Integrar el fallo con una pena principal o accesoria prevista en la Ley y no impuesta en la sentencia.
E. Integrar el fallo con el plazo de la pena de inhabilitación o el monto de la multa cuando la sentencia recurrida los ha omitido.
F. Integración del fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal.

9. En lo pertinente a los puntos A, B y C del fundamento jurídico anterior se tiene que tomar en cuenta que mientras no se modifique lesivamente el quantum de la pena, es posible variar el grado de consumación, el grado de participación del agente así como la calificación de la pena de accesoria a principal o viceversa. Para ello se requiere que se establezca motivadamente la existencia de un error de apreciación jurídica en la sentencia recurrida. El único límite para el Tribunal de Revisión es que no se varíe negativamente la clase y extensión de las consecuencias jurídicas. La subsanación del error en que incurrió la sentencia impugnada no debe perjudicar la situación jurídica del imputado recurrente ni comprometer lesivamente el ámbito de la ejecución penal. Con respecto a la pena de inhabilitación es de precisar

que ésta puede ser principal o accesoria -así, artículo 37° del Código Penal-, así como que la inhabilitación accesoria se extiende por igual tiempo que la pena principal [artículo 39° del Código Penal], mientras que la inhabilitación impuesta como pena principal se extiende de seis meses a cinco años [artículo 38° del Código Penal]. En consecuencia, y bajo los criterios ya establecidos, más allá de los supuestos en que resulta menester su imposición -diferentes, según se trate de inhabilitación principal o accesoria-, la variación de esa pena, a principal o accesoria según el caso, cuyos alcances a los derechos objeto de restricción no presentan diferencias entre ambas clases de penas; en uno u otro caso será factible siempre que el resultado final no redunde en perjuicio del recurrente.

10. Es importante destacar, respecto del contenido o alcance de la *non reformado in peius*, que un posible cambio en la calificación jurídica de los hechos por el Tribunal de Revisión será factible si: a) en aras del derecho a ser informado de la acusación se dé conocimiento de la alteración al recurrente con el objeto de que éste pueda contradecirla -los agravios del recurso comprendan ese debate-; y, b) que el cambio no conlleve un aumento de la pena o un cambio del tipo de pena que le suponga perjuicio. Es obvio que el cambio de calificación no puede suponer en ningún caso la introducción de nuevos hechos ni la alteración esencial de lo que constituyeron el objeto del proceso en primera instancia.

11. Otra solución debe darse cuando el Tribunal de Instancia no impone una pena que la ley establecía para el caso juzgado. Cuando, ilegalmente, se omite establecer una de las penas conjuntas: multa o inhabilitación, por ejemplo. Salvo el caso de la omisión en la fijación de cuantías o tiempos determinados, cuyo límite en esos casos corresponde al petitorio de las partes, delimitados legalmente pero sin exceder el ámbito del recurso -principio acusatorio-, no es posible que de oficio, sin contradicción y en perjuicio del imputado, más allá de su legalidad, el Tribunal Revisor integre el fallo recurrido. Hacerlo importaría modificar la pena en la extensión de sus consecuencias jurídicas, lo que está prohibido por el indicado principio.

El recurso es una garantía primordial destinada a revisar, a instancia del afectado una resolución judicial -principio dispositivo- en aquellos ámbitos expresamente cuestionados -principio *tantum devolutum quantum apellatum*-, que como tal limita la competencia del Tribunal de Revisión a no alterar el resultado final en perjuicio del recurrente.

En estos casos, como el principio analizado -de relevancia constitucional- impide al Tribunal de Revisión modificar de oficio la sentencia agravando las consecuencias jurídicas si sólo fue el apelante

el condenado prevalece incluso respecto del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la sentencia. Hacerlo importaría agravar la situación jurídica del recurrente como consecuencia de su propio recurso con serio riesgo a la seguridad jurídica.

12. No vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa cuando el Tribunal de Revisión integra el fallo de instancia e impone la medida de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual [artículo 178°-A del Código Penal, incorporado por la Ley número veintiséis mil doscientos noventa y tres]. El tratamiento terapéutico es una medida de seguridad, no es una pena. Su objetivo es la facilitación de la readaptación social del condenado, y como no altera el sentido de la sanción ni la modifica lesivamente en lo que respecta a su extensión o intensidad represiva, no puede afectarle la interdicción de la reforma peyorativa. En consecuencia, como no importa una agravación del entorno jurídico del imputado, la integración del fallo y su incorporación al mismo, no solo es posible sino necesario.

III. DECISIÓN

13. En atención a b expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDARON

14. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a doce, que el Tribunal, puede en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto sólo por el sentenciado, según el caso: variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado), variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor), variar la pena de principal a accesoria o viceversa, e integrar el fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178°-Adel Código Penal. Por otro lado, el Tribunal de Revisión no puede integrar el fallo recurrido e imponer una pena omitida aún cuando la ley penal la establezca.

15. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

SS.
SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINAGANVINI

11.- Nuevos alcances de la conclusión anticipada

ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

Asunto: Nuevos alcances de la conclusión anticipada

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaria Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabaje–, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorías Supremas que analizan y deciden sobre la conclusión anticipada del debate oral, previsto en el artículo 5° de la Ley número 28122. Específicamente resolvió abordar la institución procesal de la conformidad; y, en concreto. la oportunidad procesal para acogerse a la conformidad, las posibilidades existentes para declarar la conformidad parcial, la convocatoria como testigo del imputado conformado, el alcance de los efectos vinculantes de la conformidad del acusado, la medición de la pena en relación con la conformidad y la confesión, y la conformidad y el objeto civil del proceso penal.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado da la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorías Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima Instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad [con un voto en contra respecto al primer y cuarto punto de la decisión], se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. La conformidad. Alcances generales

6. El artículo 5° de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la conformidad, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste si acusado si acepta ser autor o participe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva.

Sólo será posible, al margen de la denominada «conformidad absoluta» [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas, pero siempre en ese marco de aceptador) de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios –prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida–, acerca de la pena y reparación civil –de su entidad o de su cuantía– de conformidad limitada o relativa).

Asimismo, el numeral A) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar una «conformidad parcial», según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que la Sala estimo que [no] se afectarla al resultado del debate oral.

7. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Ejecutoria Suprema vinculante número 1766-2004/Callao, del veintiuno de septiembre de dos mil cuatro (1) diferenció lo que debe entenderse por 'confesión' como medio de prueba y 'confesión' como admisión de los cargos contenidos en la acusación fiscal de cara a la conformidad procesal, más allá de que la Ley utilizó el mismo vocablo para ambas instituciones. Igualmente, (2) afirmó la potestad del Tribunal, con independencia efe la posición adoptada por el imputado y su defensa –si opta por la conformidad absoluta o la conformidad limitada– de poder fijar la pena con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad, siempre, claro está, que no rebase el pedido de pena

del Ministerio Publico, pues ese límite se corresponde con una de las características favorables de esa institución–. También (3) reconoció que el Tribunal de mérito, si advierte que el hecho aceptado es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación, puede dictar la sentencia que corresponda.

Por otro lado, dicha Sala en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 2206-2005/Ayacucho, del doce de julio de dos mil cinco, precisó que las sentencias conformadas no están precedidas del veredicto o «cuestiones de hecho», y aclaró que la aplicación del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós genera un procedimiento en el que no existe actividad probatoria alguna dirigida a verificar las afirmaciones de las partes.

8. El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral– a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acta procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral –no es un negocio procesal, salva la denominada «conformidad premiada» establecida en el artículo 372°, apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto prescribe «...el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena...». Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa –de doble garantía–, que Importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada –en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra–.

9. Lo expuesto significa, desde la estructura de la sentencia y de la función que en ese ámbito corresponde al órgano jurisdiccional, que los hechos no se configuran a partir de la actividad probatoria de las partes –ese periodo del juicio oral, residenciado en la actuación de los medios de prueba, sencillamente, no tiene lugar–. Los hechos vienen definidos, sin injerencia de la Sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del Imputado y su defensa.

La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no sólo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexistente, sino además porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas en la etapa de instrucción. Se da en este caso una «predeterminación de la sentencia». La sentencia, en la medida en que está precedida de un acto procesal de aceptación de los hechos, tanto en el plano objetivo como subjetivo, y de su relevancia jurídico penal, con las consecuencias que le son propias, sólo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad -sin vicios del consentimiento-, la plena capacidad -si tiene o no limitadas sus capacidades intelectivas- y el conocimiento racional e informado de la naturaleza de la acusación que acepta, de la limitación o restricción de sus derechos e intereses legítimos, derivados de una declaración judicial de culpabilidad y de la consiguiente imposición de una sanción penal y reparación civil, así como de los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando. Ello obliga al Tribunal, como paso Inicial de su poder de apreciación de la aceptación de los cargos y acogimiento a la conformidad, no sólo a un examen de las características y situación del, propio imputado, sino al previo ejercicio de su deber de instrucción; es decir, de informar objetivamente los alcances de la institución de la conformidad, sin formular promesas o condicionar la respuesta del imputado a un determinado tratamiento procesal o punitivo, en el entendido que una desviación de ese deber entrañaría una constricción irrazonable o una promesa indebida que viciaría el consentimiento con la consiguiente ineficacia de la conformidad.

10. Superado ese nivel de control, el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituïda alguna, desde que el imputada expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.

Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, si no le vienen impuestos al juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las partes. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su

acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

En consecuencia, es Inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado –es de insistir– supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos [es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este , momento procesal]. Ello, además, provocaría una indefensión a las partes frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica « que la institución importa *vinculatio facti*.

§2. Oportunidad procesal de la conformidad

11. La oportunidad procesal en que tiene lugar, la conformidad está claramente estipulada en la 'Ley Procesal Penal. El emplazamiento al imputado y su defensa, de cara a la posible conformidad, constituye un paso necesario del periodo inicial del procedimiento del juicio oral. Su definición determinará si se pone fin al acto ojal con la inmediata expedición de una sentencia conformada, evitándose el periodo probatorio y, dentro del periodo decisorio, el paso de alegato de las partes respecto a la actividad probatoria desarrollada en el juicio –obviamente inexistente cuando se produce la conformidad procesal–.

En atención a que una de las notas esenciales de la conformidad, como acto procesal, es su carácter formal, debe cumplir con las solemnidades requeridas por la ley. Si la conformidad procesal persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa, es obvio que una vez que se emplazó al imputado y su defensa para que se pronuncien acerca de los cargos objeto de acusación, y ambos se expresaron negativamente al respecto, ya no es posible retractarse luego que se dio inicio formal al periodo probatorio.

Extraordinariamente pueden presentarse, sin duda, algunas excepciones a esa regla general, uno de cuyos motivos podría ser la concurrencia de vicios procedimentales o vicios en el emplazamiento o en la respuesta del Imputado o de su defensa. Pero la condición o límite necesario siempre estará definido por la apertura y entrada al periodo probatorio que consolida la lógica contradictoria del juicio oral, esto es, con el inicio efectivo del examen o declaración del imputado, como primer paso de la actuación probatoria. La exigencia del cumplimiento del trámite de conformidad antes de la práctica de la prueba evita, precisamente, que pueda optarse por esa institución a partir de la fuerza o sentido

Indicativo de algunas de las diligencias acreditativas practicadas o por realizarse, y, con ello, impedir conductas fraudulentas o especulativas.

§3. La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad del juicio

12. La Ley acepta la posibilidad de una «conformidad parcial». Es factible que en una causa que se sigue contra una pluralidad de imputados, unos se acojan a la conformidad y otros la rechacen. A partir de ese reconocimiento, el numeral 4) del artículo 5o de la Ley número 28122, estatuye que: «Si son varios acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto a éstos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos...». No hay lugar a dudas y, como tal, la norma debe cumplirse Irremediablemente.

La Ley, empero, autoriza a no aceptar la conformidad parcial cuando '... la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral' –parte final del citado numeral 4) del artículo 5° de la Ley número 28122–. La interpretación de esa frase, de cara a los derechos de los imputados, conformados y no conformados, debe atender a los fines de la institución –uno de los cuales es el principio de aceleramiento procesal y el otro es el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas para el conformado– y a la meta de esclarecimiento del proceso penal, aspecto último en que tendrá una especial relevancia las características de los cargos objeto de dilucidación y la posición que sobre ellos han adoptado las partes acusadas.

13. Si se tiene en cuenta que el imputado conformado acepta o reconoce los hechos que se le atribuyen y que sobre su acaecimiento no cabe discusión, observación o debate alguno –*vinculatio facti*–, de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a incorporarlos como tal en la sentencia conformada, en principio. no existe obstáculo procesal para que la situación jurídica de un imputado se resuelva mediante una sentencia conformada y, finalizado ese trámite, prosiga la causa para dilucidar la situación jurídica de los imputados no conformados, aun cuando se trate del mismo hecho o delito –conexidad objetiva o, mejor dicho, pluralidad de objetos desde el punto de vista subjetivo–; es decir, cuando se les atribuya cargos por autoría, instigación o complicidad de un mismo hecho delictivo, y estén presentes en la audiencia. Cabe puntualizar que en el proceso penal no existe la figura del litis consorcio pasivo necesario, pues la posición de cada imputado se considera con total independencia de los otros –no hay comunidad de suerte para todos los copartícipes, la responsabilidad penal es siempre individual–, a cuyo efecto se entiende que en sede penal existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación.

El presupuesto de un juzgamiento independiente estará presente, que es la perspectiva normal de una acusación, cuando existan elementos tácticos para enjuiciar el delito con autonomía y juzgar separadamente a cada imputado. Si se presentan estas condiciones, entonces, cabe individualizar la responsabilidad que se atribuye a cada copartícipe, por lo que el órgano judicial estará facultado a decidir sin necesidad de contar con la voluntad concurrente de los restantes copartícipes.

En suma, si los hechos están clara y nítidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico delimita perfectamente los roles y la conducta especifica que realizó cada copartícipe, no existe problema alguno para ese tratamiento autónomo, en cuya virtud no se «... afectarla el resultado del debate oral.

§4. Imputado conformada y declaración en el juicio contradictorio

14. Si, como es legalmente posible, cabe la «conformidad parcial», es del casó decidir si el imputado que aceptó los cargos, y contra quien se expidió una sentencia conformada, está en aptitud de declarar en el juicio que continúa con los restantes acusados que invocaron, con plena legitimidad, su derecho a la contradicción de la imputación. En principio, si bien las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no están específicamente reguladas como medio de prueba en el Código de Procedimientos Penales -aunque indirectamente otras leyes, materiales y procesales, hacen referencia a su declaración-, lo cierto es que no está prohibida: los datos que aquél pueda proporcionar, en sí mismos, no vulneran garantías o derechos de ninguna parte procesal y pueden contribuir a esclarecer los cargos. Por lo demás, en señal de su aceptación y valorabilidad, tanto la jurisprudencia vinculante de este Supremo Tribunal -Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco- como, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal -articulo ciento cincuenta y ocho, apartado dos- señalan pautas para apreciar el testimonio que aquéllos pueden presentar cuando atribuyen participación criminal a otras personas en los mismos hechos en que resultaron involucrados. No es razonable negar a priori la importancia y utilidad que puede importar a la justicia las declaraciones de las personas a quienes se atribuyen la comisión de delitos con la participación de otras, ello sin perjuicio de la desconfianza o sospechas que merezca su versión y, por tal motivo, de los ulteriores controles y especiales cuidados que exija el juicio de fiabilidad o credibilidad respectivo.

En consecuencia, más allá de las dificultades que entraña la actuación y la apreciación del testimonio del coacusado, de naturaleza híbrida entre la testimonial –al que se parece en cuanto a los modos y a los medios de convocatoria del interesado– y la declaración como imputado –en orden a sus garantías formales–, tal como ha sido definido por la Casación Italiana [Sentencia del tres de junio de mil novecientos ochenta y seis], su admisibilidad está plenamente consolidada, tanto más si no es de negar que la información que puede brindar en el juicio está basada en un conocimiento extraprocesal de los hechos objeto de acusación, de la cual el juzgador puede extraer elementos necesarios para la formación de su convicción en orden a la participación en el hecho delictivo del sujeto o sujetos distintos del que depone.

15. El coimputado, respecto da un testigo, as obvio decirlo, tiene una distinta posición procesal a la que van aparejadas una serie de derechos y obligaciones, como sería la obligación de veracidad para los testigos y el derecho al silencio de los coimputados. Él criterio de delimitación –entre testigos imputado– que es de asumir sobre el particular es el de la «alteridad» de quien declara respecto de los sujetos que intervienen en et proceso: del órgano jurisdiccional y de las partes, esto es, de su diferente posición en el proceso penal. Como el coimputado ostenta el status formal de imputado y presta declaración en esa condición, como parte procesal, en consecuencia, el régimen jurídico de su declaración debe ser el de acusado. Esa es la regla general,

Ahora bien, en función de ese mismo criterio, y trasladando el análisis al caso que nos ocupa, fijado el enjuiciamiento por separado entre imputados conformados y no conformados, el régimen jurídico respecto del cual han de ser sometidos variará si los últimos, al momento de su declaración, son ajenos o nò al proceso, si están o no excluidos del mismo. Expedida una sentencia de conformidad, en tanto haya adquirido firmeza, los citados copartícipes y condenados ya no son parte –han sido excluidos del ulterior juicio–; además, están protegidos por la cláusula del *nebis in idem*, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse ni ser revisada en su perjuicio. Siendo así, el régimen jurídico que le son aplicables es el establecido para los testigos, con la misma obligación de concurrir, y sometido a las mismas consecuencias penales que cualquier otro testigo si es que mintiera [en Igual situación estarán, desde luego, coimputados sobreseídos o absueltos con anterioridad]. Otra cosa, por cierto, que permanece latente, son las sospechas que puedan merecer sus declaraciones.

§5. Efectos vinculantes de la conformidad

16. Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente. Si bien está obligado a respetar la descripción del hecho glosada en la acusación escrita –vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (*vinculatio facti*)–, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (*vinculatio criminis* y *vinculatio poena*) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitada para analizar la calificación aceptada ' y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal.

En tal virtud, respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción [principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención –completa o incompleta– o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda. El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria –por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad– a, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes Incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción –que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso–, está condicionada a que se escuche previamente a las partes, procesales [en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que le lesionaría su posición en el proceso), a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos, incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el Tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes [interdicción de resolver *inaudita parte*].

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación –sólo desde sus perfiles jurídicos, mas no tácticos– y dictar una sentencia conformada, siempre es compatible con un control in *bonam partem*, respecto del que sólo se exige audiencia a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión da considerar –a partir del relato táctico– una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo legal distinto, más grave; que requiere indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes –control *in malam partem*–, sólo corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral.

En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal –por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella– tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión penal abstracta], para dosificarla conforme a las reglas establecidas por los artículos 45° y 46° del Código Penal, cuyo único límite, aparte de Introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal –explicable por la propia ausencia de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el Fiscal o de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita–.

Más allá del respeto a la exigencia de promover la intervención de las partes sólo cuando se presentan las circunstancias anteriormente señaladas –que importan una preceptiva aminoración de la respuesta punitiva–, vinculada a la aplicación de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22°, y 25°, segundo párrafo, del Código Penal, el Tribunal puede proceder, motivada mente, a graduar la proporcionalidad de la pena en atención a la gravedad o entidad del hecho y a las condiciones personales del imputado.

17. Si, como se ha estipulado, procede la «conformidad parcial» en los términos del inciso 4° del artículo 5° de la Ley número 28122, resta determinar los efectos de la sentencia conformada respecto de la sentencia expedida en el juicio contradictorio que tiene lugar inmediatamente después de culminar el trámite de conformidad.

La regla es que no existe extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, la cual sólo y exclusivamente afecta a la persona contra quien se dictó el fallo correspondiente. Por esta razón lo resuelto en ella no se extiende a un tercero –a los acusados que prosiguen la causa al no acogerse a la conformidad– ni, por ende, la condena impuesta en la sentencia conformada compromete a los acusados como copartícipes del mismo hecho o que condicionan a esa decisión anterior

libertad y defensa. La falta de eficacia subjetiva de un fallo firme, dice Conrea Domínguez –entre otros–, tiene lugar incluso en aquellos supuestos (1) en los que sea factible hablar de relaciones o situaciones penales prejudiciales heterosubjetivas, (2) de Interdependencia por la conexidad probatoria –unidad parcial o total en el campo fáctico de ambos supuestos enjuiciados, o (3) en los que un hecho jurídico declarado en una primera sentencia entra a formar parte del supuesto de hecho de la conducta delictiva que se enjuicia en un segundo proceso.

Por consiguiente, aun cuando es de valorarla existencia de la sentencia conformada, nada Impedirá que sobre los hechos –si existe identidad– no sólo se realice prueba plena y total, sino que también se llegue a resultados valorativos totalmente opuestos [así, por ejemplo. Sentencia del Tribunal Supremo Español del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

18. Afirmada esta concepción, el Tribunal de mérito en el proceso incoado a continuación de la expedición de la sentencia conformada tiene libertad para decidir como corresponda en orden a la actividad probatoria desplegada y a las nuevas valoraciones que pueda realizar, incluso podría –si se cumplen los presupuestos normativos correspondí entes, tanto materiales cuanto procesales– variar la tipificación del hecho o tener un juicio jurídico distinto, desde diferentes planos, que el contenido en la sentencia conformada.

Un interrogante que se abre paso en estas circunstancias es si cabe extender esa decisión, en caso sea más favorable que la sentencia conformada, para 'mejorar' la situación jurídica de los imputados que se acogieron a la conformidad. Ahora bien, si se tiene en cuenta que se trata de una sentencia firme, toda modificación respecto a la existencia del juicio de hecho, vinculada a la valoración de la prueba actuada en el segundo proceso, no tiene otra opción que abordarse vía acción de revisión penal. Empero, si sólo se trata de un cambio de tipificación más favorable, resta analizar si, analógicamente, podría aplicarse el artículo 322° del Código de Procedimientos Penales, que se circunscribe ya no a una absolución sino a una pena atenuada.

La norma en cuestión dice: «Cuando el Tribunal Correccional o la Corle Suprema, en sus respectivos casos, fallen en una causa contra reos que fueron ausentes y en la que se expidió sentencia contra los reos presentes, podrán revisarla sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, si hubiere lugar por los datos nuevos que resulten». Si bien, en el presente caso, no se está ante una sentencia derivada de un mismo proceso en el que primero

se resolvió la causa contra reos presentes y, luego, ante la puesta a Derecho de reos ausentes, se expidió otra sentencia, obviamente distinta de la anterior en función a los datos nuevos resultantes del ulterior enjuiciamiento, lo cierto es que, al igual que aquélla, se trata de un mismo proceso que derivó en dos juzgamientos sucesivos que decidieron la situación Jurídica de acusados que se encontraban en diferente posición -ya no por ausencia sino por no acogimiento a la conformidad-, en el último de los cuales surgió la presencia de datos nuevos determinantes de un cambio favorable respecto de la respuesta punitiva.

Para establecer si existe analogía entre las dos situaciones -ante la no regulación en el caso de Imputados conformados y no conformados-, no sólo es de rigor advertir la semejanza o similitud de situaciones fácticas. Debe concurrir entre ambas una identidad del fundamento -la razón de ser o ratio legis-; deben coincidir en el caso concreto las bases o fuentes que sirven de fundamento al citado artículo 322° del Código Adjetivo. Siendo así, será del caso utilizar la denominada «analogía legis» como método de integración jurídica, en la medida que la regla del artículo 322° del Código Adjetivo cumpla con los requisitos antes esbozados.

Si se asume la flexibilidad necesaria para analizar la presencia de la analogía se tiene que lo esencial de la disposición examinada es dar una respuesta atenuatoria -basada en el favor *rei*- a todos los procesos en que se juzga sucesivamente a diversos imputados cuando en el ultimó juzgamiento se advierten datos nuevos que autorizan una solución más favorable -que es una regla jurídica de carácter general que está en la esencia del sistema punitivo-, que importe una atenuación de la pena en comparación con la primera sentencia. Tal situación, de presentarse en el sucesivo juzgamiento contra los acusados no conformados, obviamente, exigiría una extensión a los reos conformados: la igualdad esencial, de imprescindible concurrencia, es evidente.

En ambos casos se lleva a cabo un segundo enjuiciamiento y en ellos surgen nuevos datos que modifican en sentido favorable la apreciación de los hechos juzgados, por lo que ante una idéntica situación de hecho (surgimiento de nuevos datos en un segundo juzgamiento contra copartícipes) debe existir una misma respuesta jurídica.

Por lo expuesto, es de concluir que no sólo cabe que en el segundo juzgamiento las respuestas jurídicas pueden diferir con las del primer juzgamiento, sino que además es posible revisar *in bonam partem* la primera sentencia para atenuar la pena.

§6. Conformidad y confesión sincera

19. El tema de la confesión y de la consiguiente atenuación excepcional de la pena por debajo del mínimo legal prevista para el delito cometido, tal como estatuye el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales [dice, en lo pertinente, el citado precepto: «...la confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso..»], genera determinados problemas interpretativos y aplicativos con la institución de la «conformidad procesal», en tanto que el texto del artículo 5°. 2) de la Ley número 28122 explícitamente hace referencia a «... la confesión del acusado...».

La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictiva que se le atribuye. Como declaración que es debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad -comprobación a través de otros recaudos de la causa-).

En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Sólo se le pide, si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los hechos -que es lo típico de una declaración-ante la autoridad de cara a la averiguación, de los hechos o a la determinación de las afirmaciones, de las partes; según la etapa procesal en que tiene lugar, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener un pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de informidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesal lista que la conformidad es una forma de confesión prestada al Inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos.

La conformidad consta de dos elementos materiales: a) el reconocimiento de hechos: una declaración de ciencia a través de la cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se les haya atribuido en la acusación; y, b) la declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consciente, personal y formal la aceptación de las consecuencias Jurídico penales y civiles derivadas del delito.

20. Empero, más allá del juicio de valorabilidad y de los criterios de apreciación de la confesión como medio de prueba -que no integra el ámbito de este Acuerdo Plenario-, lo relevante en el presente caso consiste, de un lado, en determinar si existe equivalencia entre el artículo 5".2 de la Ley número 28122 y el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales,

y, de otro lado, si necesariamente la Invocación a la conformidad por el Imputado y su defensa merecerá una pena atenuada.

En cuanto al primer punto, cabe decir que existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión como medio de prueba y el rol que cumple en las diferentes fases del procedimiento penal respecto de la conformidad, pues más allá de la no exigencia del relato circunstanciado de los hechos acusados -propio de la declaración autoinculpatoria que se da en sede preliminar, del sumarlo y del plenario-, se da una declaración de ciencia por la que se reconocen los hechos atribuidos. Esto último, de cara a los efectos penológicos respectivos -de cumplirse los requisitos adicionales vinculados a la sinceridad-, permitirá apreciar confesión conforme al citado artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, si es que el acusado se encontraba en calidad de reo ausente y se presenta al juicio oral acogiéndose a la conformidad [aunque será del caso relativizar su entidad atenuatoria, conforme se verá más adelante, en orden a su relevancia, pues sólo se aligera -con mayor o menos nivel de profundidad- el trámite de las sesiones del plenario, sin perjuicio de reconocer que en todo caso constituye un acto de auxilio a la justicia).

Respecto al segundo punto, y atento al principio que Informa el procedimiento de la conformidad, es posible concluir que tal acogimiento, en sí mismo, determina la aminoración de la pena. Es de tener presente, al respecto, el proceso especial de terminación anticipada, que expresa un criterio de oportunidad y se basa en el principio del consenso, que da lugar a una conclusión anticipada de la causa con una decisión final que le pone término, como es el caso de este procedimiento. En ese proceso se reconoce legalmente una consecuencia premiada, con independencia de la confesión sincera [véase la concordancia de los artículos 161° y 471° del Nuevo Código Procesal Penal en relación con el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales).

21. Cabe aclarar, desde el punto de vista de la pena, que el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales instituye una circunstancia atenuante de carácter excepcional de la responsabilidad penal, cuya ratio es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que ésta sea relevante para efectos de la investigación da los hechos [la ley, en estos casos, premia aquellos comportamientos que, de alguna manera, contribuyen a aliviar los costes y esfuerzos de una investigación criminal: razones objetivas de utilidad para el proceso], a la par que evidencia una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el hecho delictivo. De esta forma se

reduce los agravios que inevitablemente se producen a la víctima y aminora la tensión social que el delito ocasiona; ese solo comportamiento, se afirma por algún autor, produce un cierto restablecimiento de la armonía y de equilibrio del sistema.

Desde una perspectiva político criminal, las regulaciones que sobre la materia, tiene expuesta el Tribunal Supremo Español, buscan incitar al autor del delito a realizar una pronta confesión del hecho que permita la Identificación de su autor desde el primer momento y facilite el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya concurrido (Sentencia número 118/92, del cuatro de febrero de dos mil dos).

Desde una perspectiva global el referido artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, exige la sinceridad de la confesión, que equivale a una admisión (1) completa -con cierto nivel de detalle que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en los que participó-. (2) veraz -el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del Injusto investigado-, [3) persistente -uniformidad esencial en las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente- y (4) oportuna -en el momento necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación-, a la que se aúna, a los efectos de la cuantificación de la pena atenuada, (5) su nivel de relevancia.

Es obvio, por consiguiente, que si el imputado antes, en sede de investigación, negó los cargos y, luego, llegada el momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar, entonces, la confesión p[eraria sólo podrá tener una relativa o escasa influencia en torno a la determinación e individualización de la pena, pero no puede considerarse como un elemento atenuante de la responsabilidad penal con entidad para rebajar la pena por debajo del mínimo legal.

De Igual manera, si la confesión se configura por el dato objetivo de la realización de actos de colaboración útiles a la Investigación del delito -a partir de la información que se proporciona-, a los efectos de la atenuación excepcional debe comprenderse en ella la Investigación preliminar, en especial la policial -que por lo general es el pórtico o puerta de entrada al esclarecimiento da los hechos-. La autoridad facultada para recibir la declaración de un Imputado puede ser la Policía o el Fiscal [a los solos efectos, claro está, de valorar la posibilidad de la atenuación y la utilidad de la misma de cara a los objetivos que persigue], Es más, el artículo 1°, literal 10), de la Ley número 27934, prescribe que la Policía está autorizada a recibir la manifestación de

los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados, y el artículo 62° del Código de Procedimientos Penales prescribe que las declaraciones en sede preliminar, llevadas a cabo con intervención del Ministerio Público, serán apreciadas conforme al artículo 283° del citado Código.

22. Sí, como se ha dejado sentado, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136° de la Ley Procesal Penal con el artículo 5° de la Ley número 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o da reducción de la pena a quienes se acojan a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el artículo 471° del nuevo Código Procesal Penal [es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente en todo el territorio nacional]. Dicha norma prescribe: «El imputado que se acoja a este proceso recibiré un beneficio de reducción de /a pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión».

La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471° del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5° de la Ley número 26122 tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia –que no identidad– entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada.

Los rasgos esenciales comunes entra la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos –el principio del consenso comprende ambos Institutos procesales, aunque en diferente intensidad y perspectiva–, con la consiguiente conclusión de la causa con una sentencia anticipada que pone fin al proceso, sobre la base de una disposición del imputado a la aceptación de los cargos objeto de Imputación, lo que desde una perspectiva político criminal, legislativamente aceptada, determina una respuesta punitiva menos intensa. Si bien es cierto la oportunidad procesal en que se llevan a cabo, los controles judiciales que importan y la mayor Intensidad de colaboración de la primera Frente a la segunda, no son los mismos, tales diferencias no eliminan la semejanza existente y su común punto de partida.

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero.

23. El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la Individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo culminar la causa en sede de Instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término.

Como se sabe al método de reducción de la pena en el caso de terminación anticipada [artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal] constituye un último paso en la individualización de la misma. En efecto, fijada la pena con arreglo a los artículos 45° y 46° del Código Penal –luego de haber determinado el marco penal abstracto [pena abstracta] y, a continuación, el marco penal concreto como consecuencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y concurso de delitos– la cual debe ser identificada en la sentencia conformada, corresponde, como última operación, disminuirla en un sexto. El Tribunal debe ser muy claro en diferenciar los dos momentos finales: la pena que correspondería sin la reducción por acogerse a la terminación anticipada, y, luego, la pena resultante de aplicar la reducción del sexto de la misma.

Empero, según lo expuesto en el primer párrafo, en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un porcentaje menor. Así las cosas podrá graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal.

§8. Conformidad y objeto civil

24. Otro tema relevante de la conformidad está vinculado al objeto civil del proceso penal. Como quiera que en el proceso penal nacional –más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal– se produce una acumulación heterogénea de acciones la penal y la civil, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal –con los alcances y excepciones que i la ley establece–, en tanto en cuanto puede generar un daño patrimonial a la víctima, un daño reparable. Como se está ante una institución de naturaleza jurídico-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta, en cuanto a su contenido, a lo establecido en el artículo 93° del Código Penal, procesalmente está informada por los principios dispositivo y de congruencia.

La vigencia de los indica dos principios, a tono con la naturaleza privada -y, por ende, disponible- de la responsabilidad civil *ex delicto*, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

25. En esta perspectiva, es evidente que si existe una pretensión civil alternativa, ejercitada conforme a lo dispuesto en el artículo 227° del Código de Procedimientos Penales, el imputado deberá referirse a ella en el marco de la responsabilidad civil que le corresponde admitir. En ese ámbito, por imperio de la garantía de tutela jurisdiccional -artículo 139°.3 de la Constitución-, se debe dar plena intervención a la parte civil.

Ahora bien, de no mediar acuerdo o aquiescencia de los interesados y, en ese caso, de no ser suficiente la mera lectura de la prueba documental y de las actuaciones documentadas -como establece el inciso 3) del artículo 5° de la Ley número 28122-, en la medida que el artículo 227° del Código ritual autoriza la actuación de prueba testifical y pericial para justificar la pretensión civil de la víctima, sin perjuicio de la prueba que en ese ámbito haya podido proponer la Fiscalía conforme al inciso 5) del artículo 225° del mismo Código, el Tribunal podrá fallar respecto de la responsabilidad penal y disponer la continuación del proceso para la actuación probatoria respectiva, en tanto se requiera una indagación, concreción probatoria y alegaciones ulteriores sobre ella.

La cesura del juicio que se establece, pretorianamente impuesta, deriva del respeto a la garantía de tutela jurisdiccional a favor de la víctima y de la imperiosa evitación de la indefensión material que le puede acarrear una decisión sin prueba, no obstante su necesidad procesal. La interpretación constitucional de la institución de la conformidad -específicamente del inciso 3) del citado artículo 5° de la Ley número 28122- desde los numerales 3) y 14) del artículo 139° de la Ley Fundamental, que reconocen las garantías procesales de tutela jurisdiccional y defensa procesal, así lo impone.

Esta conclusión no sólo no está prohibida por la ley, sino que no la tergiversa -no es incompatible con ella-, pese al silencio legislativo o, mejor dicho, a la presencia de una laguna legal. Si en una misma causa es posible, para un supuesto, dictar una sentencia conformada, y para otro, emitir -luego de la prosecución del juicio, bajo perspectivas de contradicción efectiva- una segunda sentencia; entonces, no existe impedimento alguno que se profiera una segunda sentencia, precedida de un juicio en forma, referida ya no a los objetos penal y civil -que es el

supuesto anterior, contemplado en el numeral 4) de la Ley número 28122–, sino circunscripta exclusivamente al objeto civil, y sólo para los imputados conformados –es la regla, por lo demás, que ha establecido el apartado 5) del artículo 372° del Nuevo Código Procesal Penal–.

26. Por último, es materia de discusión en el ámbito de la responsabilidad civil la determinación del monto y los obligados a cubrirlo cuando se trata de una pluralidad de copartícipes –codelincuencia–, varios de los cuales no se han sometido a la conformidad procesal. Sobre el particular, en los marcos da una sentencia conformada, es de tener en consideración dos aspectos sustanciales: el primero, referido a los alcances de la sentencia conformada: ésta sólo comprenderá a los imputados que se someten a la conformidad; y, el segundo, circunscrito al monto de la reparación civil, el cual está en función al daño global irrogado, bajo la regla de la solidaridad entre los responsables del hecha punible y los terceros civilmente obligados (artículo 95° del Código Penal).

Siendo así, el Tribunal fijará el monto de la reparación civil de modo global [la cantidad en cuestión siempre será única, no puede dividirse], de suerte que como ésta es solidaria si existieran copartícipes –y no mancomunada–, al emitirse condena contra ellos en el juicio sucesivo, si así fuera el caso, tal suma no variará y sólo se les comprenderá en su pago. Es posible, sin embargo, que en el juicio contradictorio la determinación del monto puede variar en virtud a la prueba actuada. En ese caso tal variación, de más o da menos, no puede afectar al fallo conformado, al haber quedada firme o ganado firmeza. Por consiguiente, la variación sólo puede alcanzar a los acusados comprendidos en la condena objeto del juicio contradictorio

III. DECISIÓN

27. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente; Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDARON

28. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a veintitrés, la siguiente:

1) El Tribunal, en el procedimiento de conformidad, no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias descritos por el Fiscal y aceptados por el imputado y su defensa. Tampoco puede pronunciarse acerca de la existencia o no de las pruebas o elementos de convicción.

2) La oportunidad procesal para que el acusado se acoja a la conformidad es cuando se le emplace en el periodo inicial y, siempre, antes que se inicie propiamente el periodo probatorio del juicio oral.
3) La conformidad parcial está expresamente autorizada por la ley. Es posible un juzgamiento independiente para los acusados no conformados, que se producirá siempre que los hechos estén clara y nítidamente definidos en la acusación, y el relato fáctico que contiene la acusación delimite perfectamente los roles y la conduela específica que realizó cada copartícipe.
4) El imputado conformado puede declarar en el juicio contradictoria seguido contra los acusados no conformados. El régimen jurídico de su declaración variará si al momento de su intervención en el juicio son ajenos o no al proceso –criterio de la alteridad–.
5) El Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados. No sólo tiene un deber de Instrucción o información, también tiene poderes de revisión *in bonam partem* respecto a su configuración jurídica, dentro de los límites del principio acusatorio y del respeto al principio de contradicción, y, en consecuencia, está autorizado a dictar la sentencia que proceda. Asimismo, puede dosificar la pena dentro del marco jurídico del tipo legal en aplicación de los artículos 45° y 46° del Código Penal.
6) La sentencia conformada no tiene efectos extensivos o prejudiciales sobre la sentencia dictada en el juicio contradictorio. Si en el juicio contradictorio surgen datos nuevos que favorezcan la situación jurídica de los reos conformados, en el fallo que se dicte puede revisarse la sentencia con el fin de atenuar la pena.
7) Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos. No obstante ello, la conformidad, de cumplir sus requisitos legales. Importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte.

8) La conformidad sobre el objeto civil está informada por los principios dispositivo y de congruencia. Si no se cuestiona la reparación civil no es posible modificarla. Debe respetar la pretensión civil alternativa de la parte civil. Es posible, sí fuera el caso, la cesura del juicio para la actuación de pruebas en aras de ia determinación de la reparación civil. Debe tomarse en cuenta para su concreción la suma global y la regla de la solidaridad en los supuestos de codelincuencia. La variación del monto de la reparación civil en la segunda sentencia no altera la fijada en la sentencia conformada.

29. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado, por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 32° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

30. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial «El Peruano». Hágase saber.

SS.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDÓÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

12.- Proceso de terminación anticipada: Aspectos esenciales

ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

Asunto: Proceso de terminación anticipada: Aspectos esenciales

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre diversos aspectos del proceso especial de terminación anticipada. En concreto, sobre su viabilidad en la etapa intermedia del proceso común u ordinario, la posibilidad de emitir sentencia absolutoria a pesar de existir un acuerdo entre las partes, los criterios para determinar la aplicación del beneficio de rebaja de un sexto sobre la pena, los alcances de la aplicación de la atenuación excepcional por confesión sincera, y la procedencia y alcances, en su caso, de la apelación del auto que desaprueba el acuerdo de terminación anticipada y de la sentencia anticipada.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Neyra Flores, quien, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada

6. La terminación anticipada es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. Su regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, artículos 468°/471°, del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal

penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACPP-, se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél.

Por tanto, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso de terminación anticipada o las disposiciones y su estructura procesal.

§2. El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP

7. El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468°. 4 y 5 NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos -ámbito de aplicación general- y sometido sus reglas a una pauta unitaria, es obvio que, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes número 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros -Ley número 28008-, las normas de contenido relevantemente penal material y las reglas procesales específicas vinculadas a las primeras y al modo cómo se han regulado estos delitos siguen rigiendo, tal es el caso de los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20°.

8. El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada -sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado- [fase inicial], hasta la realización de la audiencia respectiva [fase principal] y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipad [fase decisoria]. Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

Es condición de la realización de la citada audiencia que la solicitud de terminación anticipada pase el examen judicial de admisibilidad y

procedencia. Además, el Juez ha de revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencia del acuerdo al que puede llegar -es, precisamente, el segundo paso de la audiencia, inmediatamente después de la presentación de los cargos por la Fiscalía-. El consentimiento del imputado, visto el carácter dispositivo de la pretensión o los efectos que entraña, ha de ser libre, voluntario -sin presiones o amenazas-, informado, prestado con el auxilio de un abogado defensor, y con pleno conocimiento de lo que hace o deja de hacer y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.

9. Si es que las partes arriban a un acuerdo -que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad-, corresponde al Juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena.

10. El control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes:

A. El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible.

B. El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad -esto es lo que se denomina 'pena básica'-. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil -siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias.

C. La exigencia de una suficiente actividad indiciaría. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente -probabilidad delictiva- (i) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y (ii) que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

11. El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del *quantum* de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses

legítimos de la víctima. Por consiguiente, sólo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo.

12. El análisis que corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el Juez en el proceso común luego del juicio oral. En este último el Juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el *in dubio pro reo* para absolver al imputado, lo que en cierta medida no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocimos para su conformación sobre la base del consenso procesal.

Es claro, atento a lo expuesto, que el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

§4. Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada

13. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes–, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad–.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena–, corresponde realizar al Juez.

14. El artículo 471° NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Esta

última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161° NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte –es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada–. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión.

§5. Recursos en el proceso especial de terminación anticipada

15. Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Integra el presupuesto procesal objetivo del recurso. En este sentido, cada recurso tiene su propia regulación, pues está diseñado para cada situación específica, en cuya virtud no se admite un recurso cuando corresponde otro, lo que es propio del principio de singularidad.

El gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. La admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Esta, como consecuencia del principio dispositivo –eje esencial del sistema de recursos en toda clase de procesos jurisdiccionales–, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutiva de la resolución judicial.

16. El artículo 468°.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales –se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo–. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general

establecida por el artículo 416°.1 NCPP, que determina como objeto impugnable en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia -literal b)- o, en su caso, los que causen gravamen irreparable -literal e)-. No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416°.1. b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso -pluralidad de la instancia- respecto de las decisiones que causan estado.

§6. Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común

17. Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal.

El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular -etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero-. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (artículo 468°. 1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada.

18. El artículo 350°.1.e) NCPP autoriza a las partes procesales, distintas del Fiscal, instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad, entendido en sentido amplio. Se discute si esta norma permitiría que en sede de etapa intermedia se instaure el proceso de terminación anticipada, bajo el entendido de que este último expresa un criterio de oportunidad procesal.

Ya se ha dejado sentado las diferencias sustantivas entre el proceso especial de terminación anticipada y la etapa intermedia del proceso común. El primero tiene como eje el principio del consenso y una de sus funciones es la de servir a la celeridad procesal, mientras que la segunda tiene como elemento nuclear el principio de contradicción y el cuestionamiento –en la medida de lo posible y como alternativa más fuerte de la potestad de control de la legalidad de que está investido el órgano jurisdiccional– de la pretensión punitiva del Ministerio Público. El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, sólo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o 'criterios' contemplados en el artículo 2° NCPP. Los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), por su propia especificidad y singularidad, unido a los controles jurisdiccionales que corresponde realizar, están sometidos a un procedimiento determinado, que no tiene las características, alcances y metodología de la audiencia preliminar de control de la acusación.

Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350°.1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, sólo remite al artículo 2° NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230° del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo «criterios de oportunidad», los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2° NCPP.

19. A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471° NCPP por no cumplir su finalidad político criminal.

20. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará

con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal. Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468°.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

21. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo 1.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139°. 14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.

III. DECISIÓN

22. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON

23. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 21°.

24. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

25. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial «El Peruano». Hágase saber.

SS.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS AL VARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES

13.- Control de la Acusación Fiscal

ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116

Asunto: Control de la acusación fiscal

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el control de la acusación escrita del Ministerio Público, tanto en el antiguo Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP– como en el nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. En especial, la definición e identificación de los elementos que integran la acusación, el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional ante los posibles defectos de la acusación, la oportunidad para hacerlo, la potestad *ex officio* de control y los distintos problemas que enfrentan el juez y las partes para definir la corrección de la acusación como presupuesto del juicio oral.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de

unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. La acusación fiscal. Alcances jurídico procesales

6. La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159°.5 de la Constitución, I° y 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público –en adelante, LOMP, 219° ACPP y I°, 60° y 344°. 1 NCPP). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344°. 1 NCPP).

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública– y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no sólo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal.

Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (artículo 92° del Código Penal, –en adelante, CP–), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera

patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables -que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad.

7. Los artículos 225° ACPP, 349° NCPP y 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber ser sido comprendido como tal mediante una acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción -fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente-. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba. Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico-penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

8. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria -según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente-, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto

no hace sino ratificar que ambas decisiones –judicial una y fiscal otra– determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción o la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349°.2 NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre –claro está– con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial –es decir, total o parcial– entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

§2. El control de la acusación en el ACPP

9. Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, sólo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida de que no genere indefensión material en perjuicio del acusador.

El control, como corresponde, debe realizarse sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229° ACPP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial –definido en función a las características y complejidad de la causa– a las demás partes.

10. Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225° ACPP. El Fiscal ha de

desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7º. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, (i) que el petitorio *opetitum* sea incompleto o impreciso, (ii) que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente –no circunstanciado–, vago, oscuro o desordenado, o (iii) que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible –tal decisión no está prevista en el artículo 292° ACPP– las actuaciones al Fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar –si correspondiere– las observaciones resaltadas judicialmente.

11. El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio.

Se trata de los presupuestos procesales, referidas al órgano jurisdiccional –la jurisdicción y competencia penales– y a la causa –excepciones procesales–. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión.

Toda otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida.

§3. El control de la acusación en el NCPP

12. La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional–.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350°/ 352° NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes– (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

13. El artículo 350°.1 NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva–, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350° NCPP. Éste comprende los supuestos descritos en el párrafo 9° en relación con el artículo 349° NCPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352°.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de «*...un nuevo análisis del Ministerio Público*».

14. El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del Fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral –con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2° NCPP, y de la deducción de excepciones– sólo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344°.2 NCPP. Este control, por imperio del artículo 352°,4 NCPP, puede ser realizado de oficio. Al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

15. Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352°.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349°. I NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar– lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal.

Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344°. 1 NCPP).

III. DECISIÓN

16. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON

17. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 15°.

18. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

19. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial «El Peruano». Hágase saber.

SS.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARAN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

14.- Audiencia de tutela

ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116

Asunto: Audiencia de tutela

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165-2010P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia con relación al tema que aborda el presente Acuerdo sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado

–en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal– y Frescia Sisi Villavicencio Ríos –en representación de la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista - Huaura–, las mismas que se tuvieron en cuenta para la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitorias, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto.

4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Interviene como Ponente señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. Aspectos generales

5. El artículo 71° del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada «Audiencia de tutela». Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta «El Ministerio Público y los demás sujetos procesales», Capítulo Primero «El imputado», Título II «El imputado y el abogado defensor» del Libro Primero «Disposiciones Generales» del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–.

Prescribe la citada norma que: «*1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso... 4. Cuando el imputado considere necesario que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes*».

6. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un *estatus* especial en cuanto a garantías –de tutela y reforma–.

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico –artículo 138°, segundo párrafo– sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez –artículos 138° y 139°. 10 de la Constitución– con los hechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente –artículo 14– [SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003p. 79].

7. De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.

8. Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:

i) El debido proceso (artículo. 139° inciso 3).

ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3).

iii) El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2° inciso 24. «e»).

iv) El derecho de defensa (artículo 139° inciso 14).

9. La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC N° 9081-2006-PHC^TC, del 1 de junio de 2007].

§2. La audiencia de tutela. Alcances

10. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP. Son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos incriminados, (ii) conocimiento de las causas de la detención, (iii) entrega de la orden de detención girada, (iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, (vi) defensa permanente por un abogado, (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, (ix) Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, (x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, (xi) no sufrir restricciones ilegales, y (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

11. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los

derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración de derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva -que ponga fin al agravio-, reparadora -que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión- o protectora.

12. Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción -ya consumada- de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus [Alva Florián, César A. (2004) *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.]

13. Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°. 1, 343°. 2) o con

aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas. Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [Rodríguez Hurtado, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337°.4 del NCPP.

14. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°. 1, 343°.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado

15. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer

el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

16. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la ejecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71° NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

17. Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente —en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias— siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba -axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba -regulado en el artículo 159° del acotado Código- que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

18. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar -desde la defensa- una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad,

fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

19. En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

III. DECISIÓN

20. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

21. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10° al 19°.

22. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial «El Peruano». Hágase saber.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARAN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

15.- Incautación

ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116 -

Asunto: Incautación

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165-2010-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase -determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario- los señores Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.

En la segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

3. En cuanto al tema en debate: «la incautación», informaron oralmente los señores Alcides Mario Chinchay Castillo -en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal- y Víctor Burgos Marino -en representación del Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad-.

4. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores Jueces Supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.

5. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores Jueces Supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

6. La deliberación y votación del tema «la incautación» se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. Aspectos generales. Objeto de la incautación

7. La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos -propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos- (artículos 218° al 223° del Nuevo Código Procesal Penal, en adelante, NCPP), y como medida de coerción -con una típica función cautelar- (artículos 316° al 320° del NCPP). En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

En el primer caso, su función es primordialmente conservativa -de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes -pueden cumplir funciones similares-, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102° del Código Penal -en adelante, CP-.

8. La incautación instrumental (artículo 218° NCPP) recae contra (i) los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra (ii) las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito. En estricto sentido se entiende por;

A. Cuerpo del delito', además de la persona -el cadáver en el delito de homicidio- comprende al objeto del delito, es decir, aquél contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos -la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas-.

B. Las 'cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento', son tanto las 'piezas de ejecución': medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas 'piezas de convicción': cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible.

9. La incautación cautelar (artículo 316°.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.

A. Los efectos del delito o *producía scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.

B. Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.

C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica.

En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102° CP).

10. Como se advierte de los parágrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse –privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal– cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102° y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible –asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba–. Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa –específicamente, de la investigación– al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.

§2. Régimen de la incautación

11. La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.

A. En los casos de flagrancia delictiva –en las modalidades reconocidas por el artículo 259° NCPP– o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia –se da una relación directa del delincuente con el bien o cosa relacionada con el delito– y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad.

B. Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria –en especial durante las denominadas «primeras diligencias»– requiere de una decisión del Fiscal. La autoridad policial, por consiguiente, necesita de una expresa autorización del Fiscal. A su vez, la legalidad de la orden o autorización fiscal se centra, sin perjuicio de la presencia de indicios de criminalidad mínimos, en lo que se denomina «peligro por la demora», en tanto fin constitucionalmente legítimo. El juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad –obstrucción de la investigación y del proceso en general– y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera –la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis–. Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (artículo 317° NCPP). Esta noción dice de la

perentoriedad o necesidad inmediata, apremiante de la incautación; cuando el riesgo de desaparición del bien o cosa delictiva es más actual o grave. Si no se presenta esta situación fáctica será del caso pedir la orden judicial.

12. La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del parágrafo anterior, que requiere resolución judicial previa –el Juez tiene aquí la primera palabra–, la regla es que ejecutada la medida por la Policía *motu proprio* o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial-fiscal.

La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno –el mismo día o a más tardar al día siguiente–, salvo norma específica al respecto (artículos 203° y 254°. 1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; sólo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida –si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva–. Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna.

§3. Ausencia de resolución judicial. Efectos procesales

13. La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución –excepción, parágrafo 10°, literal c)– o después de ella –regla general, parágrafo 10°, literales a) y b)–. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto –de nulidad absoluta e insubsanabilidad–, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación.

La confirmación judicial debe solicitarse 'inmediatamente' (artículo 203°.3 y 317°.2 NCPP). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo

que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad.

La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial -al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación- no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación -sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso-. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad -requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes-.

14. Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito.

§4. Reexamen de la incautación

15. El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación.

El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319°.2 NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que sólo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente -no la que puede aportar con posterioridad a la incautación- puede intentar derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base evidencias existentes cuando ésta se decretó o efectivizó.

III. DECISIÓN

16. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

17. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° a 15°.

18. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

19. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial «El Peruano». Hágase saber.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

RODRÍGUEZ TINEO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

BARANDIARAN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

16.- Acusación directa y proceso inmediato

ACUERDO PLENARIO N° 6-2010/CJ-116

Asunto: Acusación directa y proceso inmediato

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único penado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases. En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro y participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia, con relación al tema que aborda el presente Acuerdo, sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado –en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal–; Ana Cecilia Hurtado Huailla –en representación del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa–; y Miguel Falla Rosado –en representación del Centro para la Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Justicia - Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo–, las mismas que se han tenido en cuenta para en la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitorias, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo ario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116° LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

4. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia lo debatido en audiencia pública sobre diversos aspectos de la acusación directa y el proceso inmediato. En concreto, sobre los alcances y diferencias de ambas instituciones según lo regulado por el Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. Respecto a la acusación directa, la viabilidad de la formalización de la investigación preparatoria, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales y la oportunidad de la constitución de las partes procesales. En cuanto al proceso inmediato, si siempre se requiere previamente formalización de la Investigación Preparatoria, audiencia para resolver tal proceso especial, con quiénes, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales, la oportunidad para la constitución de las partes procesales y el momento de aportar los medios probatorios y controlar los ofrecidos en dicho proceso.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente señor Neyra Flores.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. Aspectos generales

6. La acusación directa forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios. Se encuentra regulada en el artículo 336°.4 NCPP y faculta al Fiscal formular directamente acusación, si concluidas las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal.

7. El proceso inmediato es un proceso penal especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación. Su regulación, en sus aspectos esenciales, se encuentra desarrollada en el Libro V, Sección I, artículos 446°/448° NCPP correspondiente a los procesos especiales. Por tanto, siguiendo la línea fijada en el Acuerdo Plenario N° 05-2009/CJ-l 16, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso inmediato o las disposiciones y su estructura procesal [Acuerdo Plenario 05-2009 CJ-116 de la Corte Suprema de la República, del 13 de noviembre de 2009, Fundamento Jurídico 6].

§2. Alcances de la acusación directa conforme al artículo 336°.4 NCPP y diferencias con el proceso inmediato regulado en el artículo 446° y ss. NCPP

8. La acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336°.4 NCPP. En el presente caso, el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal. La acusación directa formulada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349° NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes el Juez de la Investigación Preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo

desestimar el pedido Fiscal cuando concurra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348° NCPP.

9. El proceso inmediato es un proceso especial distinto del proceso común. Sus supuestos de aplicación se encuentran suficientemente desarrollados en el artículo 446° NCPP. El Fiscal podrá solicitar la aplicación del proceso inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria. El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional, pues la exigencia de su aplicación está condicionada a los presupuestos contemplados por el artículo 446°. 1 NCPP. Asimismo, el requerimiento de incoación de proceso inmediato deberá ser notificado a las demás partes procesales, quienes podrán pronunciarse sobre su procedencia. En el caso que el Juez admita el requerimiento emitirá un auto que dispone la procedencia de este proceso especial, luego de lo cual el Fiscal formulará acusación y lo remitirá al Juez competente para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. Al ser el proceso inmediato distinto al proceso común y no haber etapa intermedia, será el Juez del Juicio Oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos.

En el caso que no concurran los supuestos taxativos de aplicación del proceso inmediato, el Juez de la Investigación Preparatoria podrá desestimar la solicitud del Fiscal. La decisión que desestima el pedido podrá ser apelada.

§3. La acusación directa y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria

10. La Disposición de formalización de la investigación preparatoria es la comunicación formal que el Fiscal dirige al imputado para efectos de hacer de su conocimiento la imputación clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, la correspondiente calificación jurídica específica y, por ende, que se va realizar una investigación formalizada en su contra, posibilitándole, a través de su abogado defensor, aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes. Asimismo, este acto fiscal fija las diligencias que se actuarán en la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha. Es decir, que si el Ministerio Público considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen la suficiencia fáctica y probatoria del hecho y la

vinculación del imputado al mismo, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria estableciendo las diligencias que de inmediato deban actuarse.

11. En el caso de que el Fiscal ha decidido no continuar con las diligencias de investigación y acusar directamente –como una de sus facultades como director de la investigación– el imputado solo solicitaría la realización de elementos de convicción durante las diligencias preliminares porque no se produciría la etapa de Investigación Preparatoria por ser innecesaria, ni tampoco una formalización de la Investigación Preparatoria en este sentido.

Además, el artículo 336°.4 NCPP estipula que la acusación directa podrá formularse por el Fiscal, si concluida las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Acusación directa, cuyos requisitos están previstos en el artículo 349° NCPP, que cuenta con los mismos elementos de la formalización de la Investigación Preparatoria prevista en el artículo 336°.1 NCPP, por lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y a probabilidad de contradicción.

§4. Funciones del requerimiento acusatorio en la acusación directa

12. Conforme a lo expuesto el requerimiento acusatorio, en el procedimiento de acusación directa, cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: *(i)* individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; *(ii)* satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; *(iii)* establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; (*iv*) determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y (*v*) ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia.

13. El derecho de defensa de las partes procesales queda salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal.

Respecto al imputado, se le posibilita, en virtud del artículo 350°.1 NCPP observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento.

En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100° NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350° NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado 1, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

14. El Fiscal en el requerimiento de acusación, de conformidad con el artículo 349°.4 NCPP, indicará entre otros aspectos las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

En caso que el Fiscal no solicite una medida coercitiva, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 286° NCPP, la medida que prevé de comparecencia simple. Excepcionalmente, y solo por razones de urgencia y necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, el Fiscal podrá requerir medida de coerción personal proporcional al peligro procesal en una audiencia autónoma a la de la etapa intermedia de control de la acusación directa, según las reglas correspondientes a tal requerimiento.

§5. El proceso inmediato y la formalización de la investigación preparatoria

15. Estando a lo dispuesto por el artículo 447°.1 NCPP, el Fiscal tiene la posibilidad de requerir la incoación del proceso inmediato en dos momentos: (i) luego de culminar las diligencias preliminares y (ii) antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria. En base al primer supuesto, se estará ante un Proceso Inmediato incoado sin formalización de la Investigación Preparatoria; de ahí que resulta necesario que el requerimiento de incoación de este proceso incorpore los mismos elementos que una disposición de formalización de Investigación Preparatoria y supuestos de aplicación que se producen.

En cambio, en virtud del último supuesto, se tiene que en el Proceso Inmediato, sí existe la obligación de formalizar la Investigación Preparatoria con las implicancias que ello tiene, es decir, que se notifique de esta disposición al imputado a fin que conozca la imputación hecha en su contra y pueda preparar su estrategia de defensa, o de ser el caso interponer los medios de defensa técnicos que considere pertinentes.

§6. El proceso inmediato y la etapa intermedia

16. Dentro de la estructura del proceso común, una de las funciones más importantes que debe cumplir la etapa intermedia es controlar los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual se ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no iniciar el juicio oral. Es decir, el Juez de la investigación preparatoria como director de la etapa intermedia realiza un control tanto formal, sustancial y sobre la suficiencia de los elementos de convicción de la acusación.

17. En el proceso inmediato, al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación: flagrancia delictiva; confesión del imputado; y que los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes, no existe etapa intermedia.

18. No obstante ello, la autoridad judicial ha de realizar en este proceso dos controles. Son los siguientes:

A. De acuerdo con el artículo 448°. 1 NCPP el Juez de Investigación Preparatoria, realiza un primer control antes de dar inicio al proceso inmediato. Es el control al requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato. Este primer control permite al Juez de la Investigación Preparatoria determinar si procede o no dar inicio a un proceso inmediato, para lo cual es preciso que dicha autoridad judicial verifique el cumplimiento de los supuestos de aplicación de este proceso.

Asimismo, en armonía con el artículo 448°.1 NCPP, el Juez de la Investigación Preparatoria corre traslado a las partes de dicho requerimiento por un plazo de tres días y debe decidir, en un plazo igual, si acepta o rechaza el requerimiento fiscal.

Sobre este punto cabe destacar que, en el marco de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, así como para evitar la indefensión, que inspiran el nuevo Código Procesal Penal, puede ser factible, atento a las circunstancias de la causa, establecer una audiencia para el Proceso Inmediato, que se seguirá conforme a las pautas establecidas de manera genérica por el artículo 8° NCPP. Por tanto, para que el Juez de la Investigación Preparatoria resuelva la procedencia o no de este proceso especial, si fuera el caso –aunque no obligatoriamente–, podrá producirse un debate con la concurrencia del Fiscal, quien argumentará oralmente por qué eligió y considera la aplicación de este proceso especial, así como con la presencia del imputado y su abogado defensor, los cuales podrán contradecir este requerimiento Fiscal y el Juez hará las preguntas aclaratorias expidiendo la resolución motivada que corresponda. Asimismo

el Fiscal, de ser el caso, solicitará la aplicación de las medidas de coerción que considere pertinentes, de manera simultánea y separada del requerimiento de incoación del proceso inmediato, requerimiento que será discutido en audiencia, siguiendo las consideraciones del Título I, Sección Tres, del citado Código, según corresponda.

El segundo control a cargo de la autoridad judicial, es el de la acusación fiscal, para ello es preciso referir que en virtud del artículo 349° NCPP tal requerimiento debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al juez de juicio oral, quien dictará el auto de enjuiciamiento en virtud del artículo 448°.2 NCPP.

§7. Momento de aportación de medios probatorios en el Proceso Inmediato

19. Uno de los problemas que se suscitan en torno al proceso inmediato es que al no contar con fase intermedia, no se tiene un momento específico en el que el imputado y las demás partes realicen la aportación de medios probatorios, por lo que el acusado ingresaría en desventaja al juicio. Asimismo, que no hay oportunidad para que las partes procesales puedan constituirse como tales.

20. En un proceso común, en el que sí se lleva a cabo la etapa intermedia –donde las partes tienen la oportunidad de ofrecer cuanto medio de prueba consideren– cabe la posibilidad de permitir que las partes ofrezcan medios de pruebas al inicio del juicio oral, en virtud del artículo 373° NCPP, lo que se condiciona únicamente a determinados supuestos, tales como: *i* Que la prueba sea nueva y que haya sido conocida con posterioridad a la audiencia de control, *ii* Que la prueba no haya sido admitida a nivel de la audiencia de control en la etapa intermedia.

21. De ello se tiene que en el proceso inmediato resulta válida la realización de este acto al inicio del juicio oral bajo la conducción del mismo juez de juzgamiento, quien ha de realizar un control de los medios de prueba ofrecidos para el Juicio Oral como por las demás partes que debe cumplir los principios de legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia. Así, la actuación probatoria, eje central del juicio oral, será desarrollada respetando los principios de igualdad, legalidad y contradicción, que integran las garantías del debido proceso y defensa procesal.

22. Estas consideraciones no afectan el principio de imparcialidad, que garantiza que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que la regla en base a la cual el ofrecimiento y admisión probatoria debe realizarse en la etapa intermedia no puede ser entendida como absoluta y menos aún en el contexto de un proceso especial que, como se tiene

expuesto, se rige por pautas propias. Por lo demás, queda garantizado el respectivo contradictorio a que se someterán las pruebas ofrecidas al poder ser actuadas en el juicio oral.

23. Función que se realiza, siguiendo la misma lógica empleada para la aportación de los medios probatorios, al no existir investigación preparatoria, ni la etapa intermedia, los sujetos procesales tendrán, al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el parágrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto.

III. DECISIÓN

24. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

25. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos del 8° al 23°.

26. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

27. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial «El Peruano». Hágase saber.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

17.- Audiencia de tutela e imputación suficiente

ACUERDO PLENARIO Nº 2-2012/0-126

Asunto: audiencia de tutela e imputación suficiente

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y los Jueces Supremos de lo Penal de este Máximo Tribunal de Justicia Ordinario, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa Nº 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó el Foro de «Participación Ciudadana»- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro «Participación Ciudadana» a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Giammpol Taboada Pilco Juez de Investigación Preparatoria de La Libertad); Julio Cesar Espinoza Goyena (Representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal); Eduardo Remi Pachas Palacios y Mario Pablo Rodríguez Hurtado, profesores de derecho procesal penal.

4. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviniendo como ponente el señor San Martin Castro.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

6. Los rasgos generales o características esenciales de la acción de tutela jurisdiccional penal, normada en el artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP- han sido abordados en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-l 16. Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71° NCPP. Uno de ellos es el: conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 7 I°.2, 'a'). Debe entenderse por 'cargos penales, aquella relación o cuadro de hechos -acontecimiento histórico-, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, *prima facie,* justifican la inculpación formal del Ministerio Público. El artículo 336°.2, 'b' NCPP, sobre este extremo, fija como contenido de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria -en adelante, DFCIP-, «*los hechos y la tipificación especifica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación*».

7. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos -que no de su justificación indiciaría procedimental-, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible -cumplidos todos los presupuestos procesales- con el grado sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal -es decir, que impulse el procedimiento de investigación-. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada

de las meras presunciones, y fundada en puntos de objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible -presupuesto jurídico material- atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.

Lo expuesto explica que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria -o, mejor dicho, 'delimitación progresiva del posible objeto procesal'-, y que el nivel de precisión del mismo -relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía- tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta y, por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC Nº 4726-2008 PHC/TC, del 19 de marzo de 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad.

8. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público -distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales- (verbigracia: artículo 15°.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal).

Bastaría en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal -el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional-. Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la DFCEP. Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el NCPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional -el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: artículo 6º. 1, b NCPP-.

9. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaría para anular la DFCIP, puesto que se trata de un presupuesto procesal -bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC Nº 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero de 2010 -cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por conclusa la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino 'sospecha suficiente' -se

ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada-, plenamente controlable en este caso (vid: artículos 344°. 1,346°. 1, 350°. 1, V y 352°.2 y 4 NCPP).

Así las cosas, se entiende que el parágrafo 14° del Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de «residual», a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71° NCPP, y que el parágrafo 18° fije como criterio base la irrecurribilidad de la DFCIP.

10. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, incluye, aparte de los llamados 'derechos instrumentales' (derechos a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados 'derechos sustanciales', que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (artículo 72°.2, «a» NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (*vid*: artículo 342°. 1 NCPP) tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar.

Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la se ejerce desde el primer momento de la imputación (vid: artículo 139°.14 de la Constitución), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad.

Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones Correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos -este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71°.1 NCPP-.

11. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquél -que se erige en requisito de admisibilidad-, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque

no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.

En este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales– sería exclusiva y limitadamente correctora –disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes–. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación.

III. DECISIÓN

12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la intervención del Presidente del Poder Judicial, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

13. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 11°.

14. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado Estatuto Orgánico.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
MORALES PARRAGUEZ

Informes y dictámenes

DICTAMEN SOBRE LA POSIBLE RELEVANCIA PENAL DE LA CONDUCTA DE LOS FUNCIONARIOS DE *J.P. MORGAN* EN EL CASO DEL SALVATAJE DEL *BANCO WIESE LTDO.*

PROF. DR. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ*
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pompeu Fabra

Miembro del Consejo de Redacción de *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (Alemania), miembro del Consejo Consultivo Internacional de la *Revue Penitentiaire et de Droit Pénal* (Francia), miembro del Consejo de Redacción de la *Revista de Derecho Penal y criminología* (España), miembro del Consejo Consultivo Internacional de la *Revista Peruana de Ciencias Penales,* miembro del Consejo Consultivo de la *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* miembro del Consejo Consultivo Internacional de la revista *Cuadernos de Doctrina y de Jurisprudencia penal* (Argentina), miembro del Consejo Consultivo de la revista *Derecho Penal contemporáneo* (Colombia), entre otras.

Por parte de la representación de la entidad *J.P. Morgan Chase Bank* se me ha solicitado la emisión de dictamen sobre la posible relevancia penal de las conductas realizadas por sus funcionarios en el caso del salvataje del *Banco Wiese Ltdo.* El dictamen se basa en la información documental y verbal que me ha sido proporcionada, de cuya corrección parto y a la que se alude de modo constante en el cuerpo de este informe.

Abreviaturas

Am. J. Comp. L. *The American Journal of Comparative Law.*

Cal. L. Rev. *California Law Review.*

Col. J. Transnat'l L. *Columbia Journal of Transnational Law.*

Ger. L. J. *German Law Journal.*

JA. *Juristische Arbeitsblätter.*

JZ. *Juristenzeitung.*

NJW. *Neue Juristische Wochenschrift.*

RTDPE. *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'Economia.*

ZHR. *Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht.*

1. Hechos y calificación jurídica propuesta por la Fiscalía

A principios de 1998, el *Banco Wiese Ltdo.* (que tenía una cuota de mercado en el Perú en torno al 18%) buscó el asesoramiento del *Banco de Inversión J.P. Morgan,* a fin de que por parte de éste se buscara un socio estratégico, esto es, una entidad internacional que inyectara capital y proporcionara tecnología a la entidad peruana para su reflote. El contrato de prestación de servicios de asesoramiento financiero se formalizó por ambas entidades el 2 de junio de 1998[1] y en él se mencionaba los siguientes servicios: «(I) identificar socios idóneos selectos que gocen de aceptación por parte de la entidad y establecer contacto con los mismos, (II) ayudar a la entidad a estructurar las

[1] Confirmado luego el 15 de diciembre de 1998.

eventuales transacciones que pudieran ejecutarse como resultado de las conversaciones con las entidades identificadas; (III) realizar coordinaciones para que los socios potenciales realicen auditorías jurídicas; y (IV) apoyar a la entidad en la negociación de los aspectos financieros de cualquier transacción propuesta».

El *J.P. Morgan* puso a disposición del *Banco Wiese Ltdo.* (en adelante, *BWLK*) un equipo de unas diez personas, entre ellos, los Sres. Susana de la Puente Wiese y Martín Salvador Fariñas von Buchwald. Mediante el asesoramiento prestado por éstos, después de diversas negociaciones infructuosas con otras entidades financieras extranjeras, la multinacional italiana *Banco Sudameris,* propietaria del *Banco de Lima,* se mostró dispuesta a llegar a un acuerdo para entrar en el *BWL.* Los términos de dicho «Convenio Base de Integración» se expresaron en el documento de fecha 17 de febrero de 1999, en el que se preveía una fusión del *BWL* y el *Banco de Lima Sudameris,* con aportación de un capital de 130 millones de dólares por parte de *Sudameris,* y una participación para éste del 53% en el banco resultante de la fusión; el *BWL* tendría el 47% restante. En todo caso, se establecía la necesidad de practicar en este último banco una Auditoría Confirmatoria de su situación económica (*due diligence*).

Mientras el *BWL* era sometido (por parte de la firma *Arthur Andersen*) a la Auditoría Confirmatoria, diversos factores coyunturales estaban agudizando rápidamente la crisis económica en el mundo, en la región y, en consecuencia, por el efecto de encadenamiento, también la crisis financiera de dicho Banco.

La Auditoría, realizada por *Arthur Andersen,* puso de relieve que el *BWL* requería un aporte de capital muy superior a los límites previstos en el Convenio Base de Integración. Así las cosas, y dado el cambio de circunstancias, se hacía inviable la fusión entre el *Banco Sudameris* y el *BWL* en los términos previstos en el referido acuerdo, colocando en un aparente callejón sin salida a una de las más importantes entidades financieras del Perú. Todos los asesores financieros, los que intervinieron entonces y los que han analizado la operación con posterioridad, coinciden en que, en tales circunstancias, resultaba absolutamente necesaria alguna modalidad de intervención estatal. Pero el *Banco Sudameris* también rechazaba que el Estado interviniera el *BWL* y, luego, se lo vendiera (carta de 3 de junio de 1999). Más bien, lo que exigía era que el Estado peruano cubriera la diferencia de capital. Ello debe enmarcarse en un cuadro más general, caracterizado por el hecho de que las condiciones del *Banco Sudameris* para fusionarse con el *BWL* habían sido desde el principio muy duras, pues no en vano se había quedado sin competidores en la puja inicialmente existente al respecto.

En este nuevo contexto, y concretamente en el mes de junio de 1999, altos funcionarios del Gobierno peruano, sobre todo, del Ministerio de Economía y Finanzas (*MEF*), pero también de la Superintendencia de Banca y Seguros (*SBS*) (que venían monitoreando esta operación financiera), dieron inicio, conjuntamente con los representantes del *BWL* y los del *Banco Sudameris*, a unas, así denominadas, «negociaciones especiales», en las que se trataría de determinar el modo de intervención del Estado en la reestructuración («salvataje») del *BWL*.

El *BWL* solicitó a su asesor financiero –el *Banco de Inversiones J.P. Morgan*– que los integrantes del equipo que habían intervenido en la fase anterior intervinieran también en algunas de las sesiones de las «negociaciones especiales», como también lo hicieron los asesores financieros del *Banco Sudameris* (el banco de inversión integrado en su propio grupo). Ahora bien, sobre cuál fue exactamente la intervención de los empleados de *J.P. Morgan* en dichas negociaciones especiales existen versiones contradictorias. El Ministerio Público y la Procuraduría *ad hoc* sostienen que, entre otras cosas, *intervinieron material e intelectualmente en la creación de todo el marco normativo* (Decreto de Urgencia 034-99-EF y disposiciones de desarrollo) que permitió el «salvataje» financiero del *BWL* en unos términos perjudiciales para el Estado peruano. En cambio, la defensa de los referidos empleados sostiene que éstos, en primer lugar, expusieron a los funcionarios públicos antes referidos cuáles eran los diferentes modelos de resolución bancaria experimentados en las crisis que habían tenido lugar en otros países, las diversas modalidades de participación del Estado y los correspondientes costes fiscales. Y que, a continuación, aconsejaron algunas de ellas: en particular, a) que el Estado le prestara dinero al *BWL* (con un plazo de vencimiento de cinco a diez años) para capitalizar el banco; o b) que el Estado capitalizara directamente el *BWL* con el capital regulatoriamente establecido (inferior al solicitado por el *Banco Sudameris*). Obviamente, con cualquiera de las dos opciones el *Grupo Wiese* mantenía el control y la gestión del *BWL*. Sin embargo, el Gobierno, precisamente porque quería que dicho control y gestión pasara al *Banco Sudameris* –un banco internacional con amplia capacidad financiera– las rechazó. Frente a ellas, optó por no aportar tampoco el capital requerido por el *Banco Sudameris*, sino por otorgar únicamente un aval a una cartera utilizada, con la expectativa de que dicha cartera se recuperaría con el transcurso del tiempo. El período del aval era de seis años.

Sea como fuere, lo cierto es que el modelo de reestructuración bancaria del *BWL* fue establecido en primer lugar en el D.U. 034-99-EF, de 25 de junio de 1999. En este Decreto de Urgencia se preveía, en

términos generales, un *Programa de Consolidación Patrimonial* para fortalecer empresas financieras en crisis. Dicho programa se basaba en dos aspectos esenciales. Por un lado, se establecía la posibilidad de que el *MEF*, a través de la Dirección General de Crédito Público y con la participación de la Dirección General del Tesoro Público, estableciera un Convenio de Fideicomiso con el Banco de la Nación como fiduciario. A éste se le dotaría de un fondo fiduciario conformado a partir de la emisión de bonos del tesoro, con el que el Banco de la Nación podría otorgar contratos de suscripción temporal de acciones de empresas en crisis. Todo ello, naturalmente, con una serie de limitaciones. Por otro lado, se establecía la posibilidad de que se otorgara la garantía de la República a fin de respaldar el valor de activos de las entidades bancarias afectadas, para lo que se autorizaba a la Dirección General de Crédito público a suscribir los correspondientes contratos de garantía en los términos del Reglamento Operativo del Programa que se dictaría después. Como respaldo de la garantía pública, los accionistas de la entidad habían de entregar activos que respondieran a lo establecido en el mismo Reglamento antes aludido.

El 26 de junio de 1999 se aprobó el Reglamento Operativo del Programa (R.M. 144-99-MEF/77); y el mismo día (por R.M. 145-99-EF/10) se designó al Banco de la Nación como entidad fiduciaria de dicho programa. Poco después, el 28 de junio de 1999, los representantes del *Grupo Wiese* y los del *Grupo Sudameris* suscribieron el «Acuerdo Marco para la Consolidación Patrimonial del Banco Wiese Ltdo.», que se basaba en las siguientes operaciones vinculadas: a) la titulación de cartera de activos del *BWL;* b) la compra-venta, por el Banco de la Nación, de acciones preferentes emitidas por el *BWL;* y c) la reducción y aumento de capital del *BWL*. Mediante lo primero se trataba de retirar la cartera más deteriorada del *BWL* («bad bank», *banco malo*), con el fin de disminuir el déficit de provisiones producto de esa cartera, mejorando la posición económica del banco antes de la fusión. Lo segundo y lo tercero incidían, en cambio, ya en la Consolidación del Banco liberado de aquel lastre («good bank», *banco bueno*).

Parece que, a juicio del Ministerio Público, los hechos relevantes tienen lugar a partir de este momento, pues el día 30 de junio de 1999 se dictó la aludida R.M. 146-99-EF/94-10, en la que se aceptaba la inclusión del *BWL* en el *Programa de Consolidación,* en las condiciones establecidas en el *Acuerdo Marco* suscrito entre los particulares el día 28 de junio de 1999. En concreto, se aprobaba el otorgamiento del aval del Estado en los términos previstos en dicho *Acuerdo Marco,* a la

vez que se autorizaba al Banco de la Nación, para que, en su calidad de Fiduciario, suscribiera todos los contratos y demás documentos necesarios para la ejecución del referido acuerdo marco.

En lo esencial, sucedió que en fecha 30 de junio de 1999, mediante un contrato marco de fideicomiso de titulación, el *BWL* entregó a la entidad *Wiese Sociedad Titulizadora S.A.*, en calidad de fiduciaria, una cartera de créditos pendientes de cobro por importe nominal de 701 millones de dólares a un valor de transacción de 601 millones. Con base en dicho patrimonio fiduciario, la sociedad titulizadora emitió un Bono por importe de 300 millones a la orden del *BWL;* un pagaré por importe de 189 millones a favor del *BWL*, que contó con el respaldo de un aval del Estado; dos certificados de participación de clase A) por un importe total de 100 millones a favor de la República del Perú como garantía del aval; y un certificado de participación de tipo B) por importe de 112 millones, a favor del *BWL*. Todo lo cual sumaba los 701 millones referidos. La cobranza de los activos se encargaba al propio *BWL*. Meses después, el 2 de setiembre de 1999, el *Grupo Wiese* constituyó prenda a favor del MEF sobre una serie de acciones aún no emitidas, por importe de algo más de 28 millones, asimismo en garantía del aval concedido por el Gobierno.

A principios de julio de 1999 el Gobierno se dirigió al *BWL* en exigencia de mayores garantías, que éste se negó a prestar arguyendo que el *Grupo Wiese,* que se quedaría en posición minoritaria dentro del nuevo *Banco Wiese Sudameris,* estaba soportando todas las cargas para garantizar que *Sudameris* siguiera con la operación. Es en este contexto en el que cabe situar la comunicación (con membrete de *J.P. Morgan*) de la Sra. De la Puente, dirigida en fecha 7 de julio de 1999 a los entonces Ministro de Economía y Finanza, Vice-Ministro y Jefe del Gabinete de Asesores. En dicha misiva, a la que se adjuntaba un preciso resumen de todo lo acontecido, aquélla proponía la celebración de una reunión, en la que ella acompañaría al Sr. Augusto Felipe Wiese, presidente del *BWL*, a entrevistarse con el Ministro. En la referida comunicación se indica que el *BWL* tiene la misma preocupación que todos los demás intervinientes en la operación que ésta sea transparente y bien entendida por el conjunto de la sociedad.

Finalmente, el Estado se mantuvo en la operación en las condiciones preestablecidas, sin exigir mayores garantías. En fecha 2 de setiembre de 1999 tuvieron lugar dos negocios (de compra-venta y adquisición temporal de acciones del *BWL;* y de suscripción temporal de acciones del mismo Banco) por parte del Banco de la Nación, que invirtió un importe total de unos 52 millones de dólares.

En la misma fecha se otorgaba un contrato de opción de compra sobre esas acciones, a favor del *Grupo Wiese* y se formalizaba la fusión del *BWL* y el *Banco de Lima Sudameris*, constituyéndose el *Banco Wiese Sudameris*. A partir de entonces, y a lo largo de 2001, 2002 y 2003, tuvieron lugar diversas operaciones de reducción y aumento de capital (acordeón) que acabaron de configurar la situación accionarial del nuevo Banco.

El Ministerio Público sostiene que, al someter el Programa de Consolidación Patrimonial del *BWL* a las condiciones del *Acuerdo Marco*, se generó (en incumplimiento del D.U. 034-99) una situación perjudicial para el Estado, debida, entre otros extremos, a la insuficiencia de las garantías prestadas en respaldo del aval. Sobre este punto en particular, se afirma que la cartera de créditos de la *Sociedad Titulizadora*, al estar sumamente deteriorada, no tendría un valor superior a los 472 millones de dólares (según estimación de la *SBS*), lo que impediría abonar con base en ella el pagaré debido al *BWL*. Así que el Estado se vería obligado a pagar el importe del aval, cuyo recobro sería imposible por la insuficiencia de las garantías prestadas por el *BWL*.

Un elemento adicional que se toma en consideración, aunque muy colateralmente, por el Ministerio Público es el de que la Sra. Susana de la Puente Wiese, funcionaria de *J.P. Morgan*, era también, por vinculaciones familiares, accionista del *BWL*, siendo su padre, el Sr. Gonzalo de la Puente y Lavalle y su hermano, el Sr. Gonzalo de la Puente Wiese, respectivamente Director y funcionario del referido Banco. Efectivamente, la Sra. De la Puente era titular de la nuda propiedad de acciones del *BWL*, cuyo usufructo, sin embargo, le correspondía a su padre.

El Ministerio Público entiende que los hechos reseñados son constitutivos de un presunto delito de colusión ilegal o defraudatoria del art. 384 del Código Penal peruano: «El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años»[1]. Y que en este delito de colusión intervinieron entre otras personas, a título de cómplices primarios, los funcionarios del *J.P. Morgan*.

2. Los hechos concretamente constitutivos del presunto delito de colusión

2.1. Introducción

La conducta típica del delito de colusión ilegal o defraudatoria[2] es «defraudar al Estado... concertándose con los interesados». El tipo constituye un delito especial propio que únicamente puede cometerse a título de autor por funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, debe precisarse qué significa «defraudar al Estado» y en qué consiste el «concierto» con los particulares interesados en la correspondiente operación. Según el monografista ABANTO VÁSQUEZ[3], en el concierto se trata de que el funcionario público convierta algo en principio lícito, como es el llegar a acuerdos con los privados contratantes, en ilícito: de que, en vez de representar los intereses de la administración, beneficie a los interesados privados y a sí mismo. Y en efecto, el concierto no es sino una conjunción de voluntades (entre el funcionario y los particulares).

Ahora bien, resulta discutible que, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el art. 436 del Código Penal español (correspondiente *mutatis mutandis* al art. 384 del Código Penal peruano), el delito peruano de colusión fraudulenta se consume siempre de modo anticipado en el momento del acuerdo. El verbo rector de la conducta típica es aquí «defraudar». Lo que significa que, si todavía no se ha defraudado, el delito no puede considerarse consumado por mucho que haya tenido lugar el acuerdo. En definitiva, pues, el delito se consuma en aquel momento en que, concertadas las partes, su acuerdo genera un riesgo de perjuicio patrimonial para el Estado que contraviene el deber de lealtad que vincula al funcionario con la Administración pública. Para la realización típica es necesario que concurra dolo. En cambio, el ánimo de lucro no es elemento del tipo, de modo que no es preciso que se pruebe un beneficio propio para el funcionario.

Dada la redacción típica del delito de colusión, un primer aspecto problemático es la determinación de cuál o cuáles de las conductas sucesivamente realizadas por los funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Superintendencia de Banca y Seguros constituirían el hecho típico. A título hipotético, cabría considerar las siguientes alternativas.

---

[2] Que, según ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2001, p. 262, debería denominarse, más correctamente «fraude a la administración pública».

[3] ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, pp. 263, 265-266 y 267.

a) Que la colusión se hubiera producido ya desde el momento en que se decidió la intervención del Estado en la crisis del *BWL*. Para ello habría que sostener que la opción correcta desde la perspectiva de los intereses del Estado peruano habría sido la de abstenerse de toda injerencia.

b) Que la colusión se hubiera producido desde el momento en que se decidió que dicha intervención se articulara mediante el modelo «banco bueno, banco malo». Para ello habría que sostener que la opción correcta desde la perspectiva del Estado peruano habría sido la de acoger otro modelo de intervención.

c) Que la colusión se hubiera producido en el momento de determinar los detalles concretos de aplicación al caso del modelo «banco bueno, banco malo». Para ello habría que afirmar que la opción correcta desde la perspectiva del Estado peruano tendría que haber sido la de articularlo de un modo distinto al previsto en el D.U. 034-99.

d) Que la colusión se hubiera producido en el momento de ejecutar lo dispuesto en el D.U. 034-99. Para ello habría que sostener que las resoluciones ministeriales de desarrollo se adoptaron en perjuicio de los intereses del Estado.

2.2. Valoración de las alternativas

Todo parece indicar que la colusión, si es que existió realmente –sobre lo que abrigo serias dudas–, no tuvo lugar ni el momento a), ni el momento b). Ciertamente, resulta difícil afirmar que la presunta colusión tuvo lugar en el momento a), porque ello implica sostener que lo correcto desde la perspectiva del Estado habría sido dejar que se procediera al cierre y liquidación del *BWL*. Sin embargo, el cierre y liquidación de un banco no es una opción que el Estado pueda asumir con la misma tranquilidad con la que puede asumirse el cierre y liquidación de una empresa de otras características. La estrecha vinculación de las entidades bancarias con el ahorro y el crédito determina que el cierre de una de estas entidades pueda tener efectos devastadores sobre toda la economía nacional. De ahí que en la literatura al uso sobre crisis bancarias[4] exista consenso en el sentido de que el cierre del banco no es una medida que deba considerarse seriamente cuando el tamaño u otras características de la entidad

[4] Cfr., por ejemplo, a este respecto y en lo que sigue, SANTOMERO/HOFFMAN, *Problem Bank Resolution: Evaluating the Options*, The Warton School, University of Pennsylvania, octubre 1998, Working Paper 98-05-B.

financiera hacen pensar en la existencia de un *riesgo de contagio*. Pues bien, las características *BWL* (con una participación del 18% en el mercado bancario) hacían pensar precisamente en dicho riesgo de contagio. Además, existe acuerdo en que dicho cierre conlleva costes muy importantes, entre los que se cuenta la disminución de valor de los activos, así como la pérdida de los servicios y empleos.

La abstención de toda intervención por parte del Estado era, por tanto, una opción que no podía acogerse. En otras palabras, el Estado peruano estaba en la obligación, para evitar males mayores, de participar en la reestructuración del *BWL*. Ahora bien, esto todavía no excluye que la presunta colusión pudiera haber tenido lugar en el momento b), esto es, en el momento en el que, planteados los diversos modelos de reestructuración, se adoptó el esquema conocido como «banco bueno, banco malo» (*Good-bank, Bad-bank Model*). Sin embargo, sucede que otras alternativas eran peores. Así, por ejemplo, la *intervención directa del Banco* por el Gobierno tiene costes enormes[5], aun cuando se trate de una intervención para, de modo inmediato, proceder a la venta del Banco intervenido. Por lo demás, el *Banco Sudameris* no estaba dispuesto a adquirir un Banco intervenido, con el «estigma» que ello suponía y la perspectiva de huída de depósitos.

Frente a ello, el esquema «banco bueno, banco malo» cuenta con cierta reputación en la literatura relativa a las crisis financieras, especialmente como mecanismo previo a una fusión[6]. Quien entendiera que el recurso a éste fue fraudulento y perjudicial para el Estado, debería argumentar por qué. Desde luego, en los datos fácticos que nos han sido proporcionados no encontramos razones para llegar a tal conclusión. Como se ha indicado, debe tenerse en cuenta que en las reestructuraciones bancarias se trata siempre de un mal, aunque éste sea un mal menor que el que se derivaría de las demás alternativas existentes.

De todos modos, conviene tener en cuenta adicionalmente que el modelo «banco bueno, banco malo», según los indicios que obran en la documentación que se nos ha proporcionado, ni siquiera había sido el propuesto por los empleados de *J.P. Morgan* en el marco de las «negociaciones especiales». En efecto, éstos, obligados en virtud de su contrato con el *BWL* a velar por los intereses de éste, patrocinaban otros esquemas de resolución de la crisis del banco. Así, en particular, el de que el *Estado otorgara asistencia financiera al banco*, manteniendo

---

5 SANTOMERO / HOFFMAN, *Problem Bank Resolution*, p. 13.

6 *Ibidem*, pp. 14 y ss.

los accionistas su control y conservándose el equipo de gestión[7]. Ahora bien, esta solución, cuya propuesta era comprensible en términos de fidelidad contractual, pues garantizaba que el *Grupo Wiese* mantuviera el control del banco, fue rechazada por el Estado. En realidad, soluciones de esta naturaleza generan un importante «riesgo moral» (*moral hazard*). Dicho riesgo moral consiste en que, si quienes se hallan en una situación de crisis financiera se ven rescatados por el Estado sin pechar con otras consecuencias, otros agentes financieros pueden verse estimulados a realizar conductas arriesgadas, sabiendo que ellos no soportarían las pérdidas en el caso de que aparecieran luego serios problemas. Por ello, en la literatura sobre crisis bancarias se suele subrayar que la reestructuración de bancos en crisis por el Gobierno se asienta en tres pilares, que son la recapitalización, el reemplazar a los antiguos gestores del banco.

Así las cosas, el modelo denominado de *C&A*, esto es, consistente en «comprar y asumir» transacciones (*P&A: Purchase and Assumtion*), una de cuyas variantes es precisamente el esquema de «banco bueno, banco malo» orientado a una fusión, no podía cuestionarse especialmente. Es sabido que éste, si se aplica bien –lo que requiere habilidad, práctica, voluntad política y procedimientos– tiene un impacto bajo en términos de costes así como sobre las operaciones bancarias y minimiza el riesgo moral, pues conlleva la remoción de los gestores originarios. En definitiva, el modelo de resolución acogido, que fue propuesto por los asesores del *Banco Sudameris*, no parece objetivamente cuestionable y probablemente por eso fue el acogido por el Estado.

Cabe entonces que la presunta colusión se pudiera entender producida en el momento c), esto es, al concretar el modelo de plantear la aplicación del esquema al caso. Efectivamente, la traducción del esquema «banco bueno, banco malo» al caso era una entre varias posibles. Al respecto, no cabe atribuir significado específico al hecho de que la reestructuración se llevara a cabo en pocos días, incluso con ciertas discordancias burocráticas, todo ello en el marco de conversaciones con el Estado, etc. Esto es precisamente lo común en las crisis bancarias, en las que el tiempo y la agilidad constituyen un factor inestimable. Pero, efectivamente, el puesto en práctica en el caso fue un esquema de «banco bueno, banco malo» caracterizado por el hecho de que el Estado no compraba la cartera mala del *BWL*, sino que la garantizaba[8]. Ahora bien,

---

[7] *Ibidem*, p. 12.

[8] Algo también relativamente común: SANTOMERO / HOFFMAN, *Problem Bank Resolution*, p. 15.

al respecto conviene tener en cuenta que era precisamente el *Banco Sudameris* quien pretendía que dicha cartera fuera comprada por el Estado. La opción por el sistema del aval surgió del lado de los funcionarios del MEF; y debe convenirse que constituía una opción menos gravosa para el Estado.

En efecto, el esquema «banco bueno, banco malo» siempre implica que se saquen del banco los activos malos y las pérdidas que se tendrán que asumir (el banco malo). Precisamente, es la venta de esos activos malos y la posterior recapitalización del banco, ya que liberado del lastre, lo que hace posible la configuración del «banco bueno». Ahora bien, es común subrayar que existen unas reglas de oro que deben seguirse en estos casos: entre ellas, evitar poner dinero bueno sobre activos malos; intentar recuperar lo que se pueda; y dar prioridad a la realización temprana sobre lo que podría ser una expectativa de mejor precio futuro. Cabe, en cualquier caso, que también el Estado haya de incurrir en pérdidas, que naturalmente siempre habrían de ser compartidas con los dueños anteriores del banco en crisis.

En este contexto, la fórmula del aval constituía, en realidad, una que beneficiaba al Estado frente a lo que habría supuesto la compra de la cartera pesada (el banco malo). A este respecto, los hechos posteriores han puesto de relieve hasta qué punto esa decisión de los funcionarios públicos fue correcta. Pues ahora, a raíz del proceso de adquisición del *Banco Wiese Sudameris S.A.A.* por parte de la entidad canadiense *The Bank of Nova Scotia*, ésta última ha ofrecido que el *Scotia Bank Perú S.A.A.* (antes *Banco Wiese Sudameris S.A.A.*) renuncie a sus derechos sobre el aval otorgado en su día por el Estado a *BWL Sociedad Titulizadora S.A.* (antes *Wiese Sociedad Titulizadora S.A.*). Ello ha dado lugar a una propuesta de transacción extrajudicial, aceptada por el Gobierno de la República y aprobada en virtud del Decreto Supremo 086-2006-EF, cuya consecuencia esencial es la extinción de las responsabilidades civiles (no de las penales) derivadas del proceso de consolidación patrimonial del *Banco Wiese Ltdo.* Con esa finalidad, el Banco renuncia «de manera irrevocable y absoluta a exigir el Aval y lo considera para todo efecto como no puesto en el Pagaré», al tiempo que se estiman extinguidas las correspondientes garantías. En suma: el Estado se ha visto liberado de tal carga financiera.

Así pues, si hubo una colusión –y ésta no se produjo ni en el momento a), ni en el momento b), ni en el momento c)– habría que considerar que se produjo en el momento d), en que se definieron las obligaciones concretas de cada una de las partes. Sobre este particular, conviene indicar que, de hecho, el «Acuerdo marco» de 28 de junio

de 1999 fue negociado también con el Estado, aunque éste no lo firmara por razones formales. Pero asimismo debe tenerse presente que dicho acuerdo es, ante todo, un producto jurídico, en el que quienes intervinieron fueron, esencialmente, los asesores jurídicos de las partes y del Estado. En este sentido no puede sino sorprender que las imputaciones se dirijan contra los asesores financieros y no también contra aquéllos. Las resoluciones ministeriales, en fin, dan cuenta del contenido de dicho Acuerdo marco.

Al final, según la representación del Ministerio Público, todo parece quedar reducido a la cuestión de que el aval otorgado se veía abocado a ser ejecutado (por la supuesta ausencia de fondos en la *Sociedad Titulizadora* para cubrir el importe del bono y del pagaré, ambos emitidos a favor del *BWL*). Y que, una vez ejecutado, se consideraba imposible que el Estado peruano se viera resarcido de modo pleno, dada la supuesta insuficiencia de las garantías otorgadas por el *BWL*. De hecho, fue este debate sobre la insuficiencia de las garantías el que motivó que el Estado, a principios del mes de julio, exigiera ulteriores garantías, a lo que el *Grupo Wiese* se negó (comunicación de 7 de julio de 1999 y anexos), por entender que todos los costes de la operación los estaban soportando ellos.

El hecho típico aparecería constituido, según lo señalado -y siempre siguiendo el punto de vista del Ministerio Público-, por el otorgamiento del aval a sabiendas de que la realización de la cartera de la *Sociedad Titulizadora* no alcanzaría a pagar el bono y el pagaré, con lo que el aval acabaría siendo ejecutado. Y a sabiendas, además, de que, dada la insuficiencia de las garantías, su importe no se podría recuperar.

Ahora bien, este informante abriga serias dudas sobre el hecho de que al respecto pueda hablarse de una defraudación al Estado por concierto de los funcionarios públicos con los particulares interesados. En efecto, debe ponerse de relieve que, desde el momento en que se conocieron los resultados de la Auditoría confirmatoria del *BWL* y el *Banco Sudameris*, rechazó la fusión con aquella entidad si el Estado no completaba el capital restante, el Estado peruano pasó a hallarse en una situación de riesgo patrimonial. Todas las alternativas implicaban un riesgo de perjuicio para el propio Estado, o en todo caso, para la sociedad peruana. Así, permitir la liquidación y cierre del *BWL*, intervenir el *BWL*; inyectar capital directamente al *BWL* o incluso comprar la cartera pesada del *BWL* eran, todas ellas, opciones que, ya para el Estado, ya para la sociedad peruana, resultaban mucho peores en términos económicos que la que finalmente se adoptó. Los hechos

producidos con posterioridad permiten confirmarlo: ninguna de las demás opciones habría permitido el reflote del banco y, a la vez, el rescate del aval, que es justo lo que se ha conseguido en 2006.

Claro es que podría afirmarse que lo que los funcionarios públicos debieron haber hecho era exigir más garantías para otorgar el aval. Pero sucedía que desde el *Grupo Wiese* se rechazaba la prestación de mayores garantías por entenderse que ya se habían soportado suficientemente las consecuencias del salvataje, mientras que el *Banco Sudameris,* que iba a controlar el nuevo *Banco Wiese Sudameris,* no las soportaba. Así que, desde el *Grupo Wiese* se sostenía que, antes de prestar más garantías, se prefería la intervención directa del Banco por el Estado. Esto último, sin embargo, implicaba que el Estado habría de acoger una solución peor y más costosa en todos los sentidos. En suma, la opción seguida por el Estado: otorgamiento del aval en los términos en que se hizo, constituye, a mi entender una conducta de «disminución del riesgo» de perjuicio para el Estado, que se hallaba en situación de riesgo desde que se comprobó que el *Banco Sudameris* no se fusionaría con el *Banco Wiese* sin el apoyo financiero del Estado.

Ahora bien, las conductas que, siendo causales con respecto a un resultado de peligro o lesión, lo que hacen es disminuir la medida de un riesgo preexistente (y no atribuible al sujeto que lo disminuye), no son relevantes para el Derecho Penal, pues a propósito de ellas no puede hablarse de la concurrencia de los presupuestos de la imputación objetiva del resultado. La imputación objetiva requiere, en efecto, en primer lugar, un momento de creación o incremento del riesgo de producción del resultado; algo que, por definición, no se da cuando lo que sucede es que se ha procedido a disminuir el riesgo preexistente de producción de ese resultado. Por poner un ejemplo de cátedra: a quien desvía una piedra que amenaza con golpear la cabeza de la víctima y hace que dicha piedra impacte en el hombro, produciéndose una lesión mucho menos grave que la esperada, no se le imputa la referida lesión[9]. En cualquier caso, aun cuando se considerara que la conducta es típica, siempre podría considerarse la concurrencia de un *estado de necesidad justificante* (art. 20°. 4. del Código Penal peruano). Los funcionarios públicos se habrían visto en la tesitura de otorgar el aval en las condiciones fácticas conocidas para evitar un mal mayor, a saber, tener que acordar la intervención del *BWL* por parte del Estado y perder, además, la posibilidad de la contribución del *Banco Sudameris* a su reflote mediante la fusión.

---

[9] Por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal,* traducción de Mir Puig / Muñoz Conde, I, 1981, p. 389, con referencias.

De aceptarse lo señalado, quedaría claro que, por falta de un hecho principal típico y antijurídico, no podría considerarse siquiera la hipótesis de una participación punible de cualesquiera sujetos particulares: obviamente, tampoco la participación de los empleados de *J.P. Morgan*. De todos modos, en el núcleo del dictamen, que se inicia a continuación, intentaremos poner de relieve cómo, aun cuando se considerara que hubo una colusión fraudulenta antijurídica entre los funcionarios y los particulares interesados, la intervención de los empleados de *J.P. Morgan* no podría estimarse, en ningún caso, constitutiva de complicidad primaria en aquélla.

3. La complicidad en el delito de colusión (I): a propósito de la intervención de los representantes del *BWL* y del *Grupo Wiese*

3.1. Sobre la posibilidad de participar de modo punible en los delitos llamados «de acuerdo» o «de convergencia»

A juicio del monografista ABANTO VÁSQUEZ, los particulares con los que se conciertan los funcionarios públicos en el marco del delito de colusión son «partícipes necesarios» en éste. Que no son autores, desde luego, está claro. Como se ha indicado, el delito de colusión fraudulenta es un delito especial propio cuyos autores deben reunir la condición de funcionarios o servidores públicos. Ocurre, sin embargo, que la atribución a una conducta de la condición de «participación necesaria» (en el original alemán, *notwendige Teilnahme*) no sólo lleva aparejada la exclusión de la autoría, sino también su exclusión del ámbito de la participación punible. Seguramente partiendo implícitamente de esta idea, señala ABANTO que la conducta del particular, por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión, es impune. Para ser castigados, los particulares tendrían que realizar alguna aportación a la realización típica por el autor que trascendiera al hecho en sí de la aceptación del concierto o acuerdo. Ello, a juicio del referido autor, «parece ser difícil de constatar a excepción de los actos de 'instigación' (si hicieran surgir la idea criminal en el funcionario)»[10].

Lo cierto es que determinados delitos se configuran legalmente como «delitos de encuentro» o «de convergencia». En ellos concurren varias personas que convergen desde direcciones opuestas en un mismo fin[11]. Por ejemplo, en el delito de usura se requiere un usurero y una víctima de la usura. Dado que la presencia de la víctima es necesaria para castigar al autor, su intervención se denomina «participación necesaria».

---

[10] ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 269.

[11] Así la definición de ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, 2003, p. 142.

La doctrina está de acuerdo, en términos generales, en la impunidad del partícipe necesario en estos supuestos[12]. Asimismo, en otros casos de delitos de encuentro en los que el interviniente no es la víctima del delito, se discute acerca del correcto tratamiento del partícipe necesario. Al respecto, existe un consenso básico en que aquella intervención que sea imprescindible para la constitución del tipo debe quedar, en la mayoría de los supuestos, impune. Tan sólo una actividad de participación que vaya más allá de ese mínimo necesario podrá ser castigada[13]. Pero, en la práctica, ello viene a significar que sólo la instigación (y no así la complicidad) devendrá punible. Así, por ejemplo, a propósito del delito de prevaricación, se afirma que la parte favorecida queda impune cuando se limita a servirse del beneficio que se le ha proporcionado mediante la resolución arbitraria[14]. En cambio si lo realizado es una instigación (por ejemplo, mediante la entrega de una contraprestación o promesa de ello) a la prevaricación, entonces sí cabe su castigo. Por consiguiente, en términos generales, cabe afirmar que es atípica la contribución mínima necesaria para la constitución de un tipo de encuentro en el que el legislador castiga como autoría sólo la ejecución del hecho en un sentido determinado. En estos supuestos no es posible la complicidad, aunque sí la instigación. Por lo demás, la doctrina reconoce que debe procederse analizando en función de las particularidades de cada delito.

En los delitos contra la Administración Pública, la impunidad del partícipe necesario se halla además en estrecha relación con la naturaleza y estructura de aquéllos. En efecto, las formas de intervención en los delitos de funcionarios públicos presentan ciertas especialidades. Tradicionalmente se viene afirmando que al tratarse de delitos especiales, que sólo pueden ser cometidos por los sujetos que reúnen la cualidad de funcionario público prevista en el tipo, los particulares (*extranei*) que intervengan en el hecho no podrán ser nunca considerados autores. Esta circunstancia, como ha puesto de relieve la doctrina especializada más reciente, obedece, en realidad, no a un problema de autoría en sentido estricto, sino más bien a la circunstancia de que el tipo de la parte especial al configurarse como delito especial de deber que incumbe sólo a los funcionarios públicos, no alcanza a conductas de sujetos que no están llamados a cumplir con el deber referido en el tipo[15]. Ello tiene repercusiones más allá de la cuestión

---

12 ROXIN, *Strafrecht AT II*, p. 145.

13 *Ibidem*.

14 Así, ROXIN, *Strafrecht AT II*, p. 145, en referencia expresa al delito de prevaricación (o deslealtad) de abogado (*Parteiverral* en el Derecho alemán).

15 Véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 242; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 68 y ss.

de la autoría a la que tradicionalmente se alude. En efecto, por un lado, se ha puesto de manifiesto que el castigo del *extraneus* por la intervención en delitos de funcionarios no puede fundamentarse según las reglas generales, sino que para ello se requerirá una expresa habilitación legal (como el parágrafo 28 del Código penal alemán o el artículo 65.3 del Código penal español) que fundamentara la punibilidad específica (con una pena disminuida en los Códigos penales citados) del no funcionario. Con todo, parece claro que, aun disponiendo de tales habilitaciones legales, debe valorarse si *materialmente* es posible el castigo de las formas de intervención clásicas en estos delitos. Así, tal y como ha quedado afirmado, la «intervención necesaria», que en los tipos generales sería calificada de complicidad, no podría ser castigada como tal en los delitos de funcionarios configurados como delitos de encuentro. Ello, no sólo por las razones apuntadas relativas a la propia naturaleza dogmática de los delitos de encuentro, sino porque además la impunidad resulta de las consideraciones de carácter material sobre los delitos de funcionarios como delitos especiales de deber.

3.2. La naturaleza del delito de colusión fraudulenta y la «participación necesaria»

Como se ha ido indicando, el delito de colusión es un delito contra la Administración Pública cuyo sujeto activo es el funcionario público, que debe realizar la acción típica (*concertarse*) infringiendo los deberes propios de su cargo. Asimismo, se configura como un delito de encuentro en el que se requiere la participación necesaria de los *particulares*. Sin embargo, el particular no es el destinatario del deber de no concertarse, por lo que tampoco podría infringirlo mediante su intervención material en el hecho. En efecto, dada la naturaleza del delito, no se advierte cómo podría traducirse en el hecho (el *concierto*) una aportación material del particular. En este sentido, puede afirmarse que el delito de colusión difícilmente admite la complicidad (otra cosa podría llegar a afirmarse de la instigación) como forma de intervención punible[16].

Adoptando este criterio, en la doctrina española, al analizar el delito que, en el Código Penal español (art. 436[17]), se corresponde

[16] Quizá sí cabría considerar la cooperación psíquica (esto es, de refuerzo de la decisión delictiva previamente adoptada por un *omnímodo facturus*). Pero esta figura, como después veremos con algo más de detalle, resulta en sí misma sumamente discutible.

[17] El art. 436 del Código Penal español establece: «La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o

mutatis mutandis con el del art. 384 del Código Penal peruano, se aboga por la impunidad del particular tanto a título de autor como de partícipe. Así, se afirma que «la especial estructura típica del delito tipificado en el artículo 436 CP –tipo de participación necesaria– impide que la conducta del particular sea punible *ex* artículo 436. En estos casos, pese a estar prevista su conducta implícitamente en la descripción típica, el Código Penal no prevé el castigo del particular[18]. Igualmente, CÓRDOBA RODA sostiene tajantemente que «el hecho de que el Código Penal no incrimine la conducta de los particulares, conlleva el que los mismos no deban ser castigados ni como autores ni como partícipes en el tipo del art. 436»[19].

3.3. La intervención de los representantes del *BWL* y del *Grupo Wiese* desde el punto de vista de la teoría general de la participación punible

Con todo, la restricción de las acciones de participación punible de los particulares (por lo menos en lo referente a la admisión de la complicidad) no sólo se deriva de la peculiar naturaleza del delito de colusión. Las posibilidades del castigo de la participación en este delito deben analizarse también a la luz de los requisitos objetivos y subjetivos que debe presentar toda participación punible. Como después veremos con mayor detalle, ésta debe manifestarse a través de una aportación que, en primer lugar, sea eficaz para el hecho principal (el *concierto fraudulento con el particular*); cuya ejecución, en segundo lugar, haya incrementado el riesgo de producción del referido hecho principal y, además, se mueva fuera de los límites del riesgo permitido; así como que, en tercer lugar, haya sido realizada con el doble dolo característico del tipo del partícipe. En este sentido, difícilmente puede afirmarse que

---

haberes públicos, se concertará con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años».

18 MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, 2004, p. 2149.

19 CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN (eds.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, 2004, p. 2096, quien continúa afirmando que «en el caso de que dicha conducta cumpla otro tipo de delito, tal como el tráfico de influencias del art. 429, deberá obviamente estimarse dicho tipo. Ahora bien, obsérvese que ello no debe siempre tener lugar. Así, un particular puede concertarse con un funcionario público según los términos del art. 436 y, ello no obstante, resultar inaplicable el art. 429, al no concurrir una conducta de influencia del particular sobre el funcionario».

el particular cuya conducta *únicamente* consiste en resultar beneficiado por la conducta del funcionario ha realizado una aportación eficaz al hecho y, mucho menos, que su conducta ha incrementado el riesgo de que se produjera. El hecho de estar dispuesto a ser beneficiario de un delito, aprobando incluso su ejecución, ni supone aportación alguna a este delito ni incrementa el riesgo de su producción. Así, por ejemplo, el favorecido por una resolución prevaricadora no es partícipe del delito contra la Administración Pública.

Proyectando todas estas consideraciones sobre la conducta de los gestores del *BWL*, no resulta fácil individualizar en ella los aspectos que pondrían de relieve una participación punible. Aceptado por aquéllos un modelo de reestructuración bancaria que no habían propuesto (lo propuso el *Banco Sudameris*), su papel se limitó a colocar en la Sociedad Titulizadora una serie de créditos y a aceptar el mecanismo del aval que, como solución alternativa a la capitalización deseada por el Grupo italiano, había propuesto el Gobierno a los gestores del *Banco Sudameris*.

Podría pretenderse describir la conducta de los gestores del *BWL* y el *Grupo Wiese* señalando que éstos obligaron a los altos funcionarios del Estado a otorgar el aval con base en una cartera sobrevalorada y, además, sin que existieran garantías suficientes. Pero la expresión «obligaron» no reflejaría la situación realmente existente. Pues, en realidad, lo sucedido se explica mejor indicando que, sencillamente, se negaron a dar más garantías como presupuesto del otorgamiento del aval, por considerar que las prestadas ya eran suficientes, al menos por su parte. Ello, aceptando implícitamente (incluso explícitamente) que el Estado no quisiera proseguir con la operación financiera y optase por la intervención.

Si bien se observa, ello desplaza el peso central de las conductas atribuibles a los representantes del *BWL* y del *Grupo Wiese* hacia el hecho de negarse a dar más garantías; esto es, hacia una omisión. El concierto (que sería más bien un «des-concierto», *sit venia verbo)* habría consistido en que el Estado otorgó el aval forzado, de algún modo, por la circunstancia de que si no lo hacía se veía abocado a la intervención del *BWL*, solución que la Administración peruana contemplaba como un escenario mucho peor. Y es que desde el *BWL* y el *Grupo Wiese* se rechazaba la posibilidad de prestar más garantías, asumiendo que ello hiciera fracasar la operación de salvataje y hubiera que ir a la intervención.

Ahora bien, para que una omisión adquiera relevancia penal como título de imputación es necesario, de entrada, que el sujeto omitente ostente una posición de garantía y, además, que su omisión sea normativamente idéntica a la realización comitiva del tipo. Pues bien,

no existe base alguna para sostener que el *BWL* o el *Grupo Wiese* se encontraran en posición de garante con respecto a la concreta articulación de la operación de salvataje decidida por el Estado, hallándose obligados por ello a prestar más garantías.

No existiendo obligación de prestar más garantías difícilmente puede atribuirse a la *omisión de prestar esas garantías adicionales* el significado de contribución eficaz a la supuesta colusión de los funcionarios públicos. Y, como se ha indicado más arriba, el *mero hecho de aceptar el aval* constituye una «participación necesaria», que resultaría atípica desde la perspectiva de la intervención en el delito de colusión, aun cuando se considerara que dicho delito existió en la conducta de los funcionarios públicos.

En resumen, este informante abriga dudas más que serias acerca de la posibilidad de apreciar la existencia de una intervención punible de dos representantes del *BWL* y del *Grupo Wiese* en el supuesto delito de colusión, aun en el caso de que éste hubiera existido. De todos modos, incluso ello no resulta decisivo con respecto a la responsabilidad de los funcionarios del *J.P. Morgan*. Pues, aunque se hubiera dado realmente un delito de colusión, y aunque se pudiera sostener que los representantes del *BWL* y del *Grupo Wiese* intervinieron de modo punible en él, seguiría existiendo razones más que fundamentales para excluir la conducta de los funcionarios del *J.P. Morgan* del ámbito de la complicidad primaria en el delito de colusión fraudulenta. A la exposición de estas razones se dedica lo que sigue.

4. La complicidad en el delito de colusión (II): La intervención de los funcionarios de J.P. Morgan

4.1. Un recordatorio sobre los requisitos del tipo de la complicidad

La atribución de responsabilidad por la participación en el delito (instigación o complicidad) requiere que el sujeto lleve a cabo una intervención *relevante y dolosa* en el hecho principal. El objeto de la participación es, efectivamente, la realización típica principal que ejecuta el autor. El partícipe contribuye conscientemente, mediante la creación de la resolución del delito (instigación) o mediante un acto de favorecimiento (complicidad), a que el autor lleve a cabo el hecho típico. De la esencia de la participación como contribución a la ejecución del hecho que lleva a cabo el autor se deriva su carácter accesorio. La *accesoriedad* significa que la responsabilidad del partícipe depende de que el hecho principal reúna determinadas cualidades jurídicas. En la actualidad se reconoce que basta para castigar al partícipe con que el hecho principal del autor posea la cualidad de

típico y antijurídico (accesoriedad limitada). Ello implica, entre otras cosas y según la doctrina absolutamente dominante, que para el castigo de la participación el hecho principal debe haber alcanzado por lo menos el estadio de *tentativa* y además ser ejecutado *dolosamente* por el autor[20]. Una vez consumado el hecho principal cabrá hablar de participación en un hecho consumado, mientras que si aquél permanece en estadio ejecutivo deberá apreciarse participación en un hecho intentado.

La complicidad se define, entonces, como el favorecimiento doloso de un hecho doloso y antijurídico ajeno (de *«prestar auxilio» y «prestar asistencia»* habla el art. 25° del Código penal peruano). Dado que la ley no establece con mayor precisión cuándo estamos ante una conducta de favorecimiento, la doctrina se ha ocupado de precisar los requisitos de la aportación punible. AI respecto, existe una cierta división de opiniones doctrinales sobre el *grado de contribución mínimo* necesario para apreciar complicidad. La doctrinaria ha abordado tradicionalmente la cuestión desde el punto de vista de la exigencia o no de causalidad entre la aportación del cómplice y el hecho principal. Modernamente, en cambio, se opta por el recurso, a criterios específicamente normativos apelando a la doctrina de la imputación objetiva.

Sea como fuere, una aproximación analítica a la cuestión, que nos permita examinar luego las conductas atribuidas a los funcionarios de *J.P. Morgan* debe partir de que la apreciación de una complicidad punible requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que la conducta del agente conlleve, *ex ante,* un significativo *incremento del riesgo* de ejecución del hecho principal por parte del autor y que, *ex post,* haya tenido *eficacia* sobre este hecho principal; b) que aquella conducta constituya un riesgo, en sí mismo, jurídicamente desaprobado; y c) que el agente obre con el característico «doble dolo», esto es, que su conducta sea dolosa y, además, abarque con dolo la realización del hecho principal por el autor.

4.2. Primer requisito: incremento del riesgo *ex ante* y eficacia *ex post*

El primer requisito de la complicidad punible alude a la necesidad de constatar en ella un incremento del riesgo *ex ante* y una incidencia eficaz *ex post.* Esto último era lo que había suscitado mayor discusión en la doctrina tradicional. Al respecto, el sector mayoritario exigía que la aportación del cómplice, para ser punible, por lo menos se

[20] Por todos, ROXIN, *Strafrecht AT II,* p. 128.

hubiera traducido *causalmente* en el hecho principal, es decir, hubiera influido en la concreta forma en la que éste se ejecutó[21]. La jurisprudencia alemana y otro sector doctrinal minoritario, por su parte, se conformaban con que la aportación del cómplice hubiera *favorecido la acción del autor* principal, sin que fuera necesaria su traducción en términos causales en el hecho[22]. En este sentido, la complicidad requeriría una acción que posibilitara, fortaleciera o facilitara la lesión del bien jurídico llevada a cabo por el autor.

En cualquier caso, existe acuerdo doctrinal en que la aportación del cómplice debe haber sido, por lo menos, *eficaz en el concreto* hecho delictivo»[23]. Si no puede demostrarse la eficacia de la aportación o si puede demostrarse que no tuvo eficacia alguna en el hecho, no existe complicidad punible[24]. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, todo intento de relativizar el requisito de la eficacia del favorecimiento vulneraría una decisión legislativa: la de declarar impune la complicidad intentada conforme a las reglas establecidas en la Parte General.

En efecto, ausente el elemento de eficacia, se estaría tan sólo ante una *tentativa (impune) de participación*[25]. Ésta no sólo aparece cuando el hecho principal en el que se interviene no llega a alcanzar el estadio ejecutivo. También se da cuando la pretendida contribución del partícipe no llega a incorporarse al hecho principal. Ello puede suceder en dos grandes supuestos. Por un lado, cuando, por diversas razones, el partícipe pretende intervenir en el hecho de una determinada

---

21 Entre muchos otros, exigen la concurrencia de causalidad en sentido tradicional BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 282 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, pp. 22-34; STRATENWERTH / KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2004, p. 308. Una primera variante de esta postura es la que sólo exige una causalidad afluente o fortalecedora (*ZufluB-oder Verstärkerkausalität*); por ejemplo, JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allmeiner Teil*, 5ª ed., 1996, § 64. Para otro sector lo determinante es que exista una modificación del hecho concreto (causalidad modificadora), así, ROXIN, «Was ist Beihilfe?», en *Festschrift für Miyazawa*, 1995, pp. 501 y ss.

22 Por ejemplo, BAUMANN / WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., 1985, § 31, nº marg. 13 y ss.

23 Para el Derecho norteamericano, cfr. KADISH, «Complicity, Causa and Blame: a Study in the Interpretation of Doctrine», *Cal. L. Rev.* 73, 1985, pp. 323 y ss., 356: «not only must there have been an unlawful action by the principal; in addition, the action of the secondary party must have succeeded in contributing to it» .

24 Así, JAKOBS, *Strafercht AT*, 2ª ed., 22-34; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995, §27, núm. marg. 9.

25 Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 2003, p. 128; STRATENWERTH / KUHLEN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., p. 300; KADISH, *Cal. L. Rev.* 73, 1985, pp. 356, 358.

manera, pero el autor o autores desechan esa concreta contribución. Por otro lado, cuando la aportación del aparente partícipe no llegue a tener influencia materialmente favorecedora en el hecho[26].

Algunos de los casos más problemáticos en los que debe decidirse acerca de la presencia de una aportación eficaz para el hecho principal y, por consiguiente, constitutiva de complicidad son los que aparecen bajo la denominación de '«complicidad psíquica». Al respecto, se admite que no sólo es posible cooperar con el autor a través de la entrega de objetos materiales o mediante la prestación de ayuda personal, sino que la aportación puede revestir la forma de consejos, asesoramiento, etc. No obstante, respecto de esta forma de intervención deben tenerse en cuenta tres aspectos. En primer lugar, que las aportaciones en forma de ayuda intelectual al autor deben superar el filtro de la imputación objetiva, esto es, abandonar el ámbito de neutralidad propio de la inmensa mayoría de actividades profesionales de prestación de información, asesoramiento técnico, etc.[27]. Por otro lado, que también las aportaciones intelectuales deben haber surtido efecto en el hecho para ser constitutivas de complicidad. Así, la emisión de consejos, informaciones, etc. sólo puede llegar a castigarse como participación en el delito si aquéllas se incorporan efectivamente al hecho por el autor. Finalmente, existe un amplio consenso doctrinal en que la mera solidarización con el autor, la aprobación de la producción del hecho o la exteriorización de adhesión no son aportaciones suficientes para constituir complicidad punible[28]. En estos supuestos, pese a que el autor se sienta fortalecido por la aquiescencia o asentimiento del otro, no existe aportación de complicidad si no concurre una posición de garantía que convierta aquella pasividad en una omisión punible a título de complicidad por omisión.

Ahora bien, como ya se afirmó, existe asimismo consenso doctrinal en que la influencia causal en la realización típica es una condición necesaria, pero no suficiente para el castigo de la complicidad en el delito. La responsabilidad a título de complicidad requiere, también, que la conducta del cómplice fuera idónea *ex ante* para elevar las probabilidades de éxito del autor. Es a esto a lo que se pretende hacer alusión cuando se requiere que la conducta del cómplice implique objetivamente un «*incremento del riesgo*»[29]: que sea apta para facilitar,

---

[26] Por ejemplo, STRATENWERTH /KUHLEN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., p. 312.
[27] Sobre este tema nos extenderemos más adelante.
[28] ROXIN, *Strafrecht AT II*,pp. 200-201
[29] ROXIN, *FS f. Miyazawa*, p. 509; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 232.

acelerar o asegurar la realización del delito por el autor o para intensificar el resultado principal causado por éste. Las conductas indiferentes para el riesgo de lesión del bien jurídico por el autor no son constitutivas de complicidad. Facilitar[30] implica remover algún obstáculo, eliminar trabas, solucionar problemas técnicos. Como ROXIN pone de manifiesto, «una aportación causal para el hecho sólo puede constituir complicidad cuando aumente el riesgo para la víctima y, por consiguiente, también las posibilidades para el autor de producir el resultado perseguido[31]. Pero es que, además, el incremento del riesgo necesario para apreciar una complicidad debe tener una *cierta intensidad,* de modo que resulte patente la elevación de las posibilidades de lesión del bien jurídico representada por la intervención del cómplice[32]. Así pues, es necesario que la aportación se presente como posibilitación, favorecimiento, intensificación o aseguramiento relevante del hecho del autor.

4.3. ¿Puede afirmarse que la aportación de los funcionarios de J.P. Morgan incrementó *ex ante* el riesgo de colusión fraudulenta y resultó *ex post* eficaz para ésta?

A la vista de todo lo anterior, debe someterse a consideración la cuestión de si la conducta llevada a cabo por los funcionarios de *J.P. Morgan* determinó la existencia *ex ante* de un incremento del riesgo de que tuviera lugar la presunta colusión desleal cometida por los funcionarios del Estado y si resultó *ex post* eficaz sobre dicha presunta colusión. Para ello, debe recordarse cuáles fueron las conductas concretamente realizadas por aquéllos. Según los datos de los que disponemos, los funcionarios de *J.P. Morgan:* a) en primer lugar, prestaron ayuda al *BWL* para encontrar un socio estratégico; b) en segundo lugar, ayudaron al alcance de un acuerdo con dicho socio estratégico; c) en tercer lugar, a la vista de las dificultades sobrevenidas y la necesidad de que el Estado participara, de algún modo, en el proceso de fusión, asesoraron sobre los distintos modelos de reestructuración bancada; d) en cuarto lugar, colaboraron en la ejecución del acuerdo, basado en la adopción de un modelo de salvataje propuesto por el *Banco Sudameris* en el que la participación del Estado pasó, básicamente, según la iniciativa de los propios funcionarios, por la prestación de garantías; e) finalmente, intervinieron asesorando al *BWL* en los incidentes posteriores al dictado de las resoluciones de finales del mes de junio.

---

30 LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad,* p. 240.

31 ROXIN, *Strafrecht AT II,* p. 203.

32 KADISH, *Cal. L. Rev. 73,* 1985, pp. 361 y ss., 363, nota 104, con alusión a la doctrina del Derecho norteamericano de daños sobre la exigencia de una *substancial assistance.*

El Ministerio público, al pretender fundamentar la calificación de complicidad primaria para la conducta de los funcionarios *J.P. Morgan*, señala que éstos tuvieron una «intervención material e intelectual en la creación de todo el marco normativo» de la operación de salvataje del *BWL*. Lo cierto es que tales funcionarios participaron efectivamente en los aspectos financieros del «*Acuerdo Marco*» de 28 de junio de 1999; ello, siempre, como asesores, sin disponer de facultades de negociación ni representación. Pero, en primer lugar, quedaba fuera de su competencia profesional la valoración de la cartera de créditos del *BWL* y, por tanto, también de la cartera entregada en fideicomiso a la Sociedad Titulizadora; por lo mismo, tampoco podían valorar las garantías prestadas por el *BWL* al Estado. Además, en segundo lugar, carecían de competencia en materia jurídico-comercial para la creación, estructuración y puesta en práctica de dicha sociedad; igualmente, tampoco podían participar en la elaboración de los instrumentos jurídicos necesarios para todas y cada una de las transacciones realizadas, pues no prestaban servicios de asesoría legal ni contable.

Así las cosas, si tenemos en cuenta que el «*Acuerdo Marco*» se produjo tomando como base un modelo de salvataje propuesto por el *Banco Sudameris* y una concreción de éste propuesta por los propios funcionarios del Estado, se hace difícil advertir que la intervención del *J.P. Morgan* incrementara sustancialmente el riesgo de colusión, entendida ésta como concierto defraudatorio. Con todo, debe considerarse con algo de detenimiento lo sucedido después del 30 de junio de 1999. En efecto, la comunicación dirigida –oficialmente– por la Sra. Susana de la Puente Wiese a los funcionarios del Estado el 7 de julio de 1999, así como el memorando anexo a ésta parecen poner de relieve lo siguiente: en primer lugar, que los funcionarios de *J.P. Morgan* aconsejaron al *BWL*, así como al *Grupo Wiese*, que no prestaran más garantías que las previstas en el «*Acuerdo Marco*»; y en segundo lugar, que pretendieron convencer a los funcionarios públicos de que, aunque no se prestaran más garantías, no desistieran del acuerdo alcanzado. Un desistimiento que implicaría necesariamente la retirada del *Banco Sudameris* y la intervención estatal del *BWL*.

Con respecto a estas últimas circunstancias, debe indicarse lo siguiente. En primer lugar, que éstas tuvieron lugar cuando el presunto delito de colusión todavía no se había consumado. En efecto, como se ha dicho más arriba, a diferencia de lo que sucede en el caso del delito del art. 436 del Código Penal español, el delito del art 384 del Código penal peruano no se consuma con el mero concierto, sino con la defraudación. De manera que a principios de julio todavía no había

concluido el proceso consumativo. En segundo lugar, que la intervención de los funcionarios del *J.P. Morgan* sí parece haber tenido incidencia sobre el mantenimiento de los términos del «*Acuerdo Marco*»: por un lado, aconsejando a] *BWL* y al *Grupo Wiese* que no prestaran más garantías; por otro lado, tratando de convencer a los funcionarios públicos de que mantuvieran su participación en los términos establecidos en las resoluciones ministeriales de finales de junio, sin exigir más garantías. Ésto último debe calificarse, en términos de dogmática jurídico-penal, como una instigación o refuerzo psíquico de la decisión de no desistir (interrupción de un curso salvador ajeno, realizado por el propio agente ejecutor del delito); y, en principio, de ella podría afirmarse que sí incrementó el riesgo de que se mantuviera el «*Acuerdo Marco*», y que fue eficaz, en este último sentido. Ello, con independencia de que hubiera otras muchas razones que condujeran a los funcionarios públicos a mantener los términos del «*Acuerdo Marco*».

Ahora bien, de lo anterior no puede desprenderse que si el acuerdo fuera calificado de fraudulento, la intervención de los funcionarios del *J.P. Morgan*, por su parte, tuviera que ser calificada como complicidad primaria. Ello, por las siguientes razones. En primer lugar, porque la interacción con funcionarios públicos constituye un comportamiento adecuado al rol de los bancos de inversiones como asesores financieros en el ámbito bancario. En segundo lugar, porque la interacción con los funcionarios públicos tuvo lugar, como se puede advertir con claridad en el memorando de 7 de julio, sobre la base de una argumentación racional, conforme a la ciencia y la experiencia financiera, trasparente y abierta. Nada hay que indique que las afirmaciones de hecho contenidas en dicho memorando fueran conscientemente falsas, ni siquiera erróneas; como tampoco hay nada que indique que las valoraciones formuladas en él fueran insostenibles. Pues bien, si las informaciones y valoraciones eran correctas, de ellas no se puede derivar una participación punible. Ello se deriva de las consideraciones que se efectuarán con detenimiento en el apartado próximo. Pero se obtiene también de una argumentación *a fortiori* sobre la doctrina jurídico-civil en materia de responsabilidad de expertos y asesores.

En las últimas décadas ha sido un lugar común discutir, desde la perspectiva del Derecho civil, la posible responsabilidad del asesor frente a terceros distintos del asesorado (*expert liability to third parties*)[33].

[33] VON BAR, «Liability for Informations and Opinions Causing Pure Economic Loss to Third Parties: a Comparison of English and German Case Law», en MARKESINIS (ed.), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influence and English Law on the Eve of the 21st Century*, 1994, pp. 98 y ss.; COERSTER /

Estos terceros son normalmente aquellos que participan en algún género de transacción con el sujeto asesorado, y en la que han tomado alguna decisión financiera autoperjudicial movidos por la confianza en los informes defectuosos del asesor de la otra parte. Pues bien, sea cual sea la fuente de esta obligación, sobre lo que se da una intensa discusión[34], existe coincidencia en que el tercero no puede exigir responsabilidad al experto (financiero, en nuestro caso) cuando éste ajusta su conducta a los estándares de diligencia establecidos en el segmento de mercado en el que actuó[35]. Lo que quiere decir: las informaciones y valoraciones correctas emitidas por un experto en el ámbito de su actividad profesional no pueden generar responsabilidad civil. Pues bien, siendo esto así, *a fortiori* tampoco podrán dar lugar a participación punible.

Si, por el contrario, si las informaciones y las valoraciones eran incorrectas y se esgrimieron fraudulentamente para convencer a los funcionarios de su (inexistente) corrección, el problema no sería de participación punible, sino de autoría mediata a través de instrumento que obra en error. Una autoría mediata que resultaría impune en las circunstancias del caso, puesto que los funcionarios habrían obrado en error (y el delito sólo es punible en su forma dolosa) mientras que los particulares *extranei*, por mucho dolo que tuvieran, carecerían de las condiciones específicas de autoría (que exigen la condición de funcionario público). Así, sólo cabría apreciar una participación punible si las informaciones y valoraciones proporcionadas por el *J.P. Morgan* fueran incorrectas y esto lo supieran tanto los funcionarios del *J.P. Morgan*, como los representantes del *BWL*, como, en fin, los altos funcionarios públicos. Una hipótesis para la que este informante no ha hallado base alguna en la documentación que se le ha proporcionado. A continuación abundamos en esta idea.

MARKESINIS, «Liability of Financial Experts in German and American Law: an Exercise in Comparative Methodology», *Am. J. Comp. L. 51*, 2003, pp. 275 y ss.

[34] Para unos se trata de una responsabilidad contractual, para otros de una responsabilidad por la confianza generada o por el rol institucional del asesor, etc. Sobre la discusión, GERNHUBER, *Das Schuldverständnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, Tübingen, 1989, pp. 518 y ss.; PICKER, «Gutachterhaftung: Außervertragliche Einstandspflichten als innergesetzliche Rechtsfortbildung», en *Fertschrift für Dieter Medicus*, 1999, pp. 397 y ss., 400 y ss.; CANARIS, «Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, *ZHR 163*, 1999, pp. 206 y ss.

[35] Cfr. KANNOWSKI, «Federal Court of Justice and Expert Liability Towards Third Parties: Public Safeguard and Private Interest», *Ger. L. J.*, vol 2, nº 13, agosto 2001, nº marg. 5.

4.4. Segundo requisito: la conformación de un riesgo jurídicamente desaprobado

4.4.1. Introducción

La más importante elaboración teórica surgida en las últimas décadas para precisar el alcance de la complicidad punible ha sido la conformada a raíz del análisis de los casos de aportaciones realizadas en el marco de actividades profesionales (las denominadas *conductas neutrales*)[36]. La pretensión de la doctrina en este punto ha sido la de ofrecer una concepción restrictivo-normativa de la complicidad que supere las antiguas descripciones causal-psicológicas. En efecto, aquellas concepciones tradicionales se han revelado como inoperantes en la práctica, sobre todo, en los ámbitos en los que impera la interacción de sujetos en régimen de división del trabajo, especialización y ámbitos de competencia delimitados. Frente a ellas, lo que se pretende sostener es que sólo cabe apreciar la concurrencia de complicidad cuando la conducta del agente supere los límites del riesgo permitido o tolerado de modo general. En este sentido, la doctrina en su conjunto se ha esforzado por precisar que una acción de complicidad no puede ser cualquier conducta que aparezca causal y dolosamente vinculada con la producción del delito, sino que la complicidad, como forma de intervención en el hecho, tiene que fundamentarse en la creación de un injusto penal relevante.

Pues bien, bajo la denominación de «conductas neutrales» se aborda el tratamiento jurídico que deben merecer los casos en los que pueden identificarse conductas realizadas conforme a un determinado rol social o profesional y que, sin embargo, han tenido un cierto efecto favorecedor en términos causales sobre el hecho del autor del delito. Para que se suscite el problema, es preciso, en primer lugar, hallarse ante conductas que puedan ser consideradas, en sí mismas, lícitas o inocuas. La venta de un bien de lícito comercio, la prestación de información, el

---

[36] La bibliografía es inabarcable. Por citar sólo los nombres internacionalmente conocidos, FRISCH, «Beihilfe durch neutrale Handlungen –Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe-», *Festschrift für Lüderssen*, 2002, pp. 539 y ss.; HASSEMER, «Professionelle Adäquanz, *Wistra*, 1995, pp. 41 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 24-13 y ss.; RANSIEK, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht, *Wistra*, 1997, pp. 41 y ss.; ROXIN, *FS f. Miyazawa*, pp. 512 y ss. Así como la más reciente monografía de KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004. En lengua española, sobre todo, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana»*, 2002; ROBLES PLANA, *La participación*, pp. 24 y ss. y 275 y ss.

cumplimiento de las obligaciones derivadas de una relación profesional o el pago de una deuda son estados no jurídicamente desaprobados, e incluso, como en el último caso, jurídicamente obligados. Ninguna de estas conductas, externamente consideradas, lesiona el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, es necesario que tales conductas se inserten en contextos altamente regulados o estandarizados. Como consecuencia de ello se llevan a cabo con independencia de las particularidades y preferencias tanto de la persona que las ejecuta como de la persona frente a la que se ejecutan.

Para el correcto tratamiento de estos supuestos, la doctrina absolutamente dominante es partidaria de restringir su punibilidad en el nivel del tipo de la complicidad. A partir de aquí las opiniones se dividen entre quienes ubican la restricción en el seno del tipo subjetivo y quienes lo hacen ya en el propio tipo objetivo del cómplice. En lo que sigue, examinaremos las «tesis objetivistas», dejando para el siguiente apartado la consideración de las «perspectivas subjetivistas».

El marco de las posturas objetivas se apela con frecuencia a la teoría de la adecuación social ideada por WELZEL. Muy expresivamente este autor caracterizaba como socialmente adecuados «aquellos negocios que se mantienen en el marco de la actuación conforme al orden, incluso cuando de ellos se deriven perjuicios»[37]. En una dirección similar se mueve la «teoría de la adecuación profesional» desarrollada por HASSEMER, para quien lo socialmente adecuado lo es siempre en referencia a un ámbito concreto. Así, no sería correcto hablar de la adecuación social de las conductas neutrales en general, sino que se debe hacerse sólo en relación a conductas referidas a situaciones específicas o a sectores determinados, donde existen reglas que precisan qué debe entenderse por conducta adecuada a esta situación o sector. Puesto que en el caso de las acciones neutrales se trata fundamentalmente de actividades profesionales, lo decisivo es, por consiguiente, analizar si una determinada conducta sea adecúa o no a las normas, escritos o no, formales o informales, que regulan la profesión[38].

A partir de esas normas específicas de cada sector se trazan los perfiles de la adecuación profesional ya que su contenido determina «lo que rige en ese ámbito como usual, normal, conveniente, cotidiano, prudente, profesional o también sólo cuando inevitable: en definitiva lo que rige como «neutral»»[39]. Al cumplir la «profesión» una función estatal

[37] WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 55.
[38] HASSEMER, *Wistra*, 1995, p. 82
[39] *Ibidem*.

y social que el Derecho Penal no intenta neutralizar, sino que tiene en ella un interés esencial, existe la presunción de que las reglas profesionales no contradicen el Derecho Penal, sino que más bien lo complementan y lo concretan[40]. En definitiva, HASSEMER sostiene que las conductas neutrales, socialmente aceptadas, profesionalmente reguladas y, por tanto, adecuadas no pueden estar penalmente prohibidas.

Quien obra de acuerdo con las normas profesionales obtiene con ello la presunción de obrar también de forma atípica. Ello conduce a la impunidad, en general, de las acciones profesionalmente adecuadas, incluso cuando quien las ejecuta sea consciente de que un tercero desviará esa actuación hacia la comisión de un delito. Por el contrario, una conducta realizada en el marco profesional sólo dará lugar a complicidad punible cuando se infrinjan las reglas profesionales. Esta infracción puede revestir dos manifestaciones: la modificación de conductas habituales en forma de prestaciones nuevas y ajenas a la actividad que sólo pueden ser vistas como condiciones para la consecución de fines criminales; o la adaptación de actividades reguladas a finalidades no «neutrales» o a planes delictivos ajenos[41]. Con ello HASSEMER pone de manifiesto las excepciones a la impunidad como criterio general de las conductas profesionalmente adecuadas.

El sector más destacado de la doctrina alemana toma el riesgo permitido como institución básica para delimitar la participación punible de la que no lo es[42]. Y, de conformidad con su planteamiento, puede concluirse que sólo podrá afirmarse una participación punible del profesional cuando pueda apreciarse respecto de él la infracción de un deber de garante; o bien cuando su conducta deje de moverse en el ámbito de lo estrictamente profesional y pase a ser parte integrante del hecho principal mediante una adaptación específica a éste. Ello no sucede por regla general, pues, por un lado, los profesionales no son garantes de evitar la realización de conductas delictivas de sus clientes o de terceros. Y por otro, la prestación profesional se agota en la simple creación de las condiciones a partir de las que otro puede llegar a cometer un delito, lo que no es suficiente para constituir complicidad punible, por muy útil que ello le resulte al autor. Por este motivo, el tratamiento adecuado de las aportaciones, efectuadas en el marco de actividades

---

40 *Ibidem*, p. 85

41 *Ibidem*, pp. 86-87.

42 Cfr., además de los citados antes, entre otros, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1995, previo al § 13, nº marg. 155 y ss.; WEIGEND, «Grenzen strafbarer Beihilfe», en *Festschrift für Nishihara*, 1998, pp. 197 y ss.

profesionales se mueve al margen de la complicidad en el delito. Estas actividades, caracterizadas por la prestación de utilidad al autor del delito mediante procedimientos disponibles de modo general para cualquiera, bienes ubicuos, servicios estándar, medios socialmente adecuados, etc., no poseen *objetivamente* ni la relevancia ni la especificidad necesarias para convertir el hecho antijurídico del autor en hecho propio de quien las realiza. La aplicación delictiva de la prestación es exclusiva autorresponsabilidad del autor.

4.4.2. La relevancia penal de la información y el asesoramiento

Como se indicó, la complicidad también puede producirse por medios psíquicos o intelectuales. Es el caso de la aportación de información o el asesoramiento al autor de un delito sobre aspectos relacionados con su comisión. Cuando tales actividades tienen lugar en el marco del desempeño de profesiones, vuelven a aparecer los obstáculos a la punibilidad propios de las «acciones neutrales» acabados de mencionar. Para un análisis pormenorizado de las peculiaridades de la actividad profesional de asesoramiento, conviene de entrada distinguir entre dos grandes modalidades: a) el suministro de información y b) el consejo o asesoramiento en sentido estricto.

A propósito del mero suministro de información, existe acuerdo unánime en que la actividad de asesoramiento consistente en proporcionar la información técnica que el cliente reclama es jurídico-penalmente irrelevante[43]. Respecto de las operaciones sobre las que el asesor informa, suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de actuar en uno u otro sentido, esto es, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él y no al asesor. En este sentido, la responsabilidad del asesor se limita a la corrección de los correspondientes informes en atención a los fines propuestos.

Diferente valoración jurídica *puede* resultar de la actividad de asesoramiento consistente en el «consejo». En este punto conviene llamar la atención sobre la diversidad de situaciones posibles, que van desde una implicación puramente técnica del asesor en las posibilidades de actuación del asesorado (situaciones rayanas con el suministro de

---

[43] Véase, por ejemplo, HOYER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., 1998, § 27, núm. marg. 14; SCHILD, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 2005, § 27, núm. marg. 16. En concreto, para el caso del asesor, WESSING, «Strafbarkeitsgefärdungen für Berater», *NJW*, 2003, p. 2271; KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten*, pp. 477 y ss. Para el Derecho norteamericano, KADISH, *Cal. L. Rev. 73*, 1985, p. 346, con referencias.

información) hasta la configuración específica de un proyecto de actuación particular para el asesorado. Pues bien, al respecto ha de quedar sentado que cuanto más estereotipado, estándar o adecuado a los usos profesionales sea el concreto asesoramiento que se ofrece, menor capacidad tendrá para representar una auténtica ayuda, favorecimiento o cooperación para los fines delictivos del asesorado. Esto es, un asesoramiento efectuado según los estándares de la *lex artis* correspondiente no posee, en términos generales, los elementos necesarios para apreciar en él una complicidad punible. Ello es así, por mucho que el cliente utilice posteriormente la orientación recibida para cometer un delito: el principio de confianza impide la atribución de responsabilidad al asesor, que puede confiar en la correcta aplicación del consejo por parte del cliente[44].

A mayor abundamiento, debe señalarse que cuando la concreta modalidad de intervención a examinar consiste en el asesoramiento respecto de posibilidades de actuación de un funcionario público, todo abona la tesis de la no superación del riesgo permitido. La información y el consejo técnico sobre las posibilidades de actuación que se abren al funcionario competente para tomar la decisión correspondiente no constituyen un acto de cooperación o favorecimiento cuando son expresión de la actividad de asesoramiento profesional. En este sentido, el asesor no es garante de que lo que haga el funcionario público con la información o consejo suministrado se ajuste a las exigencias jurídico-penales del deber de no concertarse con los particulares, deber que compete en exclusiva al funcionario. Más aún, el examen de la regularidad y adecuación a derecho de la concreta información que se toma por base para realizar el acto jurídico-colusorio no corresponde al asesor, especialmente cuando su intervención se ha limitado asesorar sobre ciertos aspectos instrumentales (financieros, de indoneidad económica, etc.) sobre una determinada operación.

4.5. ¿Fue la conducta de los funcionarios del *J.P. Morgan* «neutral», esto es, «profesionalmente adecuada»?

4.5.1. La naturaleza de los servicios prestados por los asesores financieros

Los asesores financieros *(financial advisors)*, entre los que se encuentran los *bancos de inversión* como *J.P. Morgan*, ayudan a las

---

[44] Desde la perspectiva norteamericana, KADISH, *Cal. L. Rev. 73*, 1985, p. 346: «si el propósito del asesor era influir sobre el otro para que cometiera un delito, es un cómplice; si éste no era su propósito, no es responsable».

empresas a obtener fondos en el mercado de capital, al tiempo que las asesoran en las operaciones de fusión y adquisición. Estos servicios, cuya determinación ha ido especificándose por los propios usos del comercio, se concretan básicamente en los siguientes ámbitos: por un lado, proporcionan información y consejo sobre el sector en el que el cliente desea operar o en el que se encuentra su objetivo *(targef)*; por otro lado, realizan funciones de intermediación con respecto a la empresa con la que el cliente va a negociar; en fin, dan información y consejo en relación con la transacción que se va a llevar a cabo entre ambos, en particular de preparación de materiales, ayuda en la negociación y en la ejecución del acuerdo[45].

Conviene subrayar que resultan ajenas a los asesores financieros las materias que son competencia de los auditores, por una parte, así como las que son competencia de los asesores jurídicos, por otro. En relación con los auditores, los asesores financieros se guían por el *principio de confianza*, esto es, asumen las valoraciones que les proporcionan, al igual que asumen las valoraciones aportadas por el cliente. En relación con los asesores jurídicos, el asesor financiero se encuentra en el marco de incidencia de la *prohibición de regreso*, esto es, no controla la configuración jurídica última de las operaciones, entre otros motivos porque carece de competencia en materia de Derecho. En el contrato de asesoramiento (*engagement letter*) se establecen las obligaciones del asesor con respecto a su cliente, así como las compensaciones y cláusulas de indemnidad correspondiente. Debe añadirse, por lo demás, que en los casos de fusiones y adquisiciones, es a la parte adquirente a la que corresponde el examen económico-contable, financiero, fiscal y jurídico de la entidad adquirida. Ello tiene lugar precisamente en el marco de la *due diligence*, mediante la actuación coordinada de sus asesores financieros, auditores y asesores jurídicos.

Como se señaló en el apartado correspondiente al relato de hechos, *J.P. Morgan* se había comprometido, frente al *BWL*, a la prestación de los siguientes servicios: «(I) identificar socios idóneos selectos que gocen de aceptación por parte de la Entidad y establecer contacto con los mismos; (II) ayudar a la Entidad a estructurar las eventuales transacciones que pudieran ejecutarse como resultado de las conversaciones con las entidades identificadas; (III) realizar coordinaciones para que los socios potenciales realicen auditorías jurídicas; y (IV) apoyar a la Entidad en la

[45] Muy gráfico, BOGDANOWIEZ / BINDERT, «The Role of Financial Advisors in Bank Debt Reschdulings», *Colum. J. Transnat'l L. 23*, 1984-1985, pp. 49 y ss. Añadiendo que «los asesores se sientan sólo a un lado de la mesa».

negociación de los aspectos financieros de cualquier transacción propuesta». La «neutralidad» de dicha prestación de servicios no ofrece duda alguna por lo que se refiere a la primera fase de los hechos, de negociación con el *Banco Sudameris*. Se trata ahora de analizar si esa intervención siguió siendo neutral en la segunda fase de los hechos, ante las dificultades sobrevenidas para la fusión.

4.5.2. La estructura de las «negociaciones especiales» y los actos posteriores

Como es sabido, las «negociaciones especiales» tuvieron su origen en la información que el *BWL* dirigió a la *SBS* y ésta al *MEF* a propósito de los resultados de la *due diligence* y, por tanto, sobre la necesidad de que, si quería evitar la retirada del *Banco Sudameris*, el Estado habría de participar de algún modo apoyando el proceso de fusión. Fue entonces cuando altos funcionarios del *MEF* convocaron a las partes a algunas reuniones en las que éstas comparecieron con sus respectivos asesores financieros –bancos de inversión– (*J.P. Morgan* en el caso del *BWL* y la propia *Sudameris Banco de Inversión*, en el caso del banco italiano). Debe subrayarse una vez más que la idea rectora de la administración económica peruana era que el *Banco Sudameris* no se retirara de la operación. Por eso hay que tener presente la existencia de una carta de dicha Administración al *Banco Sudameris* en el que le ofrecía la fórmula consistente en la intervención estatal del *BWL*, seguida de la ulterior compra, por parte de la entidad italiana, del banco previamente intervenido. Sin embargo, el *Banco Sudameris* rechazó por escrito esta opción, dado su criterio de no adquirir bancos intervenidos, que no dejan de estar marcados por el estigma de la intervención y sobre los que siempre gravita el riesgo de la retirada masiva de depósitos.

En ese contexto, marcado por las propuestas del *Banco Sudameris* y las matizaciones efectuadas desde la Administración pública peruana, el papel del *BWL* y del *Grupo Wiese* era secundario. Los funcionarios *J.P. Morgan*, por su parte, se limitaron a asesorar a su cliente sobre cuál era la mejor organización financiera del proceso, siempre con las limitaciones existentes, predeterminadas por las otras partes intervinientes en la transacción. La cuestión clave, a la que ya se aludió, es si la intervención del *J.P. Morgan*, incluso con posterioridad al 30 de junio de 1999, aconsejando a su cliente no prestar más garantías y tratando de convencer a los funcionarios públicos de que se aceptaran como suficientes las garantías prestadas se movió dentro de los cánones de la profesión o, por el contrario, los abandonó.

En efecto, si el asesor se limita a aconsejar o recomendar una actuación para el logro de unos determinados fines cuya consecución es lo que constituye la propia razón de ser del asesoramiento, no existe complicidad punible. No lo sería ni siquiera en el caso en que se conociera que el asesorado podría cometer un delito adoptando el consejo técnico. Para que se dé una complicidad punible es necesario que la actividad de asesoramiento se proyecte sobre situaciones extraordinariamente anormales, al margen de la actividad usual de la profesión, esto es, situaciones no contempladas por la *lex artis*, los protocolos, las regulaciones sectoriales, los estándares técnicos, los procedimientos formalizados, los referentes reconocidos de la comunidad profesional en cuestión, etc.

Pues bien, a juicio de este informante, no puede afirmarse en absoluto que *J.P. Morgan* se saliera en ningún momento de los márgenes de una actuación estrictamente profesional. Debe subrayarse, por el contrario, que toda su actuación, muy bien resumida con argumentos de 7 de julio de 1999, se basó siempre en razones objetivas, defendibles con argumentos propios de la economía financiera. La existencia de argumentos objetivos de técnica financiera, comprobables *a posteriori*. En 1999, *J.P. Morgan* sostenía que la cartera de la Sociedad Titulizadora se encontraba entonces a valores muy deprimidos, pero con un alto potencial de recuperación a siete años vista, pues se estaba valorando en el peor momento posible (Memorando de 7 de julio). Por ello defendía la innecesariedad de nuevas garantías. Pues bien, como es sabido, en 2006, a raíz del proceso de adquisición del *Banco Wiese Sudameris S.A.A.* por parte de *The Bank of Nova Scotia*, ésta última ofreció al Estado peruano que el *Scotia Bank Perú S.A.A.* (antes *Banco Wiese Sudameris S.A.A.*) renunciara a sus derechos sobre el aval otorgado en su día por el Estado a *BWL Sociedad Titulizadora S.A.* (antes *Wiese Sociedad Titulizadora S.A.*). Ello ha dado lugar a una transacción extrajudicial, aprobada en virtud del Decreto Supremo 086-2006-EF, cuya consecuencia esencial es que el Estado se ha visto liberado de la carga representada por el aval. En suma: La razonabilidad del juicio emitido por los funcionarios de *J.P. Morgan*, de su consejo al *BWL* y al *Grupo Wiese*, así como de sus gestiones con los funcionarios del *MEF* se ha visto perfectamente confirmada por el devenir de los hechos.

4.6. Tercer requisito: el doble dolo en la participación (y las conductas de participación profesional)

La punibilidad de la participación requiere, además de los elementos objetivos reseñados, la existencia de dolo de participar y,

además, de dolo en relación con el hecho principal. Si no concurre dolo, no existe participación típica en un delito doloso. Esta consideración general adquiere contornos especiales a propósito de las conductas neutrales o «profesionales». En efecto, las denominadas «perspectivas subjetivas» hacen depender la distinción entre complicidad punible y atipicidad, sobre todo, de los aspectos internos de quien ejecuta la acción de cooperación. En este sentido, ROXIN –y con él un importante sector de la doctrina–[46] distingue entre acciones llevadas a cabo con *dolo directo* o con *dolo eventual*. Si la acción es realizada con dolo directo, se deberá analizar si muestra una «referencia de sentido delictiva». Una acción posee referencia de sentido delictiva cuando, sin el hecho delictivo, carece de sentido o no tiene ningún otro sentido para el autor. En este caso su realización constituye complicidad punible. Por el contrario, si estamos ante conductas llevadas a cabo con dolo eventual, ROXIN llega a afirmar la impunidad siempre, por entender que en tal caso opera el principio de confianza. En una línea similar, RANSIEK considera que debe establecer aún una ulterior limitación en función de si la aportación, además de a los fines delictivos, puede servir a otros fines no delictivos simultáneamente[47]. Si ello es así, esto es, cuando no pueda aislarse un fin exclusivamente delictivo, porque la aportación contiene indisolublemente unidas una aplicación delictiva y otra no delictiva, entonces deberá negarse todavía la presencia de complicidad.

Según la postura que pretende resolver el problema de la responsabilidad del asesor por delitos cometidos por el asesorado en el ámbito del tipo subjetivo, lo relevante no sería sólo el significado objetivo de la conducta de aquél, sino el grado de conocimiento que el asesor tuviera acerca de la repercusión de su conducta en términos de favorecimiento del referido delito. Así, si el asesor se representara como seguro que la información que proporciona va a contribuir a la comisión de un delito por parte del asesorado, entonces existiría participación punible; en cambio, si el asesor sólo se lo representara como probable o dudoso (dolo eventual), entonces no cabría tal

---

[46] *FS f. Miyazama*, pp. 512 y ss. Le siguen más o menos de cerca, entre otros, AMBOS, *JA*, 2000, pp. 721 y ss.; OTTO, *JZ*, 2001, pp. 436 y ss.; KUDLICH, *Die Unterstützung*, pp. 305 y ss. Más distintivo, RANSIEK, *Wistra*, 1997, pp. 42 y ss., distingue entre acciones de favorecimiento que se efectúan con la seguridad de que el delito se cometerá y las que no. Cfr. también, desde la perspectiva italiana, PERINI, «Il consiglio tecnico como forma di compartezipazione dell'estraneo nei reati propri», *RTDPE*, 2003, pp. 719 y ss., 735, 740.

[47] *Wistra*, 1997, p. 46.

participación. En el Derecho norteamericano prevalece incluso, en este punto, la opinión de que la participación punible requiere dolo directo de primer grado (*intention*), de tal manera que el mero conocimiento no sería suficiente para su conformación[48].

4.7. ¿Obraron los funcionarios de *J.P. Morgan* con el doble dolo exigido para la participación punible?

Basta reexaminar todos los argumentos esgrimidos en los aparatos anteriores y sus propios fundamentos fácticos para advertir que en la conducta de los funcionarios del *J.P. Morgan* no puede advertirse el doble dolo propio de las conductas de complicidad punible. Si hay algo que los hechos permiten inferir es que dichos funcionarios realizaron sus funciones de asesoramiento y consejo en la convicción, sólidamente fundada, de que con ello no se perjudicaba al Estado peruano. Más bien, trataban de poner de relieve que la gran beneficiada de toda la operación financiera era la entidad italiana; y que los perjuicios para sus clientes (*BWL* y *Grupo Wiese*) estaban alcanzando el máximo admisible. No haberlo puesto de manifiesto y no haber intentado que ello fuera comprendido por las otras partes habría supuesto, para *J.P. Morgan*, una deslealtad con respecto a su cliente, que habría dado lugar a una responsabilidad civil o incluso penal con respecto a éste.

Las sólidas razones con las que se defiende la operación ponen de relieve que, en la representación de los funcionarios de *J.P. Morgan* –y aunque nada de lo señalado en apartados anteriores fuera aceptado– la operación derivada del «Acuerdo Marco» en absoluto era fraudulenta para el Estado. Que ellos no contemplaban ese efecto defraudatorio ni siquiera en los términos del dolo eventual, mucho menos con dolo directo. Por tanto, incluso desde las perspectivas subjetivas que acabamos de considerar, no cabría otra conclusión sino la de que su conducta no puede ser considerada constitutiva de participación punible.

5. Conclusiones

Primera. Desde el momento en que se conocieron los resultados de la Auditoría confirmatoria del *BWL*, y el *Banco Sudameris* rechazó la fusión con aquella entidad si el Estado no prestaba apoyo financiero, el Estado peruano paso a hallarse en una situación de riesgo patrimonial. En este contexto, la opción consistente en el otorgamiento del aval en los términos en que se hizo, constituyó una conducta de

[48] KADISH, *Cal. L. Rev. 73*, 1985, pp. 353 y ss., 355.

«disminución del riesgo» de perjuicio para el Estado. Por tanto, no se dan los elementos típicos del delito del art. 384 CP, por falta de imputación objetiva.

Segunda. Los gestores del *BWL* y del *Grupo Wiese* no se hallaban en posición de garante con respecto al buen fin de la operación de salvataje concretamente decidida por el *Banco Sudameris* y apoyada, con matices, por el Estado. No teniendo, en particular, obligación de prestar más garantías de las que se prestaron por aquéllos no podría atribuirse a la *omisión de prestar esas garantías adicionales* el significado de complicidad punible. Por su parte, el *mero hecho de aceptar el aval* constituye una «participación necesaria», que resultaría atípica desde la perspectiva de la intervención en el delito de colusión, aun cuando se considerara que dicho delito existió en la conducta de los funcionarios públicos.

Tercera. El requisito de incremento del riesgo de realización del hecho delictivo principal, que es propio de la participación punible, sólo concurriría si las informaciones y valoraciones proporcionadas por el *J.P. Morgan* fueran incorrectas y esto lo supieran tanto los funcionarios del *J.P. Morgan*, como los representantes del *BWL*, como, en fin, los altos funcionarios públicos. No hay base para sostener esta tesis y, por tanto, no puede apreciarse dicho incremento del riesgo.

Cuarta. Los funcionarios del *J.P. Morgan* no se salieron en ningún momento de los márgenes de una actuación estrictamente profesional. Por el contrario, toda su actuación se basó siempre en razones objetivas, defendibles con argumentos propios de la economía financiera. Ello se ha comprobado *a posteriori*, con los hechos que han dado lugar al Decreto Supremo 086-2006-EF. Su intervención se movió, pues, en el espacio de riesgo permitido representado por la «adecuación profesional».

Quinta. Los funcionarios de *J.P. Morgan* no se representaron en ningún momento que la operación derivada del «Acuerdo Marco» resultara fraudulenta para el Estado. Ello, ni siquiera en los términos del dolo eventual, mucho menos con dolo directo.

Sexta. Por razones derivadas de la inexistencia de un hecho delictivo principal; por la inexistencia de una participación penalmente relevante de los gestores del *BWL* y del *Grupo Wiese;* por no haber incrementado el riesgo de un hecho principal delictivo; por no haber abandonado el espacio de «adecuación profesional»; y por no haber obrado con dolo la **conducta de los funcionarios de *J.P. Morgan* en**

el caso del salvataje del *Banco Wiese Ltdo.* no puede considerarse complicidad primaria en el delito de colusión fraudulenta del art. 384, punible conforme al Código Penal peruano.

Ésta es mi opinión, que someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho y firmo en Barcelona, para Lima, a cuatro de julio de dos mil seis.

Dictamen sobre aplicación del delito de tráfico de influencias del art. 400 del Código Penal peruano a las conversaciones mantenidas entre representantes de la empresa Lucchetti Perú S.A. y el asesor gubernamental Sr. Montesinos Torres.

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal

I. Origen del presente dictamen

Como complemento de mi anterior dictamen sobre el mismo caso, de 16 de mayo del presente año 2001, en el que fundamentalmente me ocupaba de la validez probatoria de los videos en los que el señor Montesinos grababa conversaciones y entrevistas con representantes de la empresa Lucchetti S.A., ahora a la vista de la resolución judicial de 24 mayo en la que se deniega carácter delictivo por falta de tipicidad y, por tanto, de relevancia penal de las mismas en lo que se refiere a los empresarios, el grupo de abogados que se encarga de su defensa me pide amplíe mi opinión ya expresada en mi anterior dictamen, favorable a dicho criterio judicial, y, específicamente, en lo que se refiere a los siguientes puntos:

- Definición de la conducta realizada por el autor del delito, esto es, del «traficante de influencias».
- Responsabilidad del tercero a quien el traficante le pide la dádiva o la promesa a cambio de ejercer su influencia.
- Responsabilidad del tercero que pide al traficante que ejerza su influencia.
- Posibilidad de que le sea imputada algún tipo de responsabilidad a los representantes de Lucchetti, exclusivamente por delito de tráfico de influencias, en calidad de partícipes en el mencionado delito.

II. Fundamentos de hecho

Para la realización de este dictamen partimos de los hechos ya descritos en mi dictamen anterior, y principalmente del relato de hechos que se contiene en la resolución judicial dada en Lima, el 24 de mayo del presente año. En dicho relato, el Juez no se plantea el problema de la validez procesal de los citados videos, sino que tomándolos directamente como *notitia criminis* procede a describir los hechos que en ellos se contienen y a calificarlos desde el punto de

vista de su relevancia penal. Para ello, distingue con precisión entre dos grupos denunciados: por un lado, el grupo de Montesinos y sus colaboradores; por otro, el de los representantes de Lucchetti.

El punto de partida es la calificación que hace de la conducta de Montesinos y sus colaboradores Borobio Guedes y Solís Cano, quienes, según la resolución judicial indicada, «en concierto de voluntades han actuado dolosamente, en virtud que invocando influencias sobre personajes de la política o del Poder Judicial que conocían los procesos judiciales interpuestos contra la municipalidad de Lima Metropolitana; toda vez que según es de apreciarse las fechas de interposición de las demandas y las fechas de las respectivas sentencias, coinciden con las reuniones sostenidas entre los implicados. Siendo que el denunciado Montesinos a fin de materializar los hechos delictuosos materia de autos, contó con la participación de sus codenunciados Borobio Guede y Solís Cano, los mismos que forman parte de su organización destinada a la comisión de diversos delitos, que son de público conocimiento».

A la vista de estos hechos, el Juez acuerda la siguiente decisión: «ABRASE instrucción en vía ORDINARIA contra Vladimiro Montesinos Torres, Edgardo Daniel Borobio Guede y Edgard Orlando Solís Cano por los delitos contra la tranquilidad pública (asociación ilícita para delinquir) y contra la administración pública (tráfico de influencias en agravio del Estado)».

Luego, pasa a la calificación de la conducta de los representantes de la empresa Lucchetti, S.A. Respecto a este extremo, el Juez determina que «del visionado, transcripción de los videos y las cintas de audio se colige que la conducta observada por los denunciados en toda su extensión, resulta ser atípica para nuestro ordenamiento positivo, toda vez que el injusto en su descripción fáctica no contempla de modo alguno, sin que con esto se pretenda argumentar una flagrante omisión en su tipificación, respecto de aquella o aquellas personas que recurren o requieren los "servicios" del sujeto activo, es decir, de las interesadas en obtener un pronunciamiento favorable en el proceso judicial o administrativo instaurado». Por lo que, en estricto cumplimiento del principio de legalidad y a la vista de la prohibición de la analogía que se establece tanto en el Código Penal, como en la Constitución peruana, y constituye derecho fundamental reconocido universalmente, «DECLARA: No ha lugar a la apertura de instrucción contra LUIS FERNANDO PACHECO NOVOA, GONZALO MENÉNDEZ DUQUE, ANDRONICO MARIANO LUKSIC CRAIG por el delito contra la administración pública (tráfico de influencias) en agravio del Estado».

III. Fundamentos jurídicos que apoyan la resolución judicial de 24 de mayo

No corresponde al autor de este dictamen, discutir ni mucho menos criticar la calificación que de los hechos relatados en el apartado anterior hace el Juez en su resolución de 24 mayo. Cualquiera que sea la validez que a efectos probatorios se le pueda dar a las cintas de video grabadas ilegalmente por Montesinos, y aunque de las conversaciones que se encuentran en algún video concreto (por ejemplo, en el que figura con el número 868 de la trascripción oficial), no siempre pueda deducirse una conducta antijurídica de tráfico de influencias, hay un dato irrefutable que probablemente pasará a la historia política de Perú, y este dato no es otro que en la etapa del gobierno de Fujimori eran frecuentes que personajes pertenecientes o muy vinculados a dicho a gobierno, como sin duda lo era Montesinos, utilizaron su poder para ejercer influencias y determinar resoluciones administrativas o judiciales en beneficio de sus intereses, o, como literalmente se dice en el inicio de la resolución, «conforme a lo obrante en autos, se tiene que es de público conocimiento dadas las *notitia crimini* propaladas, que el denunciado Montesinos Torres lideraba una agrupación destinadas a cometer hechos delictuosos y en algunos casos tener el control de las instituciones públicas y privadas con el fin de obtener beneficios para sí y para terceros». Ello puede ser, a primera vista, motivo suficiente para iniciar actuaciones contra Montesinos y colaboradores por los delitos de asociación ilícita y tráfico de influencias, y adoptar contra ellos las medidas cautelares que se decretan, como es principalmente la prisión preventiva. La resolución judicial comentada puede ser, por tanto, considerada en lo que se refiere a esta primera parte perfectamente fundada y base suficiente para adoptar las medidas que se adoptan.

Pero el problema que ahora se plantea y sobre el que se me pide opinión técnica o jurídica o dogmática, es otro, y puede plantearse del siguiente modo:

¿Cabe una responsabilidad penal, siquiera sea a título de participación, de las personas que acuden solicitando su intervención al que se atribuye influencias, sean éstas reales o simuladas y realiza alguna de las conductas tipificadas en el art. 400 del Código Penal peruano?

El Juez que ha dictado la resolución de 24 mayo responde negativamente a esta cuestión, de forma tajante y con diversos argumentos de carácter dogmático con los que fundamenta y motiva su resolución. Después de una lectura detenida de la misma y de los

argumentos esgrimidos en ella, así como de un estudio técnico-jurídico de la doctrina que más relevantemente se ha ocupado del tema, creo también que hay muchas razones para apoyar su resolución, y estimarla perfectamente ajustada a derecho. De ellas paso a ocuparme seguidamente.

1º Naturaleza y bien jurídico del delito previsto en el art. 400 del Código Penal peruano.

Dice así este precepto:

> «El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años».

A pesar de la indeterminación del sujeto activo, en el sentido de que puede serlo cualquier persona, por la propia ubicación sistemática del precepto y por la descripción de la acción típica que en el mismo se hace, está claro que se trata de un *delito sui generis*, una especie de mezcla entre delito especial y delito de propia mano, en el que la *ratio* del precepto parece ser que sólo la persona que invoca la influencia y recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, puede ser calificado como autor en sentido estricto. Ello naturalmente no excluye la posibilidad de que dichas acciones puedan ser cometidas entre varias personas, formando parte de un equipo o tándem criminal, en una división de papeles o roles que es, lo que, según ROXIN (Autoría *y dominio del hecho*, traducción española de la 6ª ed. alemana, Madrid, 1998, pp. 303 y ss.) y la doctrina dominante, fundamenta el «dominio funcional del hecho» y con ello la *coautoría* a la que alude el art. 23 del Código Penal peruano en su inciso «y los que lo cometan conjuntamente» (véase BRAMONT ARIAS / BRAMONT-ARIAS TORRES, revisado y concordado por Carmen GARCÍA CANTIZANO, 3ª ed., Lima 2000, p. 218). En este sentido, podría decirse que (co)autores de este delito serían no sólo Montesinos Torres, sino también sus colaboradores Borobio Guedes y Orlando quienes, según queda constado, se dedicaban a contactar con los funcionarios o magistrados que tenían que ser influenciados y hacer, siguiendo las instrucciones de Montesinos y el plan previamente acordado, las gestiones que fueran necesarias para ello.

Pero mucho más discutible es que la misma responsabilidad, aunque fuera indirecta por la vía de la participación, inducción o complicidad, pudiera recaer sobre el particular que acude a Montesinos en demanda

de su intervención o gestión para solucionar un problema. Lo primero que hay que advertir es que la cuestión de si cabe la participación de terceros no mencionados expresamente en la redacción de los tipos de estos delitos especiales, no puede ser resuelta apriorísticamente conforme a las reglas y preceptos generales contenidos en la Parte General. La mayoría de las veces el legislador ha resuelto expresamente, cuando así lo ha considerado conveniente, la punibilidad de la intervención de particulares en estos delitos especiales. Así, por ejemplo, el art. 418 del Código Penal español de 1995 castiga al particular que se aprovecha de información privilegiada que le suministra el funcionario. Y el art. 399 del Código Penal peruano castiga la corrupción activa de funcionarios, es decir, al particular que corrompe a un funcionario público.

En el art. 400 de dicho Código no se castiga, sin embargo, expresamente dicha conducta; ¿Hay que deducir de ello que el legislador no ha querido castigar al particular, porque considera que en este caso más que de un delincuente se trata de alguien que de algún modo se ve forzado a acudir al traficante de influencias? ¿O deberían aplicarse las reglas generales que regulan en la Parte General la inducción y la complicidad y calificar la intervención del particular en base a estos preceptos como inducción o complicidad en un tráfico de influencias?

Mi opinión es que la solución correcta es la que ha adoptado el juez en su resolución de 24 mayo y que, en consecuencia, la conducta del particular al que se ofrece la influencia debe quedar impune, no tanto porque no encaje literalmente en los conceptos de inducción y complicidad de los arts. 24 y 25 del Código Penal peruano, sino *por no ser merecedora de pena* conforme a la naturaleza especialmente vinculada a la figura del «traficante de influencias» del art. 400, y no a la del que, en cierto modo, no es más que su víctima o víctima de un sistema generalizado de corrupción, en el que frecuentemente hay que acudir a este tipo de personajes para conseguir el reconocimiento de derechos, por lo demás perfectamente legítimos, que, sin embargo, no son siempre obtenibles por los cauces jurídicos normales. Pero vayamos por partes.

A) El bien jurídico protegido en el art. 400 y la necesidad de su protección limitada a los que conculcan el prestigio y el buen nombre de la Administración

A diferencia de lo que sucede con otros delitos que se encuentran tipificados en la misma sección IV del capítulo II del Título XVIII del Código Penal peruano, el delito previsto en el art. 400 no tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública. Tanto el sujeto activo, como la persona a la que se dirige el ofrecimiento de la influencia son

particulares, o personas que actúan como tales. El ámbito en el que se puede dar este delito es, por tanto, completamente privado. La única relación que muestra con la función pública es su referencia a la misma como objeto de influencia. El sujeto que ofrece hacer uso de esa influencia puede o no tenerla («real o simulada»), llegar o no a hacer uso de ella («ofrecimiento de interceder»). Lo que constituye el contenido de injusto del delito en cuestión es ofrecerse a alguien para ejercer influencia sobre un tercero. Por tanto, el bien jurídico protegido en este precepto no puede ser otro que, como ya puse de relieve en un primer comentario al delito homólogo introducido en el Código Penal español por reforma de 22 de marzo 1991 (cfr. MUÑOZ CONDE, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*, apéndice a la 8ª edición de mi Parte Especial, Valencia 1991, p. 15), «el prestigio y el buen nombre de la Administración» (de «protección del prestigio y del regular funcionamiento de la Administración Pública», habla el juez en su resolución), un concepto, en todo caso, ciertamente etéreo y difícilmente aprensible.

B) Falta de merecimiento de pena en la conducta del particular interesado en la influencia

A la vista del vago e indeterminado contenido material del art. 400, se hace necesario hacer una interpretación restrictiva del mismo, al objeto de restringir su aplicación sólo a aquellos casos verdaderamente merecedores de pena. Puede ser que se considere ya merecedor de pena al que ofrece hacer uso de su influencia. Es más, puede incluso que dicha conducta en el caso que la influencia sea simulada, pueda dar lugar a una verdadera estafa para el particular. Piénsese, por ejemplo, en el que, con el pretexto de pretendidas buenas relaciones con un funcionario, solicita del particular una buena cantidad de dinero para a cambio de ello influir sobre el funcionario en la solución de un asunto que interesa al particular. En estos casos que la doctrina italiana llama de «venta di fiumo», el particular interesado es claramente víctima de una estafa, y sería absurdo considerarlo, sin embargo, responsable, autor o partícipe, de un delito tráfico de influencias.

Pero ¿por qué tiene que ser diferente su calificación, si la influencia que se ofrece es real y no fingida como en el caso anterior? En todo caso, el particular interesado en la influencia se encontraría siempre en una especie de estado de necesidad (cuando no de clara coacción), al no ver otra salida para su problema que acudir a la persona que, dada su reconocida influencia en los más altos sectores del poder, puede resolverlo usando de su influencia. Desde luego no se entiende

muy bien que pueda llegar a constituir delito, de forma directa o indirecta, buscar a alguna persona influyente en la Administración para resolver algún asunto o problema con la propia Administración.

Volvamos al relato de hechos que hace el juez en su resolución de 24 de mayo. El mismo día ocho de enero de 1998, inmediatamente después de las vacaciones de Navidad, Año Nuevo y Reyes Magos, en el que los abogados de Lucchetti interponen una demanda de amparo contra la Municipalidad de Lima que, por las razones que sean, ha suspendido la licencia que anteriormente había concedido para explotar una industria dedicada a la fabricación de pastas, se entrevistan con Montesinos en las dependencias que éste tiene en el edificio del Servicio de Inteligencia. Uno se puede imaginar que debe ser bastante impresionante para un particular, más si es extranjero o representante de una empresa extranjera, entrevistarse en dicho sitio con una persona que, en ese momento, todo el mundo sabe es una de la más influyentes del país. El nivel de desesperación y miedo que deben tener los representantes de Lucchetti, al ver cómo el costoso proyecto de inversión se les puede venir abajo, debe ser grande. Y alguien debe haberles aconsejado que se entrevisten con Montesinos, en aquel momento verdadero *factotum* de la política peruana. Los representantes de Lucchetti y probablemente los de otras muchas empresas similares, van a esta entrevista por así decir con la soga al cuello, dispuestos a seguir las instrucciones que dicho personaje les aconseje. A todo esto, Montesinos es también o ha sido abogado, probablemente buen conocedor del funcionamiento de la Administración de Justicia, y en algún momento hace gala de sus conocimientos jurídicos. No quiero decir con esto que la intercesión de Montesinos fuera a ser puramente técnica o profesional, pero sí que, como se observa muchas veces en la conversación grabada en video entre él y los representantes de Lucchetti, trata muchas veces de aspectos jurídicos, sobre los que incluso se permite darles algunos consejos (pertinencia del recurso de amparo, eficacia de la medida cautelar, etc.). Pero, sobre todo, en el fondo está presente la rivalidad política entre el gobierno de Fujimori y su consejero Montesinos con el Alcalde de Lima, Andrade («*Tenemos que destruirlo*», prosiguiendo en tratar temas de cómo sacar del escenario político al alcalde Andrade, como se recoge literalmente en la resolución judicial comentada). Sabiendo de esa mala relación entre Gobierno y Municipalidad de Lima parece, pues, lógico que los representantes de Lucchetti quisieran utilizarla en su beneficio. Ello puede ser más o menos recusable en plano ético-político o profesional, pero difícilmente reprochable en el jurídico-penal.

Imaginemos que la citada conversación se hubiera realizado en un despacho de abogados de la misma ciudad de Lima, incluso de los más famosos. A nadie se le escapa que, en todas partes del mundo, los despachos de abogados más famosos y que más éxitos tienen en la gestión y solución de los asuntos que se les encomiendan, son los que están más cercanos al poder y, por eso, tienen mayores posibilidades de influir en sus decisiones. Puede ser que, en el fondo, el art. 400 pretenda evitar una forma de competencia desleal entre los abogados, y acabar con los «lobbys» y grupos de presión política, algo por lo demás bastante admitido en otros países donde se encuentran incluso regulados, pero es muy difícil que todo esto desaparezca de la noche a la mañana por obra y gracia de su tipificación en el Código Penal, y, en todo caso, sería verdaderamente injusto que la sanción penal recaiga también sobre el particular que para resolver sus problemas con la Administración se ve obligado a recurrir a esas personas influyentes (que no sólo son políticos, sino personajes famosos, ilustres abogados, que aparecen todos los días en los medios de comunicación, en las «revistas del corazón», asistiendo a fiestas y recepciones oficiales, donde hacen gala de sus relaciones con el poder). Con razón acude el juez en su resolución de 24 de mayo a una *interpretación teleológica* del art. 400 «que constituye el determinar el *fin* para la cual fue creada la norma (objetivo) y no lo existente en ese momento en el fuero interno del legislador», concluyendo «que esta conducta antijurídica solamente reprime a todos aquellos sujetos, cuyos grados de intervención se encuentran previstos en el rubro referido a la autoría y participación previstos por el numeral veintitrés y siguientes del Código sustantivo». Y es que evidentemente la *ratio legis* del precepto no permite incluir en su ámbito de aplicación a quien realmente no es más que sujeto pasivo de un sistema de tráfico de influencias, bastante generalizado al parecer por aquel entonces en las altas esferas políticas del país, conforme al cual el empresario que no pasaba por las «horcas caudinas» de Montesinos y sus secuaces tenía muy pocas posibilidades de obtener las concesiones y licencias administrativas que les podían permitir ejercer sus actividades sin muchos problemas. Es lamentable que sea o haya sido así, pero lo que no se puede ahora es hacer recaer sobre los sujetos pasivos del sistema, las propias lacras y disfuncionalidades del mismo.

2º La posible existencia de un delito de concusión del art. 382 del Código Penal peruano en la conducta de Montesinos y colaboradores.

No debe olvidarse, por último, que en muchos casos el comportamiento de Montesinos y, en general, de cualquier funcionario o servidor

público que aprovechándose de su situación de prevalimiento y prepotencia en la Administración Pública obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un beneficio patrimonial, constituye un *delito de concusión*, tipificado en el art. 382 del Código Penal peruano, que en cierto modo es el reverso de la conducta tipificada en el art. 400. Aquí no cabe duda que el sujeto pasivo de tal coacción o inducción a una persona a prometer o entregar indebidamente un beneficio patrimonial para sí o para otro, no puede ser, desde luego, considerado ni autor ni partícipe en tal delito, sino una víctima del mismo. Son los casos que la doctrina llama de «participación necesaria», en los que la comisión del delito requiere de la intervención de dos personas (abusos sexuales de menores, estupro, usura), pero una de ellas es víctima y no responsable del delito. No parece, en absoluto, aventurado decir que en muchos de los casos tipificables en el art. 400 pueda darse también, si el sujeto activo tiene la cualidad de funcionario o servidor público y actúa como tal, un delito de concusión del art. 382, en el que el particular sería víctima y no partícipe responsable de evento. No sería descartable, por tanto, que en su caso, y a resulta de lo que pueda deducirse de las investigaciones realizadas, tanto Montesinos, como sus colaboradores, pudieran haber sido, en muchos de los supuestos que actualmente se están investigando, responsables de delitos masivos de concusión.

3º Necesidad de individualizar en todo caso la responsabilidad individual de los denunciados.

Hay un último argumento que no debe olvidarse nunca en un proceso penal, cuyo objetivo principal es la determinación de las responsabilidades individuales de los acusados. Y es que, efectivamente, el Fiscal debe desglosar y probar cada una de las manifestaciones que individualmente son imputables a cada uno de los intervinientes en las conversaciones grabadas. No es, por tanto, admisible que se establezca una responsabilidad cuasi colectiva de todos los representantes de Lucchetti que intervinieron en las conversaciones con Montesinos, sólo por el hecho de haber estado presentes en la conversación o haber hecho manifestaciones en el curso de la misma que carecen de trascendencia penal.

Por otra parte, no deja de ser sintomático que este proceso se dirija prácticamente de hecho contra los que todo lo más serían con una interpretación retorcida de los preceptos y del sentido de la ley *partícipes*, mientras que los *verdaderos autores*, principalmente Montesinos, quedan completamente fuera de la acción de la justicia. La impresión que da en este sentido la acción del Ministerio Fiscal,

por lo menos en lo que se refiere a este asunto, es que pretende «hacer pagar a justos por pecadores», o a las víctimas por los verdugos, utilizando a los representantes de Lucchetti como «chivos expiatorios» de los muchos y verdaderos escándalos de corrupción que se dieron en la era de Fujimori-Montesinos. Un auténtico restablecimiento de la Justicia y de la verdad histórica sobre esa época debe empezar por localizar y aplastar la «cabeza de la hidra», que desgraciadamente es probable que se encuentre ahora fuera del alcance de la jurisdicción peruana, en lugar de andarse por las ramas de los efectos colaterales y sujetos pasivos que tuvieron que soportar las injusticias y el mal funcionamiento de aquel sistema.

Por todo lo cual, formulo las siguientes

Conclusiones

1. En la conducta de Montesinos y colaboradores puede darse, independientemente de los delitos contra la intimidad por la grabación de las conversaciones sin el consentimiento de los interlocutores, un delito de tráfico de influencias del art. 400 del Código Penal peruano.

2. Tampoco hay que descartar la existencia en la misma de un delito de concusión del art. 382 del mismo cuerpo legal.

3. De dichos delitos serían responsables los citados Montesinos y colaboradores, en concepto de autores y/o coautores.

4. De la *ratio legis* y de la naturaleza de estos preceptos se deriva que no existe ninguna responsabilidad penal en estos delitos, ni en concepto de autores, ni de partícipes, de los representantes de la empresa Lucchetti S.A.

5. La resolución judicial de 24 de mayo que confirma la tesis sentada en la conclusión 3ª y en los fundamentos jurídicos de este dictamen, así como en el anterior de 16 de mayo, debe ser apoyada y, en consecuencia, defendido su mantenimiento en caso de un hipotético recurso del Ministerio Fiscal contra la misma ante el Tribunal Superior.

Éste es mi dictamen que someto a otro de mejor fundamento.

DICTAMEN SOBRE EL VALOR PROBATORIO EN UN PROCESO PENAL DE CONVERSACIONES PRIVADAS GRABADAS EN AUDIO Y VIDEO

PROF. DR. VÍCTOR MORENO CATENA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

PROF. DR. VICENTE C. GUZMÁN FLUJA
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Antecedentes

El presente dictamen trae causa de la denuncia formulada por el Ministerio Público de Perú contra los Sres. D. Andrónico Luksic Craig, D. Luis Fernando Pacheco Novoa y D. Gonzalo Menéndez Duque, directivos de la empresa Lucchetti Perú S.A., a los que se imputa la comisión del delito de tráfico de influencias tipificado en el artículo 400 del Código Penal de la República del Perú.

Al momento de la elaboración del presente dictamen, y de conformidad con la documentación aportada, se tiene constancia de los siguientes HECHOS, brevemente expuestos para una mejor comprensión de nuestro parecer, ciñéndonos a los que son relevantes a efectos de emitirlo:

Primero. La construcción de la fábrica Lucchetti y las resoluciones de la Municipalidad de Lima

1º) La empresa Lucchetti, perteneciente al grupo chileno LUKSIC, derivado de un Convenio de estabilidad jurídica con el Estado peruano firmado el 5 de agosto de 1995, se compromete a invertir 42 millones de dólares USA.

2º) En 1996, tras obtener el «Certificado de Zonificación» de la Municipalidad de Chorrillos, la empresa Lucchetti construye una fábrica de elaboración de pastas y fideos, empresa a la que se añade su comercialización, así como la comercialización de productos alimenticios y abarrotes en general. Para ello, adquirió los terrenos correspondientes y obtuvo todos los permisos necesarios, tanto de las autoridades del Distrito de Chorrillos como de la propia Alcaldía de Lima, incluyendo el certificado de compatibilidad de uso, como terreno calificado como industria liviana, y las exigencias medioambientales de INRENA.

3º) El Municipio de Lima, alegando que las actividades de la empresa Lucchetti atentaban contra la conservación de los llamados «Pantanos de la Villa», considerados una reserva ecológica, decide

anular el 2 de enero de 1998 todos los permisos y licencias concedidos a Lucchetti Perú S.A.

4º) Como consecuencia de lo anterior, la empresa Lucchetti inicia una serie de acciones legales contra el Alcalde de Lima y las Municipalidades de Lima y Chorrillos (Municipalidad Metropolitana de Lima). Las distintas acciones son resueltas favorablemente para la empresa Lucchetti, tanto en la instancia como en vía de recurso ante la Sala Corporativa Transitoria especializada en Derecho Público. En el momento actual, la empresa Lucchetti lleva más de dos años funcionando con todas las licencias y autorizaciones necesarias para ello.

Segundo. Las grabaciones de Montesinos en presuntas visitas de representantes de Lucchetti

5º) Como consecuencia de los acontecimientos acaecidos en Perú en setiembre de 2000, se inicia un proceso de transición política, en el curso del cual, en lo que ahora interesa, aparecen veinte maletas con cintas de audio y video, que presuntamente pertenecen a D. Vladimiro Montesinos Torres, y en las que se graban reuniones de éste con personas muy diversas (políticos, empresarios, militares). El Sr. Montesinos era Asesor del ex presidente del Perú D. Alberto Fujimori, y las entrevistas tenían lugar en el Servicio Nacional de Inteligencia, siendo grabadas con total desconocimiento de los sujetos que se entrevistaban con él.

6º) Entre estas cintas de video y audio se encuentran las que se enumeran como 856 y 857, grabadas al parecer el 6 de marzo de 1998, que contendría la entrevista entre D. Vladimiro Montesinos y D. Andrónico Luksic, directivo de Lucchetti, así como la número 864, grabada al parecer el 8 de enero de 1998, que contendrá la entrevista entre D. Vladimiro Montesinos y D. Gonzalo Menéndez Duque, Presidente del Directorio de Lucchetti Perú. Las dos cintas citadas en primer lugar presentan frecuentes fallas de audio que dificultan en extremo el seguimiento de la conversación grabada.

De las cintas se desprende, según la denuncia del fiscal, que estos directivos de la empresa Lucchetti intentaron contar con el favor del Sr. Montesinos para que influyera en las instancias oportunas a fin de solventar favorablemente el contencioso que mantenía con la Municipalidad Mancomunada de Lima. Las entrevistas coinciden con el período en que se tramitan las acciones legales de Lucchetti Perú contra la Municipalidad de Lima.

Debe mencionarse que del Auto dictado el 24 de mayo de 2001 por el Juez del Tercer Juzgado Penal Especial se desprende la existencia

de otras cintas en las que el Sr. Montesinos, y otras personas de su entorno, mantienen entrevistas con «representantes de Lucchetti Perú», sin precisar quiénes sean éstos, grabaciones que se corresponden con las cintas número 858, 859 y 861, para la conversación del 10 de febrero, y 862 y 863, para la conversación del 6 de marzo, que se corresponderían con el contenido del video número 857.

7º) Las cintas aparecen como consecuencia de una entrada y registro realizada en uno de los domicilios del Sr. Montesinos en noviembre de 2000. Las circunstancias que rodean esta entrada y registro son del todo irregulares, ya que no hay claridad sobre el origen del mandamiento judicial, no se notificó al Fiscal la diligencia, se llevó a cabo sin presencia judicial ni del Ministerio Público, constaba un domicilio erróneo, entre otras circunstancias. En especial, destaca que la orden judicial mencionada llegó a manos del ex presidente Fujimori, no se sabe bien cómo, y que fue éste quien ordenó el allanamiento, encomendando su realización al Jefe de la Policía Nacional del Perú, general Hurtado Esquerre, y practicándose por el personal de la Casa Militar del Palacio de Gobierno, uno de cuyos miembros se hizo pasar por Fiscal.

Tercero. El proceso penal por presunto delito de tráfico de influencias

8º) Los hechos anteriores han dado lugar a la apertura de un proceso penal para depuración de las responsabilidades delictivas. Asimismo, se sigue juicio de acusación constitucional (antejuicio constitucional, requisito para el procesamiento ante la jurisdicción ordinaria) contra el General Diandreras Ottone, Ministro de Interior en el momento en que se practicó la entrada y registro en el domicilio de Vladimiro Montesinos, y que al parecer se abstuvo de participar en tales hechos y procedió a denunciarlos ante la Jurisdicción Militar.

9º) La grabación número 864, en la que junto a los Sres. Montesinos y Menéndez aparece también el Sr. Borobio Guede, publicista de Fujimori, ha salido a la luz pública como consecuencia de la iniciativa de la Comisión Permanente del Congreso tras su visualización. Este hecho originó la interposición de un proceso de Habeas Corpus para que se librara orden judicial destinada a ordenar al Congreso y a la Fiscalía que se abstuvieran de proceder a la emisión de los videos en que estuvieren implicados directivos de Lucchetti Perú. La demanda se ha declarado infundada el 5 de junio de 2001 por el Primer Juzgado corporativo transitorio especializado en Derecho Público de Lima.

10º) El análisis del contenido de los videos ha dado origen a una investigación del Ministerio Fiscal, con la apertura de diversos procesos

judiciales y, en lo que interesa, un proceso penal iniciado por denuncia del propio Ministerio Fiscal, de fecha 8 de mayo de 2001, contra los Sres. Montesinos Torres, Borobio Guede y Solís Cano, acusados de los delitos de asociación ilícita para delinquir y tráfico de influencias, y contra los directivos de Lucchetti Perú, Sres. Pacheco Novoa, Menéndez Duque y Luksic Craig, acusados de delito de tráfico de influencias.

11º) Por auto del Juez del Tercer Juzgado Penal Especial, de 24 de mayo de 2001, se declara la apertura de instrucción ordinaria contra los Sres. Montesinos Torres, Borobio Guede y Solís Cano, por los delitos de asociación ilícita para delinquir y tráfico de influencias, así como NO HABER LUGAR A LA APERTURA DE INSTRUCCIÓN contra los directivos de Lucchetti Perú, Sres. Pacheco Novoa, Menéndez Duque y Luksic Craig, dado que no tienen la condición de autores ni partícipes en el delito de tráfico de influencias.

12º) El referido auto ha sido recurrido y se han producido unas declaraciones del director de la Oficina de Control de la Magistratura, vocal Supremo Guillermo Cabala Rossand, realizadas inmediatamente después de la resolución anterior, en las que se vierten juicios de valor contrarios al juez Barreto, tales como que (...) (sic).

Consulta

Con los antecedentes expresados, se han puesto a la vista de los informantes los siguientes documentos:

- Informe de la situación judicial y legal de la planta Lucchetti Perú, S.A., elaborado por el Estudio Aníbal Quiroga León Abogados, fechado en Lima en marzo del 2001.
- Denuncia Nº 004-2001, presentada por el Fiscal Provincial Penal Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de la 3ª Fiscalía, presentada el 9 de mayo de 2001, contra los Sres. Montesinos Torres, Borobio Guede y Solís Cano y los Sres. Pacheco Novoa, Menéndez Duque y Luksic Craig.
- Escrito interponiendo la acción constitucional de habeas hábeas, que presentan los Sres. Luksic Craig, Pacheco Novoa y Menéndez Duque, el 26 de marzo de 2001.
- Exposición de descargo en defensa del Tnte. Gral. PNP (r) Fernando Dianderas Ottone, en la audiencia ante subcomisión investigadora allanamiento domicilio, Exp. Nº 43-2000, el día 1 de marzo de 2001.
- Auto del Juez del Tercer Juzgado Penal Especial, de 24 de mayo de 2001, que inculpa a los Sres. Montesinos Torres,

Borobio Guede y Solís Cano, y declara no haber lugar a la apertura de instrucción contra los Sres. Pacheco Novoa, Menéndez Duque y Luksic Craig.

- Informe de Osvaldo Alfredo Gozaíni, fechado en Buenos Aires, el 4 de mayo de 2001.
- Dictamen del Prof. Muñoz Conde, sobre la denuncia penal contra directivos de la empresa «Lucchetti», sobre valor probatorio en un proceso penal de grabaciones obtenidas mediante videos y relevancia penal de las conservaciones grabadas en ellos, fechado en Sevilla, 2001.
- Dictamen del Prof. Muñoz Conde, sobre aplicación del delito de tráfico de influencias del art. 400 del Código Penal peruano a las conversaciones mantenidas entre representantes de la empresa Lucchetti Perú S.A. y el asesor gubernamental Sr. Montesinos Torres, fechado en Sevilla el 30 de mayo de 2001.
- Declaraciones de prensa del director de la OCMA, Vocal Supremo, Guillermo Cabala Rossand, después del auto de 24 de mayo contra el Juez del Tercer Juzgado Penal Especial, Jorge Barreto.

El Estudio ANÍBAL QUIROGA LEÓN, S. Civ. R.L. desea conocer nuestra opinión, dentro del plazo perentorio de que dispone, sobre los siguientes extremos:

Primero. El presupuesto de la existencia de delito para la apertura de un proceso penal. Junto con las razones que se han expuesto por ilustres colegas acerca de la vertiente penal de los hechos, debe considerarse el fundamento de la imputación delictiva como exigencia ineludible para abrir la instrucción.

Segundo. Validez procesal de las grabaciones realizadas. Su incidencia puede ser determinante para la apertura de la instrucción, dado que si las informaciones y conversaciones registradas en las cintas de video y audio referidas en los hechos carecen de valor probatorio alguno en un proceso penal, tanto por las circunstancias en que fueron generadas, como por las circunstancias en que fueron obtenidas, resultaría inútil la celebración del juicio.

Tercero. Relevancia procesal para desvirtuar la presunción de inocencia. En todo caso, cabe analizar la admisibilidad de las grabaciones de audio y video, que al parecer se encontraron en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos, y su utilidad y eficacia para desvirtuar la presunción de inocencia de los directivos de Lucchetti, o deben reputarse

prueba ilícitamente obtenida, de modo que no puedan ser utilizadas judicialmente para que el tribunal llegue a formar su convicción.

Los profesores firmantes de este escrito, con las restricciones de tiempo que imponen los solicitantes de este dictamen, aceptan el encargo y, de acuerdo con su leal saber y entender, emiten el siguiente:

Dictamen

I. Consideraciones previas, el Poder Judicial y la independencia de los jueces y magistrados

El proceso penal se encuentra en un momento de cruciales trasformaciones que no auguran precisamente una consolidación del respeto a los derechos fundamentales; se aprecian signos que ponen en evidencia quiebras relevantes de derechos trabajosamente construidos por la civilización occidental durante muchas décadas de la Segunda Guerra Mundial.

Existe una moderna tendencia a desformalizar el proceso penal, considerando que la labor judicial y fiscal a lo largo del proceso justifican las operaciones de «ingeniería procesal», planteadas como una especie de «cruzada» de la magistratura contra la delincuencia. Operaciones como la de las «manos limpias» en Italia, de la «sangre contaminada» o el «caso Elf» en Francia, el «caso GAL» en España..., ponen de manifiesto situaciones que se plantean deliberadamente como fronterizas de los principios del proceso –entre ellos el de la justicia social, que se pretende satisfacer a través del proceso penal– y del respeto a las garantías procesales.

No parece muy descabellado recordar la conocida frase de ROBESPIERRE respecto de la condena de Luis XVI: ¿Invocáis las formas porque carecéis de principios? ROBESPIERRE, *Oeuvres*, tomos IX y X (Discours), París, 1958 y 1967, identificaba las «formas» con el proceso penal, y nos explicaba que el proceso penal, sin sus reglas, no puede ser concebido como tal. Frente a él, colocaba otros principios, los de una revolución. Porque el proceso debe identificarse con la duda, con la prueba y con el contradictorio; y debe presumir la inocencia. Sin embargo, si en aquellos momentos se hubiera dudado del rey también se debería dudar de la revolución y los revolucionarios franceses tendrían que ser condenados. Lo que una nación ha establecido con una insurrección no puede ser objeto de duda, es decir, de un proceso; porque los pueblos, decía ROBESPIERRE, no juzgan como los tribunales.

Lo cierto es que en los últimos años asistimos a un paulatino auge de la justicia, de los jueces y de los procesos; su presencia en los medios

de comunicación y en la opinión pública es incontestable. Si se permitiera escribir con grandes brochazos, podría decirse que el centro de gravedad de la vida política, la mirada de los ciudadanos, la confianza de la sociedad, se ha ido desplazando casi de siglo en siglo. Si el siglo XIX fue decididamente el siglo del Parlamento, de la Asamblea, de la ley como manifestación de la soberanía del pueblo, ese papel capital dejó paso al Ejecutivo, a la Administración, que en el siglo XX y sobre todo en Europa, en un Estado prestacional, intervencionista, adquirió una pujanza enorme.

A estas alturas del siglo XXI hemos de recordar que en verdad en la mayoría de las democracias occidentales los Parlamentos son máquinas anquilosadas, cuyas funciones de aprobación de ley y de debate y control político están altamente devaluadas.

Tampoco merece para los ciudadanos un crédito mucho mayor el Poder Ejecutivo, que se había convertido en el referente político a lo largo del siglo XX. Las bases ideológicas del Estado liberal se asentaron, básicamente, sobre el individualismo, y el abstencionismo estatal frente a los problemas de la sociedad, pues las relaciones sociales, sometidas a la regla de la competencia, habrían de generar espontáneamente el mejor de los órdenes posibles. Sin embargo, el panorama socioeconómico ha ido progresivamente revelando las carencias del sistema político para hacer frente a la nueva realidad, que reclama sobre todo unos mecanismos correctores que encaucen los desequilibrios del modelo económico liberal capitalista.

Sin embargo, ha habido demasiadas flaquezas y demasiados errores de los gobiernos, que les ha colocado en el punto de mira de una feroz crítica ciudadana, que ha asistido incrédula en un principio, perpleja después y finalmente escéptica al espectáculo en el que han sido actores buena parte de los miembros de la clase política. Los ciudadanos han tomado distancia de los políticos, esencialmente cuando han visto pasar delante de sí un conjunto inabarcable de desmanes, algunos conocidos y comprobados, otros supuestos y, en más de una ocasión, inventados.

El valor de refugio, el valor en alza en los últimos tiempos, tiende a ser el Poder Judicial independiente. Los ciudadanos miran a los jueces, de grado o por fuerza, como último recurso, y se echan en manos de la justicia, probablemente movidos por la falta de respuesta de las demás instancias a las que han acudido.

No cabe, a nuestro juicio, desentenderse de esta situación al abordar el análisis de los hechos relatados, que se ven sin duda

envueltos en una suerte de vorágine regeneracionista derivada del manto de descrédito y corrupción con que se ha cubierto la clase política en Perú en los últimos tiempos, desnudándose ante los ciudadanos a través de las patéticas imágenes contenidas en los «vladivideos».

En este marco, puede resultar difícil sustraerse a la corriente política de enjuiciar las conductas y las situaciones orillando los principios, la ley y las garantías procesales, con tal de lograr los principios, la ley y las garantías procesales, con tal de lograr de forma inmediata «pasar página» de esa historia peruana reciente, depurando todas las responsabilidades.

Sin embargo, el presente dictamen toma en consideración y se sustenta en las reglas, en las normas jurídicas, pretendiendo someter al Derecho las actuaciones encaminadas al enjuiciamiento de cualquier hecho con apariencia delictiva, y salvaguardar las garantías de quien se vea sometido a un proceso penal.

Por tal motivo, el hecho de la apertura de una investigación en contra del juez Jorge Barreto Herrera tal y como se ordena en el oficio Nº 150-2001-CRP-UOM-OCMA/J, de fecha 31 de mayo de 2001, donde se notifica al juez Barreto que «dentro del término de 5 días debe presentar su informe de descargo» a la investigación que se sigue y «deberá acompañar copia de los actuados judiciales que motivaran su decisión de abrir o no instrucción contra los empresarios de Lucchetti, y si ésta ha sido apelada» (noticia extractado de diario Correo, de 1 de junio de 2001).

Esta investigación efectivamente se abre, a pesar de los desmentidos del Dr. Cabala en un primer momento, como en sus declaraciones al diario *Expreso* de 1 de junio de 2001. Toda la prensa acredita este hecho publicando el correspondiente oficio en donde se dice «ÁBRASE INVESTIGACIÓN en contra del doctor JORGE OCTAVIO BARRETO HERRERA» por expresiones relacionadas a su conducta funcional y en relación con el «proceso penal en contra de la firma Lucchetti S.A.». La investigación se le encarga a la Unidad Operativa Móvil (UOM), a cargo de la Dra. Carmen Rojjasi Pella, y en la que participa el Programa Especial de Lucha Integral contra la Corrupción (PELIC). El objeto de la investigación es la «conducta funcional» del juez Jorge Barreto en relación con el caso Lucchetti, debido a los cuestionamientos que la prensa hizo contra éste (declaraciones a Canal 8, la Hora N, de 5 de junio de 2001).

Así pues, no se trata de «una inspección a los juzgados sobre su parte administrativa», como declara Cabala al Correo del 1 de junio, sino de una investigación de su conducta y precisamente en el ejercicio

de su potestad jurisdiccional. Parece tener «mala conciencia» el jefe de la OCMA, pues declara que «la resolución del magistrado es un asunto jurisdiccional, es decir, tiene que ser vista y resuelta por la instancia superior y no por el órgano que dirijo», así como que «si el control interno va a intervenir para fiscalizar las resoluciones que emiten los jueces, ¿qué sería de la justicia?, ¿para qué existirían las instancias superiores?» (diario Expreso de 1 de junio de 2001).

Sin embargo, las declaraciones del doctor Cabala Rossand unos días después en Canal 8, la Hora N, de 5 de junio de 2001, resultan esclarecedoras de un designio contrario a lo que se acaba de decir, en línea con la apertura de la investigación por inconducta funcional. Explica éste que «Barreto ha alegado que está penado en el delito de tráfico de influencias sólo al traficante de influencias, pero no los que van a solicitarle que intervenga en la justicia» y que «este criterio ha provocado rechazo en la ciudadanía», y además que «si esta resolución sienta un precedente va a ser nefasto para los demás casos de tráfico de influencias».

Así pues, el director de la OCMA está colocando al juez y, lo que es más importante, a los magistrados que en el futuro se enfrenten a posibles delitos de tráfico de influencias, en una difícil alternativa: o siguen la doctrina de la OCMA, aun pasando por encima del ejercicio de su potestad jurisdiccional, de su potestad de interpretar y aplicar la ley penal, o se encontrarán con la apertura de una investigación.

El aviso es de una gravedad enorme, pues coloca a la OCMA, respondiendo a su nombre, en la gran controladora no ya del funcionamiento administrativo y de la eficiencia en el servicio de justicia, sino en el Big Brother de los jueces, que deberán someterse a las directrices e instrucciones del poder, que ahora se deposita en la OCMA si quieren conservar su puesto.

Por tanto, puede decirse que la apertura de la investigación como consecuencia de una actuación jurisdiccional, los infantiles desmentidos por parte del jefe de la OCMA, contradichos con la publicación del oficio por la prensa, y las propias declaraciones del doctor Cabala, apelando a la aceptación o al rechazo de la ciudadanía, pretendiendo marcar líneas judiciales de actuación, de pasado y de futuro, resultan particularmente escandalosas, y suponen una injerencia inaceptable en la independencia judicial, que no sólo debe preservarse frente a los embates del poder político, sino también del propio cuerpo judicial y, muy particularmente, del órgano encargado de administrar el estatuto de los magistrados, del control interno.

Las decisiones jurisdiccionales pueden impugnarse cuando se consideran erróneas, con lo que el sistema jurídico permite depurar

las resoluciones contrarias a Derecho, pero no es lícito perseguir a un juez disciplinariamente cuando se discrepe de ellas, pues de ese modo se socava definitivamente la independencia judicial. Tal vez por ese motivo, el Vocal Supremo doctor Guillermo Cabala se apresuró a negar el inicio de la investigación.

Sin embargo, lo cierto es que la investigación contra el doctor Jorge Barreto está en marcha, motivada por su quehacer judicial en el caso Lucchetti S.A., de modo que se trata de intromisiones impropias de la dirección de uno de los órganos de gobierno de la magistratura, como es la oficina de control, en la función estrictamente jurisdiccional, apuntando hacia el contenido «correcto» de las resoluciones judiciales. Esto supone una especie de «aviso a navegantes», pues si el sentido de sus resoluciones no se acompasa con los designios de la OCMA, con la doctrina «correcta» que tiene en cuenta el sentir popular, se verán avocados a la apertura de una investigación para depurar posibles responsabilidades disciplinarias.

En estas circunstancias, la independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones constitucionales se debilita, cuando no resulta completamente anulada. Salvo que nos situemos en un contexto diferente, no se pueden cambiar las garantías, las formas, por unos pretendidos principios, emanados del sentir porque eso nos coloca fuera del Derecho y en un remedio de proceso.

II. La difusión pública de las grabaciones, la imparcialidad judicial y el derecho de defensa

Como consta en los hechos fijados como base para la elaboración del presente dictamen, la grabación número 864, en la que junto a los Sres. Montesinos y Menéndez aparece también el Sr. Borobio Guede, publicista de Fujimori, ha salido a la luz pública como consecuencia de la iniciativa de la Comisión Permanente del Congreso tras su visualización. Este hecho originó la interposición de un proceso de Habeas Corpus para que se librara orden judicial destinada a ordenar al Congreso y Fiscalía que se abstuvieran de proceder a la emisión de los videos en que estuvieren implicados directivos de Lucchetti Perú.

Este hecho debe ser analizado desde el punto de vista de la doble afectación de la imparcialidad judicial, como elemento finalista al que se dirige todo el entramado de garantías que defienden la independencia judicial, y del derecho de defensa de las personas concernidas en la grabación.

Hay que partir de que un elemento clave de legitimación de la actuación del Poder Judicial, así como de los concretos jueces y

magistrados que lo componen, es que las resoluciones que dictan han de estar revestidas de la garantía de la imparcialidad: han sido dictadas de manera objetiva, sin otro interés por parte del juez que no sea el de resolver el conflicto, y se han dictado de forma independiente, sujetas sólo al imperio de la ley y del Derecho, sin que ningún otro poder, ninguna otra institución o persona alguna haya influido directa o indirectamente en el ánimo del juzgador y haya podido determinar una resolución interesada del caso y subjetiva.

La garantía de la independencia, y de su más estricta formulación, la imparcialidad, se articula en orden a evitar las injerencias en la actuación del Poder Judicial y de los concretos jueces y magistrados de cualquier persona, institución o poder.

En este sentido, hay mecanismos para evitar las injerencias del Poder Legislativo, las del Poder Ejecutivo, pero también mecanismos que salvaguardan a los jueces y magistrados de las influencias que puedan provenir del entorno social, en especial de los medios de comunicación social, de las partes, y también de los superiores jerárquicos y del propio órgano de gobierno del Poder Judicial (en este dictamen se ha examinado ya la actuación de la OCMA en referencia a la actuación del Juez del Tercer Juzgado Penal Especial, actuación que se incardina dentro de lo que se puede considerar un ataque ilegítimo a la independencia judicial).

En el presente caso, se puede apreciar un ataque a la imparcialidad e independencia de los jueces que en la instancia o en los recursos lleguen a conocer de casos en los que estén implicados directivos de la empresa Lucchetti por razón de los hechos de los que trae causa el dictamen: por medio de la conducta de la Comisión Parlamentaria al dar publicidad a la grabación número 864, se ha producido una injerencia en la actuación del Poder Judicial, que origina en los medios de comunicación social una presión cierta en relación con el llamado Caso Lucchetti S.A.

Como premisa del análisis, hay que señalar que conforme al artículo 73 del CPPn, existe la reserva de la instrucción, conforme a la cual una vez iniciado un proceso penal las actuaciones de investigación que se lleven a cabo en él son secretas, en el sentido de que sólo pueden ser conocidas por quien es parte personada en ellas, nunca por terceros y, desde luego, no son de conocimiento público.

Durante la instrucción o investigación judicial cabe además que, por orden judicial y por un período de tiempo restringido, se ordene que las actuaciones de la instrucción judicial son secretas incluso para las partes, con la excepción del Ministerio Fiscal en su papel de guardián de la legalidad.

La grabación número 864, según consta, fue exhibida públicamente como consecuencia de la visión que de ella se efectuó en el Congreso. Parece que no había abierto ningún proceso penal en relación con los hechos en ella contenidos. Pero este dato, de ser realmente cierto, no impide que la actuación de exhibición sea ilegal e ilegítima. La reserva de la instrucción debe alcanzar a todas las fases preprocesales, porque de otro modo se abrirá una puerta que permitiría burlar la reserva, y facilitaría que la opinión pública tomara conocimiento de hechos que pueden ser objeto de una investigación penal, con el agravante en que ni siquiera hay investigación penal abierta y, aún más, sin que siquiera se hubiera llegado a determinar judicialmente que hay motivo para la apertura de un proceso penal por tales actuaciones.

De hecho, las grabaciones estaban siendo examinadas por el Fiscal y por el Congreso, ambas autoridades públicas. Puede comprenderse que por la complejidad y número de las grabaciones, estas autoridades se tomen un tiempo para depurar las posibles responsabilidades penales e iniciar las acciones legales oportunas. Pero resulta inadmisible que las autoridades públicas no pongan en inmediato conocimiento del Juez la existencia de una posible conducta delictiva, en el preciso momento en que tuviera noticia de ella, y que por el contrario se dediquen a autorizar su difusión pública.

Si el Fiscal tenía indicios de criminalidad contra los responsables de Lucchetti debió presentar la denuncia y posibilitar la vigencia de la reserva de la instrucción; si fueron los congresistas quienes detectaron la posible conducta delictiva al observar la cinta número 864 debieron ponerlo en conocimiento del Fiscal y del Juez, con lo que se hubiera logrado la debida reserva de instrucción, en vez de autorizar su difusión pública.

El proceso penal es garantía, y, en este caso, la difusión pública antes de un proceso penal es un quebranto de las garantías constitucionales de justicia de los directivos de Lucchetti. Abierto un proceso, la reserva de instrucción opera abiertamente y es imposible que la información de la instrucción trascienda públicamente sin atentar contra el artículo 73 CPPn.

En el caso que nos ocupa, la difusión pública de la grabación 864 por orden del Congreso implica una indebida intromisión en la labor judicial, porque se hurtó a jueces y magistrados el cumplimiento inmediato de sus funciones de depuración e investigación de hechos delictivos, a la vez que se puso en conocimiento público una grabación cuyo contenido, en relación con el contexto en que se produce la publicidad, puede generar graves perjuicios a Lucchetti y al Sr.

Menéndez, todo ello sin que un juez haya considerado que existe delito alguno. Puede decirse que el Congreso atentó contra la función del Poder Judicial y que ha condicionado, con la difusión de la grabación, la actuación imparcial e independiente de los jueces que deban conocer de procesos relacionados con Lucchetti y sus directivos.

Por otra parte, la publicidad de la grabación ha generado la apertura de los temidos «procesos paralelos», estados de opinión pública generados por los medios de comunicación social que pueden afectar gravemente la imparcialidad e independencia de las resoluciones judiciales. En efecto, son varios los medios de comunicación que han iniciado una «cruzada» contra Lucchetti y contra sus directivos a raíz de la difusión de la famosa cinta, cruzada en la que se afirma que han incurrido en hechos delictivos, en la que critica al juez que ha declarado la no apertura de instrucción contra ellos, y en la que se apoyan las actuaciones de la OCMA.

Todo ello va generando un estado de opinión pública conforme al cual los peruanos empiezan a creer en la existencia de delitos cometidos por Lucchetti y sus directivos, a creer en la corrupción judicial, etc., de manera que la ciudadanía ya ha juzgado y condenado a Lucchetti, digan lo que digan los jueces, como expresaba el Vocal Superior Dr. Cabala, jefe de la OCMA. La opinión pública espera la apertura de proceso penal contra estas personas, y espera su condena porque los medios de comunicación han dictado la sentencia en el correspondiente «proceso paralelo».

Así consta, como ejemplo, que en el diario *La Razón*, de 31 de mayo de 2001, se llega a afirmar que parece que las horas del juez Jorge Barreto están contadas porque de la apertura de instrucción contra Montesinos y Borobio «excluyó escandalosamente a los mandamases de la empresa chilena Andrónico Luksic, presidente del directorio de Lucchetti, Chile; Gonzalo Menéndez, presidente de Lucchetti Perú; y al gerente general, Fernando Pacheco, pese a su evidente participación en actos ilícitos».

Igualmente, en la revista *Caretas*, de 31 de mayo de 2001, dentro de una noticia intitulada «¿Justicia empastelada?», se afirma: «lo curioso del caso Barreto es que abrió la instrucción y ordenó la detención de Montesinos, del publicista Borobio y del ex viceministro Solís, por los delitos de asociación ilícita para delinquir y tráfico de influencias. No hay corrupción sin corrompidos y sin corruptor. Pero para Barreto, sólo los corrompidos deben enfrentar la ley. Considera inexplicablemente que no hay pruebas para iniciar un proceso penal contra los mencionados ciudadanos chilenos, o por lo menos contra Menéndez».

En este estado de opinión, la labor del Poder Judicial, de impartir recta e imparcial justicia parece una quimera, porque las resoluciones que se dicten a favor de los directivos de Lucchetti, sea declarando no haber lugar a abrir la instrucción, sea dictando sentencia absolutoria, serán inmediatamente sometidas a la acusación de corrupción por los medios de comunicación y por el pueblo. Con ello se contamina la imparcialidad y la independencia judiciales para conocer de los eventuales procesos que se inicien contra los directivos de Lucchetti. Es evidente que la difusión pública de estas cintas ha producido ya un daño irreparable a la justicia, pues cabe la sospecha de que no va a haber juicios imparciales contra los directivos de Lucchetti y si no hay imparcialidad, sí se puede barruntar que los jueces no actuarán sometidos sólo al Derecho, no puede haber un verdadero proceso, ni una legítima condena.

Por supuesto a lo anterior se debe añadir el irreparable daño ya causado, personal, moral y empresarialmente a los directivos de Lucchetti y a la propia empresa, daños que deberían dar lugar a una indemnización, por tener un origen manifiestamente ilícito e ilegal y estar originados por actuaciones de poder público. Pero ninguna indemnización borrará ya el estigma que se ha producido en la esfera personal y familiar de los Sres. Luksic Craig, Pacheco Novoa y Menéndez Duque.

III. La apertura de la instrucción penal. Presupuestos

Como dispone el art. 72 del Código de Procedimientos Penales «La instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirvan para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados».

Así pues, en una primera aproximación, la instrucción, en cuanto actividad investigadora, supone un conjunto de actuaciones encaminadas a *adquirir información sobre un hecho presuntamente cometido,* es decir, del que o ya se tiene noticia cierta de haberse producido o, al menos, de que se ha podido cometer. Sin embargo, debe precisarse que la actividad investigadora en que consiste la instrucción no es un fin en sí misma, sino que se dirige a preparar el juicio oral y, en segundo lugar, que, como consecuencia de ello, la instrucción no se circunscribe solamente a una actividad investigadora, sino que incluye otros contenidos también necesarios para el juicio.

Por consiguiente, el objeto de la instrucción lo constituyen los hechos aparentemente delictivos de los que el juez instructor haya tenido conocimiento, lo que significa *a contrario sensu* que si de la denuncia no se desprende la existencia de delito, o de los hechos que el juez conozca de oficio no aparecen conductas que tengan encaje en un tipo penal, deberá abstenerse de iniciar o proseguir el proceso.

En este sentido, con todo acierto dispone el art. 77 del CPP que «Recibida la denuncia, el Juez Instructor sólo abrirá la instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no ha prescrito.

[...]

Si considera que no procede la acción expedirá un auto de NO HA LUGAR. Asimismo, se devolverá la denuncia si estima que le falta algún elemento de procedibilidad expresamente señalado por la Ley. Contra estas resoluciones procede recurso de apelación. El tribunal absolverá el grado dentro del plazo de tres días de recibido el dictamen fiscal, el que deberá ser emitido en igual plazo.

En todos los casos el Juez deberá pronunciarse dentro de un plazo no mayor de 15 días de recibida la denuncia».

La norma exige, pues, para iniciar la instrucción formal, que el juez debe considerar que existe un hecho que presente los caracteres de delito, denegando en otro caso la petición del denunciante. No se sostendría de ningún modo que si el juez entiende que no existen méritos para proceder se someta a una persona a la aflicción que el proceso penal lleva aparejada.

En definitiva, aun cuando se pretendiera sostener que el examen de la tipicidad de los hechos constituye un elemento a valorar en el juicio, o a depurar una vez abierta la instrucción contra personas determinadas, pugnaría con los más elementales principios del proceso penal la apertura, o la continuación, de diligencias penales cuando no aparece evidenciada la comisión de un hecho delictivo, que representa sin duda la premisa esencial que sostiene la tramitación de un proceso penal..

Es verdad que en los últimos tiempos la fase de investigación de los delitos ha cobrado una relevancia desmesurada, que ha logrado eclipsar en la inmensa mayoría de los casos al momento procesal del juicio. La instrucción se ha convertido en la piedra angular del proceso penal no sólo por lo que en ella se obtiene, sino por su trascendencia en la represión, traicionando sin un ápice de resistencia los principios básicos de esta fase del procedimiento.

Parece haberse asumido en la actualidad que el reproche que implica la condena penal, cuando declara la responsabilidad del acusado, y que viene sustentado y legitimado por el juicio contradictorio y público, en la generalidad de los casos se ha logrado mucho antes, desde el momento en que el procedimiento penal se incoa y el imputado se encuentra desde luego amparado por el derecho a la presunción de inocencia.

Además, la instrucción, concedida como una fase meramente instrumental del procedimiento, que comprendía actuaciones preparatorias, ha acrecentado su valor y adquiere una gran relevancia en el resultado del proceso, tanto por la trascendencia pública de todo lo que en ella acontece, con las repercusiones aflictivas que antes se apuntaron, como por la eficacia en el juicio y la sentencia de las diligencias practicadas (art. 72).

Sin duda, el modelo de proceso penal se ha adulterado hasta el punto de que resulta difícilmente recognoscible y no se sostiene por más tiempo, ya que representa más un atentado que una protección de los derechos de los justiciables. Es verdad que el ataque de la delincuencia no es el mismo que a comienzos del siglo XIX, pero no podemos engañarnos por más tiempo, el proceso penal que ahora tenemos es un remedio del modelo diseñado por el Estado liberal porque cuando se subvierten elementos esenciales de un orden procesal, cuando se cambian piezas relevantes, lo que antes era un retrato se convierte ahora en una caricatura.

Pues bien, queda claro que sin hechos con faz de delito no puede haber proceso penal, y que el juez, primer garante de los derechos de todos los ciudadanos, debe rechazar las peticiones que se le formulen para depurar determinados hechos cuando las considere carentes de fundamento. Si no lo hace así, si se somete y sucumbe a las indicaciones, a las presiones o a las amenazas de la opinión pública, de los medios de comunicación o de los órganos de gobierno de la propia magistratura, estará traicionando el ejercicio de su función, dictando una resolución injusta, esto es, cometiendo un delito de prevaricato del art. 418 del Código Penal.

Como dispone el art. 77 CPPn, el juez sólo abrirá la instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no ha prescrito. De aquí que se exija una imputación, esto es, la atribución a una persona determinada de una participación criminal en unos concretos hechos que presentan los caracteres de delito. Se trata, pues, de una doble concreción, subjetiva y objetiva, que somete a enjuiciamiento unos hechos y no los demás, a una persona y no al resto. Una de las premisas básicas del proceso penal es la existencia

de una imputación, sin ella no podrá abrirse la instrucción ni el juicio porque no puede dirigirse la acusación contra persona que no haya adquirido previamente la condición de imputado.

IV. La inexistencia de actividad delictiva por parte de los directivos de Lucchetti Perú S.A.

El presente dictamen debe partir de la afirmación de la inexistencia de actividad delictiva alguna por parte de los directivos de Lucchetti S.A. por los hechos que se han narrado más arriba. De ahí que resulte imposible la apertura de un proceso penal contra estas personas.

En tal sentido, existen dictámenes emitidos por especialistas en Derecho Penal (señaladamente el del Prof. MUÑOZ CONDE) que sostienen con contundencia la atipicidad penal de las conductas de los directivos de Lucchetti, tanto por mantener entrevistas con el Sr. Montesinos, como por el propio contenido de tales entrevistas.

Pero es que, además, el único delito por el que el Fiscal denunció a los responsables en Perú de Lucchetti fue el de tráfico de influencias, tipificado en el artículo 400 del Código Penal peruano, y el Juez del Tercer Juzgado Penal Especial ha considerado en su auto de 24 de mayo de 2001 que tal delito no ha sido cometido por los Sres. Pacheco Novoa, Menéndez Duque y Luksic Craig, razón por la cual se decreta la no apertura de instrucción contra ellos.

Desde nuestro punto de vista, y a la luz de los datos y elementos que se han expuesto en los antecedentes de este dictamen, hay que insistir en la atipicidad penal absoluta del comportamiento de los directivos de Lucchetti Perú, a la propia luz del relato de los hechos sucedidos y del contenido de las propias cintas.

De esta forma, se consigue partir de una premisa esencial: no es posible abrir un proceso penal contra los directivos de Lucchetti Perú por tráfico de influencias (ni por ningún otro delito, desde luego). Si, ello no obstante, en algún momento se decretara la apertura de tal proceso penal, se habrá de analizar la absoluta falta de pruebas que pudiera demostrar la existencia de un hecho delictivo, en especial de tráfico de influencias, por la absoluta ilegitimidad de las cintas de audio y video grabadas, única fuente de prueba conocida contra los directivos de Lucchetti y, a la sazón, completamente inadmisibles e inutilizables en el proceso penal; sí, pese a ello, se llegaran a utilizar estas ilegítimas fuentes de prueba en un proceso penal, como se verá luego, de ellas no se desprende dato alguno que permita atribuir a los Sres. Pacheco Novoa, Menéndez Duque y Luksic Craig, la comisión de delito alguno, en especial del delito de tráfico de influencias.

En este sentido, se pueden efectuar dos líneas de argumentación: conforme a la primera, se verá que del contenido de las cintas es imposible derivar la concurrencia de los elementos del tipo penal de tráfico de influencias; conforme a la segunda, se verá que la sucesión temporal de los hechos permite establecer la total ruptura de la relación de causalidad entre las entrevistas de los directivos de Lucchetti Perú con Vladimiro Montesinos, y el resultado final de los procesos judiciales.

a) Inexistencia del delito de tráfico de influencia en las grabaciones

Del contenido de las cintas no se desprende en ningún caso que los directivos de Lucchetti Perú hayan instalado al Sr. Montesinos para que interceda, influya, o medie con las autoridades judiciales con el fin de que las acciones ejercitadas contra la Municipalidad de Lima se resolvieran favorablemente a los intereses de dicha empresa. Es cierto que se comenta el problema, y es cierto que el Sr. Montesinos, según la transcripción de las cintas, parece que lleva a cabo una serie de gestiones ante los respectivos jueces, relacionada con los procesos pendientes entre Lucchetti y la Municipalidad de Lima, con un resultado presuntamente favorable a los intereses de la primera.

Pero lo cierto es que en ningún momento se produce una petición ni expresa ni tácita por parte de los directivos de Lucchetti para que Vladimiro Montesinos lleve a cabo tales gestiones. No se puede entender como una petición de actuaciones ilícitas al Sr. Montesinos la frase presuntamente vertida por el Sr. Menéndez en la cinta de 8 de enero de 1998 cuando dice: «Yo le pido derechamente, oiga, su apoyo y el del Presidente en todos estos frentes: en el frente político, en el frente de los tribunales, porque como tenemos que hablar con confianza».

Más bien las gestiones se ofrecen por iniciativa del propio Montesinos, cuando se le comenta que existe un problema con la instalación de la empresa en Chorrillos, y que se han iniciado acciones legales contra la Alcaldía de Lima. Así, en un momento de la conversación del día 8 de enero de 1998, Montesinos ofrece averiguar qué juez tiene la demanda presentada por Lucchetti ese mismo día. Posteriormente, en las conversaciones de 10 de febrero y 5 de marzo, Montesinos explica y da cuenta de las gestiones que ha realizado y del éxito que tuvieron.

Conforme se desprende del artículo 400 del Código Penal peruano, y según consta ya en otros dictámenes previos elaborados por el Prof. MUÑOZ CONDE, el sujeto activo del delito de tráfico de influencias es el

propio Vladimiro Montesinos (así como las personas de su círculo), quien ofrece o invoca las influencias que tiene en el Poder Judicial. En ningún caso lo hacen los directivos de Lucchetti, que no pueden ser partícipes, con ninguna fórmula de participación (ni siquiera la provocación) en la comisión del delito.

Pero es que además, y esto resulta importante, en ningún momento se recoge en las grabaciones, como tampoco se menciona para nada en el auto de 24 de mayo del Juez del Tercer Juzgado Penal Especial, otro elemento del tipo delictivo señalado, recogido también en el artículo 400 del CPn: no aparece por ningún lado que Lucchetti haya entregado donativo o cualquier otra clase de ventaja al Sr. Montesinos o a un tercero, ni aparece que haya efectuado promesa de entregarla en un futuro. Falta el elemento económico, la «recompensa» que deberían recibir el Sr. Montesinos o las personas de su entorno, en «agradecimiento por los servicios prestados». Este hecho desvincula aún más a los directivos de Lucchetti de la participación en la comisión de tráfico de influencias.

En resumen, no hay ningún elemento determinante en las grabaciones que permita aseverar la existencia de un delito de tráfico de influencias cometido por los responsables de Lucchetti. Sólo puede afirmarse que existen elementos circunstanciales que permiten establecer que el Sr. Vladimiro Montesinos y las personas de su organización pudieron cometer (tampoco es claro que lo cometieran, si nos atenemos a la descripción del tipo penal) tal delito en relación con el problema que la empresa Lucchetti tenía en Lima.

Precisamente, esa clase de «servicios» se puede entender que eran «ofrecidos» a empresarios, militares, personalidades, etc., a iniciativa del propio Sr. Montesinos, que se encuadraba en una operación más ambiciosa a decir del propio Juez del Tercer Juzgado Penal Especial: la existencia de una «agrupación destinada a cometer hechos delictuosos y en algunos casos a obtener el control de instituciones públicas y privadas a fin de obtener beneficios para sí y para terceros», liderada por el Sr. Montesinos, razón por la cual se abre instrucción ordinaria contra él y otras dos personas, por el delito de asociación ilícita para delinquir.

Resulta evidente que una de las formas de obtener el control de instituciones públicas y privadas era mediante la grabación de entrevistas con las diversas personalidades, empresarios, políticos, militares, más aun cuando por propia iniciativa del Sr. Montesinos, en tales entrevistas se reflejaban hechos, palabras o actitudes que pudieran dar a entender que los servicios presuntamente «prestados»

por él se debían a la petición de sus interlocutores. De esta manera, siempre podría disponer de elementos de presión hacia las personalidades, empresarios, políticos, etc., a quienes el asesor presidencial podría requerir para beneficio propio y, en caso de que se negasen a colaborar, exhibirles las grabaciones.

Esto es lo que pasó con el caso de la empresa Lucchetti: fue el propio Montesinos quien conscientemente, sabiendo de la grabación que se efectuaba, dejó constancia de sus gestiones «a favor» de Lucchetti, intentando aparentar que los directivos de esta empresa estaban implicados en esas gestiones, por haberse realizado a su solicitud, extremo que, como hemos dicho, no se produjo y por eso mismo es imposible derivar del contenido de las grabaciones.

Como se verá después, Montesinos actuó a la manera en la que normalmente lo hace un agente provocador, actuación que tiene indudables consecuencias que invalidan la utilización procesal de cualquier información contenida en las grabaciones. Tal provocación se basaba en su condición de Asesor del ex presidente Fujimori, puesto desde el cual oficiaba como correa de transmisión con el Presidente de la República, y en esa condición muchas personas acudían a él para explicar sus problemas en la confianza de que serían conocidos y resueltos con mayores garantías y seguridad. Desde esta condición e imagen se aprovechó Montesinos para oficiar como «solucionador» de los más diferentes problemas, y para emplear, según parece, esa privilegiada situación en beneficio propio, recurriendo a maniobras ilícitas y despreciables.

b) Inexistencia de relación de causalidad entre las entrevistas de los directivos de Lucchetti con Vladimiro Montesinos y las presuntas gestiones del asesor presidencial

Por otra parte, existen dos razones por las cuales los directivos de Lucchetti deben considerarse al margen la comisión de cualquier actividad delictiva en sus presuntas entrevistas con el Sr. Montesinos Torres.

Por un lado, no existe ninguna prueba cierta -desde luego nosotros la desconocemos- de que las gestiones realizadas por Montesinos en «beneficio» de la empresa Lucchetti se hubieran realizado efectivamente. Sólo se cuenta con la palabra y las afirmaciones del propio Montesinos, en ningún caso secundadas con afirmaciones directas o indirectas de los directivos de Lucchetti, en el sentido de que existieran tales gestiones, o de que gracias a ellas los

casos judiciales se iban resolviendo a su favor. Por lo tanto, puede ser que las gestiones presuntamente realizadas no fueran reales.

Por otro lado, las acciones judiciales iniciadas por Lucchetti contra la Municipalidad de Lima fueron de diversa índole; se cruzan con otras iniciadas por el Municipio de Lima contra Lucchetti, y abarcan un amplio período temporal, que llega mucho más allá de la fecha de celebración de la última reunión grabada (6 de marzo). Todo ello impide que pueda afirmarse, siquiera indiciariamente, que las gestiones de Vladimiro Montesinos hubieran logrado influir de algún modo en el resultado de todos los procesos, que resultó por su propio mérito y razón casi siempre favorable a los intereses de Lucchetti.

Así, cabe reseñar que la acción de amparo se interpone el 8 de enero de 1998; se sentencia en primera instancia a favor de Lucchetti el 6 de febrero de 1998, y se confirma la sentencia por la Corte Superior de Justicia de Lima el 18 de mayo de 1998 (más de dos meses después de la última entrevista). La acción de cumplimiento se interpone el 6 de marzo de 1998, se sentencia de primera instancia a favor de Lucchetti el 24 de mayo de 1998, y se confirma por la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de setiembre de 1998 (seis meses después de la última entrevista).

Contra Lucchetti, la Municipalidad de Lima interpone varias acciones y demandas que son inadmitidas con fecha de 16 de octubre y 20 de noviembre de 1998. Incluso se interpone una acción de amparo constitucional (Alberto Giesecke, Sara Lafosse y otros, contra Lucchetti Perú), iniciada el día 5 de enero de 1998, declarada improcedente en primera instancia el 23 de marzo de 1998, resolución confirmada por la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de octubre de 1998; el Tribunal Constitucional confirma la sentencia de la Corte Superior al rechazar, con fecha 19 de agosto de 1999, el recurso extraordinario de revisión constitucional interpuesto.

Como se aprecia, son muchas las acciones y demandas en las que se ve implicada Lucchetti Perú en relación de los trámites que se llevan a cabo después del 6 de marzo de 1998, fecha de la última grabación de Montesinos en la que interviene un representante de Lucchetti.

De todo lo expuesto sólo cabe concluir en dos alternativas lógicas. La primera es que Lucchetti no buscó en realidad la influencia de Vladimiro Montesinos para ganar los distintos procesos judiciales; si lo hubiera hecho, hubiera intentado que esta pretendida influencia alcanzara a todos los procesos, pues no tiene sentido que la buscase

solamente para triunfar en el primero: podría perfectamente suceder que, aunque ganase este primer proceso, perdiera todos los demás, con lo cual hubiera sido inútil la primera victoria.

Por consiguiente, no parece razonable que Lucchetti mantuviera un comportamiento que no le conducía a un resultado seguro; más acertado resultaría sostener que no fue Lucchetti quien buscó a Montesinos para que interfiriera en los procesos judiciales, sino que el propio Montesinos vio la oportunidad de intervenir y poder alardear ante los directivos de Lucchetti de que todo se estaba solucionando. Para ello, le bastaba con referirse al primer proceso iniciado por la empresa contra la Municipalidad de Lima, pues ya así conseguía el objetivo de disponer de grabaciones «comprometedoras» contra Lucchetti.

La segunda de las alternativas parte de que las resoluciones favorables a Lucchetti son muy variadas, conseguidas a lo largo de más de un año, sin que haya sospecha alguna de interferencia en la inmensa mayoría de ellas. Todo hace pensar que a la empresa le asistía la razón jurídica, y que no desplegó estrategia alguna de otra clase que no fuera la jurídica para reivindicar sus derechos y obtener la correspondiente victoria. Cuando la construcción de la fábrica se vio comprometida, Lucchetti pudo haber buscado legítimamente apoyo a su proyecto por parte de las altas instancias peruanas, hecho que no puede merecer reproche jurídico alguno y sin que ello implique que haya salido del marco de la legalidad establecida, ni que se busquen o intenten soluciones que se sitúen al margen de dicha legalidad.

Por lo tanto, se mire por donde se mire, no hay base alguna para sostener una imputación de carácter penal contra los directivos de la empresa Lucchetti, ni tal puede colegirse del contenido de las grabaciones, que no demuestran más que la irregularidad del comportamiento del Sr. Montesinos.

Sentado lo anterior, procede determinar que, además, el contenido de las grabaciones es absolutamente inutilizable en un proceso penal como elemento de prueba en contra de los directivos de Lucchetti. No hay más solución, como se expondrá enseguida, que considerar que las cintas de video y audio son inexistentes a efectos procesales y no pueden servir para basar una eventual condena contra ellos. Esta afirmación deriva del respeto a la presunción de inocencia en el proceso penal, así como de la necesidad de respetar las reglas generales del derecho probatorio y, en especial, de confrontar los modos de generación y de obtención de las grabaciones con la doctrina de la prueba prohibida.

V. La ilegitimidad de las cintas de audio y video: Su imposible utilización como prueba en un proceso penal

A) La prueba en el proceso penal. Sentido y finalidad

El proceso penal es un instrumento destinado a someter el ejercicio del *ius puniendo* del Estado a una serie de estrictas reglas y garantías de ineludible observancia. El resultado del proceso penal, sobre todo cuando la sentencia que recae es de carácter condenatorio, sólo queda legitimado si los sujetos acusados han dispuesto de todos los elementos de defensa y si se han seguido y respetado todas las garantías del proceso debido. Cuando alguna de estas garantías se incumple quiebra el mismo Estado de Derecho, y es imposible dar validez a lo actuado en el proceso. El proceso penal es todo él garantía de derechos precisamente porque su terminación puede significar la restricción de uno de los derechos fundamentales más emblemáticos de la persona: la libertad.

Por lo tanto, las reglas del proceso penal han de ser cumplidas y observadas, como derecho fundamental del acusado. La reconstrucción histórica que significa el proceso penal (cualquier proceso en general) debe lograrse conforme al cual se despliega la actividad conducente a convencer al juzgador de la veracidad de las afirmaciones realizadas en las alegaciones por cada parte. Del resultado de la prueba depende que el signo final de la sentencia sea condenatorio o absolutorio. El resultado de la prueba permite establecer la verdad procesal, la verdad consensuada; sabemos que en el proceso penal se intenta que dicha verdad coincida con la verdad histórica. Para alcanzar esta coincidencia no puede pagarse cualquier precio, no sirve cualquier prueba, no se puede utilizar cualquier método: deben seguirse las reglas del «juego limpio», no puede haber sombra sobre la legalidad, la limpieza, la validez y la adecuación a derecho de los elementos empleados y aportados para lograr la convicción judicial.

La vigencia de la presunción de inocencia de las personas acusadas, derecho fundamental de todo ciudadano, exige que nadie pueda ser condenado sino en virtud de una prueba existente y suficiente, de cargo, y obtenida con el respeto a los derechos fundamentales del acusado. Éste es un elemento clave y esencial del proceso penal, que brilla por su ausencia en el caso de las grabaciones que originan la emisión de este dictamen.

B) Imposibilidad de utilizar las grabaciones

Existe una serie de razones variadas por las cuales se puede sostener que las cintas de audio y video incautadas al Sr. Montesinos

no pueden servir jamás como elemento de prueba en un proceso penal. En esencia, se pueden resumir en dos: el modo en cómo se originaron las grabaciones y el modo en cómo se obtuvieron las cintas de audio y video que recogen las grabaciones de las entrevistas. Así, resulta intrascendente qué contenido puedan tener, o si dicho contenido se ajusta o no a la realidad de los hechos históricos, pues la propia existencia de las grabaciones pertenece al terreno de los hechos que se deben reputar inexistentes y carentes de toda trascendencia.

1. El origen de las grabaciones

Al hablar del origen de las grabaciones, nos referimos tanto al sistema seguido para realizarlas, como al momento en que fueron realizadas, analizando las consecuencias desde la perspectiva del proceso penal.

Como es sabido, existe una gran cantidad de grabaciones de cintas de audio y video en las que se observa a Vladimiro Montesinos conversando con diversas personas, entre ellas al parecer algunos directivos de la empresa Lucchetti. Todas las grabaciones fueron realizadas en dependencias del Servicio de Inteligencia Nacional, se desconocía el hecho de la grabación por los interlocutores del Sr. Montesinos, y éste iba guardando las grabaciones subrepticiamente realizadas.

De este modo, la existencia de las grabaciones se enfrenta a varios análisis, todos los cuales comportan de suyo la nulidad e inutilizabilidad de las fuentes de prueba (informaciones y datos) que en ellas se recogen.

En efecto, estamos ante un hecho que supone un atentado directo contra el fundamental derecho a la libertad de las comunicaciones, o derecho al secreto de las comunicaciones personales (reconocido en el artículo 10 de la Constitución del Perú), una intromisión ilegítima por cuanto sólo es posible restringir este derecho por orden judicial, que no existió en estos casos, y sólo puede darse tal orden judicial cuando concurra un motivo constitucionalmente legítimo como es la existencia de una investigación procesal penal para esclarecer la comisión de un hecho delictivo, elemento que tampoco se da en el caso que nos ocupa. En definitiva, hablamos del derecho a que una conversación privada no sea grabada, registrada y recogida en soporte alguno que permita su constancia y posibilite su reproducción. Debe tenerse en cuenta que la restricción de este derecho se produce por el simple hecho de que se lleva a cabo la observación y grabación de las conversaciones por medio de instrumentos adecuados al

efecto, siempre que no haya conocimiento de todos los interlocutores, siendo necesario también el consentimiento de todos ellos.

Las grabaciones efectuadas por el Sr. Montesinos, o por su orden, con desconocimiento de los otros interlocutores puede resultar en sí un hecho delictivo tipificado en el artículo 162 del CP del Perú, como afirma el Prof. MUÑOZ CONDE.

Las grabaciones son indebidas en el sentido del artículo 162 del citado CP, en primer término, porque son desconocidas por los interlocutores. En segundo lugar, sea o no funcionario público el Sr. Montesinos, porque las grabaciones se efectúan sirviéndose de estructura y organización pública, con ocasión de asuntos que tienen trascendencia pública. Los derechos fundamentales son dignos de especial protección cuando se trata de actos que provienen del poder público.

En tercer lugar, se trata de grabaciones ilícitas porque el Sr. Montesinos actúa a modo de agente provocador en relación con los interlocutores. La figura del agente provocador es rechazada de plano en todos los ordenamientos jurídicos, pues se trata de agentes de la autoridad pública que incitan a una persona a cometer un hecho delictivo para proceder a su detención y obtener la prueba del delito. En la existencia del delito provocado es determinante que el nacimiento de la voluntad criminal en el sujeto provocado surge por la incitación engañosa o el convencimiento por parte del agente provocador, generándose de esta manera una actividad o voluntad delictiva que de no ser por esta intervención no se hubiera producido.

Salvando las diferencias, lo cierto es que el Sr. Montesinos es quien provoca las entrevistas, ofreciéndose como persona influyente; provoca además los temas de conversación y los lleva, con cautela y precaución, por los derroteros que le interesan, dejando constancia de que puede influir con sus gestiones en otras autoridades, en este caso los jueces, y que puede solventar así los problemas que tienen planteados sus interlocutores. Esto es lo que sucede con los directivos de Lucchetti, en los que se intenta alumbrar la petición de influencia para la adecuada resolución de las acciones legales emprendidas contra el Municipio de Lima: Montesinos «lanza el anzuelo», crea la expectativa. Ante tal circunstancia, aunque de las cintas no se pueda deducir que sucediera así, si los directivos de Lucchetti hubieran pedido directa o indirectamente que se influyera en los jueces para que decidieran en contra de la Municipalidad de Lima, tal petición habría sido provocada por Montesinos. Y si esa conducta fuera delictiva (tráfico de influencias, o constituyera provocación de hechos delictivos,

que en ese caso parecería más una provocación del Sr. Montesinos a los representantes de Lucchetti), el delito se habría cometido de forma provocada al mismo tiempo que se grababa la comisión. Estamos ante un caso evidente de quebranto del derecho a la no autoinculpación, y por lo tanto ante una prueba ilegal e ilegítima.

En cuarto lugar, lo anterior impide que pueda utilizarse o invocarse la circunstancia de que el Sr. Montesinos procedía a grabar las entrevistas para dejar constancia de los hechos delictivos que cometía o le proponía cometer sus interlocutores. Ciertamente, en algún caso se ha admitido la validez de una prueba consistente en una grabación de audio efectuada por un sujeto sin conocimiento de su interlocutor (*v. gr.*, en la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo español de 30 de mayo de 1995), sin autorización judicial previa y sin proceso penal pendiente. Pero ello se ha permitido cuando es la única manera de poder demostrar la existencia del hecho delictivo por tratarse de casos, como la extorsión, en los que de otra manera quedaría para acreditar la existencia de delito la declaración de la víctima contra la del autor. Además, supuesto lo anterior, la finalidad de la grabación es conseguir demostrar en un posterior proceso penal la existencia de un hecho delictivo, esto es, se trata de un acto dirigido a propiciar la averiguación y constatación de la existencia de un delito, acto que no se llevaría a cabo si no existiera dicha finalidad. No es éste desde luego el supuesto que nos ocupa.

2. Las garantías de la intervención de comunicaciones

Una de las reglas básicas que gobiernan el régimen de la prueba en el proceso penal es que deben obtenerse con las debidas garantías, entre las cuales se encuentra el derecho de defensa del imputado, que cobra especial relevancia cuando la obtención de la prueba implica la restricción de derechos fundamentales.

En el presente caso, la grabación de las conversaciones implica una restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en relación con el derecho a la intimidad. Normalmente, estas restricciones suceden sin el conocimiento de la persona a la que se graba, pues si conociera el hecho de la observación de las comunicaciones se frustraría el objetivo que se pretende conseguir, esto es, la averiguación de los datos relevantes para la investigación penal. Por dicha razón es por lo que la intervención de las comunicaciones personales y privadas, la autorización para observarlas y registrarlas, tiene carácter judicial, como muestra máxima de la garantía de los derechos del imputado, existiendo un severo

régimen de control sobre la observación y registro en el correspondiente soporte. Es uno de los casos más claros de necesidad de autorización judicial para restringir derechos fundamentales.

El necesario control judicial alcanza al desenvolvimiento de la observación y registro de las comunicaciones, y de las grabaciones obtenidas se debe dar cuenta al imputado para que pueda ejercitar su derecho de defensa adecuadamente.

Por último, la observación y grabación de comunicaciones personales o privadas debe tener como premisa la necesidad de esclarecer la comisión de un hecho delictivo que ha debido originar la apertura de la correspondiente instrucción. Y, además, se debe adecuar al principio de proporcionalidad, de manera que debe ser el único medio posible para obtener el esclarecimiento de los hechos y debe suponer una injerencia en la esfera del sujeto adecuada a la importancia de la información que se obtiene y a la clase de delito que se investiga.

Como se puede adivinar con facilidad, no se cumplen aquí ninguno de los requisitos anteriores: no hay proceso penal pendiente por comisión de hecho delictivo alguno contra los directivos de Lucchetti, ni en consecuencia procesal penal pendiente que se pueda esclarecer por medio de las grabaciones a que se refiere este dictamen; no hay orden judicial que autorice la restricción de las comunicaciones ni la grabación de las entrevistas; no hay ninguna clase de control judicial sobre las grabaciones; no se cumple el principio de proporcionalidad porque no es el único medio para investiga el presunto delito de tráfico de influencias, y la intromisión no es adecuada a la importancia de la información que se consigue.

Y no se cumple ninguno de los requisitos porque estamos en presencia de una actuación que nada tiene que ver con la persecución de un hecho delictivo. Se trata de una actuación que puede ser delictiva en sí misma, que se hurta al conocimiento de las autoridades judiciales del Perú, y que sólo sale a la luz pública como consecuencia del proceso de transición política iniciado en el año 2000 (dos años después de la grabación de las entrevistas).

Por último, la finalidad que subyace en las grabaciones no es otra que la de permitir al Sr. Montesinos y a su cohorte ejercer un dominio sobre determinadas personas, empresarios, políticos, militares, etc., al disponer de una información sobre ellos que podía llegar a utilizar en beneficio propio, con la idea de controlar con la mayor amplitud posible los sectores públicos y empresariales del Perú.

3. La imposibilidad de aplicar la teoría de la prueba preconstituida

Por último, hay que reseñar que la única prueba que puede legitimar la destrucción de la presunción de inocencia es la que se genera en el juicio, bajo los principios de contradicción y defensa, y con el control que supone la inmediación judicial. Una de las escasas excepciones a este principio es la existencia de una prueba preconstituida, aquélla que por su naturaleza, o por circunstancias sobrevenidas, resulta impracticable de nuevo en el juicio, donde sólo cabe la reproducción, a través del oportuno medio técnico, de la fuente de prueba preconstituida.

Las grabaciones de audio y video son elementos que quedan preconstituidos en el momento en que se producen. La información que contiene sólo se puede generar y se puede registrar u obtener en el momento en que se graba. Luego es imposible volver a obtener la misma información por el mismo procedimiento, y desde luego es algo que no se puede hacer en el juicio oral.

Por lo dicho, por tratarse de elementos de prueba que no van a poder pasar el filtro legitimador de la contradicción y defensa abierta en juicio oral, ni se someten a la inmediación judicial, hay que ser en extremo cauteloso con el ingreso de las pruebas preconstituidas al juicio oral, con el fin de valorarlas por el juez y formar su convicción.

La garantía de la llamada prueba preconstituida es que ha surgido durante la fase de instrucción, ha sido controlada por un juez, siquiera con posterioridad a su producción, pero en un momento inmediatamente posterior, más cercano a su generación, para que el control judicial sea efectivo. Además, se ha permitido la contradicción sobre ella, si no en el mismo momento de su producción, en el posterior más inmediato posible, de manera que el imputado ha podido ejercer su derecho de defensa. En tales condiciones, la prueba preconstituida puede ingresar válidamente al juicio, en el que cabe abrir un nuevo debate sobre su contenido. Es entonces cuando puede llegar a servir para formar la convicción judicial, valorándose como prueba.

En el caso de las grabaciones que afectan a los directivos de Lucchetti Perú, que implican además una restricción indebida de derechos fundamentales, no se cumple ninguna de las condiciones expuestas. No estamos ante pruebas preconstituidas en modo alguno, pues ni siquiera tienen un carácter preprocesal ni están orientadas a la incoación de un proceso penal. Por el contrario, se trata de

grabaciones generadas extraprocesalmente, sin control judicial alguno, ni simultáneo ni posterior, sin conocimiento de uno de los intervinientes en las presuntas reuniones y conversaciones, que no han podido defenderse en su debido tiempo ni contradecir el contenido de las grabaciones, y obtenidas con una finalidad de todo punto ajena a la persecución de hechos delictivos.

C) La obtención y adquisición de las cintas para el proceso penal

La fuente de prueba en que puede consistir una cinta de video o audio de las incautadas al Sr. Montesinos, como son las que se pretenden esgrimir contra los directivos de Lucchetti Perú S.A., está viciada y es nula de pleno derecho, sin que pueda surtir efecto alguno en el proceso penal. Esta afirmación se sostiene tanto en la nulidad del procedimiento seguido para la incautación de las grabaciones, como en la ruptura de la cadena de custodia de las cintas de audio y video incautadas, que arrojan la sospecha sobre la originalidad y fiabilidad de su contenido.

1. Procedimiento seguido para la incautación de las grabaciones

Las grabaciones se obtienen, al parecer, por medio de una diligencia de allanamiento que tiene lugar en el domicilio del Sr. Montesinos en la noche del 6 al 7 de noviembre de 2000.

Las grabaciones en la que se basa el Fiscal para presentar su denuncia de 9 de mayo de 2001 contra Vladimiro Montesinos (así como contra Daniel Borobio y Edgard Solís), y contra los directivos de Lucchetti Perú S.A. (Sres. Pacheco Novoa, Menéndez Luque y Luksic Craigs), adquieren relevancia procesal como consecuencia del conocimiento público de su existencia, debido a la práctica de una diligencia de allanamiento llevada a cabo en uno de los domicilios del Sr. Montesinos en la noche del 6 al 7 de noviembre de 2000.

La práctica de la diligencia está sembrada de irregularidades, cada una de las cuales, por sí misma, debe determinar la total ausencia de valor probatorio en un proceso penal de las fuentes de prueba obtenidas, esto es, las grabaciones de video y audio. Por tanto, puede decirse que la diligencia de allanamiento es ilegal, implica la vulneración de derechos fundamentales esenciales como son la inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal, reconocidos como tales en las Declaraciones Universales de Derechos y en las Constituciones de los países democráticos. En consecuencia, se trata de una prueba ilegal, una prueba ilícitamente obtenida, que no puede

surtir ningún efecto en el proceso penal, y de ningún modo podrá representar una prueba apta para enervar la presunción de inocencia. Además, cualquier prueba que deriva de la que ha sido ilícitamente obtenida es también, a su vez, una prueba ilícita, y tampoco puede surtir ningún efecto probatorio en un proceso penal, en aplicación de la teoría de la llamada prueba prohibida indirecta o refleja, de la doctrina del *fruit of the poissons tree*.

En cualquier caso, debe diferenciarse entre dos bloques de circunstancias: las que resultan de la información de que se dispone para la realización de este dictamen y resultan contrastadas, y las que no se reflejan directamente en la documentación disponible, de las que existe duda razonable, que debería verificarse contrastando la orden de entrada y registro.

a) La ilegalidad del allanamiento. Motivos contrastados

De la información disponible puede determinarse con claridad la existencia de tres causas conforme a las cuales el allanamiento producido en el domicilio del Sr. Montesinos la noche del 6 al 7 de noviembre de 2000 es ilegal y contraria a derecho.

Debe tenerse en cuenta que se parte de una premisa que, de no ser cierta, invalidaría desde el principio todo el proceso de obtención de las grabaciones mediante la diligencia de entrada y registro. La premisa es que existiera un proceso penal con un objeto concreto dirigido contra la persona de Vladimiro Montesinos, pues sin tal proceso pendiente no es posible que exista con validez jurídica una orden de allanamiento contra un domicilio de su propiedad.

Supuesta la existencia de un proceso penal, debió ser en el desarrollo de su instrucción donde se produce la petición del Procurador *ad hoc* designado para el caso Montesinos ante el Juez Provisional D. Jorge Vargas Infante, interesando decreto diligencia de allanamiento en el domicilio del Sr. Montesinos situado en la Avenida Javier Prado Oeste 1275, San Isidro.

El juez decreta la diligencia, pero estableciendo que se realizará «bajo cuenta, costo y riesgo del procurador *ad hoc*», señalando que a su realización deberá concurrir obligatoriamente el Ministerio Fiscal (así lo dispone el artículo 91 del Código de Procedimientos Penales), y excluyendo, sin embargo, la presencia del Procurador solicitante, a quien se responsabiliza, como se ha visto, de la realización de la diligencia.

Siguiendo el procedimiento establecido en el CPPn, se remite oficio a la Policía Judicial, órgano auxiliar de la Administración de Justicia y del Juez, para que participe en la práctica de la diligencia de allanamiento. El oficio se dirige al Director de la Policía Judicial de la Policía Nacional del Perú. Legalmente, en la diligencia debe estar presente el Juez o algún representante de su despacho, debido a que el juez es el director de la instrucción; asimismo, debe concurrir un representante del Ministerio Fiscal, por disponerlo el citado artículo 91 del CPPn; la policía judicial es la que materialmente lleva a cabo la diligencia de allanamiento, en presencia de los dos anteriores que garantizan el respeto de la legalidad y de los derechos del imputado.

Al Ministerio Fiscal no se le comunica la resolución que autoriza el allanamiento, notificación que es obligación del juez y preceptiva para que pueda estar presente en la ejecución de la diligencia. La notificación debe ser escrita y el Fiscal debe firmar una copia dejando constancia de su recepción. Según parece acreditado, el Juez afirma que le comunicó por teléfono la resolución, pero tal clase de comunicación carece de efectos jurídicos.

Posiblemente por mediación del Director de la Policía Judicial, o por cualquier otro medio, el ex presidente Fujimori tiene conocimiento de la resolución judicial que autoriza el allanamiento en el domicilio de Vladimiro Montesinos y, a la vista de una copia de dicha orden judicial, monta un operativo para llevar a cabo el allanamiento. Así, por orden directa del Ing. Fujimori se procede a realizar la diligencia de allanamiento. Hay que remarcar en este momento que, según parece, el Ministro del Interior (General Dianderas) se negó a dirigir o participar en la práctica de la diligencia, diciendo que sólo lo haría si la orden de allanamiento cumplía todos los requisitos legales. La diligencia se lleva a cabo con la supervisión del General Hurtado, Director de la PNP, dándose cuenta de ella al Ministro Dianderas que la explica en rueda de prensa, asegurando que se cumplieron todas las formalidades legales y que estuvo presente un representante del Ministerio Fiscal.

Consta acreditado que en la práctica de la diligencia estaban presentes miembros de la Policía Judicial, pero también que materialmente la diligencia de entrada en el domicilio y de registro, así como la incautación del material audiovisual, fue efectuado por los edecanes del Presidente Fujimori, miembros de la Casa Militar del Palacio de Gobierno, siempre por orden expresa del Sr. Fujimori.

Posteriormente se revelan los siguientes aspectos: no se entró en el domicilio para el que se expidió la autorización (Avenida Javier

Prado Oeste 1275, San Isidro), sino en otro distinto ubicado en la misma Avenida en el número 1995, en concreto los apartamentos 1201 y 501 (además, se comprueba que el número 1275 no existe). A petición de la Fiscal Ana Cecilia Magallanes, se revela que no hubo presencia de Fiscal alguno en la práctica de la diligencia, apareciendo que uno de los presentes se hizo pasar por Fiscal con el nombre de Samuel Rubiños Tolentino, acreditándose que no existe en Perú ningún Fiscal con ese nombre, de manera que el día 10 de noviembre la Gerencia de Relaciones Públicas del Ministerio Público en nota de prensa anuncia que la diligencia de allanamiento no contó con presencia de representante de la Fiscalía; que por estimarlo así el «fiscal» concurrente a la diligencia (no hubo tal) no se levantó acta de la diligencia, según afirma el General Hurtado en el Informe 11/2000, general que supervisó personalmente el operativo.

Del relato anterior aparecen las siguientes ilegalidades comprobadas:

- En contra de lo dispuesto por el artículo 91 del CPPn peruano, la diligencia de allanamiento del domicilio de Vladimiro Montesinos se llevó a cabo *sin que estuviera presente un representante del Ministerio Público*. Asimismo, no consta la presencia del juez o de representante de su oficina, presencia necesaria en cuanto director de la investigación penal. Se produce la ausencia de las personas encargadas de velar por el cumplimiento y observancia de las garantías del imputado, así como encargadas de velar por el respeto a sus derechos.

- La diligencia se propuso para un *domicilio que no existe realmente*, dado que se comprueba, por medio de fotografías, que no hay número 1275 de la Avenida Javier Prado Oeste, San Isidro. Por tanto, por la vía de hecho, y sin cobertura jurídica alguna, ya que no era el domicilio que constaba en la orden judicial, se allanó el número 1995 de la misma Avenida. Los ejecutores de la diligencia debieron paralizar, si es que advirtieron el error (si no lo advirtieron, incurrieron en una negligencia inexcusable, dada la trascendencia de los derechos fundamentales afectados: tendrían que haber comprobado que en efecto se estaba allanando el domicilio exacto que decía la orden judicial. Al no hacerse así, se ingresó ilegalmente en el domicilio en el que se incautaron las grabaciones. Lo mismo puede decirse respecto de la mención o ausencia de mención de que la entrada debía hacerse en los apartamentos 1201 y 501, que serían los de propiedad de Vladimiro Montesinos.

- Ha quedado acreditado que *no se levantó acta* de la práctica del allanamiento. De esta manera no quedó constancia de la forma en

que se llevó a cabo, ni del material que fue exactamente incautado, ni de cómo se encontró, etc. Parece lógico que no se levantara acta de una actuación que no contaba con presencia de Fiscal ni de Juez, pues no podía ser firmada sin incurrir en falsedad, como sucedería si aparece la firma de quien no ostenta la condición de tal. No hay elemento alguno de fe pública y, por lo tanto, ninguna garantía, de que el material incautado se encontraba en el domicilio allanado, ni si el que ha sido puesto a disposición judicial coincide exactamente en número y contenido con el incautado. Sólo existe la palabra de quienes practicaron el allanamiento, y no contaban con ningún guardián objetivo de la legalidad y de los derechos de las personas.

- La diligencia fue *realizada materialmente por los miembros de la Casa Militar de la Presidencia,* los edecanes del ex presidente Fujimori, aunque había presencia de la policía judicial y de la PNP. Esto demuestra, junto con el hecho de que el operativo fuera diseñado por el Sr. Fujimori y que se ejecutara bajo sus órdenes directas, que todo el control del acto de allanamiento estuviera residenciado en el Poder Ejecutivo, directamente en el entonces Presidente de la República, intromisión inadmisible en la exclusividad del Poder Judicial que vicia completamente la validez de la diligencia y de lo en ella incautado.

b) La ilegalidad del allanamiento. Motivos posibles

Las ilegalidades anteriormente citadas pueden ser contrastadas con la información de que se dispone, y es difícil atacar su veracidad. No obstante, y siendo motivos más que suficientes para anular la diligencia de allanamiento y restar cualquier valor probatorio a las piezas de convicción o a los materiales incautados, cabe argumentar sobre la existencia de otros defectos que, a mayor abundamiento, si resultan debidamente contrastados, conducirían al resultado invalidante expuesto.

En concreto, se podría atacar el propio contenido de la resolución judicial por la que se decreta el allanamiento. Ese ataque podría basarse en dos elementos, sobre todo: por un lado, la determinación del tiempo por el que se autorizaba el allanamiento; por otro lado, la finalidad concreta para la que se dictó la orden judicial.

- El hecho de que la resolución judicial expresara la determinación del tiempo durante el cual quedaba autorizada la práctica del allanamiento es de gran importancia. En efecto, tratándose de una orden judicial que restringe derechos fundamentales, la autorización no puede tener una validez temporal ilimitada, porque sería como

dar carta blanca para la investigación, buscando el momento más adecuado para llevar a cabo la diligencia. Eso supondría mantener un operativo de vigilancia a la espera de determinar el momento más ventajoso para los órganos investigadores, lo que atenta contra los elementales principios del proceso penal y las garantías del ciudadano. Por el contrario, el momento o el período de tiempo durante el cual es posible efectuar la diligencia, deben quedar determinados concretamente, porque es presupuesto para decretar conforme a derecho un allanamiento en el que se disponga de datos que aconsejen verificar la diligencia en un momento exacto, por ser el momento en que se obtendrán con más alta probabilidad las evidencias que se buscan. Si no se hizo así, la orden judicial estaría viciada, sería nula y determinaría la nulidad del allanamiento.

- El segundo término, la resolución de allanamiento debe estar referida a un objeto determinado, que será el único al que alcanza la autorización de incautación. En este sentido, sería nula la autorización para un registro indeterminado, esperando a ver qué es lo que se encuentra, o si se encuentra algún elemento que indique la existencia de una actividad delictiva o la confirme. La pregunta es si la orden de entrada y registro en el domicilio de Vladimiro Montesinos tenía como objeto la obtención de las cintas de audio y video que finalmente se encontraron.

Porque lo cierto es que para que la autorización judicial tuviera ese alcance, debería sospecharse que tales grabaciones de audio y video existían, y que su contenido podía ayudar a esclarecer la comisión de hechos delictivos, o implicaban en sí mismos la comisión de un hecho delictivo. Si no se cumplía alguna de estas condiciones, o todas ellas, la orden judicial sería nula. La cuestión es si estaba predeterminada la búsqueda de objetos o materiales concretos relacionados con la investigación de la comisión de un hecho delictivo, o si, como parece, más bien se autorizó un allanamiento domiciliario a modo de inquisición general, con la finalidad de encontrar algo, lo que fuera, que pudiera implicar a Vladimiro Montesinos en la comisión de hechos delictivos, o que demostrara que los cometió. Si fuera esto último, tales pruebas serían inutilizables contra el propio Montesinos y, con mucha mayor razón, contra los directivos de Lucchetti Perú S.A.

2. La duda sobre la originalidad y fiabilidad del contenido de las grabaciones incautadas al Sr. Montesinos

Conforme al relato de hechos que derivan de las informaciones aportadas para la elaboración del dictamen, parece también

contrastado que las grabaciones de audio y video encontradas en el domicilio de Montesinos no fueron puestas a disposición judicial de manera inmediata, lo que significaría la conclusión conforme a derecho de la diligencia de allanamiento: todos los elementos, materiales y objetos incautados deben quedar de inmediato bajo el estricto control de la autoridad judicial.

Previamente se debe haber realizado, con las garantías pertinentes (presencia del Juez, o del Secretario Judicial, o del Fiscal, o de cualquier otro fedatario autorizado judicialmente), un inventario detallado de lo incautado, y del exacto lugar del domicilio en que fue encontrado. Sólo de esta manera es posible garantizar que lo encontrado e incautado no ha sufrido alteraciones o modificaciones, quedando a disposición de los técnicos especializados para que se realicen las pericias y análisis que se consideren útiles y pertinentes, siempre bajo supervisión y control del juez.

Lo que sucedió es que las cintas, que estaban en poder de los autores del allanamiento, recuérdese que fueron los edecanes del ex presidente Fujimori, no se entregaron al Juez sino hasta una semana después de practicado el allanamiento. La razón de esta tardanza sólo puede imaginarse, pues no hay constancia exacta de lo que pasó en ese período con las grabaciones, pero no resulta difícil entender que el organizador del operativo, el Sr. Fujimori, ordenara que se retuvieran las grabaciones y que se examinaran (cuando menos), al objeto de comprobar si estaba o aparecía en alguna de ellas, o se le mencionaba o refería de algún modo.

Sea como fuere, da igual lo que sucediera con las grabaciones durante la semana en que no se entregaron al Juzgado; también es indiferente quién las conservó, si los edecanes, la policía judicial o la PNP, porque en cualquier caso seguían órdenes no judiciales. Lo relevante es que durante una semana no existió control judicial sobre el material incautado, que dicho material pudo ser manipulado (así, en muchas cintas hay fallas de audio, a veces de tal alcance que impiden comprender lo que en ellas se habla, por lo que cabe preguntarse si se trata de un fallo de grabación de origen, o es el resultado de una manipulación). Por otra parte, no se hizo el inventario de lo incautado en el registro, de modo que no será posible saber si se pusieron a disposición judicial todos los materiales incautados, o falta alguna grabación, etc. Son muchos los interrogantes, y el proceso penal no está para generar interrogantes, sino para resolverlas.

Por lo tanto, hay un defecto, un fallo evidente en la cadena de custodia que debe mantenerse sobre todos los materiales que han sido obtenidos en el curso de la investigación penal y que tienen trascendencia para el esclarecimiento de los hechos delictivos y la averiguación del culpable. No se puede explicar lo que sucedió durante una semana con las grabaciones, lo que arroja una sombra de duda suficiente sobre la fiabilidad del origen y el contenido de dichas grabaciones, sombra que no puede ser del todo despejada utilizando los análisis periciales pertinentes (eso dependerá de la clase de manipulación; desde luego, ninguna pericia podrá determinar si falta alguna grabación). La duda es incompatible con la destrucción de la presunción de inocencia: un material dudoso no puede servir para enervar esa fundamental garantía del proceso penal.

Por último, hay que señalar que el defecto o carencia de custodia debe extenderse aún más allá. La inexistencia de control judicial, ni de otra clase que no sea el practicado por el poseedor de las grabaciones, se extiende durante más de dos años a las grabaciones que en concreto interesan o afectan a los directivos de Lucchetti Perú. En efecto, las grabaciones se producen entre enero y marzo de 1998, y aparecen encerradas en veinte maletas en noviembre de 2000, dos años y medio después. En estas circunstancias surgen también numerosos interrogantes, desde qué pasó durante ese tiempo con las grabaciones, si se eliminaron algunas, si se manipularon otras, si reflejan todas las grabaciones con exactitud la situación original a la que se refieren, etc.

De nuevo son demasiadas dudas sobre un material que pretende utilizarse como base de una acusación en un proceso penal.

Esta doble ausencia de control sobre las grabaciones es motivo suficiente para determinar que carecen de la fiabilidad mínima e imprescindible como para poder ingresar en un proceso tan garantista como debe ser el proceso penal en materia de prueba, y constituyen un indicio poderoso a favor de su carácter de prueba ilegal, manipulada, obtenida de forma viciada. Repugnaría al proceso penal, al propio Estado de Derecho, y a las más elementales garantías de los ciudadanos, que estas grabaciones pudieran ser admitidas en un proceso penal como elementos generadores de prueba, y que una condena pudiera basarse directa o indirectamente en ellas.

De nuevo parece oportuno traer al revolucionario ROBESPIERRE cuando formulaba una antítesis que parecía inconciliable: o un proceso

formalizado, o bien algo diferente, basado en principios alternativos, contrapuestos al proceso penal, es decir, a las formas: el derecho a la insurrección, la hegemonía de la nación, la virtud republicana, la tranquilidad pública, la seguridad general, el celo por el bien público. Si no se actúa conforme a las reglas, decía, y se sigue un procedimiento penal de cualquier manera se estaría ante una blasfemia, un escándalo, una miserable y ridícula comedia. Tal es el proceso político, esto es, aquél que aparentemente observa formas y reglas pero, en realidad, las deja de lado para alcanzar unos resultados previamente fijados, como cuando Cronwell prefirió –contra Carlos I– un «proceso» pero lo hizo mediante un tribunal del que podía disponer: este tipo de actos no constituyen una ingenuidad; al contrario, pueden resultar útiles, pero conforman una categoría diferente al proceso, querida y buscada para engañar a la opinión pública con formas ilusorias. Exactamente así lo definió ROBESPIERRE: de un lado, el proceso penal *dans les règles*, fuera de él, en cambio, «operaciones», «medidas políticas».

Conclusiones

De cuanto se lleva expuesto cabe obtener las siguientes conclusiones:

I. El respeto a las garantías procesales y a la independencia de los jueces y magistrados representa uno de los pilares esenciales del sistema democrático, de modo que si unas resultan desconocidas y la independencia queda afectada, no puede decirse que se esté ante el ejercicio de la jurisdicción.

II. La independencia de los jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional puede estar condicionada por diferentes amenazas, que socavan el pilar básico de la actuación del Poder Judicial. Entre ellas pueden reconocerse injerencias en el ejercicio de la jurisdicción que provienen del órgano de control interno de la magistratura, con la apertura de una investigación contra el juez Jorge Barreto.

III. La pública difusión de la grabación número 864 por orden del Congreso supone una intromisión del Poder Legislativo en las tareas del Judicial y determina la sospecha de falta de imparcialidad de los jueces llamados a resolver los procesos que se puedan abrir contra los directivos de Lucchetti, por generar estados de opinión pública de culpabilización de los mismos, razón que invalidaría el resultado de cualquiera de dichos procesos penales.

IV. La apertura de la instrucción debe responder a la existencia de una efectiva imputación, es decir, a una precisa determinación de

los elementos subjetivos del proceso como presuntos responsables penales y del delito que se imputa, que debe estar perfilado con claridad, sin perjuicio del resultado de las diligencias de la instrucción. Cuando no quede acreditada la existencia de delito el juez debe rechazar la apertura de la instrucción.

V. Del contenido de las cintas y grabaciones en las que aparecen directivos de Lucchetti es imposible derivar la concurrencia de los elementos del tipo penal de tráfico de influencias, porque falta el elemento de la recompensa o beneficio que obtendría quien trafica, y porque no hay ninguna clase de autoría, ni otra forma de participación, ni siquiera la provocación, en los directivos de Lucchetti.

VI. La sucesión temporal de los hechos permite establecer la total ruptura de la relación de causalidad entre las presuntas entrevistas de los directivos de Lucchetti Perú con Vladimiro Montesinos, y el resultado final de los procesos judiciales contra la Municipalidad de Lima favorables a Lucchetti.

VII. Las grabaciones y cintas que se pretenden utilizar como prueba contra los directivos de Lucchetti son ilícitas, atendiendo a su origen y momento de obtención, de una parte porque se realizaron sin consentimiento de los interlocutores, lo que podría ser constitutivo de una conducta delictiva del Sr. Montesinos; de otra parte, porque éste ha actuado a modo de provocador respecto de los directivos de Lucchetti, lo que atentaría contra el derecho a la no autoincriminación de éstos; y en tercer lugar, en ningún caso las cintas se grababan con la vocación de esclarecer conductas delictivas en un posterior proceso penal.

VIII. Las grabaciones y cintas que se pretenden utilizar como prueba contra los directivos de Lucchetti son ilícitas, además, atendiendo al dato de que se obtienen sin que se hubiera abierto un proceso penal, sin orden ni control judicial sobre ellas, sin respeto al principio de proporcionalidad, y sin que puedan considerarse como una prueba preconstituida. Se trata de una actuación que puede ser delictiva en sí misma y que se hurtó al conocimiento de las autoridades judiciales del Perú.

IX. Las grabaciones y cintas que se pretenden utilizar como prueba contra los directivos de Lucchetti son ilícitas, además, atendiendo al procedimiento seguido por su incautación, pues el allanamiento del domicilio del Sr. Montesinos carece contrastadamente de cobertura judicial: no estuvo presente un representante del Ministerio Público, se practicó en domicilio distinto del que figuraba en la orden, no se

levantó acta, y se practicó materialmente por los edecanes del ex presidente Fujimori. Además, se puede considerar que la orden era ilegal también por no delimitar el tiempo en que podía ser ejecutado el allanamiento y por no determinar su objeto, esto es, los objetos o evidencias que se buscaban.

X. Las grabaciones y cintas que se pretenden utilizar como prueba contra los directivos de Lucchetti son ilícitas, finalmente, porque se ha roto completamente la cadena de custodia que debería garantizar su originalidad y fiabilidad. Han pasado más de dos años desde que se hicieron las grabaciones hasta que aparecieron públicamente, sin control judicial alguno ni garantías en su obtención y autenticidad. Una vez incautadas en el domicilio de Montesinos, pasó una semana antes de ser entregadas a la autoridad judicial, en la que se careció del imprescindible y preceptivo control del juez.

Éste es nuestro dictamen, que desde luego sometemos a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho y que damos y firmamos en Madrid, para Lima (Perú), a veintidós de junio de dos mil uno.

Informe

Fernando Velásquez V.

Medellín, 15 de Junio de 2001
Señor Doctor
(...)
Estudio (...)
Lima (Perú)
E.S.D.
Muy distinguido Doctor:

En su condición de asesor jurídico de algunas personas, en asunto penal que se adelanta en un Despacho judicial de la Ciudad de Lima, por presuntos atentados contra la Administración Pública y la Tranquilidad Pública (arts. 317 y 400 del Código Penal), solicita usted de esta oficina la emisión de un concepto profesional en materia penal sobre diversos aspectos atinentes a la figura punible del Tráfico de Influencias, a lo cual se procede con todo gusto. Desde luego, para una mejor intelección del presente escrito, su contenido se dividirá en tantos capítulos o secciones cuantos se consideren necesarios, comenzando por la formulación del caso planteado, lo solicitado, el análisis de la norma penal contenida en el Art. 400 del Código Penal peruano y las conclusiones.

I. El caso

Según se desprende de la narración de los hechos contenida en la petición escrita que me fuese remitida los pasados ocho y once de junio de 2001, los sucesos objeto de estudio pueden resumirse como sigue:

Los directivos de la Empresa chilena Lucchetti Perú S.A., que tiene asiento en la Ciudad de Lima, se reunieron hacia los meses de enero, febrero y marzo de 1998, en diversas oportunidades y en la sede del Servicio de Inteligencia Nacional, con el Señor Vladimiro Montesinos Torres, el Asesor del entonces Presidente Fujimori; las diferentes conversaciones llevadas a cabo entre las partes en dicha sede fueron grabadas por el ex «hombre fuerte» y sus colaboradores de manera oculta y, por supuesto, con total desconocimiento de lo que sucedía por parte de los ciudadanos chilenos.

En dichas conversaciones, Montesinos Torres se ofreció para ayudarles en una serie de procesos que la Empresa tenía a raíz de litigios trabados con las Municipalidades Provincial de Lima Metropolitana y de Chorrillos en torno a la construcción de una fábrica de dicha compañía, frente a una supuesta reserva ecológica. No obstante, tal y como consta en los videos y grabaciones de estas charlas, los citados empresarios en ningún momento le ofrecen a aquél retribución, ventaja, o dádiva alguna, limitándose a exponerle su preocupación en relación con los atropellos de que es víctima la Empresa Lucchetti Perú S.A. que representan. Finalmente, la Sociedad Anónima chilena ganó todos los procesos contra las Municipalidades Provincial de Lima Metropolitana y de Chorrillos, pues ella contaba con su permisos y licencias acorde con las exigencias de Ley los cuales le permitían construir donde lo hicieron.

Con base en dichos videos, un Fiscal Provincial Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios presentó una denuncia penal en contra de los directivos de la Empresa chilena, por el presunto delito de tráfico de influencias. Sin embargo, el Juez Penal que conoció de la misma resolvió -mediante providencia expedida el 24 de mayo del año en curso- archivarla con respecto a los ciudadanos australes involucrados, argumentando que en el delito de tráfico de influencias solo puede responder penalmente el sujeto que invoca las influencias y nunca el tercero que acude a él o se beneficia de sus gestiones, por lo cual el comportamiento imputado es atípico. Esta resolución judicial ha sido apelada por el Fiscal y está, ahora, en la instancia superior.

II. Lo solicitado

Acorde con los hechos anteriores se solicita hacer el examen de varias cuestiones:

«A) Determinación de la acción típica en el delito de tráfico de influencias previsto en el Art. 400 del Código penal peruano.

B) Determinación del sujeto activo en el delito: configuración del autor del delito y posibilidad de su definición como delito de propia mano.

C) Posibilidad de admitir las formas de participación en el delito, ya sea a título de inducción o colaboración.

D) Determinación de la responsabilidad penal de cada uno de los sujetos que intervienen en el delito: de quien invoca su influencia, del funcionario sobre el que se ejerce la influencia, del particular que da la ventaja a cambio de la influencia, y de quien se beneficia con la influencia».

Naturalmente, para poder cumplir con el susodicho encargo, es imprescindible el previo examen técnico-jurídico de la hipótesis delictiva de tráfico de influencias contenida en el Art. 400 del Código Penal Peruano, a partir de sus elementos nucleares, tarea que se emprende en seguida.

III. Estudio sobre la hipótesis de tráfico de influencias

A. Introducción

Como es obvio, a tales efectos es indispensable partir de la estructura lógica de la norma penal tal como ha sido redactada por el legislador, teniendo en cuenta tanto el aspecto objetivo y sus diversos elementos (los sujetos, la conducta, el resultado, el nexo de causalidad, los medios, el objeto de la acción, el bien jurídico) como el subjetivo, sin olvidar las consecuencias jurídicas[1].

B. Estructura de la figura punible

La conducta acriminada se halla recogida, conjuntamente con la sanción imponible, en el artículo 400 del Código Penal, y se le da la denominación de *tráfico de influencias* porque en ella el sujeto activo de la conducta *vende la influencia*, de ahí que también se le denomine también como «influencia mentida»; en otras palabras, se trata de lo que clásicamente –ya desde el Derecho romano– se llama *venditio fumi* o «venta de humo»[2], y que otros autores han preferido designar con la expresión *concusión impropia*, en la medida en que se refiere a una especie particular de delincuentes llamados *asiduos*, *sicofantes* o *vendedores de humo*, esto es, «aquellos que abusando de la familiaridad que tienen o simulan tener con algún oficial público o con el soberano mismo (y por esto se llaman *asiduos* o favoritos), van dispensando protección y promesas de obtener gracias y favores, jactándose de su influencia (y por eso se llaman *sicofantes* o mentirosos), que ejercen extorsión de donativos y dinero sobre los crédulos a quienes venden una influencia que realmente no tienen, y por esto se les llama *vendedores de humo*»[3].

---

1 Cfr. VELÁSQUEZ V., Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1997, pp. 110 y ss., 381 y ss.

2 Cfr. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, tomo IV, Tea, Buenos Aires, 1970, p. 314; también NÚÑEZ, José Manuel, «Defraudación por supuesta remuneración a jueces o empleados», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo VI, Editorial Bibliográfica Argentina, tomo VI, Buenos Aires, 1957, pp. 135 a 137.

3 Cfr. CARRARA, Franceso, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, vol. V, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1973, pp. 135 y 136.

Tal vez por eso, legisladores como el peruano de 1991 han ubicado este comportamiento punible en el Título XVIII, destinado a los «Delitos contra la Administración Pública» –cosa que no sucedía en el C. P. de 1924[4]–, después de plasmar una redacción parecida a la utilizada por los codificadores colombianos de 1936 (cfr. Art. 198[5]) y 1980 (Art. 147[6]) –con variaciones en el Art. 411 del C. P. de 2000, que entrará a regir el próximo 24 de julio[7]–, que recogió en una sola disposición las dos fórmulas ideadas por el legislador Italiano de 1930 –retomando, por su parte, los Códigos de 1890 y Toscano de 1853[8]–, como se constata en los arts. 346 y

---

[4] Cfr. el texto original en LEVENE, Ricardo / ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Códigos penales latinoamericanos*, tomo 3, La Ley, Buenos Aires, 1979, pp. 271 y ss.

[5] La norma, contenida en el Título IV de la Parte Especial, destinado a los Delitos contra la Administración de Justicia, rezaba de la siguiente manera: «El que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero u otro provecho indebido, con el fin de obtener favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de un testigo, perito o intérprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ellos pueda desarrollar, incurrirá en arresto de quince días a un año y multa de cincuenta a mil pesos».

[6] Dice así: «**Tráfico de influencias para obtener favor de servidor público. Modificado.** Ley 190 de 1995, art. 25. El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal»; esta disposición es similar al original Art. 147 que, como se dijo, data de 1980: «El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años y multa de mil a cincuenta mil pesos». Cfr. RUIZ, Servio Tulio, *Código Penal y de Procedimiento Penal 1987*, 6ª ed., Dintel, Bogotá, 1987, p. 48.

[7] Éste es el tenor literal del nuevo Art. 411: «*Tráfico de influencias de servidor público.* El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años».

[8] Según Giuseppe MAGGIORE (*Derecho Penal. Parte Especial*, volumen III, traducción de José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1972, p. 279): «esta figura criminosa, elaborada por los prácticos sobre las bases dejadas por el Derecho imperial romano, fue introducida por primera vez en la legislación del Código napolitano de 1819, y reglamentada por el Código toscano, del que la tomó el Código Penal de 1889 (art. 204). La ignora la mayor parte de los códigos

382 donde aparecen como atentados contra la Administración pública en general y la Administración de justicia en particular[9]). Esta tendencia legislativa[10] se observa, también, en la reciente legislación española que ubica estas descripciones típicas en el Título dedicado a los «Delitos propios de funcionarios públicos», como se plasmó en la Ley Orgánica 9 de 1991, que introdujo los arts. 404 bis a a 404 bis c[11], o en el título dedicado a los «Delitos contra la Administración Pública», en tres modalidades (arts. 428 a 431), como se observa en el nuevo C.P. de 1995[12], aunque es el

modernos». Otros antecedentes históricos son lúcidamente expuestos por CARRARA (*op. cit.*, tomo 7, p. 139, nota 1 al pié de la página) y por Vincenzo MANZINI (*Tratado de Derecho Penal*, tomo IX , trad. de Santiago Sentis Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1948, pp. 250 y 251).

9 Estas son las normas: Art. 346: «*Simulación y venta de influencias*. El que, simulando influencias ante un funcionario público, o ante un empleado público que preste algún servicio público, reciba o haga dar o prometer, para sí o para otros, dinero u otra utilidad, como precio de su propia mediación ante el funcionario o empleado público, será castigado con reclusión de uno a cinco años y con multa de tres mil a veinte mil liras.
La pena será reclusión de dos a seis años y multa de cinco mil a treinta mil liras, si el culpable recibe o hace dar o prometer, para sí o para otros, dinero u otra utilidad, con el pretexto de que tiene que comprar el favor de un funcionario o empleado público, o de que tiene que remunerarlo»; Art. 382: «*Simulación de influencias del apoderado*. El apoderado que, simulando influencias ante el juez o el ministerio público que debe concluir el juicio, o ante un testigo, perito o intérprete, reciba de su cliente, o haga que éste le dé o prometa, para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad, con el pretexto de que tiene que obtener el favor del juez, o del ministerio público, o del testigo, perito o intérprete, o de que tiene que remunerarlos, será castigado con reclusión de dos a ocho años y con multa no menor de diez mil liras» (Cfr. «Apéndice», en MAGGIORE, *Derecho penal*, volumen V., *op. cit.*, 1972, pp. 399 y 407). Las cuantías de las multas originales han sido, sin embargo, incrementadas: Cfr. ALIBRANDI, Luigi, *Il Codice Penale*, Editrice la Tribuna, Piacenza, 1993, pp. 150 y 162.

10 En el mismo sentido el C. P. brasileño de 1940 que ubica este delito en el Título XI, De los crímenes contra la administración pública, en su art. 332: «*Explotación de prestigio*. Obtener provecho a promesa de ello, para sí o para tercero, a pretexto de influir en funcionario público en el ejercicio de sus funciones: Pena: reclusión de uno a cinco años y multa de tres mil a veinte mil cruzeiros.
Parág. Unico. La pena se aumenta en un tercio, si el autor alega o insinúa que el provecho es también para el funcionario» (cfr. LEVENE, Ricardo / ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Códigos penales latinoamericanos*, tomo 1, p. 339).

11 Así, en RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 17ª ed., Madrid, 1994, p. 1207.

12 Estos son los textos: «**CAPÍTULO VI. Del tráfico de influencias. Artículo 428.** El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar

tenor literal del Art. 430 el que más se asemeja a la redacción contenida en los códigos colombiano y peruano.

Esto es importante destacarlo porque otros legisladores, como el argentino, han optado por incluir la descripción típica dentro de los atentados contra la propiedad, como modalidad de estafa (cfr. Art. 173 núm. 10[13]), siguiendo el antiguo modelo español todavía observable en el Art. 529 circunstancia 6ª tras la reforma de 1983[14]; esto último es lo que hace también el legislador chileno en el vigente código de 1874, en su Art. 468[15].

---

directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».
«**Artículo 429.** El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».
«**Artículo 430.** Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.
En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años».
«**Artículo 431.** En todos los casos previstos en este Capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso». Cfr. *Código Penal*, 2ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 118.

13 En efecto: «**173.** Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: ...10. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos». Véase *Código Penal*, Zavalía, Buenos Aires, 1987, p. 52.

14 «**Art. 529.** Son circunstancias que agravan el delito –de estafa, se anota– a los efectos del artículo anterior: 6.ª Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda». Cfr. *Código Penal y legislación complementaria*, 9ª ed., Civitas, Madrid, 1984, p. 192.

15 Dice así: «Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación

1 *La descripción típica.* El tenor literal es como sigue: «El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años»[16].

a) El aspecto objetivo. Los elementos del supuesto de hecho atendiendo a esta cara de la descripción legal, son los siguientes:

1) El sujeto activo. Para entender de mejor manera las características del agente realizador de la conducta punible en el tipo en examen, es pertinente ocuparse de varios aspectos.

(a). En principio el sujeto activo es indeterminado. De conformidad con la trascripción precedente puede ser sujeto activo de los comportamientos en estudio, *prima facie,* cualquier persona como se infiere de la expresión «el que» utilizada por el legislador: bien un particular, o bien un funcionario o servidor público. Esta última calidad, obvio es decirlo, sólo la puede tener en el Derecho Penal peruano uno cualquiera de los agentes mencionados en el Art. 425 del mismo estatuto represivo: los que están comprendidos en la carrera administrativa; aquellos que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluidos los de elección popular; quienes mantienen vínculos laborales o contractuales con entidades u organismos del Estado; los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente; los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; y aquellos indicados en la Constitución o en la Ley (cfr. arts. 39 y 40 de la Const., y el Art. 2 de la Ley 26.689).

Ahora bien, no cabe duda en el sentido de que el supuesto de hecho en examen es de los conocidos como *monosubjetivos* o *unisubjetivos,* porque describe conductas realizadas por un único sujeto: «el que». Por supuesto, dado que se trata de un tipo de propia mano –como luego se dirá– no posible que el agente llegue a estar conformado por un número plural de personas que actúen de manera mancomunada o conjunta, codominando el hecho (coautores) como, si por ejemplo, intervienen plurales servidores públicos, o varios particulares, o un número plural de servidores públicos y de particulares; en este caso, sin embargo, cada

---

imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante», ubicado en el Título Noveno destinado a los «Crímenes i simples delitos contra la propiedad», § VIII destinado «Estafas i otros engaños». Cfr. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *Código penal de la República de Chile,* Edeval, Valparaíso, 1974, p. 206.

16 Véase *Código Penal,* edición oficial, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1999, p. 213.

una de esas personas deberá responder como una especie de *autor simultáneo*, y no como coautor al tenor de lo señalado en el Art. 23.

Esta última precisión es importante porque, a pesar de que en la figura típica en examen se puede llegar a requerir la presencia de hasta cuatro sujetos distintos, los dos primeros necesarios y los dos últimos eventuales o accidentales, ella sigue siendo monosubjetiva. Ellos son: en primer lugar, el que vende el humo (*intermediario o traficante*); en segundo lugar, quien lo compra (*comprador o interesado*). En tercer lugar, el *funcionario o servidor público* cuya presencia es aleatoria, dependiendo de si el vendedor intercede o no ante él advirtiendo que, además, debe ser ajeno al acuerdo; y, en cuarto lugar, *el tercero en cuyo favor se obtienen el donativo*, la ventaja, o la dádiva, cuando el traficante realiza una cualquiera de las conductas con miras a que se beneficie una persona distinta a él.

Así las cosas, de los cuatro sujetos intervinientes sólo tendrá la calidad de autor de la figura consignada en el Art. 400 *el traficante*, si otras personas actúan con él deberán ser tratadas como autores simultáneos, no como coautores; *el servidor o funcionario público*, por su parte, podrá –a condición de que acepte la injerencia del traficante– responder de otra figura punible como el cohecho (cfr. Arts. 393 y ss.), sin descartar que resulte impune cuando su conducta no encaje en ningún dispositivo contenido en la Ley Penal. Así mismo, *el tercero que se beneficia del donativo, promesa o ventaja*, puede ser considerado como partícipe –a título de complicidad o de instigación– aunque no es descartable que pueda ser tratado como un autor simultáneo, o como autor de otra conducta punible (verbigracia, la figura de receptación prevista en el Art. 194 del C.P.). Finalmente, *el interesado o comprador del humo* –como luego se explicará–, no realiza la conducta típica ni como autor, ni como coautor, ni como partícipe en sentido estricto, porque el tipo no ha sido diseñado para cobijar su actuar.

(b) Algunas peculiaridades del sujeto activo. Naturalmente, se ha dicho que «en principio» es sujeto activo de las conductas acriminadas cualquiera persona porque, en realidad, no cualquiera reúne tales calidades. En efecto, como el agente puede ser un servidor o funcionario público o un particular, en la práctica siempre se tratará de alguien muy cercano al ejercicio del poder en cualquiera de sus manifestaciones, de tal manera que pueda incidir sobre el funcionario o servidor público que está conociendo o haya conocido del asunto judicial o administrativo; como se sabe, normalmente, tal cosa no la puede hacer cualquier ciudadano común y corriente, sino una persona investida de una calidad especial, o que sin tenerla se encuentra muy cercana a ésta última.

Obvio es decirlo, cuando el sujeto activo de la conducta sea un servidor o funcionario público él debe actuar por fuera de su función para que pueda ser catalogado como tal; se hace la anterior afirmación porque si él ofrece al tercero su intervención en cumplimiento de sus deberes oficiales, habrá realizado un comportamiento que puede encajar en otra de las figuras contenidas en el Título XVIII (cfr. Arts. 393 y ss.).

Por eso, entonces, puede afirmarse que el agente de la figura de tráfico de influencias contenida en el Art. 400 tiene unas características muy particulares que, sin convertirlo siempre en un *sujeto activo especial*, lo apartan de la generalidad; ello se corrobora, aún más, cuando se tiene en cuenta que sistemáticamente hablando el supuesto de hecho aparece ubicado, justamente, casi al final del capítulo II del Título XVIII, donde se describen «los delitos cometidos por funcionarios públicos». Por ello, pues, cabe concluir que, atendiendo al sujeto activo como criterio clasificador, el tipo en cuestión es *parcialmente especial* pero también *parcialmente común.*

Adicionalmente, la figura punible en examen es de aquellas que sólo se pueden ejecutar de *propia mano* porque supone un acto de ejecución corporal o, al menos, personal, que debe realizar el propio autor, pues de no ser así no se configura el injusto de la acción específico que demanda esta clase de delitos[17]; para el caso, es evidente que sólo puede realizar las conductas prohibidas a título de tráfico de influencias quien lo haga de manera personal (cfr. Art. 400). Obviamente, de esto se infieren importantes consecuencias dogmáticas que deben tenerse necesariamente en cuenta.

En efecto, en primer lugar, es imposible predicar la coautoría en los delitos de propia mano, dado el carácter estrictamente personal y corporal que los distingue, lo cual no impide que los diversos sujetos puedan ser considerados autores simultáneos, cuando se den los supuestos de esta figura –también llamada *accesoria* o *paralela*–[18], aunque

---

17 Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tecfoto, Barcelona, 1998, p. 207: «exigen *contacto corporal* (como se puede afirmar respecto a los delitos sexuales) o la realización *personal* del tipo (como en la bigamia: art. 217 CP)». Sobre ello MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los Delitos de propia mano*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 68; ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en materia penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 432 y ss.

18 Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 732; para la noción de autoría *paralela* o *simultánea*, véase al mismo autor en las pp. 787 y 788. Sobre ello, también MAQUEDA ABREU, *op. cit.*, p. 75; VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, p. 622.

no se trataría de una «impropia» modalidad de tal institución dado que ella supone un actuar independiente de los sujetos.

Así mismo, en segundo lugar, los tipos de propia mano nunca admiten la figura de la *autoría mediata*, esto es, impiden que el sujeto activo se valga de otro que actúa como instrumento, sea porque obre atípica o justificadamente e incluso, en ciertas hipótesis, dentro de una causal excluyente de la culpabilidad[19].

Ahora bien, en tercer lugar, lo que sí es perfectamente viable es la existencia de la participación criminal en sentido estricto en los tipos de propia mano, trátese de instigación o de complicidad, tal como lo han predicado autores de la talla de Hans WELZEL y Hans-Heinrich JESCHECK[20]. Es lo que puede suceder en un caso como el que motiva este estudio: el autor de la conducta típica es inducido por un amigo cercano, a realizar cualquiera de las conductas acriminadas (instigación); al mismo tiempo, se vale de la presencia de dos personas más que le hacen los contactos respectivos, prestándole colaboración para la realización de la conducta típica (cómplices).

(c) El tercero que compra el humo no es punible. Si, como acaba de decirse, el sujeto activo de la figura del tráfico de influencias reúne unas peculiaridades tales que ella puede entenderse, al mismo tiempo, tanto de *sujeto activo especial* y *de sujeto activo común* –en ambos casos de forma parcial– como *de propia mano* en todos los casos, ello amerita detenerse en esta conducta punible para precisar que acontece con el comprador de humo.

Efectivamente, por sustracción de materia, el *comprador del humo o interesado* no puede realizar ninguna de las conductas típicas previstas en el Art. 400, porque él no las puede llevar a cabo personalmente. Así mismo, tampoco puede ser punido como *inductor* de un tráfico de influencias porque –salvo que se incurra en un exabrupto dogmático y se desvertebren los fundamentos de la Teoría del hecho punible– un agente no puede, coetáneamente, ser víctima (incluso sujeto pasivo

---

19 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 597; MIR PUIG, *op. cit.*, p. 207; VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., p. 616; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 343; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 754 y 755.

20 Cfr. JESCHECK, *op. cit.*, p. 241; WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 154.

secundario) de la venta del humo y gestor de la idea criminal que desencadena la misma -máxime que, al tenor del Art. 24 del C.P., ello implica la realización de un actuar doloso que determine a otro a obrar-. Admitirlo, pues, sería incurrir en una *contradictio in adjecto* e implicaría desbordar todos los principios largamente elaborados por la Doctrina penal en este ámbito los mismos que, por cierto, se desprenden de los dispositivos de la Parte General del C.P.

Igualmente, tampoco puede concebirse, de manera simultánea, al *comprador del humo o interesado* como cómplice del sujeto activo de la conducta típica de tráfico de influencias, y como sujeto pasivo secundario y/o víctima, por la potísima razón de que es cómplice quien dolosamente presta un auxilio, ayuda, colaboración o asistencia, a otra persona -el autor, acorde con el principio de accesoriedad que rige en esta materia- para la realización del hecho punible (cfr. Art. 25); esa doble calidad, pues, no puede concurrir.

Por eso, la disyuntiva es clara: o se toma al comprador de humo como cómplice, lo que es un imposible lógico, en cuyo caso no puede ser sujeto pasivo secundario o víctima del ilícito (comprador del humo); o se le tiene como sujeto pasivo secundario y/o víctima de la venta de humo, con lo cual se debe excluir la complicidad. Las dos cosas son, pues, incompatibles si es que se quieren conservar los principios inspiradores de esta modalidad de participación criminal que, sin duda alguna, también se infieren de la Parte General.

En conclusión: el comprador del humo o interesado no puede ser castigado como autor, coautor, autor mediato, instigador o cómplice, de la figura de tráfico de influencias consagrada en el Art. 400 del C. P., porque la estructura típica ideada por el legislador no lo permite.

Obviamente, la mayor prueba de lo acabado de afirmar la brinda la misma Ley Penal cuando en el texto del Art. 401A -introducido mediante el Art. 2° del Decreto Ley N° 25.489 del 10.05.92-, afirma: «Decomiso. En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados».

Esta disposición, que se refiere a todas las conductas de la Sección IV destinada a la «Corrupción de funcionarios», pone de presente que si el legislador hubiese querido castigar la conducta de comprador de humo lo habría dicho expresamente tal y como sucede, por ejemplo, en el Art. 399 en materia de cohecho y corrupción. Pensar en contrario sería desconocer los *postulados de legalidad* -dentro del cual queda comprendida la prohibición de acudir a la analogía-, *necesidad de*

intervención y *proporcionalidad* que, por algo, son «Principios Generales» de la ley penal peruana (cfr. C.P., Artículos I., II., III., IV y VIII.; Const. Pol.: Arts. 1, 2 Incs. 2 a 24, 3 y 162 párr., 2 Inc. 24 b y d, 139 Inc. 9), y no pueden ser desconocidos so pena de pisotear todo el sistema de garantías que emerge desde la Carta Fundamental proyectándose y desarrollándose en la Ley.

Ahora bien, *el funcionario o servidor público* que acepte los requerimientos del agente de la venta de humo, podrá incurrir en un comportamiento susceptible de ser ubicado en una cualquiera de las figuras de corrupción de funcionarios a que hacen referencia los arts. 393 y ss. del Código Penal, si es que vende la función o se deja corromper, pero difícilmente podrá ser castigado como autor de la conducta típica porque no es él quien personalmente la lleva a cabo; es más, tampoco parece viable calificarlo como partícipe en sentido estricto.

En cuanto al «tercero» distinto al que realiza o lleva a cabo el ofrecimiento, pero que se beneficia de la contraprestación dada por el interesado, atendido el hecho de que el tipo es de propia mano, nada impide concebir su participación criminal en el mismo, a título de inductor o de cómplice, si es que realiza un actuar que sea susceptible de ser enmarcado dentro de tales dispositivos; por supuesto, si lleva a cabo la conducta de manera personal podrá ser autor paralelo.

Ahora bien, la conclusión acabada de plasmar es también válida de *lege ferenda*. En efecto, Vincenzo MANZINI, señala al respecto: «**El comprador de humo no es un concurrente en el delito del que se atribuye influencia, pues el descrédito a la administración pública a que se refiere la objetividad jurídica del delito, está ocasionado por el segundo actuando sobre el primero, y no por la acción singular o asociada de éste respecto del otro o de terceros**»[21].

A su turno, Giuseppe MAGGIORE expresa: «Respecto a la coparticipación criminosa, valen las normas comunes (arts. 110 y ss.). Pero no hay concurso en la intervención de terceras personas, después del momento consumativo, al entregar el dinero; podrá haber, en cambio favorecimiento o receptación. **Además debe excluirse la calidad de concurrente en el comprador de humo, por faltar la identidad de voluntad, pues el uno quiere vender humo, y el otro quiere, y así lo supone, comprar asado (habiendo più che arrosto [más humo que asado]**»[22]. Más atrás había indicado: «**No es punible el particular –**

[21] Cfr. MANZINI, Vincenzo, *op. cit.*, p. 260.
[22] Véase, vol. III, *op. cit.*, p. 282.

que paga el acto ilícito del simulador–, precisamente por ser en cierto modo parte agraviada, aunque no enteramente de buena fe»[23].

De igual forma, Silvio RANIERI sostiene: «2. Pluralidad de sujetos. La pluralidad de sujetos es indispensable para que pueda tenerse esta figura criminosa; uno de esos sujetos desempeñará el papel de instigador, y el otro será el que, sufriendo la instigación, la acoge y da o promete el dinero u otra utilidad exigida en por el primero. Pero, por razones de política criminal, entre cuyas consideraciones se encuentran la de que es más fácil el descubrimiento del reo, la ley castiga solo al simulador de influencias, salvo el tercero que recibe el dinero u otra utilidad, conociendo el motivo, ya que es punible como concurrente eventual»[24]. Así las cosas, para este autor es claro que el comprador de humo por razones de Política Criminal no es punible, aunque si lo puede ser el que lo vende.

Y Francesco CARRARA, quien en principio se muestra partidario de castigar como cómplice al comprador de humo, afirma: «si siguiéramos el rigor de los principio, ese individuo no solo sería sujeto pasivo de la concusión, sino cómplice del delito, y algunos pretenden que sea también castigado, aunque más generalmente se le exonera de una pena propia, para no dificultar el descubrimiento del delito; solo se le castiga con la confiscación del dinero prometido o desembolsado, que el vendedor de humo no debe devolverle al particular que andaba comprando favores, sino que tiene que depositarlo en el tesoro público». Esto último, justamente, es lo que han hecho el legislador peruano de 1991 (cfr. Art. 401A) y el español de 1995 (véase Art. 431), ya citados, al no punir al comprador del humo aunque lo «sancionan» con la pérdida de la cosa dada.

Ahora bien, en la doctrina colombiana se destaca la irrefutable posición del Profesor Jorge Enrique VALENCIA MARTÍNEZ, en los siguientes términos: «Solo puede ser autor de este delito quien recibe el dinero o la dádiva. Esto es inobjetable. En alguna parte de las obras de los doctrinarios se plantea una cuestión profundamente vinculada con esta infracción: la de saber si el tercero que entiende comprar la influencia del delincuente es o no partícipe en el hecho. Los autores consultados responden negativamente el interrogatorio. Así Manzini, Maggiore y Ranieri. Nos identificamos con tales planteamientos. También a nuestro juicio la acción únicamente

---

[23] *Ibidem*, p. 280.

[24] RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho Penal*, tomo III, traducción de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1975, p. 382.

puede ser cumplida por el traficante al actuar sobre la voluntad del comprador de humo, aparte de que es él y nadie más, el que desprestigia directamente a la administración. Por cierto conviene advertir inmediatamente que la bilateralidad de ese pacto es más aparente que real en ausencia de una necesaria identidad de voluntades, pues, mientras el agente vende una mediación eventual e incierta, la víctima compra una prestación oficial que supone real y tangible...Atrás se advirtió que el comprador de humo no realiza el tipo, pues es él, la víctima, el damnificado, en este supuesto. Claramente se ve que el delincuente es otro. No se trata, entonces, de una hipótesis de codelincuencia. Demás está decir que la legislación que la legislación nacional no prevé una punibilidad especial para él. Ni falta que hace»[25].

En fin, para citar los comentaristas del Art. 430 del C. Penal español de 1995 -figura relativamente cercana a la peruana-, bien podría decirse con el profesor Francisco MUÑOZ CONDE que **«no se entiende muy bien que pueda llegar a constituir delito intentar aprovecharse de la influencia de alguien para resolver algún asunto, cuando ese alguien no ejerce ninguna función pública, salvo que se entienda que nos encontramos aquí ante una forma de participación intentada (conspiración, proposición o provocación para delinquir) en un delito de cohecho. Pero tropezamos aquí con dificultades probatorias casi insalvables, que dificultan aún más la persecución penal de este tipo de hechos»**[26].

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, los Profesores Fermín MORALES PRATS y María José RODRÍGUEZ PUERTA, afirman lo siguiente: **«En relación a la posible participación del sujeto al que se dirige la solicitud de dádivas, presentes o remuneraciones, cabe indicar que la propia estructura típica -tipo de participación necesaria- excluye la posibilidad de que responda por este delito el particular recipiendario de la indicada solicitud, con independencia de cuál fuere su respuesta»**[27].

2) El sujeto pasivo. En cuanto al sujeto pasivo -entendiendo siempre por tal al titular del bien jurídico protegido- debe decirse que para el

---

[25] VALENCIA MARTÍNEZ, Jorge Enrique, *Estudios de Derecho Penal Especial*, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., Bogotá, 1990, pp. 273 y 274.

[26] Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 11ª ed., 1996, p. 886.

[27] Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / VALLE MUÑIZ, José Manuel / AA.VV., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Madrid, 1996, p. 1242.

caso es doble[28]: de un lado, es el Estado como depositario de la Administración Pública, pues con tal conducta se pone en entredicho la credibilidad, la confianza, y el buen nombre del servicio público, generando desazón entre los asociados en relación con el papel que cumplen los servidores públicos; y del otro, a título meramente subsidiario, el comprador de humo a quien en alguna medida se ha hecho víctima de un engaño, llevándolo a realizar una erogación que también afecta su patrimonio económico. Esta primacía de la Administración pública como bien jurídico tutelado es la que ha llevado, justamente, a incluir la figura en el Título XVIII del C.P., con lo cual es indiscutible que el principal sujeto pasivo es el Estado-Administración.

Naturalmente, el hecho de que la Ley disponga en el Art. 401A el decomiso de los donativos, dádivas o presentes, no significa que el comprador de humo deje de ser sujeto pasivo secundario; por el contrario, supone que lo es y que por tal razón se le impone tal «castigo» –lo cual ratifica una vez más lo ya dicho sobre la imposibilidad de punirlo acudiendo al Art. 400–, atendiendo a consideraciones propias de la Política Criminal, para afianzar la confianza de los ciudadanos en la Administración y el buen nombre de esta que es, se repite, el bien jurídico fundamental.

3) La conducta. Son varios los verbos rectores que rigen la acción finalmente dirigida y con relevancia social plasmada por el legislador en el tipo: *recibir, hacer dar,* y *hacer prometer,* los cuales suponen una relación de carácter pluripersonal pues la realización de tales comportamientos –y la figura es siempre comisiva– precisa de la presencia necesaria de dos personas, como ya se ha dicho: la del servidor o funcionario público o la del particular que, como traficante o vendedor de humo, recibe, hace dar o hace prometer; y la del comprador de humo que da o promete. Esto significa, entonces, que no se puede recibir un donativo, una ventaja, o ser sujeto de una promesa, si previamente no hay un ofrecimiento.

Precisado lo anterior, debe indicarse que el primer comportamiento se desprende del verbo rector utilizado, esto es, *recibir,* el cual –según

---

[28] Es esta la tesis sostenida por el más importante estudioso del tema en el Derecho Penal colombiano, al ocuparse de la figura contenida en el C. P. de 1936: «Sujeto pasivo de la infracción es, ante todo, la administración de justicia, porque, como se ha dejado establecido, el legislador nuestro le dio prevalencia a ese interés. El particular puede también sufrir un perjuicio patrimonial, y ello bien puede aparecer como sujeto pasivo secundario (no esencial), del delito» (Cfr. BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* Temis, Bogotá, 1965. p. 336).

enseña el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española- tiene, entre otras, las siguientes acepciones: «(Del lat. *recipere*))) tr. Tomar uno lo que le dan o le envían. // 2. Hacerse cargo uno de lo que le dan o le envían...//6. Admitir, aceptar, aprobar una cosa...»[29]. Ese actuar lo puede llevar a cabo el agente, recibiendo por sí mismo la retribución, o por vías o medios indirectos: a través de otro o de otros (lo cual incluye la intervención de otras personas, como ya se expresó al estudiar el sujeto activo), o utilizando medios de cualquier índole que le posibiliten crear una distancia entre el que vende el humo y el tercero que entrega la remuneración, esto es, *indirectamente*, lo cual significa que puede también interponer a otro u otros entre él y el comprador de humo.

La segunda conducta, resulta del empleo de un verbo doble, esto es, *hacer dar*. *Hacer*, proviene del latín *facere*, y en una de sus múltiples acepciones implica «conseguir, obtener, ganar»; por su parte *dar* equivale a «entregar»[30], para el caso implica que el sujeto activo consigue u obtiene del interesado o comprador del humo la entrega del objeto material de la acción (el donativo o la ventaja), no así la promesa que no se puede lograr llevando a cabo la doble acción que el verbo «hacer dar» supone.

El tercer comportamiento acriminado es el de *hacer prometer*, que muy bien queda comprendido en el segundo de los verbos empleados, pues según el léxico *prometer* denota «obligarse a hacer, decir o dar alguna cosa» dice el léxico[31]; se trata, pues, como en el anterior caso, de una doble construcción verbal de muy escasa usanza en el idioma castellano cuya presencia en el texto legal sólo se explica porque, como ya se dijo, se copiaron directamente las construcciones verbales utilizadas por el legislador italiano de 1930[32].

---

[29] Véase *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española, vigésima primera edición, tomo II, 1992, p. 1740.

[30] Cfr. *Diccionario, op.cit.*, vol. I, p. 661 y vol. II, p. 1082.

[31] Cfr. *Diccionario, op.cit.*, vol. II, p. 1676.

[32] Incluso, debe advertirse, para los propios expositores italianos es de difícil manejo la forma como el legislador de 1930 emplea los susodichos verbos al punto de que un autor tan reputado como MAGGIORE pretende que el tipo del art. 346, inc. 1°, consagra una acción: *simular influencias*, con lo cual pareciera confundir el medio comisivo de la conducta con la conducta misma (cfr., *op. cit.*, p. 281); distinto, sin embargo, cuando comenta el inc. 2°: «La *acción* implica: 1) El hecho de que el agente reciba o se haga dar o prometer, para sí o para otros, dinero u otra utilidad. 2) Que se consiga este efecto con el pretexto de tener que comprar el favor de un funcionario o empleado público, o de tener que remunerarlo. No es preciso que el agente haya simulado influencias; basta que se haya fingido el mencionado pretexto» (cfr. p. 283). Así mismo, Ranieri (*op.cit.*, p. 384), quien no se caracteriza, precisamente, por su claridad expositiva en este punto.

Las tres conductas, pues, son comisivas lo cual descarta la realización del tipo por vía omisiva –trátese de la omisión pura o propia, o de la impropia o de comisión por omisión que es punible cuando se dan los supuestos del Art. 13 del C.P.–, lo cual significa que el *tipo* puede ser calificado como *de acción*; al mismo tiempo, es *de conducta alternativa* pues basta que el agente realice una cualquiera de las tres acciones para que ya quede completo este elemento del supuesto de hecho.

4) El resultado. Sabido es que toda conducta genera mutaciones en el mundo físico, esto es, resultados[33]; sin embargo, cuando el legislador describe acciones en la ley penal puede o no tener en cuenta esas mutaciones, de donde ha nacido la clasificación de los supuestos de hecho de la norma penal en *tipos de actividad* y en *tipos de resultado*, dependiendo de si el codificador privilegia lo uno o lo otro[34]. Se trata, pues, ahora, de precisar a cuál de esas familias pertenece el tipo contenido en el Art. 400.

Así las cosas, debe decirse que cuando el legislador emplea el verbo *recibir* conjugado en modo indicativo, tercera persona del tiempo presente

---

[33] La voz *resultado* no se utiliza aquí en un *sentido amplio*, como comprensiva de la «total realización típica externa» (conducta corporal del agente y resultado externo), sino de la mera modificación del mundo exterior (sea material, psíquica o psicológica), esto es, *en sentido estricto*; así mismo, tampoco se confunde con la voz *evento* empleada para comprender la conducta, el nexo causal y el resultado, dando así cabida a una nueva categoría dogmática comprensiva de esos tres elementos al estilo de la doctrina italiana. Tampoco, desde luego, se alude a la locución *resultado jurídico* al tenor de la cual éste se identifica con la afectación al bien jurídico, pues de ser así habría que hablar en todos los tipos de «un resultado».

[34] Muy bien lo explican ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, «El tipo es una fórmula legal con la cual el poder punitivo criminaliza primariamente acciones conflictivas individualizando pragmas conforme a diferentes criterios o técnicas. Para ello, en algunos casos pone el acento en el resultado, para abarcar todas las acciones que lo causen. Se ha llamado a los primeros **tipos de resultado** y a los segundos **tipos de actividad**. Esta clasificación generó confusiones, porque se pretendió la existencia de tipicidad sin resultado, en una lectura absurdamente idealista de los requisitos típicos. En esa lectura se confunde la técnica legislativa en la construcción del tipo con la realidad (en que ninguna acción deja de producir alguna mutación física) y el objetivo mismo del poder punitivo (que individualiza conflictos, que no pueden existir sin una mutación del mundo físico). El legislador privilegia para la individualización del pragma el eje del resultado o el de la acción, pero así como en el primer caso no se concibe que prohíba resultados sin acciones, en el segundo tampoco es admisible que prohíba acciones sin resultado; primero, porque ninguno de ambos existe en el mundo, y segundo, porque su función política y jurídica es la individualización de un pragma que se integra con ambos» (Cfr. *Derecho penal*, p. 435).

(*el que recibe*), indudablemente exige u resultado: la recepción del donativo, ventaja, o de la promesa por parte del comprador de humo. Así mismo, cuando el traficante o vendedor de humo *hace dar*, lo cual implica emplear una frase verbal compuesta, que parece revestir una modalidad subjetiva de obligación[35], integrada por *hacer* –conjugado en indicativo, tercera persona del tiempo presente: *hace*– y el transitivo *dar* en infinitivo, tampoco cabe duda en el sentido de que se requiere un resultado físico porque el sujeto activo consigue, obtiene, logra, el donativo, la promesa o la ventaja. El tipo, pues, al igual que en el primer caso, es *de resultado*.

Cosa diferente, sin embargo, acontece con la tercera doble inflexión verbal –cuya naturaleza gramatical parece ser semejante a la anterior–, esto es, con el *hacer prometer* (aquí: *hace prometer*), pues el legislador adelanta las barreras de punición y de protección del bien jurídico –de tal manera que castiga con la misma sanción un acto que, en condiciones normales, apenas supondría un comienzo de ejecución de la conducta típica sancionable como lo indica el Art. 16 del C.P. – , de tal manera que se pune con la misma pena al vendedor de humos que apenas ha obtenido la promesa del comprador –quien se ha obligado a hacer lo pedido o a dar la cosa acordada: donativo o ventaja, pero no ha cumplido todavía, casi condicionando su actividad a la desplegada por el vendedor de humo– de que cumplirá con el inusual pacto que esta figura supone. Se trata, pues, lisa y llanamente de un *tipo de actividad*.

5) El nexo de causalidad. En las dos primeras formas de conducta punible se requerirá, sin duda, la existencia de un nexo de causalidad entre la acción desplegada por el agente y el resultado obtenido por él; en otras palabras: es indispensable que el resultado sea consecuencia de la actividad desplegada por el vendedor de humo. Este nexo o ligamen puede ser interpretado a la luz de las concepciones tradicionales en esta materia (Teorías de la Equivalencia de las condiciones, de la Causalidad adecuada, de la Causa relevante, etc.), o, a la luz de la moderna Dogmática jurídico penal, exigiendo que el resultado le sea imputable objetivamente a la acción desplegada por el sujeto activo (Teoría de la Imputación objetiva).

En relación con la tercera conducta, obviamente, no se requerirá examinar este elemento normativo del tipo penal por sustracción de materia.

Ahora bien, la exigencia del componente típico en examen se deriva en el Derecho penal peruano de las respectivas inflexiones

[35] Sobre ello, PÉREZ RIOJA, J.A., *Gramática de la Lengua Española*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1978, pp. 326 y ss.

verbales utilizadas que, al aparecer debidamente conjugadas en él, el cual utiliza un modo y un tiempo determinados -el legislador no se expresa como un extranjero que no conoce su idioma utilizando los verbos en infinitivo, diciendo, por ejemplo: «el que recibir, hacer dar o prometer» - aludiendo, necesariamente, al nexo de causalidad.

6) El objeto de la acción. Como el vendedor de humo o traficante debe realizar alternativa o conjuntamente las acciones de recibir, hacer dar o hacer prometer un «donativo o promesa o cualquier otra ventaja» -en beneficio propio o de un tercero-, lo cual supone una actividad correlativa desplegada por el comprador del humo o interesado, parece evidente que la triple acción final y social contenida en el tipo estudiado recae sobre una doble gama de objetos de la conducta. De un lado, la persona del comprador del humo o interesado que es compelida por el sujeto activo a dar o prometer (objeto personal); y otro, el «donativo», «promesa» o «cualquier otra ventaja» que se recibe o cuya ejecución se logra (objeto real). Por supuesto, como de la persona del interesado o comprador de humo ya se ha hablado al exponer el sujeto activo y el sujeto pasivo de la figura, no son necesarias consideraciones adicionales.

En cuanto al objeto real debe decirse lo siguiente. Por *donativo* se entiende la dádiva, regalo, obsequio, ventaja, o bien que se obtiene; obviamente, ello se traduce un logro que puede o no ser de contenido económico, trátese de cosas u objetos, préstamos, sumas de dinero, descuentos o gabelas especiales, el uso de una habitación en un lugar vacacional, un auto de lujo, una prestación sexual, un título académico, una invitación a un certamen internacional formulada por un gobierno extranjero, etc.[36].

En cuanto a la *promesa*, debe decirse que ella comporta la expectativa encaminada a recibir en el futuro cualquier bien codiciable o apetecible, esto es, debe suponer una recompensa, un halago, un premio, o un galardón, consistente en dinero, cosas o bienes valorables pecuniariamente, en la prestación de un servicio, en una contraprestación erótica, en un favor personal o en un servicio, etc. Por eso el léxico[37]

---

[36] Con razón dice VALENCIA MARTÍNEZ (*op.cit.*, p. 271) que «*Dádiva* es toda clase de ventaja o provecho cuantificable económicamente o no, que el culpable recibe como contraprestación de promesas indebidas. No creemos en la bondad de un sentido restrictivo que reduzca la expresión a los objetos dotados de algún valor crematístico. Una prestación sexual, la oferta de un título académico, la consecución de prebendas que acrecientan el valor de la personalidad o en general, cualquier utilidad no necesariamente dineraria que tenga valor de retribución para el delincuente, basta para integrar un tal concepto».

[37] Cfr., *Diccionario*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1676.

define la expresión utilizando contenidos como los siguientes: «expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa..../ Augurio, indicio o señal que hace esperar un bien», lo cual se compadece con el tenor literal utilizado por el legislador.

Finalmente, la locución «cualquier otra ventaja» tanto equivale a donativo, dádiva, regalo, etc.; o, como dice el Diccionario al señalar otra de las acepciones de la misma: «Sueldo sobreañadido al común que gozan otros»[38]. Desde luego, la expresión aparece como redundante pues hubiera bastado con la muy amplia de *donativo* empleada en un comienzo, para designar esta modalidad del objeto material; no obstante, si alguna significación tuviere el empleo de tal texto dentro de la construcción lingüística adoptada, es la de resaltar el interés del codificador en dar un cubrimiento muy amplio a la clase de prebenda que logra el traficante o vendedor del comprador de humo; por eso, pues, utiliza el giro idiomático «cualquier otra».

En fin, para concluir el análisis de este elemento de la descripción típica, téngase en cuenta que cuando el texto alude al objeto material de la acción en su modalidad real, advierte que éste puede quedar en poder del sujeto activo de forma directa o indirecta, lo cual significa que no necesariamente el agente realizador de la conducta tiene que recibir o hacer dar o prometer para sí, sino que -como ya se mostró al analizar el sujeto activo- puede hacerlo para otro u otros, como se desprende de la locución «para sí o para un tercero» allí consignada. Es más, es perfectamente viable que sean otros los que reciban o acepten en beneficio suyo -cosa bastante frecuente, pues esta modalidad delictiva supone un tráfico, de ahí su nombre, a veces muy concurrido y lleno de eslabones elaborados de manera paciente e inteligente, lo cual hace recordar bastante a la figura de estafa de la que, sin embargo, se distingue[39]-, pues no es descartable que el agente interponga entre él y el interesado a una tercera persona para que sea

---

[38] Cfr., *Diccionario*, vol. 2, *op.cit.*, p. 2.073.

[39] Como pone de presente RANIERI: «Este delito se distingue de la *estafa* en que la conducta fraudulenta está dirigida a hacer creer que se puede ejercer influencia sobre los órganos de la administración pública con el fin de obtener favores, y por lo mismo hace caer descrédito sobre esta, al presentar a los funcionarios como corrompidos o corruptibles, o, por lo menos, como dispuestos a acoger sus recomendaciones» (tomo III, pp. 382 y 383). Ello es apenas comprensible porque la conducta punible en estudio puede llegar a entenderse como una variante de la estafa con la cual, por sustracción de materia, difícilmente podrá concurrir, como lo ha puesto de presente la jurisprudencia italiana (cfr. las citas de MAGGIORE, vol. III, p. 282; y las de ALIBRANDI (*Il Codice*, pp. 842 y 843).

ella la que reciba, haga dar o prometer, alejándose del comprador de humo con lo cual se trata de eludir las mallas de la Ley Penal, sembrando el camino de dificultades probatorias. Incluso, puede también interponer a ese tercero para que éste, a su turno, reciba, haga dar o prometer para otro quien, finalmente, sea el beneficiario.

Además, téngase en cuenta que lo usual cuando el vendedor o traficante de humo pide la contraprestación al interesado, buscando asegurar su remuneración, es que la solicitud de la misma se apuntale en la supuesta necesidad de recompensar al funcionario o servidor público -que de ocurrir daría lugar a otra infracción a la Ley Penal[40]-, con lo cual éste último (sea que no se mencione su nombre o se le individualice) será uno de los sujetos a tener en cuenta, en el estudio de las diversas vertientes que puede alcanzar el tráfico de influencias en estudio. En fin, estas y otras combinaciones son aquí posibles, sobre todo cuando se vive en sociedades donde la corruptela política y el relajamiento de las costumbres sociales han llegado a tales extremos, que el ejercicio del poder en todas sus manifestaciones, requiere necesariamente de cadenas infinitas de vendedores de humo que, por doquier, propalan sus influencias ante incautos, conocidos y extraños, a la manera de la clásica y antigua leyenda de la hidra a la cual se le cortaba una cabeza y estas se multiplicaban sin cesar.

7) El bien jurídico. La descripción típica, como ya se dijo, implica un doble atentado contra los bienes jurídicos[41]: contra la Administración pública,

---

40 Así lo pone de presente VALENCIA MARTÍNEZ: «Es de entender que la remuneración que se dice dar al funcionario o al testigo, será supuesta y no real, es decir, sin participación ninguna de aquél o éste, mentirosamente comprometidos. La existencia cierta de un pago o de una promesa al funcionario o al testigo desbordará la noción del delito para transformar la conducta en otro u otros títulos penales: cohecho, falso testimonio, etc.» (Cfr., *Estudios*, p. 271).

41 En este sentido, para el derecho colombiano, BERNAL PINZÓN (*Delitos*, pp. 25 y 26): «No queda duda de que el delito de tráfico de influencias, nombre con el cual se le conoce en doctrina, ofende dos intereses diversos: en primer lugar, atenta contra el buen nombre de la administración de justicia, cuyas instituciones se denigran cuando se considera que es posible obtener el favor de sus representantes; y, en segundo término, existe una lesión a un interés patrimonial del cliente al que fraudulentamente se solicita el dinero». También VALENCIA MARTÍNEZ: «*Tipo complejo*, por afectar la conducta más de un bien-interés penalmente resguardado: la administración pública y el patrimonio de la víctima» (cfr., *Estudios*, p. 263); este autor, sin embargo, pareciera olvidar este punto de partida cuando al ocuparse del bien jurídico tutelado no menciona para nada el patrimonio económico del particular: «Es exacto, pues, que el objeto de la acriminación en sentido lato, reside en la necesidad de proteger el

que es el interés primordial objeto de tutela por parte de la Ley Penal; y, por supuesto, contra el patrimonio de la víctima. Desde luego, al Estado le interesa preservar su buen nombre velando por el honor y el prestigio de la Administración Pública, lo cual lo lleva a combatir todos aquellos brotes criminosos que comporten deslucimiento, mengua o descrédito para ella; sin embargo, también tiene interés en que no se juegue con los particulares a los que se les burla por inescrupulosos que terminan, finalmente, obteniendo de ellos prebendas y remuneraciones a las que no debe haber lugar.

Pese a ello, algunos consideran que el único bien afectado es la Administración Pública en desmedro del patrimonio del particular que compra el humo[42], con lo cual habría que descartar el carácter *pluriofensivo*

honor y el prestigio de la administración pública y el de combatir el deslustre y la mengua en que injustamente se coloca a los funcionarios por parte de los personajes inescrupulosos, quienes real o ficticiamente dicen traficar ante ellos. Ante la posibilidad de lesión a tales intereses, objeto de la protección penal, resulta más que obligado el advenimiento de una especial tutela al prestigio, dignidad y decoro funcionales de los oficios públicos frente a la delincuencia de quienes criminal o inoportunamente comprometen los poderes-deberes de los funcionarios y su propia integridad moral. Queda así la administración penalmente resguardada con relación a la publicidad que ciudadanos particulares eventualmente despliegan ante quienes desempeñan servicios públicos so pretexto de fementidas y extraviadas influencias» (p. 268).

42 Cfr. RANIERI (tomo III, p. 381), quien, apoyado en casación del 19 de junio de 1961, expresa: «el objeto jurídico de este delito es el interés del Estado por la defensa de la dignidad de la Administración pública ante las ofensas de aquellos que, para provecho propio o de otros, hacen creer que se requieren dádivas, mercedes o recompensas, para hacer que los funcionarios públicos cumplan los deberes de su cargo, o para remunerarlos». En igual sentido, las sentencias de casación del 22 de abril de 1983 y nueve de marzo de 1990 (citadas por ALIBRANDI, Luigi, *Il Codice, op.cit.*, p. 840), afirman que el bien jurídico tutelado es el «prestigio de la administración pública» aunque la segunda de ellas lo llama «el interés primario tutelado»; de igual forma, la sentencia del catorce de julio de 1983 asevera que el «prestigio de la administración pública... constituye el objeto específico de la tutela penal» (ID., pp. 840 y 841). También, la sentencia del cinco de septiembre de 1986 –esta vez referida al inciso segundo del art. 346, y no al primero como en las dos anteriores–, expresamente, dice que la objetividad jurídica de la figura está constituida por la ofensa a un interés público preponderante, en particular el prestigio del Estado, que es el titular del interés especial protegido por la norma en cuanto sujeto pasivo del delito, esto es, la administración pública (cfr. *ibidem*, pp. 841 y 842). En fin, de manera tajante, la sentencia del 27 de octubre de 1970, afirma que la objetividad jurídica del delito descrito en el inc. 2°, del art. 346 «se identifica con la lesión del prestigio y el decoro de la administración pública», por lo cual el daño sufrido por el particular no tiene relevancia de cara a esta disposición y niega que sea aplicable a tal figura la atenuante del art. 62, núm. 6, cuando se presenta el resarcimiento del daño (cfr. *ibidem*, p. 842).

del tipo penal; no obstante, por todo lo hasta aquí afirmado, no parece ser ese el planteamiento correcto de cara a la legislación peruana.

En fin, no quedaría completa la exposición de este literal si no se pusiera de presente que algún sector doctrinario español, encabezado por una figura tan representativa como la del Profesor MUÑOZ CONDE, afirma que conductas punibles como la examinada no protegen ningún bien jurídico. En efecto: «Como el tipo no exige ni tan siquiera que la supuesta influencia llegue a utilizarse (con lo cual estaríamos, en principio, en un comienzo de ejecución del delito previsto en el Art. 429), parece que lo único que pretende protegerse con el castigo de esta conducta es el prestigio y el buen nombre de la Administración, un concepto ciertamente etéreo y difícilmente aprensible... **El Art. 430 queda así como un tipo residual que no afecta directamente a bien jurídico alguno**»[43]. Por eso, entonces, se ha dice que es inútil y debe desaparecer del ordenamiento jurídico español: «**Estamos ante una figura delictiva, que ejerce una función meramente simbólica, exponente del recurso al Derecho penal para tranquilizar la conciencia colectiva; pobre y distorsionada misión para el Derecho Penal, convertido en ocasiones en prima ratio no ya jurídica sino moral**»[44].

8) El medio comisivo. Finalmente, el aspecto objetivo del tipo penal en estudio indica que el instrumento o vehículo utilizado por el sujeto activo para lograr su cometido, es el ofrecimiento hecho al comprador de humo o interesado encaminado a interceder por él ante el funcionario o servidor público, que tuvo o tiene en sus manos el negocio o asunto en el cual éste tiene interés, prevalido de la cercanía o influencia, real o simulada, que se aduce. Así lo denotan los siguientes apartes de la construcción lingüística ideada por el legislador a partir de otros modelos propios del derecho comparado, que jamás podrán ser entendidos como elementos subjetivos del tipo distintos al dolo:

---

43 Cfr. *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 885 y 886. Por su parte, ORTS BERENGUER, Enrique / Inmaculada VALEIGE ALVAREZ (cfr. VIVES ANTÓN, Tomás S., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1848), lo consideran un tipo de mero peligro: «Este delito se puede concebir como una especie de acto preparatorio, elevado a la categoría de delito independiente del cohecho o del tráfico de influencias por lo que, a lo sumo, cabe pensar que la conducta castigada representa un delito de peligro para el bien jurídicamente protegido en el Título XIX».

44 MORALES PRATS, Fermín / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en *Comentarios*, *op. cit.*, p. 1242.

«invocando influencias, reales o simuladas, ...con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté cociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo», que conforman un extenso complemento dentro de la oración contenida en el Art. 400.

Lo anterior, amerita algunas precisiones: en primer lugar, por *influencia* se entiende la **«acción y efecto de influir/ poder, valimiento, autoridad de una persona para con otra u otras o para intervenir en un negocio»**[45]; esto es, se alude a aquellas virtudes o dotes exhibidas por el sujeto activo ante el interesado, gracias a las cuales se muestra como un hombre con amplio ascendiente en los círculos sociales, políticos o judiciales, que le permiten ingerir en la actividad de los funcionarios encargados de tramitar el asunto correspondiente, o que conocieron de él. Obviamente, lo que el traficante vende es esa influencia real o fingida (simulada), para lo cual suele colocarse en una posición de superioridad y de prepotencia en relación con el interesado.

En segundo lugar, la Ley habla de «influencias reales o simuladas» porque, para que el delito exista, se requiere de una de estas dos situaciones: o que, efectivamente, el vendedor de humo tenga la posibilidad efectiva, cierta e indiscutible, de influir sobre la persona del servidor público; o, sencillamente –y de nuevo aquí aparecen, de manera más pronunciada, los nexos con la estafa–, que ello no sea cierto y se trate de toda una maquinación o montaje enderezada a hacerle creer al comprador de humo, que la influencia existe y así obtener la entrega del objeto material o la promesa de que ello se hará, gracias a la existencia del pacto entre ambos que siempre tendrá que ser real amén de realizado a espaldas del servidor público, como ya se dijo.

En tercer lugar, la exigencia según la cual el sujeto activo debe hacer «el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público» supone, necesariamente, que aquél –el traficante– tiene la posibilidad de hablar con éste a favor de su potencial cliente para conseguirle un favor, asegurarle un bien, o librarlo de algún mal. En otras palabras: lo que el sujeto activo promete a cambio de la recompensa que recibe, o aspira a obtener, es interponer sus servicios entre el ciudadano y la autoridad estatal (administrativa o judicial, dice el tenor literal de la disposición en estudio), sembrando de esta manera la idea de que la Administración pública está conformada por funcionarios venales siempre atentos a las corruptelas, a las

[45] Cfr. *Diccionario*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1178.

intrigas, a las componendas, y que a ellos sólo pueden tener acceso directo los vendedores del «servicio», causando de este modo gran descrédito a la Administración Pública. Desde luego, por «funcionario o servidor público», como ya se dijo al examinar el sujeto activo, se debe entender una cualquiera de las personas señaladas en el Art. 425 del C.P.

En cuarto lugar, cuando se alude a «un caso judicial o administrativo» que el servidor público «esté conociendo o haya conocido», obviamente se hace referencia a cualquiera de las personas vinculada con las diversas ramas de poder público, encargada de tramitar un negocio, proceso o asunto en cualquiera de esas materias, sean propias de la esfera judicial o de la administrativa. Ahora bien, que se ofrezca interceder en relación con un asunto que esté en trámite es apenas explicable, pues lo usual es que la intervención ofrecida tenga que ver con casos no decididos; no obstante, a primera vista aparecería como extraño que se acrimine el ofrecimiento de favores para interceder en relación con un caso, proceso o negocio, que ya fue decidido, del cual ya conoció el servidor público, pues podría pensarse que no tiene sentido solicitar la intervención del vendedor de humo para que ingiera en un asunto que está cancelado.

Pese a ello, las cosas no suceden exactamente así: también es frecuente, más de lo que se pueda imaginar, que el vendedor de humo ofrezca sus servicios al interesado tratando de enderezar decisiones de las autoridades que ya no son susceptibles de ser impugnadas, y éste –en la creencia de que la influencia es viable– acuda a aquél. En otras palabras: las decisiones judiciales o administrativas ya consumadas son un terreno abonado para que el ciudadano ingenuo, el hombre de la calle, acuda a este tipo de «servicios», con el consiguiente descrédito para la Administración pública y el mismo peculio del particular.

Finalmente, para que el sujeto activo logre la realización de una de las conductas típicas a través del medio ya expuesto (ofrecer sus servicios invocando las influencias), se puede valer de muchos medios, instrumentos o mecanismos adicionales que la Ley Penal no señala, y que sería largo enumerar porque existen mil y una maneras de lograr la consumación del pacto entre el sujeto activo y el interesado. Como ha dicho VALENCIA MARTÍNEZ: **«el vendedor de humo puede seducir, convencer, catequizar o inclinar la voluntad de la víctima, utilizando desde la simple persuasión o la mera afirmación hasta el engaño**

refinado o el fraude más o menos especioso. Lo importante, en todo caso, es que la conducta fraudulenta se inspire en el favoritismo, falso o cierto, que dice gozar el traficante ante su favorecedor»[46].

b) El aspecto subjetivo. La figura en estudio sólo consta de un elemento subjetivo, esto es, *el dolo* entendido como la conciencia y la voluntad de realizar la conducta típica, que debe ser *directo* (de primer o de segundo grado). No parece, pues, muy factible –atendida la modalidad de la conducta– realizar las acciones acriminadas con el llamado *dolo eventual*, o sea, el que se presenta cuando el sujeto activo prevé la conducta como probable asumiendo el resultado en caso de que llegue a producirse.

En otros términos: en el caso del dolo directo de primer o de segundo grado, debe establecerse mediante los medios de prueba ordinarios que el sujeto activo (servidor público o particular) al momento de realizar la conducta, ha tenido conocimiento efectivo (actual o actualizable) de que recibe, para sí mismo o para un tercero, el objeto sobre el cual recae la acción (donativo, o ventaja), o tiene conocimiento de que acepta de una tercera persona, ser favorecido con una promesa remuneratoria. Adicionalmente, en ambos casos, debe demostrarse que ha querido realizar la conducta respectiva; esto es, que ha dado su asentimiento, lo ha consentido. Sin estos dos componentes no puede hablarse de dolo directo –de primer o de segundo grado– de tráfico de influencias en los términos del Art. 400 de la Ley Penal.

Una observación final: la conducta punible se imputa a título de dolo porque, dada la forma como ha sido estructurada la legislación penal peruana, la generalidad de las descripciones típicas previstas en la Parte Especial y en el voluminoso derecho penal complementario son siempre dolosas; por excepción, y ese no es el caso del artículo en comento, procede la acriminación a título de culpa cuando la Ley Penal la prevé expresamente (cfr. Art. 12).

2. *Las consecuencias jurídicas.* Según se desprende del tenor del texto legal, la pena imponible es sencilla: «...será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años»; a esta sanción se refiere el Art. 29 del Código y ella puede ir acompañada de una pena limitativa de derechos (cfr. Art. 31), cuando se den los

[46] *Op. cit.*, p. 272.

presupuestos a que hace referencia el Art. 32 del mismo estatuto punitivo, modificado por la Ley 27.186 de 19.10.99.

IV. Conclusiones

Una vez hechas las consideraciones anteriores se expresan de forma resumida los planteamientos consignados a lo largo del escrito, enfrente a las inquietudes presentadas por Usted siguiendo, al efecto, el orden en el cual han sido redactadas.

A. Determinación de la acción típica en el delito de tráfico de influencias previsto en el Art. 400 del Código Penal peruano

Según se dijo [cfr. *Supra* III, B,1,a),3) y 4)] el tipo penal contenido en la norma plasmada en el Art. 400, contiene tres verbos rectores: *recibir, hacer dar,* y *hacer prometer* -también empleados por los legisladores colombiano e italiano-, cuyos alcance y significado quedaron arriba expresados, que sólo admiten la modalidad comisiva; como el agente puede, de manera indistinta, realizar una de las esas conductas o varias de ellas, la figura punible es de las conocidas como de conducta alternativa. Así mismo, es de resultado en los dos primeros casos no así en el último en el cual aparece como de mera actividad.

B. Determinación del sujeto activo en el delito: configuración del autor del delito y posibilidad de su definición como delito de propia mano

Igualmente, se han hecho diversas consideraciones sobre el sujeto activo, agente, o autor, de la conducta típica [cfr. *Supra* III, B,1,a),1)] mostrando cómo, a pesar de que en principio es indeterminado, tiene una naturaleza jurídica mixta: parcialmente indeterminado y parcialmente especial -cuando es un servidor o funcionario público-; además, se trata de un tipo penal que sólo puede ser realizado por una persona (*monosubjetivo* o *unisubjetivo*).

También, la figura punible en examen es de aquellas que sólo se pueden ejecutar *de propia mano* porque presupone un acto de ejecución corporal o, al menos, personal, que debe realizar el propio autor, porque en otro caso faltaría el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito; para el caso, es evidente que sólo puede realizar las conductas prohibidas en el Art. 400 quien lo haga de manera personal. Ello es de importancia porque tales conductas delictivas no permiten la coautoría dando paso a la figura del autor simultáneo; tampoco, por lo dicho en precedencia, es posible la autoría mediata.

C. Posibilidad de admitir las formas de participación en el delito, ya sea a título de inducción o colaboración

Así mismo, el estudio demuestra que el tipo, siendo de propia mano, admite la participación en sentido estricto (inducción o complicidad), pero ello no significa que al traficante o vendedor de humo se le pueda castigar como instigador o cómplice, porque la forma como ha sido plasmada la figura en la Ley Penal lo impide de manera tajante.

Obviamente, la posibilidad de participación en un tipo de propia mano –que aquí se admite– no se puede confundir con otro problema enteramente distinto: la viabilidad de que en el tipo estudiado el comprador del humo o interesado responda a tal título –cosa que aquí se niega–.

D. Determinación de la responsabilidad penal de cada uno de los sujetos que intervienen en el delito: de quien invoca su influencia, del funcionario sobre el que se ejerce la influencia, del particular que da la ventaja a cambio de la influencia, y de quien se beneficia con la influencia

Demostrado que en la figura intervienen cuatro sujetos, la responsabilidad penal de cada uno de ellos es la siguiente: *el traficante o vendedor de humo*, siempre será el autor de la conducta típica; los que realizaren en unión del autor la conducta típica deberán ser considerados autores simultáneos, accesorios o paralelos.

El *servidor o funcionario público*, por su parte, podrá, a condición de que acepte la injerencia del traficante, responder de cualquier otra figura punible atentatoria contra la Administración pública, como el cohecho en sus diversas modalidades, si es que su conducta encaja en alguno de dichos tipos (cfr. Arts. 393 y ss.); de lo contrario permanecerá impune, sobre todo cuando no interviene.

Así mismo, *el tercero que se beneficia del donativo, promesa o ventaja*, puede o no resultar incurso en la figura típica dependiendo de su comportamiento: puede llegar a ser partícipe en sentido estricto –cómplice o instigador– porque el tipo es de propia mano, pero es viable que realice de manera independiente otra u otras conductas punibles (verbigracia, la figura de receptación prevista en el Art. 194 del C.P.). Es más, si lleva a cabo la conducta con el autor puede devenir en autor simultáneo.

Finalmente –con apoyo en consideraciones de derecho positivo, dogmáticas, de Política Criminal, y de buena parte de la doctrina de países como Colombia, Italia y España, donde existen figuras similares a la del Art. 400–, se afirma que *el interesado o comprador del humo*, no

puede ser punible a ningún título: no es coautor, porque él no realiza ninguno de los verbos plasmados en la conducta típica; y no es partícipe (inductor o cómplice), pues -dada la forma como está redactado el tipo penal- el sujeto pasivo secundario de la infracción no puede ser, simultáneamente, partícipe del comportamiento realizado por el agente del cual él es víctima, porque ambas formas de concurrencia criminal requieren siempre un actuar doloso de su parte.

En fin, distinguido Doctor, al poner punto final en este escrito, someto a su muy digna consideración el estudio realizado, agradeciéndole su deferencia al haber pensado en mi persona para cumplir tan honroso e importante encargo.

Informe en relación a la aplicación del artículo 400 del Código Penal peruano, que tipifica el delito de Tráfico de Influencias, a las conversaciones sostenidas entre los representantes de la empresa Lucchetti Perú S.A. y el que fuera asesor gubernamental, Sr. Montesinos Torres

Juan Bustos Ramírez
Catedrático de Derecho Penal

Santiago, 11 de junio del 2001

I. Cuestiones que se ha solicitado que se analice en el presente informe

1. Determinación de la acción típica en el delito de tráfico de influencias previsto en el artículo 400 del Código Penal.

2. Determinación del sujeto activo en el delito, configuración del autor del delito y posibilidad de su definición como delito de propia mano.

3. Posibilidad de admitir las formas de participación en el delito, ya sea a título de inducción o colaboración.

4. Determinación de la responsabilidad penal de cada uno de los sujetos que intervienen en el delito, de quien invoca su influencia, del funcionario sobre el que se ejerce la influencia, del particular que da la ventaja a cambio de la influencia y de quien se beneficia con la influencia.

Sin perjuicio de contestar las cuestiones precedentes, en un apéndice trataré brevemente la procedencia de admitir como prueba las grabaciones en videos incautadas.

II. Hechos que dan origen al dictamen

1. La empresa chilena Lucchetti invitada por el gobierno de Fujimori, conforme a su plan de fomento a las inversiones, decidió adquirir terrenos en el distrito de Chorrillos, con el objeto de construir en ese lugar una fábrica dedicada a la elaboración de tallarines, fideos y similares en su rubro, ya que la Municipalidad de Lima había calificado el lugar para el uso de industria liviana I-2, categoría que corresponde a una fábrica de pastas.

2. Para ello, llevó a cabo todos los trámites legales correspondientes, obteniendo todas las autorizaciones necesarias para la instalación de la industria, incluidas naturalmente las de la Municipalidad de Lima.

3. Sin embargo, cuando ya se estaba pronto a poner en marcha la fábrica, la Municipalidad de Lima resolvió con fecha 2 de enero de 1998 retirar todos los permisos concedidos y consecuentemente paralizar la obra, sobre la base que podría haber perjuicio ecológico, dada la proximidad de la reserva denominada «Los Pantanos de Villa». Ello, a pesar que se contaba con los correspondientes estudios de Impacto Ambiental, aprobado por INRENA, órgano administrativo destinado a la protección de los espacios naturales.

4. A partir de ese momento se inició una larga batalla jurídica y judicial entre la empresa Lucchetti y la Municipalidad de Lima, pues la primera pretendía legítimamente culminar la instalación de su industria y empezar a producir.

5. Con fecha 8 de enero de 1998, el Sr. Gonzalo Menéndez, Presidente del Directorio de la empresa en esa época en Perú, gracias a la intervención del Sr. Borobio Guede, publicista de Fujimori, se entrevistó con el asesor presidencial Vladimiro Montesinos.

6. Dicha reunión se efectuó en las dependencias del Servicio de Inteligencia y fue grabada en video subrepticiamente por el asesor presidencial, de modo que no fue del conocimiento de los otros participantes y consecuentemente sin el consentimiento de ellos.

7. En dicha conversación, según lo que surge de la cinta de video, el asesor presidencial al tomar conocimiento de los hechos expuestos por el Presidente de Lucchetti Perú, ofrece llevar a cabo toda una labor sobre los tribunales, a fin de impedir los objetivos de la Municipalidad de Lima.

8. Posteriormente, el 6 de marzo de 1998 se efectuó otra reunión con el asesor presidencial, a la que concurrió el Sr. Andrónico Luksic y que también se grabó en forma clandestina en un video, si bien en este caso por defectos técnicos no ha sido posible apreciar lo conversado.

9. En el mes de diciembre del 2000 fueron incautadas del domicilio de Vladimiro Montesinos las referidas cintas de video, junto a muchas otras más. Tal actuación fue llevada a cabo por los Edecanes de Fujimori, sobre la base de un mandato judicial expedido a solicitud del procurador Ad Hoc. Pero sin que se notificara al representante del Ministerio Público ni al Procurador Ad Hoc y además uno de los Edecanes se hizo pasar por fiscal y así se identificó.

10. Los videos fueron llevados al Palacio de Gobierno y entregados varios días después al Poder Judicial.

11. Con fecha 24 de mayo del 2001, sobre la base de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público y en especial del contenido de los mencionados videos se resolvió por el tribunal abrir instrucción en vía ORDINARIA contra Vladimiro Montesinos Torres, Edgardo Daniel Borobio Guede y Edgard Orlando Solís Cano, por los delitos contra la tranquilidad pública de asociación ilícita y contra la administración pública de tráfico de influencias. En cambio, se declaró no haber lugar a la apertura de instrucción contra LUIS FERNANDO PACHECO NOVOA, GONZALO MENÉNDEZ DUQUE Y ANDRÓNICO LUKSIC CRAIG por el delito contra la administración pública de tráfico de influencias.

III. Desarrollo del análisis jurídico de las cuestiones a resolver

1. El artículo 400 del Código Penal peruano señala:

«El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años».

2. El primer aspecto que tenemos que considerar es el referente al bien jurídico protegido. El citado artículo 400 se encuentra en el Título referente a los delitos contra la Administración Pública, de modo que en principio habría que concluir que el bien jurídico protegido es la Administración Pública.

Sin embargo, ciertamente surgen dudas al respecto, pues por una parte las influencias pueden ser reales o simuladas, luego si en este segundo caso no se tienen, por consiguiente parecería que no se puede afectar la Administración Pública. Por otra parte, tal como aparece de la disposición, se trata de actividades de carácter privado y no funcionarial, esto es, entre particulares, ya que simplemente se habla de «el que», esto es un sujeto activo indeterminado y, por otra parte, claramente quien obtendría el beneficio de la influencia es también un particular, de modo que no pareciera que está en juego la Administración Pública. Por último, porque la influencia podría estar referida tanto a un acto ilícito como también lícito y en este último caso tampoco podría estimarse afectada la Administración Pública.

Es por eso que algunos autores en el Derecho comparado, especialmente en España, donde se contiene en el Código Penal una disposición similar, la contenida en el artículo 430, han afirmado que el bien jurídico protegido no es la Administración Pública, sino un

bien jurídico nuevo, sumamente vago e indeterminado, que sería «el prestigio y buen nombre de la Administración» (SUAREZ MONTES, *Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias, en Homenaje a Juan del Rosal,* p.1102).

A pesar de lo anterior, estimo que el bien jurídico protegido es la Administración Pública, pues ésta requiere en su ejercicio credibilidad en su transparencia e imparcialidad (el tribunal de alguna manera recoge esta idea, en cuanto hace consistir el bien jurídico protegido en el prestigio y regular funcionamiento de la Administración Pública) y ciertamente dicho bien jurídico **podría** verse afectado por las conductas descritas en el tipo legal en análisis. Decimos expresamente podría, pues con ello queremos significar que un adelantamiento de la punibilidad, que sí estimo que resulta sumamente excesivo.

En efecto, por una parte estamos ante un delito de peligro y más aún de simple riesgo, ya que la influencia puede ser simulada, justa o nunca concretarse. Por otra parte, nos encontramos con el hecho que las conductas en sí tienen una relación sumamente lejana con el bien jurídico protegido, ya que si hay simulación, se estaría simplemente ante un delito de estafa y si las influencias son efectivas, lo que habría es un mero acto preparatorio para una inducción a la corrupción o a la prevaricación.

Luego, si conforme al bien jurídico protegido lo que se tiene es un delito de peligro con estas características tan especiales, ello significa que necesariamente este tipo legal tiene que ser interpretado en forma terminantemente restrictiva, pues de otra manera esta ampliación excesiva de la punibilidad llevaría necesariamente con una interpretación de otro carácter, al establecimiento de la analogía como fuente de punibilidad y con ello se violarían todos los principios garantistas del Derecho Penal, establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales.

3. En cuanto al sujeto activo, ciertamente éste puede ser cualquier persona y también por tanto un empleado público, pero que no esté en el ejercicio de sus funciones, es decir, que actúe como particular. Pero se trata, sin embargo, de un sujeto activo *sui generis*, pues tiene que demostrar poseer capacidad de influencia (como señala el artículo 400: «invocando influencias»), sean reales o simuladas, de modo entonces que en definitiva no cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito y en ese sentido sólo podrá ser autor quien posea esa calidad y sobre esa base tenga el dominio sobre la realización del comportamiento típico exigido por la figura de tráfico de influencias.

De acuerdo a lo anterior, si bien no podríamos decir que se trata propiamente tal de un delito de propia mano, por esta característica especial del autor, ciertamente quedan excluidos de la posibilidad de ser autores quienes no posean esa calidad de posesión de la capacidad de influencia. Por consiguiente es claro que jamás los señores Menéndez Duque y Luksic Craig podrían tener la calidad de sujetos activos o autores del delito de tráfico de influencias que se investiga en relación a las actividades de Montesinos Torres.

4. La acción típica en este delito es compleja, pues consiste en recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero una ventaja determinada y a su vez ofrecer interceder ante un funcionario o servidor público. Es decir, es un comportamiento que está en total correspondencia con la cualidad especial que aparentemente ostenta el sujeto activo del delito. De ahí precisamente que sólo él puede llevar a cabo estos comportamientos y ninguna otra persona, con lo cual quedan excluidos los señores Menéndez Duque y Luksic Craig.

Más aún, a la vista de los antecedentes que ponderó el tribunal, aparece con toda claridad que los señores Menéndez Duque y Luksic Craig, no realizaron conducta alguna ilícita. En efecto, si precisamente la empresa Lucchetti había decidido instalarse en Lima, era en razón del ofrecimiento a invertir del gobierno de Fujimori y había cumplido con todos los requerimientos y autorizaciones correspondientes, resultaba de toda lógica que sus representantes se apersonaran ante el asesor presidencial a fin de exponerle la situación arbitraria que se había creado y que afectaba no sólo sus intereses, sino también los de Perú como nación, ya que ello estaba en contra del fomento a la inversión. Lo cual por lo demás es usual en todas partes del mundo y completamente lícito, así como también las gestiones políticas que pudiera llevar a cabo el gobierno.

Pero claro, en el presente caso resultaba que Montesinos Torres tenía montada una asociación destinada a la corrupción, lo cual ciertamente no se puede imputar a los personeros de la empresa Lucchetti y más aún es muy posible que hayan sido también las víctimas directas de ella. En efecto, es muy posible pensar, ya que ciertamente las grabaciones de audio recogen lo que quiere el que las realiza, que Montesinos haya exigido a los representantes de Lucchetti un determinado beneficio patrimonial por las gestiones que podía realizar. En otras palabras, los señores Menéndez Duque y Luksic Craig, habrían sido víctimas del delito de concusión, contemplado en el Código Penal peruano en el artículo 382.

En suma, los representantes de la empresa Lucchetti en modo alguno podían llevar a cabo las conductas típicas del delito de tráfico de influencias

y por el contrario lo más probable, conforme a los antecedentes del proceso, que hayan sido víctimas de un delito de concusión.

5. A pesar de todo lo dicho anteriormente, se podría plantear si conforme al tipo legal en análisis resulta posible una forma de participación, ya sea como inductor o como cómplice, y en ese sentido que los personeros de la empresa Lucchetti podrían quedar incluidos en esas categorías.

Ahora bien, he sostenido, como ya se ha señalado en la doctrina comparada, que este tipo legal significa un adelantamiento excesivo de la punibilidad y que por eso se puede definir como un delito de peligro (CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, p. 246, quien más aún estima que se trata de un delito de peligro abstracto), pues basta para la consumación del delito con el ofrecimiento de interceder, esto es, con la potencialidad de afectar el bien jurídico.

Pero al mismo tiempo como ya se señaló, tal potencialidad está basada en una influencia real o simulada. Luego, para los efectos de analizar la posibilidad de participación en este delito, necesariamente hay que partir de la circunstancia que el comportamiento complejo que constituye este tipo legal está indisolublemente ligado a la invocación de influencia, la cual puede ser real o simulada.

Si la influencia es simulada, no cabe la menor duda que se estaría en presencia de un delito de estafa, ya que se habría engañado a la persona y sobre esa base ésta habría hecho una disposición patrimonial en su perjuicio. De modo entonces que en este caso sería víctima de un delito y mal podría entonces estimarse que puede haber participación a título de inductor o colaborador.

Si la influencia invocada es real, dado que basta con ofrecerla a que se consume el delito, se está como ya se ha dicho simplemente ante un acto preparatorio de inducción a un delito de corrupción y ciertamente no es posible la inducción a un acto preparatorio de inducción ni tampoco la colaboración. Ya de por sí los actos preparatorios necesitan estar expresamente legislados para ser sancionados y en el presente caso ese acto preparatorio es precisamente el de ofrecer interceder, ningún otro, de modo que la actividad de los representantes de la empresa Lucchetti es totalmente atípica. Por otra parte, por su propia naturaleza, los actos preparatorios no admiten actos de participación, ya que ello es sólo posible en actos de ejecución, pues de otra manera la extensión de la punibilidad no tendría límites. En efecto, tanto los actos de participación como los actos preparatorios son extensiones de la punibilidad, y por eso requieren estar estrictamente precisados legalmente y en ese sentido una participación en

un acto preparatorio sería una extensión de una extensión de la punibilidad, lo que trasgrede todos los principios garantistas del Derecho Penal. A mayor abundamiento, en el presente caso, en que como se ha dicho, por tratarse de un delito de peligro, que adelanta excesivamente la punibilidad, necesariamente hay que llevar a cabo una interpretación restrictiva, pues de otro modo el tribunal estaría aplicando analogía.

En suma, tampoco cuando la influencia invocada es real es posible la inducción o la colaboración, de modo entonces que en caso alguno los representantes de la empresa Lucchetti podrían quedar incluidos en estas categorías que son inadmisibles en la presente figura punible.

6. La última cuestión que se ha solicitado resolver es la referente a la responsabilidad penal de cada una de las personas intervinientes en los hechos que han dado motivo a la presente investigación.

(a) En cuanto al que invoca la influencia, ciertamente, como resuelve el tribunal en relación a Montesinos, se ha de aplicar el delito de tráfico de influencias, pero además dado que se ejerció la influencia, según sea el caso el delito de abuso de autoridad, de corrupción o de prevaricación (en calidad de inductor), también, dado que actuaba como jefe de una organización, el delito de asociación ilícita y, todo ello, sin perjuicio de los posibles delitos contra la intimidad.

(b) Respecto del funcionario sobre el cual se ejerció la influencia, en la medida que actúa en relación a ella, según sea funcionario administrativo o judicial podrá cometer delito de abuso de autoridad, de corrupción o bien, prevaricación.

(c) En cuanto a la persona que da la ventaja o se beneficia con la influencia, como ya se ha señalado no comete delito alguno, pues en modo alguno queda abarcada por el tipo legal del artículo 400 ya sea como autor o como partícipe. Por el contrario, en todo caso más bien, conforme a los antecedentes del proceso, aparecen como víctimas de un delito de concusión, en cuanto estaba obligada o exigida a dar una ventaja a Montesinos Torres, quien claramente era el hombre más poderoso del Perú y que además era jefe de una organización dedicada a toda clase de hechos delictivos, no sólo de corrupción, sino de afección a la intimidad y seguramente de chantaje, como lo demuestran las grabaciones de cintas de video.

Conclusiones

1. El delito de tráfico de influencias del artículo 400 del Código Penal es un delito de peligro referido al bien jurídico Administración

Pública, que se configura sobre la base de un acto preparatorio de inducción a otro hecho punible (abuso de autoridad o corrupción, o bien, prevaricación) y cuando la capacidad de influencia es sólo simulada, por un comportamiento típico del delito de estafa.

2. Por tratarse de un delito que conforme a las características mencionadas implica un adelantamiento excesivo de la punibilidad y por consiguiente excepcionalísimo, ha de interpretarse en forma eminentemente restrictiva, dado que cualquier ampliación implicaría que el tribunal aplicara analogía prohibida.

3. Quien, conforme al tipo legal, entrega una ventaja cualquiera, no comete delito alguno, pues no realiza la acción típica que está constituida por dos comportamiento muy precisos, que han de interpretarse en forma restrictiva: «recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero...» y además copulativamente «ofrecer interceder». En caso contrario habría claramente analogía prohibida.

4. Más aún, quien da la ventaja cualquiera será en la mayoría de los casos víctima, cuando la invocación de influencia sea real, de un delito de concusión. En las situaciones excepcionales en que no haya concusión en modo alguno podría plantearse punibilidad, pues a lo más podría considerarse teóricamente inducción a un acto preparatorio de inducción, lo cual ciertamente no es punible en caso alguno y, además, implicaría analogía prohibida.

5. Por el contrario, si la influencia invocada es simulada, quien entrega una ventaja cualquiera, será víctima de un delito de estafa.

6. Luego, conforme a lo anteriormente expuesto, que confirma lo resuelto por el tribunal, los señores Menéndez Duque y Luksic Craig no han cometido delito alguno y ha de ratificarse que no ha lugar a la apertura de instrucción en contra de ellos.

Apéndice

Aún cuando resulta prácticamente innecesario pronunciarse respecto a la procedencia de admitir como medio de prueba a las grabaciones de video incautadas y, en su caso, al valor probatorio que cabría atribuirle a los mismos, dada la circunstancia de haberse concluido que los hechos de que ellos dan cuenta carecen de relevancia jurídico-penal, sin embargo, he estimado pertinente formular las siguientes consideraciones al respecto:

1. En primer término, es preciso consignar que tales medios de reproducción de la imagen y el sonido adolecen de una doble ilicitud. En efecto, en el mes de enero de 1998, Vladimiro Montesinos se desempeñaba como asesor del ex Presidente Fujimori y, en tal condición,

recibió en su despacho ubicado en el Servicio de Inteligencia al Presidente del Directorio de Luchetti Perú, don Gonzalo Menéndez Duque, quien concurrió a la cita acompañado del señor Borobio Guede, que hacía las veces de publicista del ex mandatario. Con posterioridad se determinó que esa conversación fue grabada por Montesinos sin el conocimiento ni consentimiento de ninguno de los otros dos interlocutores.

2. El derecho a comunicarse libremente y el derecho a la intimidad son bienes jurídicos protegidos por todas las legislaciones constitucionales y penales en el mundo moderno y así sucede también en Perú. El artículo dos, inciso 10°, de la Constitución peruana reconoce el derecho a la comunicación libre y, por su parte, el Código Penal de ese país, contempla un tipo legal que castiga al que «indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar», conducta que dicha norma agrava si es observada por un funcionario público.

Ahora bien, en el caso en análisis, es indudable que la grabación realizada por Montesinos debe calificarse como «indebida» puesto que fue obtenida sin la aprobación ni conocimiento de las otras personas que participaban en la reunión y, por lo mismo, con grave afección a sus derechos. Por otra parte, es incuestionable que la conversación directa grabada por medios técnicos de reproducción de la imagen y del sonido queda comprendida dentro del término «similar» utilizado por el tipo legal en análisis. En otras palabras, si la conducta incriminada consiste en interferir o escuchar una conversación realizada a través del teléfono u otro medio «similar», no se divisa razón o motivo para excluir dichas acciones respecto a un diálogo directo entre dos o más interlocutores que es grabado por uno de ellos, con absoluto desconocimiento de las otras personas que interactúan.

3. Conforme a lo anterior, la conducta del ex asesor Montesinos, importaría la comisión de un delito en el Perú y, por consiguiente, debe ser tachada de ilegítima en su origen. Pero, además, debe considerarse la forma en que dicha prueba se obtuvo que, según los antecedentes proporcionados por el solicitante, lo fue a través de allanamiento de una morada dirigido personalmente por el ex Presidente Fujimori, sin que se respetaran las normas que la legislación peruana contempla para la entrada y registro de un domicilio privado.

4. En relación con esta materia, cabe considerar que el artículo 160 del Código Penal peruano establece el siguiente tipo delictivo: «el funcionario o servidor público que allana un domicilio, fuera de los casos prescritos por la ley o fuera de los casos que ella determina, será reprimido con pena privativa del libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación

de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos uno, dos y tres».

5. La incriminación de la conducta descrita en dicho tipo legal se entiende perfectamente si se considera que la Constitución Política del Perú, al igual como lo hacen todos los ordenamientos vigentes en Estados democráticos, en el citado artículo 2°, inciso nueve, protege el derecho a la inviolabilidad del domicilio. En el presente caso los antecedentes señalan que la entrada y registro del domicilio en que se encontraron los videos se efectuó con abierta violación a las normas que sobre el particular contempla la legislación peruana, incluso, aparentando la presencia de un funcionario del Ministerio Público, lo que no era efectivo, de manera que las conductas de quienes llevaron a cabo dichas actuaciones deben considerarse comprendidas en el aludido tipo legal del artículo160.

6. En este orden de ideas, es preciso señalar que tampoco puede dejar de considerarse la circunstancia que las cintas de audio y video obtenidas mediante una conducta delictiva habrían permanecido en poder de terceros durante un tiempo prolongado desde que fueron encontradas hasta que se hizo entrega de ellas al Ministerio Público de manera tal que esta situación afecta también su confiabilidad, desde el momento que durante dicho lapso pudieron ser objeto de manipulación, sin perjuicio que también se puede haber intervenido por el propio Montesinos antes de su hallazgo.

7. Ahora bien, la doctrina procesal es conteste en orden a que para la obtención de la prueba no pueden estimarse válidos todos los medios, existiendo la obligación de respetar siempre los derechos fundamentales, de manera tal que deben considerarse ilícitas y la prueba así calificada no puede ser admitida ni valorada. Las pruebas obtenidas con infracción de derechos constitucionales no pueden ser tomadas en cuenta por el juzgador, son nulas por infracción de derechos constitucionales.

8. En este mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo Federal de Alemania que, en sentencia citada por Claus ROXIN en su obra (*Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto s.r.1., Buenos Aires, 2000) razonó en los siguientes términos: « Antes bien, el medio de prueba siempre es invalorable cuando se trata de violaciones graves o dolosas de derechos, a que el Estado no puede sacar provecho de injerencias sin fundamento legal. Por tanto, en el caso de secuestro «Schleyer» (BGHST 34, 39) -en el que un establecimiento penitenciario había sido preparada una grabación secreta de la voz de un acusado que se negaba a declarar, con el fin de probar su culpabilidad- no se necesitó de la ponderación empleada por el BGH para fundar la invalorabilidad (*loc. cit.*, 53). La ilegalidad de la grabación, fundada convincentemente por el BGH (sobre esto *infra* Ç 25, IV, 2, a; Ç 33, A, III, d), por sí misma, impidió su valoración».

9. En suma, conforme a las consideraciones contenidas en el presente informe, estima el infrascrito que la conducta de Vladimiro Montesinos en orden a grabar consideraciones sin conocimiento ni consentimiento de sus interlocutores, es constitutiva de delito tipificado en el Código Penal peruano por atentar contra un derecho reconocido por la Constitución Política de ese país.

10. Del mismo modo, las cintas fueron obtenidas mediando también conductas delictivas que afectan otro derecho fundamental reconocido y protegido por la Constitución Política peruana, como es la inviolabilidad del domicilio.

11. Que, en consecuencia, las cintas de video en cuestión no son aptas para ser admitidas ni valoradas como medio de prueba legal por ningún Tribunal perteneciente a un Estado de Derecho democrático.

Revisión de la cosa juzgada

Osvaldo Alfredo Gozaíni

1. Antecedentes

La cosa juzgada es una de las instituciones trascendentes de cualquier sistema jurídico en la medida que afianza la seguridad jurídica y la confianza en el sistema judicial. De otro modo, la posibilidad de reiterar lo debatido, cualquiera sea el argumento que lo admita, provocaría una gran incertidumbre y la ausencia de certeza, que es sin lugar a dudas, la síntesis del Derecho.

Los negocios jurídicos han encontrado respaldo suficiente por el Derecho civil clásico, pese a las novedades y exigencias que en la actualidad modifican la relación jurídica tradicional, quebrando de alguna manera las reglas del sinalagma.

El cuadro de prevenciones contra los hechos y actos jurídicos que esconden un fin ilícito ha sido una guía de suma utilidad para el resto de las disciplinas científicas, y determinaron principios rectores en orden a la calificación de los desvíos que suceden en cada situación.

Así es como en el Derecho Comercial la *acción revocatoria* concursal adopta singularidades específicas del Código Civil; el Derecho administrativo también se sirve de él para atacar los actos irregulares; y, por fin, el Derecho Procesal no escapa a esta orientación, con la peculiaridad que ha resignado toda característica propia, en tanto y cuanto ha permitido que la ley sustantiva regule todo lo vinculado a la *simulación* y *apariencia* procesal.

Puede ser que la remisión obedezca a una tácita aceptación de la suficiencia de la norma de fondo; o quizás porque el régimen de nulidades procesales haya sido otro mecanismo idóneo para contraatacar el fraude procesal.

Pero en la especie, lo que debemos atender es la posible fractura de la cosa juzgada cuando se advierte que el proceso donde ella se ha consagrado tiene vicios trascendentes que inficionan la totalidad de estos actos definitivos.

En el caso que nos ocupa, estamos frente a un proceso constitucional suficientemente respetuoso de las garantías del debido proceso y sin alterar en momento alguno la bilateralidad y contradicción entre las partes. Este encuadre preliminar obliga a considerar otros hechos distintos a los carriles tradicionales que permiten la revisión de un proceso.

Ahora bien, para analizar los hechos que circundan y deducir de ellos la posibilidad de influir en la cosa juzgada, vamos a partir de una perspectiva diversa. Vamos a suponer que el proceso es fraudulento (*lato sensu*) y observar así que, de todos modos, no siempre procede la revisión.

2. La revisión como principio general

Damos por resuelto el problema de la naturaleza de la cosa juzgada, eliminando la consideración de su necesidad histórica o jurídica, quizás amparados en el famoso dístico de SCACCIA: «La cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de la sangre y cambia lo falso en verdadero» (cfr. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1987).

El tema nos interesa abordarlo desde el planteamiento simple de resolver cómo obrar ante una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, siendo la misma el resultado de un proceso fraudulento.

La revisión, en estos casos, se admite porque no es posible validar el derecho declarado en un proceso donde existe cohecho, violencia u otra maquinación.

La admisión genérica de la institución de la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico no significa que se consagre con la sola sustanciación formal de un litigio, pues cuando existen vicios que trascienden el espacio que resuelven los principios de las nulidades procesales, se puede atacar la eficacia final de la sentencia dictada sin advertir el dolo o el fraude.

La institución de la cosa juzgada, como todas las instituciones legales, se debe organizar sobre bases compatibles con los derechos y garantías fundamentales. No a toda sentencia puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a aquéllas que han sido precedidas de un proceso contradictorio en el que el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba. No puede invocarse el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada cuando no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el proceso se encuentra plenamente cubierto de estos requisitos constitucionales y, no obstante, se plantea su revisión? ¿Es ello posible?, y en su caso ¿cómo?

En el caso peruano, no se debe perder de vista lo dispuesto en el artículo 178 del Código Procesal, porque le asigna una vía directa que no receptan otras legislaciones, veamos por qué.

3. Recaudos a considerar

La revisión de la cosa juzgada se puede adoptar como *recurso*, y en tal caso sus características y condiciones dependerán de los requisitos de admisibilidad y procedencia de todos los medios de impugnación; obviamente, se necesitarán agravios para deducir la revisión, y la demostración clara y concreta del perjuicio que el presunto proceso fraudulento provoca al interesado.

Desde este punto de vista, la nulidad sólo procede si hay perjuicio. Por esto COUTURE ha dicho que la revocación de la cosa juzgada fraudulenta es una solución ligada inseparablemente a sus fines propios. Esos fines son, en lo esencial, *reparar el daño causado por el dolo o fraude*. No se trata de anular ni de revocar. Se anula o revoca para evitar los perjuicios sufridos. Donde no hay perjuicio no hay derecho a revocación.

También el tercero afectado por la *res judicata* podría ejercer la posibilidad anulatoria en tanto y cuanto él fuera el mismo lesionado en su interés jurídico.

Si ello sucediera, los efectos revocatorios operarían sobre la cosa juzgada, pero dejarían subsistente el negocio jurídico que han celebrado las partes colusoriamente.

Ello es así pues la revocación supone derogar un acto que formalmente es válido, aunque sea sustancialmente injusto; en cambio, la anulación responde a un acto formalmente vicioso y sustancialmente injusto.

En el primero –dice COUTURE– el molde es bueno y la sustancia mala; en el segundo el molde y la sustancia son malos.

Cuando se analiza la pretensión autónoma (ej. Art. 178 CPCC), la eficacia parece sustancialmente mayor, aunque existen varias condiciones para lograrlo.

En primer lugar, respecto a los *legitimados activos* son únicamente «las partes» o «el tercero ajeno», pero ambos deben demostrar, como segundo requisito: *el agravio*, es decir, el perjuicio sufrido a consecuencia de la sentencia alcanzada mediante dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso.

Claro está que la demanda deducida por quien es parte difiere de la que proponga un tercero, y la de ambos contra el Estado también responde a criterios distintos.

En efecto: las alternativas son las siguientes:

a) Demanda de una de las partes contra la otra;
b) Demanda de una de las partes contra la otra y contra el Juez por supuesta connivencia;
c) Demanda de un tercero contra las partes y el Juez;
d) Demanda de un tercero contra una de las partes; o
e) Contra ambos.

Si prestamos atención a estas alternativas, la única coincidencia es que en todos los casos se debe probar el dolo, el fraude, la colusión o la violación a las reglas del debido proceso.

Ahora bien, en cada supuesto puede suceder que las partes, o la misma autoridad jurisdiccional, hayan dado lugar con sus actos u omisiones a cada uno de los desvíos procesales, pero también ocurre que esos mismos actos pueden estar consentidos (y en su caso, la revisión está condicionada), o admitidos con la ejecución del mandato jurisdiccional (determinando la imposibilidad de regresar a una instancia de imposible reiteración en las condiciones fácticas).

Por otra parte, cabe considerar la incidencia del tiempo en este fenómeno extraordinario de revisión, porque además del plazo procesal de seis meses (art. 178, CPCC) cabe encontrar otro plazo más, derivado de la prescripción bienal prevista para los casos de nulidad de los actos jurídicos afectados por violación, intimidación, error, dolo o falsa causa.

4. La prueba como derecho constitucional

En una plataforma tan estricta para revisar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la prueba puede tornarse diabólica, y por eso en la tendencia revisionista se permite flexibilizar el criterio. No obstante, el principio de la seguridad jurídica pervive y, por ello, la declaración anterior exige un análisis particular, caso por caso.

Si la prueba es el objeto esencial para demostrar el derecho a vulnerar la cosa juzgada, también le importa al Estado que dicha prueba se produzca y cumpla suficientemente, para permitir que el fraude no se consolide, y para que con la revisión no se provoque una nueva injusticia.

De esta manera, la prueba no es sólo una cosa de partes interesadas, pues viene acompañando al derecho de verificar y esclarecer para llegar a la verdad; es decir, existe un Derecho constitucional a la prueba.

Por su carácter esencial, fundante del derecho al debido proceso (toda vez que es parte vital en el ejercicio del derecho de defensa),

eleva sus premisas sobre las solemnidades del procedimiento para consagrar un «derecho a la prueba».

El derecho a la prueba -dice PICÓ I JUNOY- aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español en la actual Carta Magna de 1978. Los textos fundamentales históricos contienen referencias a otros derechos de naturaleza procesal, como el derecho al debido proceso, al juez natural o legal, o a la defensa, omitiendo toda alusión al derecho objeto de análisis. Lo mismo sucede con otros textos constitucionales como el italiano de 1947, la Ley Federal de Bonn de 1949, o las cartas de Portugal de 1976 y Andorra de 1993.

El derecho a probar es una parte del debido proceso; ello importa abandonar la idea probatoria como un acto del proceso para encolumnarlo tras las garantías del derecho de defensa y, como tal, un reaseguro del debido proceso adjetivo.

Las dificultades para demostrar la causa de pedir debieran remediarse tras este principio. De este modo, fatalidades como la prueba diabólica (aquélla de imposible obtención), las pruebas leviores (del mismo registro que las anteriores), las pruebas ocultas, entre otras, podrían lograrse revirtiendo simplemente la técnica o argumento que actualmente las emplaza.

La otra faceta de esa necesidad alienta conseguir una modificación en reglas y principios de la verificación probatoria, en miras a dotar al procedimiento de una mayor cercanía con la verdad que debe descubrirse. Es decir, si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado, en los hechos, personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la declaración. En cambio, si se considera el modo de componer el litigio y la calidad del *opus decisorio*, podrá admitirse que las seguridades aumentan porque el juez estará sobre los hechos que él necesita confirmar.

Otra visión que proviene del derecho italiano, destaca como mito la búsqueda de la certidumbre, habida cuenta que el proceso se forma con la voluntad que las partes declaran.

Al difuminarse como objeto de la prueba la «verdad de los hechos», quedaría sin finalidad el rol atribuido a los jueces, quienes pasarían a desempeñar el simple papel de administradores de la cordura, acercando fórmulas de composición o arreglo. Asimismo, si la sentencia fuese, solamente, un acierto del juez, la jurisdicción misma importaría un juego, una lotería de la precisión.

Sobre estas advertencias debe instalarse el derecho a la prueba y el papel que los jueces han de cumplir en ella.

En síntesis: la revisión de la cosa juzgada fraudulenta requiere de prueba clara y concreta. El Estado puede colaborar en la persona del Juez en la búsqueda de la verdad; lo que no puede hacer es propiciar medios de prueba ilegítimos, utilizar presunciones, o basarse en indicios.

Si la cosa juzgada se revisa, el proceso de revisión debe ser más severo en las exigencias de legalidad intrínseca.

5. La prueba inequívoca. Improcedencia de las presunciones

Una de las cuestiones más debatidas en orden a revisar una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, se instala con la prueba que tienda a demostrar la presunta infracción a la legalidad.

En muchas ocasiones se ha sostenido la procedencia y admisibilidad de las presunciones, en orden a adoptarlas para desvirtuar las conductas aparentes que persiguen un fin ilícito.

Para otros, en cambio, la alteración de la cosa juzgada no se puede fundar, únicamente, en suposiciones. De hacerlo, la arbitrariedad sería manifiesta, e inclusive, más peligrosa que la consagración definitiva de un fallo sospechado.

En rigor, la cosa juzgada es un estado jurídico inalterable que para socavarse requiere de prueba inequívoca, suficientemente elocuente y bastante como para regresar las cosas al estado anterior que se persigue.

En tal sentido, se afirma que el objeto o motivo de revisión de la cosa juzgada es la alteración del proceso donde ocurre, por eso, se ha de investigar sobre lo allí sucedido, verificando si existen motivos suficientes que habiliten la instancia de revisión y, en especial, si los principios procesales de trascendencia, convalidación, protección, etc., no han operado en el litigio, porque de hacerlo, postergarían la nueva vía de sustanciación, cuando no, la aplazarían inmediatamente.

El Juez que conozca en la revisión tiene dos roles. En una primera fase debe resolver el juicio de revocación (*iudicium rescindens*), en el cual, por la misma naturaleza procesal del objeto, ha de atender la prueba acompañada y la seriedad de los motivos de la pretensión. En la siguiente fase, admitida la nulidad, reexaminará el fondo de la cuestión (*iudicium rescindens*) debiendo dictar nueva sentencia.

Ahora bien, el juicio de revocación se debe sostener por sí mismo sobre la base de las pruebas aportadas por los interesados en la nulidad de la cosa juzgada. La prueba sigue los principios generales de legalidad, de modo tal que no se podrán admitir otras demostraciones que no estén respaldadas por la buena fe y la legitimidad de los medios de verificación; y aquéllas que incidan sobre la valoración (por ejemplo, las presunciones) no podrán obrar aisladas por tratarse, esencialmente, de pruebas complejas (es decir, que no basta con la simple conjetura).

Si bien es cierto hay diferencias poco claras entre indicio, presunción y conjetura, a los fines de la prueba de la cosa juzgada fraudulenta, se acepta que ellas obren como sinonimias.

Cuando se analiza un proceso teñido de sospechas sobre su legalidad, habiendo conseguido el estado de irrevisibilidad propio de la cosa juzgada, los motivos de reconsideración parten, generalmente, de la presunción. Pero lo que se conoce del proceso es un indicio, porque es la fuente de conocimiento sobre la que se aplican las consecuencias de hechos antes ignorados.

Es decir, si vamos a revisar la cosa juzgada basándonos en *indicios* que conducen a la *presunción* de fraude, hay un error conceptual en el discurso y una grave deducción en el método.

En efecto, ningún indicio (principio de prueba) de ilegalidad se puede sostener en hechos lícitos; esto es un contrasentido; al menos, queda de manifiesto que el indicio no es una prueba perfecta, ni siquiera imperfecta, porque para lo único que contribuye es para forjar un razonamiento lógico que conduce a la presunción.

Obsérvese que mientras con la prueba se establece el hecho discutido entre las partes con medios de convencimiento atinentes inmediatamente a la experiencia y aplicables precisamente a este hecho; por el contrario, con las presunciones se establece el hecho discutido mediante inducciones y consecuencias derivadas de otros hechos ya probados.

Simplificando el problema: si se pretende revisar la cosa juzgada estimando que el proceso tramitado originariamente es fraudulento, deben encontrarse en éste situaciones manifiestas que obren como indicios o presunciones graves, precisas y concordantes sobre la ilegalidad de las conductas, la inoficiosidad de las pruebas o la improbidad del Juez.

De otro modo, la aparición de elementos extraños a dicho proceso, que sirven solamente de conjeturas aplicables a situaciones mediatas (no inmediatas) no pueden servir de fundamento ni prueba para tolerar la crisis de la seguridad jurídica admitiendo la revisión de un proceso

que, al menos en apariencia manifiesta e irrevocable, alcanzó definitividad por la cosa juzgada.

Ha sostenido LESSONA, en el libro clásico de estudios sobre la prueba y sus implicancias en los distintos tipos de proceso, que «las presunciones no constituyen una verdadera prueba en el sentido jurídico y procesal de dicho término. Por el contrario, existen notables diferencias entre la presunción y la prueba, no sólo en cuanto a sus efectos probatorios, sino también con relación a su propia naturaleza. En efecto, las presunciones legales no son un medio de llevar certeza al juzgador, sino la declaración hecha por la ley del derecho de las partes para el caso en que no sea posible justificar los hechos en que habría de fundarse ese derecho. Menos pueden serlo las presunciones no legales o de hombre, que en realidad no tienen otra eficacia que la de los medios empleados, no para justificar el hecho desconocido, sino los accidentes o circunstancias que inducen al Juez a formar su juicio o presunción sobre dicho hecho. Por tanto, podrá juzgarse por presunción, pero no articularla como medio de prueba, porque en sustancia no lo es, por más que pueda fundarse en ella, en algunos casos, el fallo».

Claro está que para que el Juez pueda aplicar una presunción, el hecho en que se funde debe estar debidamente probado (esto es, que si alguien afirma que hubo cosa juzgada fraudulenta, debe acreditar con la prueba directa esta manifestación).

6. La violación a las reglas del debido proceso

Cuando la denuncia proclive a revisar la cosa juzgada se sostiene en la violación de las reglas del debido proceso, es preciso reconocer cuáles son estas garantías.

El proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad, componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y «auctoritas» no excedan límites tolerables, el procesalismo pone la valla del principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.

Éstas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de debido proceso formal (o procesal). Mientras que la otra faceta del «proceso debido» que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que deben garantizarse a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

En sus comienzos, el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), el derecho a ser oído, así como las garantías del Juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, eran vistas como partes del «debido proceso sustancial», actualmente pareciera mejor incluirlos dentro del «derecho a la jurisdicción», por el cual la garantía se amplía al trascenderla del reducto procesal.

Enfocados en esta simple observación, puede colegirse que el proceso que admita su revisión, debiera estar afectado en las partes litigantes (que no fueran las llamadas justas partes); o tramitando ante un tribunal sin jurisdicción incompetente); o acusando severas fracturas de procedimiento (que no fueran atacadas por nulidades ni corregidas en la instancia por la negligencia del Juez y las partes), entre otras causas graves.

Corresponde ahora, observar las garantías mínimas que asegura el «debido proceso».

6.1. Derecho al proceso con todas las garantías

No es ésta una garantía concreta que se especifique con tal o cual acto; antes bien, es un mandato dirigido al Juez o Tribunal para que en todo proceso resuelva las potenciales fisuras que alteran las reglas del debido proceso.

Es, de alguna manera, una garantía residual donde anidan:

a) *el derecho a ser juzgado por tribunales previamente establecidos;* con la premisa de evitar la actuación directa de la autoridad o de un particular que pretenda atribuirse ilegalmente jurisdicción sobre las cosas o personas.

b) *que se dé plena observancia a las formalidades esenciales del procedimiento;* por el cual se tiende a garantizar el principio de igualdad en el proceso (de oportunidades –que cada parte tenga idénticas posibilidades de alegación y prueba–, y económico –que la mejor fortuna de uno no avasalle los derechos del otro–); de tener una sentencia fundada; de poder recurrir contra ella; etc.

   Las indicadas formalidades esenciales, según BAZDRESCH, consisten en la competencia, la procedencia de la acción, el emplazamiento en materia civil o la noticia de la acusación en materia penal, la oportunidad de aportar pruebas, la de razonar la defensa (alegatos), la sentencia congruente, motivada y fundada, y la posibilidad de interponer los recursos instituidos. Todo ello para garantizar el adecuado y legal conocimiento del caso, así como su decisión en justicia.

c) *que se asegure el derecho a tener un Juez independiente e imparcial;* a cuyo fin será importante recabar los instrumentos procesales que tengan las partes para denunciar las causas que determinen la imparcialidad hipotética (causales de recusación).

6.2. La razonabilidad en el debido proceso

En este tramo es donde se advierte la gran evolución que tiene el estudio doctrinario del «debido proceso».

Desde su primera fase considerada en la Carta Magna de 1215 como garantías del proceso penal (*Law of the land*), por el cual el juzgamiento debía resultar de los pares y según las leyes de la tierra; sus progresos con el *due process of law,* en el que las garantías procesales se generalizan a todo proceso como requisito de validez de los procedimientos; hasta llegar a las Enmiendas americanas dando origen a la conceptualización del «debido proceso formal y sustancial» y a la aparición del principio de razonabilidad como guía y ejecutor de obligaciones fundamentales para la defensa y protección de los derechos humanos; en la última etapa, el desarrollo de las garantías específicas que debe resguardar «todo proceso» es muy importante, porque se insertan dentro del movimiento mundial de acceso a la justicia que pretende eliminar obstáculos y simplificar los trámites, generando una conciencia solidaria para resolver los conflictos.

Los aspectos que dominan estas garantías se asientan en la funcionalidad de los actos procesales propiciando su atención en la dimensión constitucional que suponen, como parte del derecho fundamental al debido proceso, antes que contemplarlos como meros actos del procedimiento.

El debido proceso sustancial es una limitación al poder. La garantía se ocupa de impedir que cualquier decisión de la autoridad que amenace, afecte o lesione algún derecho fundamental de las personas, pueda considerarse legítimo si ha traspuesto las reglas del debido proceso.

La función judicial ofrece, a través del control de constitucionalidad y legalidad, la tutela necesaria para evitar la crisis en los derechos del hombre.

De esta manera, se afirma el debido proceso sustancial como un concepto preventivo; es un mensaje al gobierno (administración y legislación) para que no exceda la discrecionalidad y asegure en sus actos el principio de razonabilidad.

6.3. La seguridad jurídica

Implícitamente queda encuadrada la noción de seguridad jurídica, pues incorpora en la garantía del debido proceso sustancial la

obligación de impedir resoluciones contradictorias o arbitrarias; de modo tal que, el control también comprende la actividad jurisdiccional.

El derecho filial al proceso debido –según BRANDÉS–, aplicado en el derecho a la tutela jurisdiccional, incorpora la obligación de que ese derecho fundamental se satisfaga por el juez atendiendo al principio de seguridad jurídica que desenvuelve directamente el principio de respeto a las decisiones judiciales e impide las resoluciones judiciales contradictorias o arbitrarias.

El enlace entre lo formal y sustancial del debido proceso responde en el constitucionalismo al modelo dispuesto para dar eficacia al principio de la supremacía constitucional. Por ello, resulta necesario observar que la garantía del debido proceso es única, porque las dos caras que presenta (como garantía de los procedimientos y como principio de razonabilidad) están necesariamente emparentadas.

La protección de los derechos, en consecuencia, utiliza esa doble faceta del principio:

1°) El Estado debe garantizar el acceso a la justicia, resguardar la seguridad jurídica, dar plena oportunidad de audiencia y prueba, y asegurar que las decisiones sean adoptadas con motivos y fundamentos razonables (debido proceso sustancial).

2°) El proceso en sí mismo, debe ser la máxima garantía para el hombre. A estos fines, ningún rigorismo formal puede obstaculizar sus derechos, afianzar en todas las instancias el equilibrio entre las partes, la igualdad de armas, y cada uno de los que definen garantías específicas del *debido proceso formal.*

Dice BIDART CAMPOS que es aquí donde el debido proceso formal se enlaza con el debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, para suministrar la noción de que nadie puede ser privado judicial o administrativamente de su libertad y sus derechos sin que se cumplan ciertos procedimientos establecidos por la ley, pero no en una ley cualquiera, sino en una ley que otorgue la posibilidad de defensa, de prueba y de sentencia fundada. Es así como al recaudo de contenido razonable en la ley se agrega formalmente el del procedimiento también razonable en la aplicación de la ley.

La seguridad jurídica es un principio implícito en la garantía constitucional del proceso debido. No se refiere estrictamente a la razonabilidad, cuanto sí a la certeza que debe asegurar la aplicación del derecho. No obstante, suma sus contenidos a dichos fundamentos sustanciales, de modo tal que resuelve un equilibrio entre el proceso

formal y el proceso real *asegurando* la promoción de la justicia con certidumbre y eficacia.

Jesús LEGUINA VILLA sintetiza el pensamiento del Tribunal Constitucional español resumiendo el contenido de la seguridad jurídica en una triple dimensión: a) como conocimiento y certeza del derecho positivo; b) como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico general, en cuanto garantes de la paz social, y c) como previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de terceros.

La interpretación juega en estos casos un rol muy importante porque señala la obligación judicial de resolver el caso concreto aplicando el derecho, contribuyendo al afianzamiento de la confianza pública, y con ello a la tutela eficaz del hombre y sus instituciones.

La plenitud del principio es un llamado a la «razonabilidad» y el desvío constituye expresiones de ilicitud constitucional o directa arbitrariedad.

Por ello se dice que la seguridad jurídica es un «plus» a las garantías procesales, pues el juez viene obligado a su cumplimiento y limitado en su propia discrecionalidad al impedirle el sacrificio del fin que el principio inspira.

El principio constitucional de seguridad jurídica opera como un plus de afirmación de determinadas garantías incorporadas al proceso debido, como la exigencia de motivación de las sentencias, impidiendo cambios arbitrarios, o en la propia firmeza de las resoluciones judiciales y los efectos de la cosa juzgada, comprensivo de los sentidos tradicionales en la doctrina procesal, formal y material, evitando la apertura de procesos fenecidos o nuevos pronunciamientos judiciales sobre hechos juzgados; o en la ejecución de las decisiones judiciales, promocionando su efectividad (BANDRÉS-SÁNCHEZ CRUZAT).

Siempre en el campo de afirmar el principio de seguridad jurídica, la noción de debido proceso sustancial fue ocupando aspectos extraños a la triada proveniente de los derechos a la libertad, propiedad y a la vida.

La *igualdad* es una de las primeras proyecciones pues se reclama de los jueces una sentencia motivada que precise las razones por las cuales se aparta de precedentes jurisprudenciales conocidos, que significaban para las partes cierta seguridad jurídica en su aplicación.

La interdicción de la arbitrariedad mediante la *fundamentación* de los fallos obedece a que no es posible sustentar la validez constitucional de sentencias contradictorias.

Esta línea aplica otras derivaciones como son evitar la reconsideración de asuntos en los que exista sentencia definitiva que haya alcanzado los efectos de la cosa juzgada, como entender cuestiones donde actúa otra autoridad jurisdiccional que desplaza la competencia funcional.

Lo sustancial, en definitiva, se define sobre las cuestiones que son imprescindibles para la confianza del hombre en sus instituciones, y particularmente, en la justicia.

La seguridad, por ello, no es un modelo general y abstracto, todo lo contrario. Necesita amoldarse a los tiempos y sus particularidades con el fin de garantizar adecuadamente la vigencia y efectividad de cada una de las libertades esenciales a los derechos humanos.

7. La subsanación de los defectos de los actos en el proceso constitucional

La revisión de un proceso por haber alcanzado fraudulentamente la cosa juzgada exige observar el comportamiento de las partes y del Juez, en la medida que no es posible presumir el colapso judicial sin pruebas que lo acrediten. Y como entre las facultades judiciales se encuentra claramente establecida la potestad de sanear defectos procesales, si ella no ha sucedido en el proceso, debe atenderse sólo por el afectado esta ausencia de utilidad de los poderes de la jurisdicción.

La subsanación de oficio es un principio que se instala en el campo de las facultades de los jueces, procurando expurgar aquellos vicios que inducen al entorpecimiento de la causa o que provocan dificultades para reconocer claramente el objeto en discusión.

La conducta reprochable también se califica y depura en terreno de este principio. Ocurre que la mala fe es una noción compleja y para ser advertida en el proceso es menester atender su componente subjetivo, consistente en la intención o conciencia de perjudicar o engañar, y su elemento objetivo, es decir, la imprescindible manifestación externa de esa voluntad dolosa.

Ambas relaciones coinciden con el concepto ético-social que comprende la buena fe. El elemento ético sería la mala intención o conciencia de la propia sinrazón; y el valor social, la actuación de la parte corporizada en actos externos.

Por eso, en el Derecho procesal constitucional, la intención no es causa bastante para sancionar. Aunque debe recordarse que la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso

podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

Cada vez que sea preciso, el Juez podrá verbalizar el *principio de saneamiento*, que en la especie descripta para la conducta procesal consiste en descalificar al inescrupuloso aplicándole los correctivos propios del principio de buena fe (corrección disciplinaria). La depuración del proceso se consigue en base a disposiciones que tienden a prevenirlo de nulidades.

Con estas advertencias, se compromete porque la revisión de la cosa juzgada debe interpretar su posibilidad en la medida que afecta con su decisión toda la actuación del juez sospechado. Esta sospecha que cierne sobre él se mide, además de por los hechos actuados, también por lo que no ha obrado (por ejemplo, la potestad de impedir la consagración de hechos supuestamente nulos o anulables).

En el campo de la celeridad procesal (proceso rápido y expedito), el principio pretende dos objetivos: a) depurar al proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigioso, y b) asegurar que el objeto del proceso se encuentre precisamente determinado, liberándolo de manifestaciones dispendiosas o de pruebas inconducentes que sean, en definitiva, un estorbo insalvable para resolver.

Respecto del primer aspecto consideramos la actuación del Juez en el trámite generado hasta quedar los autos en estado de dictar sentencia. Podrá así, testar términos injuriosos, imponer la claridad en la redacción de los escritos, devolver presentaciones que violenten las reglas del derecho de defensa o sean ofensivos o agraviantes, expulsar de las audiencias a quienes las interrumpen, etc. (cfr. Arts. 51, 52 y 53 CPCC).

El rechazo *in limine* de aquellas pretensiones manifiestamente infundadas sostiene una posibilidad más de actuar el principio; toda vez que el interés acusado no sería signo de protección por su ausente o nula exposición de motivos, dando facultades al magistrado para realizar anticipadamente un análisis sobre el fondo, evitando hacerlo en la sentencia con el dispendio jurisdiccional sucesivo (cfr. Art. 50, CPCC).

El cuadro someramente descriptivo se aplica tanto para los actos procesales comunes como para los desarrollados en un proceso constitucional. Sin embargo, el *principio de subsanación*, en esta última instancia, encuentra facilidades necesarias para preservar su finalidad primordial: la defensa de la Constitución y la protección de los derechos del hombre.

En efecto, un proceso constitucional (amparo, por ejemplo) tiene que promover el conocimiento jurisdiccional solapando errores formales -no trascendentes- que, eventualmente, lo impidieran. Se

persigue evitar la excusa del formalismo para lograr la falta de pronunciamiento, también llamado, *non liquet*.

El proceso constitucional español –apunta el logrado estudio de PÉREZ GORDO– ha recogido la tendencia general, tanto doctrinal como legal, de depurar el procedimiento, con carácter preliminar, de los vicios y defectos que puedan suponer un *non liquet*, lo que es loable... Pero en cualquier caso, esta posibilidad de subsanación en el proceso constitucional de los actos defectuosamente realizados, como en el proceso en general, no alcanza a cualquier vicio, sino sólo a aquéllos que son susceptibles de convalidación o revalidación, calidad ésta que no es la propia de la totalidad de los actos viciados.

Observando el mecanismo en funcionamiento podemos cotejar el sentido del principio. Un defecto procesal en el acto de postulación (demanda) puede impedir su admisión; pero sostenido por la esencia constitucional que propicia, el principio de subsanación le permitiría al juez resolver indicando el error ocurrido (para su corrección) o, en su caso, encaminando el proceso hacia la vía más apta para la pretensión incoada (como se propone para el proceso de amparo en lugar de rechazar *in limine*).

El Tribunal Constitucional español ha dicho que son defectos subsanables aquéllos cuyo cumplimiento o rectificación puede hacerse dentro del plazo que al efecto se conceda con arreglo el art. 85.2 o, en su caso, en el trámite de inadmisión del art. 50; mientras que son insubsanables aquellos cuya rectificación ya no es posible, bien porque su misma naturaleza lo impide –falta de requisito esencial–, bien por haber transcurrido el plazo o se ha desentendido el trámite (TC, sentencia 114/80 del 1 de octubre de 1980).

En definitiva, se procura que los jueces del sistema de control constitucional difuso activen una dinámica similar a la que actúan los tribunales constitucionales (sistema jurisdiccional concentrado), con iguales límites y condiciones, y con idénticas actitudes de protección y promoción a los derechos fundamentales.

Poner la Constitución delante del Código Procesal, nada más.

8. La nulidad de la cosa juzgada. Principios esenciales

En orden a simplificar lo hasta aquí desarrollado, se pueden extraer algunas conclusiones parciales.

La primera es que la revisión de la cosa juzgada es un supuesto extraordinario y excepcional en la vida del Derecho, toda vez que tiende a

despojar de fundamentos al principio de seguridad jurídica, estimando para ello que es mejor evitar el fraude supuesto a consagrar un derecho incierto.

La segunda proviene de la naturaleza probatoria y las reglas constitucionales que, estableciendo al proceso judicial como la auténtica garantía constitucional establecida para el debate dialéctico entre las personas, y como medio específico para resolver conflictos y controversias, queda inmerso en un mar de sospechas donde las presunciones juegan un rol preferente, pero no exclusivo.

La tercera cuestión es la que ahora debemos abordar. Porque se refiere a los principios necesarios e imprescindibles para que una sentencia que alcanzó carácter definitivo e inmutable, se pueda revocar por fraude o colusión.

Los actos procesales se expresan dirigidos por la legalidad de las formas o en el informalismo para ellos dispuesto. Promedia, también, una manera de decir, que la doctrina mayoritaria explica como manifestación de voluntad en las actividades que ellos ejercitan, como de los vicios que pueden transportar esas declaraciones.

En la revisión de la cosa juzgada, los errores de procedimiento deben ser tan graves que afecten la garantía del debido proceso, con las características y condiciones que advertimos en los puntos anteriores.

Sabemos ya que todo aquello que reposa en la intelección del juez y deriva en una decisión, refleja legalidad y justicia que, de ser resistida, toma el camino de los recursos y vías de impugnación. En cambio, la idoneidad del acto y la posibilidad de generar efectos jurídicos demuestra la validez y el grado de aptitud que tiene para producir consecuencias procesales. Éste es el problema de la actividad regular, que por su trascendencia hacia el futuro, necesita cubrir los variados aspectos que tienen los actos procesales.

Es menester, entonces, enfocar la actividad en sus dimensiones de lugar, tiempo y modalidades de presentación, que en conjunto conforman el aspecto exterior de la pretensión o reclamo, como de las providencias que emite el órgano jurisdiccional.

Constatado el fenómeno de la expresión queda demostrado que las nulidades suponen vicios que hacen revocables los actos. Y con ello, habremos ya utilizado tres palabras que identifican este menester (nulidad, vicios, revocabilidad). Sin embargo, el vicio no siempre genera la invalidez, aun cuando suponga irregularidad. En otras oportunidades la entidad del error motiva la inexistencia misma o la nulidad insanable, circunstancias todas ellas que nos demuestra, la necesidad imprescindible de encontrar vocablos comunes que caractericen la teoría de las nulidades procesales.

Un progreso en esta tarea se logra en el carácter implicativo que tiene la relación nulidad = gravedad de la falta, de manera que es factible encontrar una serie que parte de la irregularidad formal, para ir hacia la nulidad y culminar con la eventual inexistencia.

Pero como en el proceso el principio es que todas las nulidades son relativas, si no acontece el interés para nulificar los actos posiblemente viciados, éstos pueden quedar convalidados, saneados, regularizados, etc. Si, en cambio, obra la actividad impugnativa, esos actos podrán revocarse o invalidarse.

Este planteamiento obliga a separar debidamente las nociones de nulidad (cuando hay vicios) y revocabilidad de los actos procesales que provienen del órgano jurisdiccional, porque en este caso, la vía arreglada a derecho es el recurso o la acción directa (art. 178, CPCC), y excepcionalmente, puede el mismo juez que dictó la providencia errada volver sobre sus pasos saneando el error incurrido. Aun cuando lo hiciera, la pretensión nulificante asentaría sobre los presupuestos de la impugnación y no sobre las nulidades.

De esta manera puede llegarse a una primera conclusión, cuando los errores productores del vicio procesal provienen de los errores *in iudicando*, se razona propiamente en el terreno de las nulidades.

En cambio, imperante el principio de las nulidades relativas, podemos decir que se desplaza la regla hacia la invalidación, de modo tal que cuando las partes incurren en apartamientos a los señalamientos formales de expresión (de lugar, tiempo y modo), los efectos jurídicos de esos actos son en principio válidos salvo que la naturaleza del vicio los torne inexistentes. Por tanto, técnicamente estaremos presenciando casos de ineficacia, inoficiosidad, inocuidad o inexistencia de los actos, pero no de nulidad.

8.1 Vicios que no llevan a revocar la sentencia definitiva

Las formas procesales destinan las manifestaciones de los actos que las partes desenvuelven en el proceso. La falta de alguno de los presupuestos que condicionan su validez intrínseca, como la ausencia de recaudos solemnes que inciden en su declaración externa, son proclives a nulificarse por el vicio que exponen al expresarse.

El principio de *conservación* permite, no obstante las irregularidades o imperfecciones de los actos procesales, mantener la eficacia del acto; por tanto, los vicios que provocan nulidades procesales deben clasificarse en orden a la posibilidad de producir efectos jurídicos.

La ineficacia se puede graduar, en rigor, en base a la trascendencia de los errores, indicando las nulidades que son consecuencia de cada uno.

Sería correcto plantear que la ineficacia es el género y la nulidad, la especie; donde la ausencia de presupuestos esenciales para la Constitución provocaría la máxima nulidad (*rectius:* inexistencia), y desde allí, hacia abajo, podremos encontrar nulidades absolutas y/o relativas, para terminar en irregularidades o anulabilidades de los actos.

a) Nulidad absoluta

Referimos a un supuesto de ineficacia o invalidez total. El acto porta un juicio estructural que lo priva de lograr sus efectos normales.

Las leyes procesales contienen un mínimo de contenidos esenciales para la validez y eficacia consecuente de los actos regularmente constituidos. Si ellos están ausentes, o deficitariamente completados, no se alcanza la indispensable eficacia externa.

A diferencia de la inexistencia, la nulidad si bien es extrínsecamente inoperante, se presenta con una apariencia externa de legitimidad que hace necesaria la misión de una declaración judicial que la destruya.

Es verdad que estas nulidades no requieren de una especial actividad de invalidación porque pueden cobrar eficacia ante la inacción de los sujetos procesales, sin embargo, tal ausencia de actividad interesada en nulificar no significa la convalidación del acto. De lo contrario, sería posible validar una actuación absolutamente insanable, lo que es un contrasentido.

En cambio, es posible referir a una eficacia de los actos, que culmina con la invalidación.

Para COUTURE «el acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación; pero la gravedad de su defecto impide que sobre él se eleve un acto válido» (*Fundamentos..., op. cit.*, p. 234).

Esta conclusión se comprueba al operar con ciertas reglas y principios procesales. La instrumentalidad de las formas, no obstante su finalidad y adaptabilidad al cumplimiento de los actos, tiene ciertas reservas que hacen indisponibles algunas solemnidades, esenciales, del proceso civil. Por ejemplo, la atribución de jurisdicción, la salvaguarda del debido proceso, los actos realizados bajo violencia o intimidación, la preservación de la defensa en juicio, entre muchos más, alertan que su desconocimiento vulnera el interés público comprometido.

El conflicto interno que plantean las nulidades absolutas, estriba en su juego con el principio de instrumentalidad de las formas, donde,

si bien destacamos el carácter indisponible de algunas reglas formales, el límite no está bien delineado y llega a confundirse con la inexistencia.

Devis ECHANDÍA propone una distinción que no esclarece el problema, pero agrega un elemento ponderable de análisis. Dice el profesor colombiano que hay nulidades saneables e insaneables, según puedan convalidarse o ratificarse por la simple manifestación de las partes o su silencio; y nulidades absolutas y relativas, que se diferencian de las anteriores en la posibilidad que tiene el juez para declarar de oficio las absolutas, o eliminar las segundas mediante el saneamiento o la convalidación. «La regla general es que las nulidades son absolutas y que el juez de oficio debe proceder a declararlas y conviene así declararlo en los códigos de procedimiento; pero cuando el motivo de nulidad es saneable, debe ponerlo en conocimiento de las partes para saber si la sanean y en caso negativo debe declararla».

b) Nulidad relativa

El vicio que afecta estos actos es de poca entidad. No trascienden del fuero interno de requerimientos que las formas imponen.

Son eficaces pese a su irregularidad, y sólo caen si producen daños o perjuicios a otro, y siempre que éste deduzca la invalidación consecuente (anulabilidad).

Son relativamente nulos porque dependen de la convalidación que al respecto suceda; hasta tanto, ellos son válidos. Éste es el principio que actúa en el artículo 178 del Código Procesal, evitando revisiones consolidadas y firmes.

Un acto enquistado con un vicio bien leve tiene utilidad y eficacia, y produce las consecuencias previstas si la parte perjudicada no promueve la anulación. Si el vicio es de la sentencia, la relatividad adquiere mayor peso, el paso del tiempo que demuestra la abulia o inercia de quien pretende, tardíamente, la revisión, determina la firmeza de la resolución (sentencia) atacada.

c) Anulabilidad e irregularidad de los actos

Son consecuencias distintas que parten de las nulidades relativas. La anulabilidad supone la pretensión promovida por el afectado para invalidar el acto procesal que lo perjudica.

En su particularidad entran actuantes los principios de convalidación, preclusión, y trascendencia, sin perjuicio de los demás presupuestos que condicionan la admisibilidad de las acciones de nulidad.

La nulabilidad, desde esta perspectiva, se constituye en una consecuencia del obrar de la parte interesada destinada a destruir los efectos jurídicos que obtuvo un acto viciado.

A veces, la imperfección de los actos no da causa para nulificarlos, en estos casos, se habla de actos imperfectos, pero válidos, es decir no nulos. La imperfección supondría una merma en la garantía de las partes, pero no la anulación misma, y por ello se deja a las partes la facultad de denunciarla.

De nuestra parte, estimamos correcto plantear este tipo de imperfecciones en una categoría diferente a la que le corresponde a la nulidad de la cosa juzgada.

d) Irregularidad en los actos

El caso que referimos es la irregularidad manifiesta, como una forma de violar la legalidad de las formas, pero en los que el vicio que trasuntan no es grave ni produce indefensión o crisis en el derecho al debido proceso.

Solamente acontece porque el acto se presenta deficitario en sus requerimientos formales, y porque su escasa o nula trascendencia no dan lugar a la revocación ni consideran su saneamiento.

Este tipo de vicios se distingue de todos los demás porque son válidos y eficaces. Por eso resulta conveniente establecer una distinción más, a partir de enfocarlos con los medios de subsanación posibles que cuenten.

Si observamos atentamente, las causas de nulidad anteriores alteran el procedimiento y provocan un perjuicio o gravamen que funda la causa de su (...) (sic)

a) Principio de especificidad

El principio recuerda la regla del Código Napoleón *pas de nullité sans texte*, pero no impide que se anulen actos que eviten el compromiso con formalidades esenciales (nulidades implícitas).

Apunta BERIZONCE que «en esta materia, la ley no puede ser casuista. Cuando el legislador sanciona con la nulidad determinados actos tiende a evitar un perjuicio, una lesión y, las más de las veces, la indefensión. Difícilmente se puede contemplar exhaustivamente cuantas transgresiones procesales sean imaginables; de ahí que sólo se consagre expresamente la nulidad en los casos más salientes».

Precisamente esta línea de argumentación realza los contenidos actuales del Derecho procesal moderno que repudia las construcciones técnicas fundadas en valores absolutos. Aun siendo precisa la explicación que ofrece la doctrina, respecto a que la norma indica que

la nulidad no puede asumirse como una sanción, el espíritu que emite no difiere del que postula el presupuesto procesal.

En el caso que nos ocupa, la posibilidad de revocar la cosa juzgada fraudulenta encuentra su texto legal en el artículo 178 del CPC, son sus límites y requerimientos.

b) **Principio de trascendencia**

El principio vuelve su fuente al Derecho francés (aún sin ley expresa), *pas de nullité sans grief* (no hay nulidad sin perjuicio); con la importancia de concatenar la finalidad de los actos con las garantías de defensa y alegación.

La permisión hacia las nulidades virtuales se vincula con esta regla que trasciende los pruritos formales para darles el valor y seguridad que llevan intrínsecamente.

Vale recordar que los vicios de los actos procesales se deben referir a éstos mismos, considerando sus elementos (sujeto, objeto y modalidad), de suerte que la nulidad probable a invocar no tenga otro origen que la trasgresión de la norma que reglamenta la actividad de las partes y de la jurisdicción.

La nulidad de actuaciones que no se funda en defectos o vicios del procedimiento en sí, sino en lo sustancial del acto jurídico, no hace procedente la nulidad procesal, porque el caso se rige por principios distintos.

La instrumentalidad de las formas permite bajo este presupuesto, otorgar validez a un acto irregular si alcanzó la finalidad que, en cada caso en concreto, estaba destinado a satisfacer. No importan sus defectos, porque no existe subordinación estricta a las formas, sino a la relación que existe entre el vicio y el fin del acto.

De allí que la norma prevenga que la declaración de nulidad procede si hay perjuicio demostrado.

No existe la nulidad por la nulidad misma, no es preciso responder cabalmente a las solemnidades cuando van de por medio otras prioridades del proceso como la celeridad, la claridad, y, en definitiva, la justicia misma.

La trascendencia hace a un modismo de práctica teleológica, donde las advertencias radican en a) el tipo de acto desenvuelto, b) el carácter del vicio que porta, c) la finalidad que persigue, d) si alcanzó

ese destino pretensional, e) si existe perjuicio, f) en su caso, qué importancia tiene ese gravamen.

La nulidad viene a constituir así, una serie progresiva de respuestas, las cuales se guían por el norte de la conservación de los actos; no son las nulidades un fin propio de la seguridad jurídica sino una vía indirecta para llegar a asegurar la justicia del caso.

c) Principio de convalidación

De acuerdo con lo recién explicado, una forma de convalidar actos defectuosos ocurre si ellos alcanzan los fines que estaban previstos al ejercerlos. Podría decirse que es una convalidación legal, donde no existe actividad de la parte.

Otra posibilidad está pensada en el caso de que la nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración. De este modo se entiende que media consentimiento tácito cuando no se promoviere la nulidad de la cosa juzgada en el plazo que la norma procesal autoriza.

Impera en la regla el principio dispositivo, y demás afluentes de los principios procesales (preclusión, celeridad, buena fe, etc.), sin perjuicio de concretar el carácter relativo de todas las nulidades que sucedan en el proceso.

Este principio a pesar de su expresa consagración, no puede recibirse sin más contenidos que la simpleza de la voluntad de los interesados.

Hemos indicado que la condición relativa de las nulidades no consiente otros actos que no sean inválidos por la actividad defectuosa (puramente formales), y cuya fuente sea la falta o distorsión con los recaudos de constitución ritual relacionados con el modo de actuación de juez y partes vinculados a un procedimiento. Esta extensión no cubre los actos que necesariamente deben revestir una solemnidad intrínseca determinada (por ejemplo, porque refieren al mismo ejercicio de la función jurisdiccional), o que por no ser tales (inexistentes) puedan tener algún tipo de subsanación.

El saneamiento automático que se propone con la regla supone atender una multiplicidad de situaciones que parten de reconocer cuáles son los actos procesales que pueden convalidarse.

d) Principio de conservación

Este principio es una formulación más acotada del que rige en todo el Derecho, especialmente en los de contenido patrimonial. Tiende

a dar funcionalidad y efectos a los actos jurídicos sin importar el vicio que expongan, siempre y cuando, claro está, esa nulidad no sea de tal importancia que inficione la calidad misma del acto.

El principio procesal de conservación apunta así, a resguardar los valores de seguridad y firmeza, de suma importancia para la función jurisdiccional, toda vez que ésta aspira a obtener resultados justos, y logros fructíferos, sin menoscabarse en dispendios inútiles como los que motivan las nulidades por el solo hecho de asegurar el respaldo en las formas.

El valor seguridad tiende a prevalecer axiológicamente sobre el de validez. Por tanto, cabe concluir que un acto procesal sí ha logrado el fin a que estaba destinado es válido, aun siendo irregular o defectuoso. Además, en caso de duda acerca de la existencia o no de un vicio, debe estarse por la validez del acto, por cuanto su nulidad debe ser considerada como un remedio excepcional.

e) Principio de protección

Este presupuesto toma cuerpo en las vías de impugnación que analizaremos de inmediato; en particular, pretende otorgar razonabilidad a las nulidades que se deduzcan, requiriendo tres condiciones específicas: a) que la anulación pretendida justifique el accionar de la justicia ante la evidencia del perjuicio que generan los efectos del acto viciado, b) que la nulidad provenga de actos propios de la jurisdicción o de la parte contraria, c) que quien promueve la impugnación no haya dado lugar con sus actos al vicio que denuncia.

El principio demuestra una extensión del precepto *nemo auditur propriam turpitudine allegans* (nadie puede alegar su propia torpeza), que en la doctrina procesal se expresa como doctrina o teoría de los propios actos, según el cual, no es lícito admitir que las partes ejerciten actos contrarios a los que la otra parte, de buena fe acepta, por observarlos continuos y destinados a una determinada conducta futura.

Colaboran actuando con este principio, la buena fe y lealtad en el proceso, y los principios particulares en las vías de exposición de gravámenes, al no tener interés tutelable, la parte que denuncia un vicio que él mismo ha originado. Uno de los presupuestos de la nulidad es la ausencia de culpabilidad de quien la alega.

En el supuesto de nulidad de cosa juzgada sospechosa, este principio opera de acuerdo con el tipo de pretensión que se formule, porque cuando lo es de quien ha sido parte, se condiciona con el principio de consentimiento; si en cambio la demanda revocatoria se dirige contra

una de las partes y el Juez por connivencia, será preciso demostrar la gravedad de los actos ocultos y el disimulo que lo ha sorprendido.

9. Trámite para obtener la revocación

No varían en la pretensión autónoma de revisión de la cosa juzgada fraudulenta las exigencias comunes que presupuestan las demás pretensiones del proceso. Como particularidad, se agregan los principios que antes se desarrollaron, los que deben interactuarse para dar admisibilidad y pertinencia a cada una de las proposiciones.

El hábitat donde se aplica la mecánica adjetiva prevista en el artículo 178 se circunscribe a los actos que originan la sentencia dolosa o fraudulenta.

La calidad de quien pretende está cifrada a las partes en el proceso, y a los terceros directamente afectados, siempre que con sus actos no haya convalidado o consentido los actos que ahora impugnan, o bien, hayan ocasionado ellos mismos el vicio que denuncian.

El plazo previsto corre desde que se toma conocimiento del déficit, y no desde que sabe de su ineficacia, lo cual conduce a distinguir la forma y modo de alcanzar dicha comprensión.

Dicho de otra manera, el tiempo que establece la ley procesal como determinante para iniciar el cómputo de los tiempos de impugnación no es otro que el que puede tomar cualquier persona capaz y consciente de sus actos, pues para el específico tema de derecho están los patrocinantes, a cuyo asesoramiento las partes recurren a fin de evitar consecuencias de su obrar negligente.

A propósito de ello, la información superficial no sirve para tener por notificado o «conocido» el acto viciado, sino aquellos comportamientos que demuestren inequívocamente la exteriorización de tal proceder.

En caso de duda, debe estarse por la conservación de los actos, a no ser que fuesen de carácter esencial para la constitución debida de la litis, en cuyo caso, aun presumiendo el tribunal su convalidación, puede revocarlo por inoficioso.

Quien promueve la demanda debe expresar el perjuicio sufrido del que deriva el interés en obtener la declaración, y ha de mencionar en su caso, las defensas que se vio privado de oponer, con los actos colusorios o aparentes.

La denuncia genérica no suple la «carga» específica, sin importar que se alegue violación de la defensa en juicio; porque el juez debe saber, o tener posibilidad de deducir de los fundamentos del nulidicente cuáles han sido las «resistencias» que pudo tener contra el progreso de las acciones, de modo tal que pongan en relieve el interés jurídico lesionado.

Si no hay manifestación precisa de las defensas imposibilitadas de oponer, debe presumirse que las actuaciones irregulares no provocan daño. Al resultar de esta calidad, recordemos que la nulidad no procede para resolver atisbos de mera consideración formal.

Al alegato fundante debe continuar la actividad precisa de verificación como cierto de las afirmaciones efectuadas. Deben demostrarse los perjuicios sufridos, porque es una exigencia trascendente que corresponde a este principio.

Subyace así que el principio de trascendencia requiere que quien invoca la nulidad exprese el perjuicio que procura subsanar con su petición, ya que la mera invocación genérica de haberse quebrantado las formas del juicio resulta irrelevante e insuficiente para la finalidad perseguida. Lo contrario importaría declarar la nulidad por la nulidad misma, lo cual es absolutamente infundado.

Cuando no concurren estas exigencias presupuestadas el juez puede rechazar, sin más trámite, la denuncia realizada.

Bibliografía

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992.

BAZDRESCH, Luis, *Garantías constitucionales*, Trillas, México, 1994.

BERIZONCE, Roberto Omar y otros, *Estudios sobre nulidades procesales*, Hammurabi, Buenos Aires, 1979.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1996.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho procesal civil*, Depalma, 3ª ed., Buenos Aires, 1987.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Teoría general del Derecho procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1995. *El Derecho de amparo*, Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 1998.

LEGUINA VILLA, Jesús, «Principios generales del Derecho y Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 114, 1988, pp. 34 y ss.

MORELLO, Augusto Mario, *Estudios de Derecho procesal*, tomo I, Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

PÉREZ GORDO, Alfonso, *Los actos defectuosos y la subsanación en el proceso constitucional*, Bosch, Barcelona, 1994.

PICO I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tomo I,
de JOSÉ NOLASCO VALENZUELA y ÉRIKA AYALA MIRANDA,
se terminó de imprimir en la ciudad de Lima
en los talleres de Impresiones Angélica EIRL,
Jr. Huamanga 145, Cercado de Lima,
en mayo de 2013.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tomo II,
de JOSÉ NOLASCO VALENZUELA y ÉRIKA AYALA MIRANDA,
se terminó de imprimir en la ciudad de Lima
en los talleres de Impresiones Angélica EIRL,
Jr. Huamanga 145, Cercado de Lima,
en mayo de 2013.