

VÍCTOR JIMMY ARBULÚ MARTÍNEZ

**DELITOS
CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA**





INSTITUTO
PACÍFICO

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Autor:

© Víctor Jimmy Arbulú Martínez, 2021

Primera edición - Octubre 2021

Copyright 2021

© Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martinez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C. - 2021

Jr. Castrovirreyna N.° 224 - Breña

Central: 619-3700

E-mail: prerensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 3,500 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501052100518

ISBN : 978-612-322-323-6

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N.° : 2021-10860

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.° 224 - Breña

Central: 619-3720

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

*A mi madre, Teófila Emilia Martínez Aban Vda.
de Arbulú, y a toda mi familia, que ha soportado
con firmeza los rigores de esta pandemia.*

PRESENTACIÓN

Este libro tiene una particular importancia para nosotros, pues ha sido realizado en medio de la pandemia de COVID-19, que ha enlutado al país y al mundo. Así, en medio de la cuarentena, hemos sido espectadores de dos escenas disímiles. Buena parte de la humanidad hacía esfuerzos por desarrollar soluciones contra el SARS-CoV-2, a saber: las vacunas, la investigación de nuevos fármacos, la producción de implementos médicos, etc. Mientras que en nuestro país hemos observado la presencia de conductas que han ido en sentido contrario. Muchas veces intolerables en un contexto de emergencia sanitaria.

Hemos visto cómo, en los inicios de esta pandemia en nuestro país, los implementos que se requerían con urgencia, como mascarillas, alcohol, guantes, entre otros, escaseaban por la gran demanda, la cual era aprovechada para inflar los precios y dar pie a conductas colusorias a la hora de la adquisición de esos productos por los funcionarios o servidores públicos. Otros se han apropiado de estos bienes indispensables para la salud, de pronto para venderlos y sacar un provecho para sí o para terceros.

Más tarde, la ciudadanía se vio indignada por el caso bautizado como “vacunagate”. No necesariamente por el problema de efectividad de la vacuna Sinopharm, sino por la intervención extraña de funcionarios públicos, los contratos secretos, la sobrevaloración de precios, la vacunación indebida de funcionarios que participaban en las tratativas, etc. Actos donde se habría quebrado el deber de imparcialidad, bien jurídico específico tutelado por los delitos contra la administración pública.

Habiendo llegado al bicentenario de la fundación de nuestra República, la corrupción no ha disminuido, pues sigue corroyendo la institucionalidad y no permite el desarrollo del país. Todos de alguna manera somos responsables de esta problemática, ya que la corrupción muchas veces es tolerada en los hogares

y se va expandiendo a otros sectores. De allí que consideramos que la lucha contra este flagelo debe empezar desde la familia, inculcando valores de respeto hacia los demás y hacia el servicio público.

El presente trabajo recoge los problemas de interpretación en los delitos contra la administración pública más recurrentes y las soluciones diversas que se han dado al respecto. Hay que reconocer la necesidad de una reforma del Código Penal de 1991, tantas veces modificado por el legislador, quien ha privilegiado la finalidad punitiva, en lo que se ha denominado correctamente “populismo legislativo”. Advertimos, por ejemplo, desproporción en las penas, tipos penales repetitivos, redacciones defectuosas y delitos que, por su irrelevancia, innecesariamente ocupan un espacio en nuestra legislación penal.

Se ha privilegiado la casuística, el análisis de los pronunciamientos de la Corte Suprema como órgano de unificación de la jurisprudencia nacional, desde los precedentes vinculantes hasta las reiteradas ejecutorias que han construido la doctrina jurisprudencial.

No seguimos las pautas de análisis de otras obras de la doctrina nacional, que son respetables, pero que, a nuestro entender, por su rigidez no abonan en la solución de tantos problemas de hermenéutica penal.

Como siempre, somos responsables de los méritos y de las falencias (si las hubiera) del texto que ponemos a disposición de la comunidad jurídica.

Lima, septiembre del 2021

VÍCTOR JIMMY ARBULÚ MARTÍNEZ

Docente ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Juez superior titular de la Corte de Lima

TABLA
— *de* —
CONTENIDO

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

— 9 —

Capítulo VII: Ingreso indebido de materiales.....	62
1. Alcances del tipo penal	62
Capítulo VIII: Sabotaje de los equipos de seguridad	64
1. Alcances típicos.....	64
Capítulo IX: Posesión indebida de teléfonos celulares	66
1. Alcances típicos.....	66
Capítulo X: Ingreso indebido de armas	71
1. Alcances típicos.....	71

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Sección I: Abuso De Autoridad	75
Capítulo XI: Abuso de autoridad	75
1. Alcances típicos.....	75
Capítulo XII: Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles	80
1. Alcances típicos.....	80
Capítulo XIII: Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales	82
1. Alcances típicos.....	82
2. El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales en el Acuerdo Plenario N.º 1-2007	84
Capítulo XIV: Denegación o deficiente apoyo policial.....	90
1. Descripción típica.....	90
Capítulo XV: Requerimiento indebido de la fuerza pública	92
1. Alcances típicos.....	92
Capítulo XVI: Abandono de cargo	97
1. Alcances típicos.....	97
Capítulo XVII: Nombramiento o aceptación ilegal.....	102
1. Alcances típicos.....	102
Sección II: Concusión	107
Capítulo XVIII: Concusión.....	107
1. Alcances típicos.....	107
1.1. Bien jurídico tutelado	108
Capítulo XIX: Cobro indebido	112
1. Alcances típicos.....	112
Capítulo XX: Colusión simple y agravada	128
1. La regulación del delito de colusión en la legislación comparada.....	129
2. Bien jurídico tutelado	132

3.	Alcances típicos.....	138
3.1.	Delito de acción u omisión	141
3.2.	Contexto para la concertación.....	143
3.3.	Carácter del delito de colusión.....	146
3.3.1.	Delito de encuentro.....	146
3.3.2.	Sujeto activo.....	151
5.	Colusión agravada y afectación al patrimonio estatal en la Casación N.° 661-2016 Piura	163
5.1.	La imputación.....	163
5.2.	La prueba en el delito de colusión.....	167
5.2.1.	Prueba directa.....	167
5.2.2.	Prueba indiciaria.....	170
6.	Colusión y absoluciones.....	173
	Capítulo XXI: Patrocinio ilegal.....	177
1.	Alcances típicos.....	177
	Capítulo XXII: Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares	180
Sección III: Peculado		182
	Capítulo XXIII: Peculado doloso y culposo	182
1.	Alcances típicos.....	184
2.	La relación funcional con el patrimonio estatal en la Casación N.° 160-2014 Áncash	188
2.1.	Imputación.....	188
2.2.	Itinerario procesal.....	188
2.3.	Objeto casacional	189
2.4.	Argumentos del recurso de casación del Ministerio Público	189
2.5.	Postura de mayoría	190
3.	Viáticos y delito de peculado. Análisis del Acuerdo Plenario N.° 7-2019	195
3.1.	Planteamiento del problema	195
3.2.	Alcances legales de los viáticos	195
	Capítulo XXIV: Peculado de uso	204
1.	Alcances típicos.....	205
	Capítulo XXV: Malversación	212
1.	Alcances típicos.....	213
	Capítulo XXVI: Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia.....	223
1.	Descripción típica.....	223
	Capítulo XXVII: Extensión del tipo.....	225
1.	Diferencia entre el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad y el delito de peculado por extensión	225
2.	Peculado por extensión	226
3.	Rehusamiento a entregar bienes.....	229
4.	El peculado por extensión en la jurisprudencia.....	230

Sección IV: Corrupción de funcionarios	236
Capítulo XXVIII: Cohecho pasivo propio	236
1. Descripción típica.....	237
2. El cohecho pasivo propio en la jurisprudencia	242
Capítulo XXIX: Soborno internacional pasivo.....	247
1. Antecedentes	248
2. Política criminal, derecho internacional penal y tratados	250
3. Antecedente de los convenios internacionales contra la corrupción: la ley de prácticas corruptas en el extranjero de los Estados Unidos	252
3.1. Empresas locales	252
3.2. Empresa y ciudadanos extranjeros	252
3.3. Terceros y agentes	252
3.4. Sanciones a los infractores	255
4. Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (OCDE 1997).....	257
4.1. Fundamentos del convenio	257
4.2. Buen gobierno = correcto funcionamiento de la Administración pública.....	258
4.3. Desarrollo económico.....	258
4.4. Las condiciones competitivas internacionales o competencia leal...	258
4.5. Convención Interamericana contra la Corrupción	259
4.6. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	260
Capítulo XXX: Cohecho pasivo impropio.....	263
Capítulo XXXI: Cohecho pasivo específico	266
1. Alcances típicos.....	267
Capítulo XXXII: Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.....	273
1. Descripción típica.....	273
Capítulo XXXIII: Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial...	278
Capítulo XXXIV: Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales	281
1. Alcances típicos.....	281
Capítulo XXXV: Cohecho activo genérico	288
1. Descripción típica.....	289
Capítulo XXXVI: Cohecho activo transnacional	293
1. Alcances típicos.....	294
Capítulo XXXVII: Cohecho activo específico.....	299
1. Descripción típica.....	300
Capítulo XXXVIII: Cohecho activo en el ámbito de la función policial	306
1. Alcances típicos.....	306
Capítulo XXXIX: Inhabilitación	308
1. Comentario.....	308

Capítulo XL: Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo ..	310
1. Alcances típicos.....	310
1.1. Bien jurídico	310
1.2. Sujeto activo e infracción de deber.....	312
1.3. Verbo rector "interesarse".....	315
1.4. Acto simulado	316
2. Característica del delito de negociación incompatible.....	317
2.1. Delito de peligro	317
3. Prueba del delito de negociación incompatible	318
4. La negociación incompatible en casos de contratación por emergencia (Cas. N.º 841-2015 Ayacucho).....	321
4.1. La contratación por emergencia y proceso de regulación.....	321
4.2. Trascendencia penal de la regularización	323
4.3. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible	326
Capítulo XLI: Tráfico de influencias.....	330
1. Alcances típicos.....	331
2. La actuación del abogado en el delito de tráfico de influencias (Cas. N.º 374-2015 Lima)	336
3. Análisis del Acuerdo Plenario N.º 3-2015/CIJ-116	338
3.1. Aspectos problemáticos	338
3.2. La modalidad de "influencias simuladas"	343
Capítulo XLII: Enriquecimiento ilícito.....	348
1. Alcances típicos.....	349
2. Análisis de la Cas. N.º 782-2015 Del Santa	357
2.1. El caso.....	357
2.2. Itinerario.....	358
2.3. Motivo casacional	359
3. Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116: la participación del <i>extraneus</i> en los delitos especiales propios. El caso del enriquecimiento ilícito.....	363
3.1. Planteamiento del problema	363
3.2. Antecedentes doctrinarios.....	363
3.3. Acerca del <i>intraneus</i> y del <i>extraneus</i>	364
3.4. Crítica al sustento de la ruptura de la imputación	366
3.5. El enriquecimiento ilícito como delito especial propio.....	369
3.6. El <i>extraneus</i> en el delito de enriquecimiento ilícito.....	372

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIAS

1. Cobro indebido o exacción ilegal (art. 383 del CP) Sala Penal Transitoria. R.N. N.º 3325-2010-Ica.....	339
2. Cobro indebido o exacción ilegal (art. 383 del CP) Sala Penal Transitoria. R.N. N.º 2121-2010-Cusco.....	381
3. Cobro indebido o exacción ilegal (art. 383 del CP) Sala Penal Permanente. R. N. N.º 669 - 2012-Amazonas	384

4. Colusión (art. 384 del CP)	
Sala Penal Permanente. Cas. N.° 9-2018-Junín	389
5. Colusión (art. 384 del CP)	
Sala Penal Permanente. Cas. N.° 1626-2018-San Martín	395
6. Peculado (art. 387 del CP)	
Sala Penal Especial. AV. N.° 08 - 2008	411
7. Peculado (art. 387 del CP)	
Sala Penal Permanente. Cas. N.° 282-2018-Lambayeque.....	433
8. Peculado de uso (art. 388 del CP)	
Exp. A. V. N.° 14-2004. Sala Penal Especial	440
9. Cohecho pasivo impropio (art. 394 del CP)	
Sala Penal Especial. Exp. N.° A.V.05-2002	453
10. Cohecho pasivo específico (art. 395 del CP)	
Sala Penal Transitoria. Apelación N.° 1-2017-Puno	485
11. Negociación incompatible (art. 399 del CP)	
Sala Penal Permanente. Apelación N.° 13-2019.....	494
12. Negociación incompatible (art. 399 del CP)	
Sala Penal Permanente. Cas. N.° 396-2019-Ayacucho	513
13. Negociación incompatible (art. 399 del CP)	
Sala Penal Permanente. Cas. N.° 841-2015-Ayacucho	522
14. Negociación incompatible (art. 399 del CP)	
Sala Penal Permanente. Casación N.° 1494-2019-Cusco.....	540
15. Tráfico de influencias (art. 400 del CP)	
Sala Penal Permanente. Cas. N.° 683-2018-Nacional	552
16. Tráfico de influencias (art. 400 del CP)	
Sala Penal Especial. A.V. 05-2008.....	561
17. Enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP)	
Sala Penal Permanente. Cas. N.° 782-2015-Del Santa.....	572
18. Enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP)	
Segunda Sala Penal Transitoria. R. N. N.° 478-2016-Lima Norte.....	582
19. Enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP)	
Sala Penal Transitoria. R. N. N.° 1226-2011-San Martín	588
20. Enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP)	
Sala Penal Permanente. R. N. N.° 1438-2017-Lima	597
21. Enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP)	
Sala Penal Permanente. R. N. N.° 2939-2015-Lima	604
22. Enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP)	
Sala Penal Permanente. R.N. N.° 783-2011-Lima.....	644
23. Enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP)	
Sala Penal Transitoria. CAS. N.° 953-2017-Lima	652
24. Enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP)	
Primera Sala Penal Transitoria. Cas. N.° 1247-2017-Lima	661

**DELITOS COMETIDOS POR
PARTICULARES**

SECCIÓN I

USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES

CAPÍTULO I

EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN

Artículo 363.- Ejercicio ilegal de profesión¹

El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.*

*** Artículo modificado por la Ley N.º 28538, publicada el 7 junio del 2005.**

1. ALCANCES TÍPICOS

En el 2005, la Ley N.º 28538 modificó el art. 363 del CP. La conjunción de varios proyectos de ley, con sus respectivas exposiciones de motivos, nos permite establecer cuál fue la finalidad del legislador referente a este tipo penal.

En los siglos XVIII y XIX era frecuente y aceptado encontrar personas que practicaban actos sin que poseyeran los títulos académicos que refrendaran

1 Historial legal:

“Artículo 363.- Ejercicio ilegal de profesión

El que, con falso título o el titulado que, sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años” (1991).

“Artículo 363.- El que, con falso título o el que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”. (Artículo modificado por la Ley N.º 27754, publicada el 14 de junio del 2002).

sus estudios. Así muchos legos iniciaron sus trabajos en las diferentes artes que existen, como la medicina, el derecho y otros, con estudios autodidacta y una importante práctica. Muchos de ellos fueron verdaderos apóstoles e hicieron más bien que mal en sus pacientes o patrocinados.

Aún en este siglo, en muchas poblaciones y sitios rurales no es extraño encontrar personas que con cierta propiedad ejerzan funciones propias de profesionales.

Es de conocimiento de todos nosotros que en la actualidad existen personas inescrupulosas que con el afán de obtener beneficio económico, y aprovechándose de la buena fe de las personas realizan prácticas propias de profesionales, y más grave aún en algunos casos de especialidades, como en el caso de la medicina, hoy vemos mucho cirujanos plásticos, que son simples médicos sin especialización, y sin estar inscritos dentro del organismo correspondiente, con lo que transgreden en forma fehaciente lo que dispone el art. 203 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, que dice: “El ejercicio ilegal de la medicina, por quienes no han seguido estudios universitarios de medicina, constituye grave transgresión de la ley y debe considerarse como una agresión severa contra las personas, la sociedad y la profesión médica. Es sancionado por el Código Penal vigente y debe ser denunciado ante el Colegio Médico del Perú por todo médico que conozca al respecto”.

Es también de conocimiento que existen los denominados profesionales bambas, que realizan funciones de abogados —los denominados tinterillos— o más grave aún pseudoabogados ejerciendo funciones de notarios, siendo el trabajo de estos dar fe sobre actos que involucran derechos consagrados; así podríamos mencionar tanta profesión existe².

En esta exposición podemos apreciar el interés del legislador en la represión del ejercicio ilegal en el campo médico y en la abogacía, donde se daría la mayor incidencia de este fenómeno delictivo. Aunque también hace referencia a aquellas personas autodidactas que en lugares donde no hay profesionales prestan asesoramiento hasta donde alcanza sus conocimientos. En la Ejecutoria Suprema N.º 381-2011³ Amazonas se acusó a una persona por el delito de ejercicio ilegal de la profesión. Se advirtió, sin embargo, que en la provincia de Toribio de Mendoza no hay más de dos contadores públicos, por lo que las actividades de contaduría realizadas por el procesado tenían amparo en la Ley N.º 13253,

2 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Proyecto de Ley N.º 08642: Ley que modifica el artículo 363 dentro del Decreto Legislativo N.º 635, Código Penal*, Lima: 20 de octubre del 2003. Recuperado de <<https://bit.ly/3ji4e5W>>.

3 Extraído del banco de jurisprudencia del Poder Judicial.

que señala que, en los lugares donde no ejerzan su profesión al menos tres contadores, podrán llevar los libros de contabilidad los propios comerciantes o las personas que ellos autoricen. Así pues, siendo la conducta atípica, se resolvió confirmar la absolución.

En el Proyecto de Ley N.º 5642 se planteó agravar la penalidad en el ejercicio ilegal de una profesión (art. 363 del CP) para “cautelar el derecho que tiene la sociedad civil de no ser sorprendidos por falsos profesionales, que [...] aparentan ostentar grados académicos, títulos profesionales u honores que no le corresponden, e incluso en muchos casos con falsos títulos, o en la posibilidad de que siendo titulados no reúnan los requisitos legales para ejercer una profesión”. Además, se tenía como finalidad fortalecer los colegios profesionales.

Se establece que el delito de ejercicio ilegal de la profesión atenta “contra las funciones administrativas correspondientes al Estado, en este caso desde la idea de que el Estado, a nombre de la nación, otorga un título profesional a quien, previo a los trámites de ley, ha demostrado suficiencia”⁴.

También estima el legislador que los colegios profesionales puedan ser considerados como parte agraviada:

Si bien es cierto que dentro de esta figura penal el bien jurídico protegido es la administración pública y el ejercicio legal de una profesión, donde el sujeto pasivo viene a ser el Estado, es importante considerar que esta situación se debe extender a los colegios profesionales, que en el proceso se deben constituir también como parte agraviada. La razón es simple, toda vez que el espíritu del proyecto es el de fortalecer las instituciones de la sociedad civil, como lo son los colegios profesionales, que por previsión constitucional son instituciones autónomas con personalidad de derecho público, los mismos que en los últimos años vienen logrando protagonismo en el campo o materia sobre el que se desarrollan. La iniciativa como novedad considera que los bienes que constituyan cuerpo de delito en cualquiera de las figuras delictivas de la presente sección, que sean objeto de incautación y previa sentencia condenatoria se pondrá en disposición del respectivo colegio profesional que resulte agraviado⁵.

4 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Proyecto de Ley N.º 05642: Ley que modifica los artículos 362, 363 y 364 del Código Penal, referidos a la usurpación de títulos y honores, ejercicio ilegal de una profesión y amparo del ejercicio ilegal, respectivamente*, Lima: 18 de febrero del 2003. Recuperado de <<https://bit.ly/3znT70V>>.

5 *Loc. cit.*

En el Proyecto de Ley N.º 5490 se hace referencia a las denuncias que han venido realizando los colegios profesionales, indicando una diversidad de situaciones delictivas:

- El Colegio Odontológico ha denunciado el incremento desmesurado de pseudoinstitutos de mecánica dental y el ejercicio ilegal de la profesión.
- El Colegio Médico —reiteradamente— ha solicitado al Ministerio Público medidas preventivas y represivas para evitar el ejercicio ilegal de la profesión médica que, por su complejidad y especial responsabilidad en defensa de la vida y atención en la salud, requiere de conocimientos altamente especializados.
- Asimismo, los colegios profesionales de abogados, contadores, economistas, ingenieros, administradores, arquitectos etc., han venido denunciando el ejercicio ilegal de la profesión que tiene su ámbito en la administración pública y en el Poder Judicial, por la relación directa que existe⁶.

A diferencia de la legislación comparada, como veremos más adelante, el delito de ejercicio ilegal de profesión tipificado en nuestro Código Penal tiene varias modalidades.

Tenemos una primera descripción, y está referida *al agente que ejerce una profesión sin reunir requisitos legales*. Puede ser el caso de un licenciado de abogado que ejerce como si estuviese colegiado, lo que es un requisito para brindar asesoría. Estimamos que el hecho de no estar al día en los pagos de colegiatura y seguir asesorando en el caso del abogado no constituye delito, pues eso está previsto como una falta estatutaria y, además, como se ha sostenido en muchos casos, el estar inhabilitado no debe afectar a la persona patrocinada.

¿A qué tipo de profesión se refiere la norma? A aquella que requiere de una habilitación especial. Esto aplicaría entonces a un círculo de profesiones que tienen ese requisito, por ejemplo, la abogacía. Diferente es el caso del periodismo. Hemos visto que muchos lo ejercen de forma espontánea, sin haber seguido algún sistema, y no es que los periodistas no tengan colegio profesional, sino que hay laxitud respecto de su actividad profesional, ya que está emparentada con la libertad de expresión. Sobre los requisitos para ejercer y también sobre el

⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Proyecto de Ley N.º 05490: Proyecto de ley que modifica el artículo 363 del Código Penal*, Lima: 31 de enero del 2003. Recuperado de <<https://bit.ly/38dtkg0>>.

periodismo, en el Proyecto de Ley N.º 05369, que fue uno de los que sustentaron la dación de la Ley N.º 28538, se sostiene lo siguiente:

Es importante saber que no todas las profesiones que existen en el país están tuteladas bajo conminación penal en su ejercicio indebido. Las leyes y reglamentos fijan, al establecer parámetros o condiciones de cumplimiento obligatorio, cuáles son las profesiones regladas o exceptuadas del ejercicio por el común de las personas. Profesiones que usualmente se hallan registradas oficialmente son la medicina, abogacía, ingeniería, farmacia, odontología, medicina veterinaria, obstetricia, contabilidad, arquitectura, zootecnia, además de otras. La situación del periodismo es especial, pues no existe consenso sobre su ingreso al tipo penal como profesión reglada⁷.

Recordemos que en el proceso principal del ingeniero Fujimori su defensa cuestionó a uno de los peritos de parte, un antropólogo extranjero, porque no había registrado su título para ejercer en el Perú, lo que no fue tomado en cuenta por el tribunal, puesto que no hay regulación que establezca que los peritos extranjeros deban registrar su título para dar una opinión. Esto mismo puede ser aplicable a los *amicus curiae* extranjeros que la Corte Suprema ha convocado para dar una opinión jurídica en distintos casos.

Esta modalidad es la más leve, ya que se sanciona al sujeto activo con privación de la libertad no menor de 2 ni mayor a 4 años. Han existido propuestas legislativas para incorporar la pena de inhabilitación para estos profesionales, pero no han sido aprobadas por el Parlamento.

Una segunda modalidad es la que realiza *el agente ejerciendo profesión con falso título*. Esta conducta es más grave porque en la situación anterior el sujeto activo tiene formación profesional, en cambio aquí no, por lo que el perjuicio puede ser mayor para las víctimas, más aún si se trata de profesiones vinculadas a la salud, falsos médicos u odontólogos que se ponen a ejercer oficios tan delicados sin haber pasado por una universidad. No es motivo de atenuación el hecho de que el sujeto activo haya pasado por una universidad y sea bachiller, porque la licenciatura es el resultado de un examen ante un jurado. Para reforzar esta idea, tenemos el siguiente pronunciamiento judicial:

7 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Proyecto de Ley N.º 05369: Proyecto de ley que modifica los artículos 196, 197, 290, 363, 364 y 427 del Código Penal*, Lima: 23 de enero del 2003. Recuperado de <<https://bit.ly/38fPBK5>>.

El procesado, bachiller en Derecho, al prestar asesoramiento legal, confeccionar escritos y asistir a diligencias judiciales, ha realizado actos propios de la profesión de abogado de naturaleza dolosa, pues en su condición de bachiller tenía pleno conocimiento de que no podía realizar actos de intrusión en el campo profesional de abogado y sin embargo los realizaba en connivencia con el letrado. (Exp. N.º 1569-98 Piura)⁸.

En esta misma línea jurisprudencial tenemos la siguiente ejecutoria de la Corte Suprema, relativa a una persona que siendo bachiller en Arquitectura realizó actos como si fuese titulado:

[L]os medios probatorios que sustentan la vinculación del encausado [...] en los presentes ilícitos penales están debidamente acreditados [...]; así como su responsabilidad penal en los delitos tales como: ostentación de títulos u honores que no ejerce y el ejercicio ilegalmente de la profesión, al no contar con el título oficial de arquitecto y consignarlo en los contratos de trabajo celebrados como tal; puesto que sin tener el grado de bachiller, ni haber obtenido el título de arquitecto ha ostentado tal título que no ejerce, menos aún haberse colegiado para el desempeño de dicha profesión, celebrando contratos de trabajo con la calidad de arquitecto con [...] [varias] instituciones [educativas] [...]; todo ello acreditado [...] con el oficio remitido por el Colegio de Arquitectos del Perú [...] y el oficio [...] remitido por la Universidad Ricardo Palma; con los cuales se confirmó que el imputado no concluyó sus estudios profesionales de arquitectura y, en consecuencia, no tiene el grado de bachiller ni mucho menos el título profesional de arquitecto; así mismo, se acreditó con los contratos de trabajo celebrados con las instituciones antes referidas y los comprobantes de pago por concepto de honorarios profesionales [...], que el imputado [...] ostentaba indistintamente el grado de bachiller o título de profesional de arquitecto, sin tener tal grado o título profesional y, por ende, ejerció ilegalmente la profesión⁹.

La sanción es pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La tercera modalidad es la agravada y tiene lugar cuando *el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado* bajo cualquier modalidad contractual. La sanción no podrá ser menor de cuatro

8 GACETA JURÍDICA, *El Código Penal en su jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 386.

9 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez RODRÍGUEZ TINEO), *Recurso de Nulidad* N.º 3635-2013 Junín, Lima: 1 de agosto del 2014, f. j. n.º 3. Recuperado de <<https://bit.ly/3sS8Cvv>>.

ni mayor de ocho años. El elemento de agravación es ser funcionario público o estar prestando servicios al Estado. Sobre este aspecto sostenemos que este es un delito que incluso realizado por particulares atenta contra el correcto funcionamiento del Estado, y el hecho de que lo haya cometido un funcionario público aumenta su capacidad de conocimiento de la ilicitud de su conducta, por los deberes específicos que recibe de la Administración.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Costa Rica

Ejercicio ilegal de una profesión

Artículo 315.- Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, al que ejerciere una profesión para la que se requiere una habilitación especial sin haber obtenido la autorización correspondiente¹⁰.

Cuba

Usurpación de capacidad legal

Artículo 149.- El que, con ánimo de lucro u otro fin malicioso, o causando daño o perjuicio a otro, realice actos propios de una profesión para cuyo ejercicio no está debidamente habilitado, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas

Comentarios a la legislación comparada

En el art. 315 del Código Penal costarricense se puede observar que el sujeto activo es reprimido si ejerce una profesión que requiere una habilitación especial y no tiene la autorización correspondiente. Aquí estamos ante una persona que tiene el título profesional, pero ejerce la profesión sin autorización. El Código Penal de Cuba, en su art. 149, describe como conducta prohibida la de quien realiza actos propios de una profesión para cuyo ejercicio no está debidamente habilitado. Al igual que la legislación de Costa Rica, el sujeto activo sí tiene un título que lo acredita como profesional, pero no la autorización. En el caso cubano el agente realiza la conducta con fines de lucro o con otra finalidad maliciosa, además causa daño o perjuicio a la víctima.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 543. Ejercicio ilegal de profesión

El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos o con falso título es reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con inhabilitación de dos a cuatro años, de conformidad con los literales a, b, d e i del artículo 38 y con cincuenta a cien días multa. La pena privativa de libertad es no menor de cinco ni mayor de diez años si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.

10 La numeración de este artículo fue modificada por el inc. “a” del art. 185 de la Ley N.º 7732, de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 313 al 315.

SECCIÓN II

VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

CAPÍTULO II

VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA OBLIGARLE A ALGO

Artículo 365.- Violencia contra la autoridad para obligarle a algo

El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

1. ALCANCES TÍPICOS

Lo que inmediatamente menoscaba este delito es la libertad de determinación del oficial público, su libertad de decisión en el ejercicio de la función: la acción del agente se vuelca sobre el funcionario público para anonadar la determinación de su voluntad y sustituirla por la de él; lo que quiere el agente es vaciar el contenido del acto funcional de las direcciones intencionales del funcionario para llenarlo con las suyas¹¹.

Se reprime a la persona que sin levantamiento o amotinamiento público utiliza violencia o amenaza para impedir que una autoridad o funcionario o servidor público pueda ejercer las funciones que le ha encomendado la ley, por ejemplo, impedir que un alcalde ejerza su cargo como funcionario.

Respecto a la descripción de la conducta del agente, la jurisprudencia suprema sostiene lo siguiente:

[El delito de violencia contra la autoridad para obligarle a algo exige] para su consumación [...] *que la conducta que realice el sujeto activo se haya dado con violencia o amenaza*, entendida esta como una intromisión irresistible en la esfera de libertad de los ciudadanos, con el objeto de que se haga o deje de hacer aquello que no quería; que de la revisión de autos se advierte que, si bien entre los procesados y la agraviada existió un intercambio de palabras conforme se advierte del acta de visualización de video [...], con la

11 CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, 6.ª ed., reimp., Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 217.

participación del representante del Ministerio Público, donde consta que “los encausados el día de los hechos portaban banderolas y pancartas a inmediaciones de [un colegio], rechazaban la reasignación por racionalización a [una] profesora [...], protestando que no permitirían la designación de una autoridad que no se ha nevado conforme a las normas [...]”; que, en este sentido, dado como acontecieron los hechos, se advierte que los encausados solo ejercieron su derecho a la libertad de opinión sobre una supuesta afectación a sus intereses legítimos, no advirtiéndose el ejercicio a la violencia o la amenaza; por tanto, al no acreditarse la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo penal, la conducta de los encausados resulta ser atípica, en consecuencia, han de ser absueltos de este hecho delictivo.

(R. N. N.º 2484-2010 La Libertad, de 15-6-2011, f. j. n.º 5. Sala Penal Permanente [...])¹².

El tratamiento de la violencia y la amenaza lo podemos apreciar en las siguientes ejecutorias supremas:

La violencia debe ser entendida como la fuerza irresistible empleada contra un tercero para que haga aquello que no quiera o se abstenga de lo que sin ello se quería o se podría hacer; que siendo así el intercambio de palabras entre los procesados y los efectivos policiales que llegó a un faltamiento de respeto a estos últimos, hecho de por sí censurable, no constituye elemento probatorio suficiente de la existencia de violencia o amenaza.

(Exp. N.º 8831-97 Lima, de 13-8-1998. Sala Penal. Texto completo: SALAZAR, *Jurisp. adm. púb.*, p. 79)¹³.

La amenaza se presenta en aquellos casos en que se infiere al funcionario un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, ascendiente o descendiente.

(Exp. N.º 8831-97 Lima, de 13-8-1998. Sala Penal. SALAZAR, *Jurisp. adm. púb.*, p. 79)¹⁴.

El verbo “impedir” implica evitar que cumpla con sus obligaciones. Otra modalidad es que el sujeto activo obliga a los funcionarios o servidores a que realicen un acto propio de sus funciones. La relevancia típica es que la víctima es obligada mediante violencia o amenaza.

También se da cuando el sujeto activo dificulta o entorpece a la víctima funcionario o servidor cumplir con sus obligaciones legales.

12 CARO JOHN, José Antonio, *Summa penal*, Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 598.

13 *Loc. cit.*

14 *Loc. cit.*

Si bien el sujeto pasivo es el Estado, la acción se materializa contra una persona de carne y hueso, que es la que soporta la acción del sujeto activo. Es verdad que el funcionario actúa en representación del Estado, pero en la realidad es él quien soporta la acción del agente, de allí que nos parece razonable que pueda ser reparado por el daño que se le ha ocasionado.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Guatemala

Artículo 408.- Cometén atentado:

1. Quienes, sin alzarse públicamente, emplean violencia para algunos de los fines señalados en los delitos de rebelión o sedición.
2. Quienes acometen a funcionario, a la autoridad o a sus agentes, o emplearen violencia contra ellos, cuando se hallaren en ejercicio de sus funciones o cargos, o con ocasión o con motivo de ellos. Los responsables de atentado serán sancionados con prisión de uno a tres años.

Artículo 409.- Quien se opusiere a la ejecución de un acto legal de funcionario, o de la autoridad o sus agentes, mediante violencia, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Artículo 410.- Las sanciones señaladas en los dos artículos que anteceden se aumentarán en una tercera parte cuando, en los respectivos casos, concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si el hecho fuere cometido a mano armada.
2. Si el hecho fuere cometido por tres o más personas.
3. Si el autor del hecho fuere funcionario, autoridad o agente de la misma.
4. Si por consecuencia de la acción, la autoridad hubiere accedido a las exigencias de los agresores.
5. Si se pusiere manos en el funcionario, autoridad o agente de ella.

§ 113. Resistencia contra agentes ejecutores

(1) Quien contra un titular de cargo público o un soldado de las Fuerzas Armadas Federales que esté nombrado para la ejecución de leyes, disposiciones legales, sentencias, resoluciones judiciales o providencias, ejerza resistencia con violencia o con amenaza de violencia o lo agrede de obra, en la ejecución de uno de estos hechos de servicio será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.

(2) En casos especialmente graves el castigo será pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. Por regla general, un caso en especialmente grave se presenta cuando,

1. El autor u otro partícipe porte consigo un arma, para emplearla en el hecho o
2. El autor ponga al agredido por medio de una actividad de violencia en peligro de muerte o de una grave lesión a la salud.
3. El hecho no es punible según este parágrafo, cuando el hecho de servicio no sea legal. Esto también tiene validez cuando el autor falsamente asuma que el hecho de servicio sea legal.
4. Si el autor supone erróneamente durante la comisión del hecho que el hecho de servicio no fuera legal y hubiera podido impedir el error, entonces el tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, inciso 2) o prescindir del castigo de acuerdo con esta norma en caso de culpabilidad más leve. Si el autor no pudo impedir el error, y tampoco le fuera exigible de acuerdo con las circunstancias por él conocidas, defenderse con acciones legales contra el supuesto hecho de servicio antijurídico, entonces el hecho no es punible según esta norma. Si esto le era exigible, entonces el tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, inciso 2) o prescindir de un castigo de acuerdo con esta norma.

Alemania

LEGISLACIÓN COMPARADA

Bolivia

Artículo 161.- Impedir o estorbar el ejercicio de sus funciones

El que impidiere o estorbare a un funcionario público el ejercicio de sus funciones, incurrirá en reclusión de un mes a un año.

Resistência

Art. 329.- Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1. Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Brasil

§ 2. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. Desobediência

Artículo 330.- Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Desacato

Artículo 331.- Desacatar funcionario público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Artículo 261.- Cometen atentado contra la autoridad:

1. Los que sin alzarse públicamente emplean fuerza o intimidación para algunos de los objetos señalados en los artículos 121 y 126.
2. Los que acometen o resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, cuando aquella o estos ejercieren funciones de su cargo.

Artículo 262.- Los atentados a que se refiere el artículo anterior serán castigados con la pena de reclusión menor en su grado medio o multa de once a quince unidades tributarias mensuales, siempre que concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si la agresión se verifica a mano armada.
2. Si los delinquentes pusieren manos en la autoridad o en las personas que acudieren a su auxilio.
3. Si por consecuencia de la coacción la autoridad hubiere accedido a las exigencias de los delinquentes.

Sin estas circunstancias la pena será reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Para determinar si la agresión se verifica a mano armada se estará a lo dispuesto en el artículo 132.

Chile

Resistencia

Artículo 305.- Se impondrá prisión de un mes a tres años al que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de un deber legal, para impedir u obstaculizar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones.

Circunstancias agravantes

Artículo 306.- En el caso de los dos artículos anteriores, la pena será de uno a cinco años:

- 1) Si el hecho fuere cometido a mano armada;
- 2) Si el hecho fuere cometido por dos o más personas;
- 3) Si el autor fuere funcionario público; y
- 4) Si el autor agrediere a la autoridad.

Para los efectos de este artículo y de los dos anteriores, se reputará funcionario público al particular que tratase de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito.

Costa Rica

LEGISLACIÓN COMPARADA

Desobediencia

Artículo 307.- Se impondrá prisión de quince días a un año al que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención.

Costa Rica

Molestia o estorbo a la autoridad

Artículo 308.- Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que perturbare el orden de las sesiones de los cuerpos deliberantes nacionales o municipales, en las audiencias de los Tribunales de Justicia o donde quiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones.

Artículo 142

1. El que emplee violencia o intimidación contra una autoridad, un funcionario público, o sus agentes o auxiliares, para impedirles realizar un acto propio de sus funciones, o para exigirles que lo ejecuten, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años.
2. La misma sanción se impone si la violencia o intimidación, con iguales propósitos, se ejerce contra la persona que, en virtud de requerimiento o de obligación legal, presta asistencia a la autoridad, funcionario público o sus agentes o auxiliares.
3. La sanción es de privación de libertad de tres a ocho años, salvo que por la entidad del resultado corresponda una mayor, si en los hechos previstos en los apartados anteriores concurre alguna de las circunstancias siguientes:
 - a) se realiza por dos o más personas;
 - a) se ejecuta con empleo de arma;
 - b) se causa al ofendido lesiones corporales o daño a la salud;
 - c) se haya logrado el propósito perseguido por el agente.

Cuba

Resistencia**Artículo 143**

1. El que oponga resistencia a una autoridad, funcionario público o sus agentes o auxiliares en el ejercicio de sus funciones, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.
2. Si el hecho previsto en el apartado anterior se comete respecto a un funcionario público o sus agentes o auxiliares, o a un militar, en la oportunidad de cumplir estos sus deberes de capturar a los delincuentes o custodiar a individuos privados de libertad, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años.

Artículo 550

Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

Artículo 551

1. Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos.
2. No obstante de lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Corporaciones Locales, del Consejo General del Poder Judicial o magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses.

España

LEGISLACIÓN COMPARADA

Artículo 552

Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concurre alguna de las circunstancias siguientes:

España

1. Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso.
2. Si el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público

Artículo 336.-Violazione o minaccia a un pubblico ufficiale¹⁵

Chiunque usa violenza a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, per costringerlo a fare un atto contrario ai propri doveri, o ad omettere un atto dell'ufficio o del servizio, e' punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

La pena e' della reclusione fino a tre anni, se il fatto e' commesso per costringere alcuna delle persone anzidette a compiere un atto del proprio ufficio o servizio, o per influire, comunque, su di essa.

Italia**Artículo 337.- Resistenza a un pubblico ufficiale¹⁶**

Chiunque usa violenza o minaccia per opporsi a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, mentre compie un atto di ufficio o di servizio, o a coloro che, richiesti, gli prestano assistenza, e' punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

Artículo 338.- Violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario¹⁷

Chiunque usa violenza o minaccia ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario o ad una rappresentanza di esso, o ad una qualsiasi pubblica autorità costituita in collegio, per impedirne in tutto o in parte, anche

15 Art. 336. Violación o amenaza a un funcionario público

Cualquier persona que utilice la violencia contra un funcionario público o una persona a cargo de un servicio público, para obligarlo a realizar un acto contrario a sus deberes, u omitir un acto de la oficina o servicio, es castigado con prisión de seis meses a cinco años.

La pena es la prisión de hasta tres años, si el delito se comete para obligar a cualquiera de las personas mencionadas a realizar un acto de su cargo o servicio, o para influir, sin embargo, en él.

16 Art. 337. Resistencia a un funcionario público

Cualquier persona que use violencia o amenaza para oponerse a un funcionario público o una persona a cargo de un servicio público, mientras realiza un acto de oficina o servicio, o para aquellos que, solicitados, le dan asistencia, es castigado con pena de prisión de seis meses a cinco años.

17 Art. 338. Violencia o amenaza a un órgano político, administrativo o judicial

Cualquier persona que use violencia o amenaza a un cuerpo político, administrativo o judicial, a una representación de este, o a cualquier autoridad pública establecida en el colegio, para prevenir todo o parte de él, incluso temporalmente o para perturbar su actividad. Él es castigado con prisión de uno a siete años.

La misma sanción se aplica a quienes cometen el acto de influir en las resoluciones colectivas de las empresas que prestan servicios públicos o de necesidades públicas, si tales resoluciones tienen como objeto la organización o la ejecución de los servicios.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Desobediencia y resistencia de particulares

Artículo 178.- Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa.

México

Artículo 180.- Se aplicarán de uno a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos: al que, empleando la fuerza, el amago o la amenaza, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan alguna de sus funciones o resista al cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal.

Artículo 181.- Se equiparará a la resistencia y se sancionará con la misma pena que esta, la coacción hecha a la autoridad pública por medio de la violencia física o de la moral, para obligarla a que ejecute un acto oficial, sin los requisitos legales u otro que no esté en sus atribuciones.

Artículo 346.- Cometén atentado contra la autoridad, los que acometen, resisten con violencia o emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, cuando aquella o estos ejercieren las funciones de su cargo y también cuando no las ejercieren, siempre que sean conocidas o se anuncien como tales de algún modo que indique que lo son, o se presenten con las insignias correspondientes. Si el número de reos pasare de cuatro, el delito será motín o asonada, según los casos.

Los reos de este delito serán castigados con prisión de uno a tres años, cuando el atentado se cometiere contra la autoridad, y con prisión de seis meses a dos años cuando fuere en sus agentes.

Nicaragua

Artículo 349.- Para los efectos de este capítulo, se entiende por agentes de la autoridad a los oficiales mayores, secretarios, porteros o cualquier otro oficial subalterno de las autoridades judiciales o administrativas, cuando se ocupen en el cumplimiento de órdenes de sus respectivos superiores; los individuos de la fuerza pública en actual servicio, siempre que cumplan órdenes de alguna autoridad, y los ciudadanos que, requeridos por autoridad competente, le presten auxilio para el cumplimiento de alguna de sus providencias.

Artículo 350.- El que empleare fuerza o intimidación contra un funcionario público o agentes de la autoridad para obligarlo a la ejecución u omisión de un acto peculiar de sus funciones será castigado con uno a tres años de prisión.

Estarán sujetos a arresto de seis meses a un año de prisión los que atentaren contra los agentes de la autoridad.

Comentarios a la legislación comparada

El art. 408 del Código Penal guatemalteco, a diferencia del art. 365 del CP nacional, solo establece como medio comisivo la violencia contra funcionario cuando estos ejercen sus funciones. El art. 409 también se refiere al medio comisivo de oponerse a un acto funcional, similar a la norma peruana que sanciona a quien impide que la autoridad realice sus funciones. Para estos actos, el art. 410 del CP guatemalteco ha fijado agravantes, si se realiza a mano armada, con pluralidad de agentes, si el autor es otro funcionario público, o si hay un resultado frente a la violencia, esto es, si el funcionario accedió a las exigencias de los autores.

El art. 113 del Código Penal alemán sanciona al agente que, empleando violencia y amenaza, ejerza resistencia contra un funcionario o militar autorizado para la ejecución de actos legales; descripción típica similar al art. 365 del CP peruano. La sanción se agrava cuando se usa armas o el autor pone a la víctima en peligro de muerte o le genera una lesión grave. En el inc. 3 del art. 113 del CP alemán se establece una causa de atipicidad: si el funcionario público está ejecutando un acto ilegal o el agente asume falsamente que el hecho de servicio es legal. En el inc. 4 del art. 113, el Código alemán desarrolla criterios de atenuación o exención de pena si el autor repele al funcionario público bajo error.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Además, el Código alemán prevé la extensión de la punibilidad a los autores que atentan contra aquellas personas que en el sistema alemán no siendo titulares de cargo tienen los mismos derechos y obligaciones que un funcionario de la Policía o son agentes de la policía judicial, o aquellas personas que son llamadas para apoyar el acto de servicio (§ 114 "Resistencia contra personas que se equiparan a los agentes ejecutores").

El art. 161 del Código Penal de Bolivia sanciona a la persona que impide o estorba a un funcionario público con un mes de reclusión. En este caso no emplea como medio comisivo un acto de fuerza, de allí que la sanción sea bastante leve.

El art. 329 del Código Penal brasileño describe como conducta prohibida oponerse a la ejecución de un acto legal, mediante violencia o amenaza a un funcionario competente, siendo la sanción de dos meses a dos años de privación. Si como consecuencia de la violencia o amenaza el acto legal no se realiza, se eleva la pena a tres años. Se admite un concurso de delitos, puesto que las sanciones se dan sin perjuicio de las consecuencias que recaigan en el agente si usó violencia contra el funcionario.

El Código Penal chileno, en su art. 261, reprime a quienes acometen o resisten con violencia, usan la fuerza o la intimidación contra la autoridad, agravándose si se emplea armas (art. 262). Por su lado, el Código Penal de Costa Rica tiene una descripción similar a la chilena, pero trae una distinción en el caso de un particular que ha detenido a una persona en delito flagrante, teniendo por esta situación la calidad de funcionario público.

El Código Penal cubano, en su art. 142, sanciona a la persona que emplee violencia o intimidación contra una autoridad, un funcionario público, o sus agentes o auxiliares, para impedirles realizar un acto propio de sus funciones o para exigirles que lo ejecuten. Incurrir en sanción de privación de libertad de uno a tres años. Este comportamiento del agente se agrava y, por ende, la sanción a entre tres y ocho años de privación de libertad, si se realiza con pluralidad de personas, uso de armas o se causa lesiones.

La legislación española, en el art. 550 de su CP, señala que son reos los que empleen fuerza, intimidación contra funcionarios públicos. Se agrava la conducta si la agresión es con armas.

El art. 336 del Código Penal italiano sanciona a cualquier persona que utilice violencia contra un funcionario público o una persona a cargo de un servicio público para obligarlo a realizar un acto contrario a sus deberes u omitir un acto de la oficina o servicio. La pena va de seis meses a cinco años de prisión. Si el acto obligado es propio de su cargo, la sanción es hasta tres años.

El Código Penal mexicano, en su art. 180, reprime con multa o hasta dos años de prisión a quien emplea fuerza o amenaza para oponerse al ejercicio de las funciones de la autoridad, o también a quien se resista a mandato que es ejecutado legalmente.

El art. 346 del Código Penal de Nicaragua describe como sujetos activos de este delito a quienes cometen atentado contra la autoridad, a los que acometen o atacan o se resisten usando violencia, fuerza o intimidación. Si esta situación se da en una pluralidad de reos mayor de cuatro, se convierte en delito de motín.

Como podemos observar, en el derecho comparado se ha construido la conducta en su forma básica y sus respectivas agravantes, orientación que sigue nuestro Código Penal.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 544. Violencia contra la autoridad para obligarle a algo

El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas, es reprimido con pena de prestación de servicios a la comunidad de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas laborales.

CAPÍTULO III

VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Artículo 366.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones¹⁸

El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas.*

***Artículo modificado por la Ley N.° 27937, publicada el 12 de febrero del 2003.**

1. ALCANCES TÍPICOS

Es un delito común, pues el sujeto activo puede ser cualquier persona que emplea intimidación o amenaza (vis compulsiva), o violencia (vis absoluta). Puede ejercerse contra un funcionario público o una persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel, persona que podría ser eventualmente un particular. El sujeto activo tiene la finalidad de impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, que están establecidas en leyes o reglamentos.

El verbo “impedir” alude a que el acto del funcionario público no podrá ejecutarse; en cambio, el “trabar” implica que el acto del funcionario o de quien le apoya ya está en ejecución y el agente busca entorpecer su desarrollo, empleando intimidación o violencia. Por ejemplo: cuando la Policía Nacional realiza operativos contra la comercialización de drogas, es usual que los intervenidos usen la violencia para buscar trabar la ejecución de las acciones policiales.

El bien jurídico específico que se tutela en este delito es la ejecución legal que realiza el funcionario público, cuyos actos se encuentran conforme al ordenamiento jurídico, lo que se extiende a la persona que le presta asistencia por deber legal o por requerimiento.

18 Artículo 366.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones
El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. (1991).

La sanción es de pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas.

2. EL DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES Y EL PROCESO INMEDIATO

Uno de los factores de deslegitimación del proceso inmediato han sido las sentencias que se impusieron a personas que habían cometido el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; sentencias que fueron consideradas desproporcionadas. El caso más mediático, y quizá el más discutido por los juristas, fue el de la señora Buscaglia Zapler, quien le faltó al respeto a un efectivo policial, le tiró el casco de un sopapo. En audiencia de proceso inmediato, ella se sometió a terminación anticipada, siendo condenada a seis años ocho meses. Por defensa defectuosa interpuso apelación dentro del plazo, y le fue rechazada; luego interpuso queja por denegatoria de apelación, y la Sala de Apelaciones de la Corte del Callao, por mayoría, rechazó su pedido. En julio del 2016 fue indultada por el mandatario Ollanta Humala.

Desde la puesta en vigencia del Código Penal en 1991, el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones ha sufrido a lo largo de los años una serie de modificaciones bajo un mismo patrón, el aumento de las penas. Por ello es necesario determinar si estas responden a criterios de proporcionalidad en relación con los supuestos fácticos de la norma.

El tipo básico en la legislación original tenía una sanción entre 1 y 3 años, y se aumentó a entre 2 y 4 años.

Las formas agravadas han sufrido cuatro modificaciones con la misma tendencia, aumento de penas y ampliación de circunstancias. La agravante referida a que el perjudicado por el delito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones como jueces, fiscales o policías se incorporó el 2006 con una pena de 4 a 7 años, para pasar luego el 2007 a entre 6 y 12 años y, finalmente, el 2013 a entre 8 y 12 años. Estimamos que este aumento de la punición se origina por la violencia social generada a partir de la protesta de las comunidades contra industrias extractivas como la minería. Solo recordemos los sucesos de Bagua y Conga.

Esto nos parece sustancial para poder entender cuáles fueron las motivaciones del legislador para el endurecimiento de la política criminal en relación

con los ataques a la policía nacional, de tal manera que podamos establecer la proporción de la sanción cuando se trata de hechos contra la PNP, que, siendo reprochables, son de menor lesividad.

Si bien las realidades sociales, políticas y económicas de otras naciones son diferentes a la nuestra, no deja de ser útil el tratamiento de la legislación comparada respecto del delito de violencia y resistencia a la autoridad, para tenerlo como material de análisis.

En la legislación europea, como la alemana, podemos observar que la sanción para quien atenta contra un funcionario público es de hasta 2 años de pena privativa de libertad. La pena aumenta a 5 años si es que el agente usa arma o pone en peligro de muerte al funcionario. En España, la pena va de 2 a 4 años, y en Italia, de 6 meses a 5 años.

Guatemala sanciona el delito con pena de 1 a 3 años, y si concurre una agravante, de 1 a 4 años. En Bolivia la sanción va de un mes a 1 año. Mientras que en Brasil si hay violencia se sanciona con pena de hasta 3 años de privación de libertad.

En el caso chileno, en el que hay una tradición de respeto a los carabineros, tenemos que en el tipo básico la sanción tiene como pena la de reclusión en su grado mínimo, esto es, de 5 a 10 años, que es el parámetro que usan conforme al art. 56 de su CP (en este artículo se establecen los grados de reclusión: el grado mínimo, que va de 5 a 10 años, el grado medio, de 10 a 15 años, y el grado máximo, de 15 a 20 años). Si hay agravantes, como a mano armada, la sanción es de reclusión en su grado medio, que va de 10 a 15 años.

Costa Rica sanciona con pena privativa de libertad de 1 a 5 años cuando el afectado fuese autoridad. En Cuba la pena es de 1 a 3 años. En México, de 1 a 2 años, y en Nicaragua, de 1 a 3 años.

Podemos afirmar que en supuestos análogos a los de la legislación comparada, salvo Chile, en el Perú las sanciones son más severas.

2.1. Las debilidades del sistema de tercios

Desde su aprobación por la Ley N.º 30076, el sistema de tercios para la determinación de la pena, que incorporó una manera de realizar dosimetría en las sanciones, para los delitos consumados ha establecido parámetros que, si son sorteados bajo los principios de mínima lesividad o de proporcionalidad,

provocan que los jueces tengan a los órganos de control sobre ellos. Si bien su mérito fue ir contra la determinación de penas de forma arbitraria, sin justificación o razones para fijarlas, se ha ido a un plano matemático que pone una suerte de corsé a los jueces.

Por ejemplo, en el caso de violencia contra la autoridad agravada como delito consumado, en el que se ha dicho debe operar en toda su extensión el sistema de tercios, la pena en su tercio mínimo va de 8 a 9 años con 4 meses. Ese es el ámbito de punición para establecer la pena concreta porque se ha estimado que el legislador no ha señalado criterios o circunstancias de atenuación, como en conferencias públicas lo ha afirmado PRADO SALDARRIAGA.

Si se hace la operación de determinación de la pena, surge pues la sensación de que la pena es desproporcionada, y es que hay algo que no funciona: el sistema de penas determinadas legalmente por el legislador ha entrado en crisis por sus propias incoherencias, por ejemplo, bienes jurídicos como la vida son de menos valor que la propiedad o la administración pública, como en este caso concreto. De allí la necesidad de una seria revisión. Esta problemática tiene que ser abordada por la Corte Suprema, que tiene iniciativa en la formación de las leyes, sin perjuicio de que esta tarea le corresponda al Congreso de la República.

Empleando una metáfora, podemos decir que el sistema de tercios es un auto de última generación que corre en una carretera con baches y sin pavimentar, que es nuestro actual sistema de penas, puesto así gracias a lo que se ha denominado populismo legislativo.

Podemos sostener que la pena legalmente establecida para el delito de violencia contra la autoridad no guarda relación con los principios de proporcionalidad y lesividad. El sistema de penas actual está en crisis, por lo que necesita una revisión, y el esquema de tercios se deslegitima en dicho contexto.

CAPÍTULO IV

FORMAS AGRAVADAS

Artículo 367. - Formas agravadas¹⁹

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.
2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.
3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones.
4. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
5. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

19 Historial legal:

“Formas agravadas

Artículo 367

En los casos de los artículos 365 y 366 la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.
2. El hecho se realiza por dos o más personas.
3. El autor es funcionario o servidor público.
4. El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever.

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años”. (1991).

“Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.
2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de quince años”

(Artículo modificado por la Ley N.º 27937, publicada el 12 de febrero del 2003).

Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años.*

** (Artículo modificado por la Ley N.° 30054, publicada el 30 de junio del 2013)*

“Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.
2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.
3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones.

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de quince años”.

(Artículo modificado por la Ley N.° 28878, publicada el 17 agosto del 2006).

“Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.
2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.
3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones.
4. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
5. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años”.

(Modificado por el D. Leg. N.° 982, publicado el 22 de julio del 2007).

LEGISLACIÓN COMPARADA

Atentado y resistencia contra la autoridad

Artículo 237.- Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

Argentina

Artículo 238.- La prisión será de seis meses a dos años:

1. Si el hecho se cometiere a mano armada;
2. Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;
3. Si el culpable fuere funcionario público;
4. Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 546.- Formas agravadas de violencia y resistencia contra la autoridad En cualquiera de los casos previstos en los artículos 544 y 545, la pena privativa de libertad es no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

- a. El autor es funcionario o servidor público.
- b. El hecho se realiza por dos o más personas.

La pena privativa de libertad es no menor de ocho ni mayor de doce años, de inhabilitación de conformidad con el artículo 38 y de doscientos a trescientos días multa cuando:

- a. El hecho se realiza contra un miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional, autoridad elegida por mandato popular o un inspector municipal, en el ejercicio de sus funciones. El hecho se comete a mano armada.
- b. El hecho se comete a mano armada.
- c. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión o trata de personas.

Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever el resultado, la pena privativa de libertad es no menor de doce ni mayor de quince años.

1. EL DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD EN EL ACUERDO PLENARIO N.º 1-2016

La Corte Suprema, a raíz del cuestionamiento del proceso inmediato por las penas desproporcionadas, desarrolló una sesión plenaria para interpretar las agravantes del delito de violencia y resistencia a la autoridad y la determinación de la pena. Los magistrados detectaron la siguiente situación problemática:

6. Las sucesivas reformas introducidas en el artículo 367 del Código Penal, que regula el catálogo de circunstancias agravantes específicas del delito de violencia y resistencia ejercida contra la autoridad, tipificado y reprimido en los numerales 365 y 366 del citado cuerpo legal, se han caracterizado por expresar una clara tendencia hacia la sobrecriminalización.

La cual se ha manifestado a través del incremento reiterado de las penas conminadas originalmente en dicha disposición legal, así como con la adición también continua de nuevos supuestos de agravación como el que hoy contiene el inciso 3 del segundo párrafo del artículo 367 y que considera como factor calificante, entre otros casos, que el agente del delito dirija su conducta ilícita contra “un miembro de la Policía Nacional”.

7. Internamente la actual redacción del artículo 367 contempla tres grados o niveles de circunstancias agravantes específicas, cada uno de los cuales está vinculado con un determinado estándar de punibilidad. El caso de aquella relacionada con la calidad de efectivo policial de la autoridad afectada por el hecho punible corresponde al segundo grado o nivel de agravantes donde la penalidad prevista es pena privativa de libertad no menor de ocho y ni mayor de doce años.
8. Recientemente, la aplicación judicial de dicha agravante ha motivado continuos cuestionamientos. En lo esencial, se ha objetado que los operadores de la justicia penal no tienen una lectura adecuada de los presupuestos normativos que legitiman su configuración. Y que las penas que han impuesto resienten de manera grave la proporcionalidad que debería derivar de las circunstancias concretas de realización del delito y, por tanto, del principio rector de pena justa.
9. Resulta, pues, pertinente y necesario fijar criterios en torno a los componentes de tipicidad que demanda tal circunstancia agravante y de los límites legales que tienen que observarse para la debida graduación de la pena concreta que debe aplicarse al autor de un delito de violencia y resistencia contra la autoridad, cuando esta última sea un integrante de la Policía Nacional en ejercicio de sus competencias y funciones.

Si bien el Congreso es la institución del Estado encargada de legislar, los jueces vía interpretación judicial respetando la parte dispositiva pueden realizar la hermenéutica conforme a la Constitución, y si no se puede hacer, es menester ejercitar la facultad de control difuso. En el caso de la norma penal, la Corte Suprema establece un marco conceptual constitucional para dotarle de legitimidad:

10. El ordenamiento jurídico no se fundamenta solo en la ley, entendida esta como el acto que emana del legislador, sino en la Constitución Política del Estado. Dicha afirmación se basa en la razón misma que motivó la creación de este instrumento normativo: la definición de los principios y valores que caracterizan a una sociedad en concreto. En el mundo existen distintos tipos de esquemas valorativos y de principios jurídicos. Aquellos valores que defiende nuestro modelo constitucional no tienen por qué coincidir con los valores que defiende otra sociedad.

Se trata de sociedades distintas que tienen concepciones diferentes de ellas mismas y de las relaciones entre las personas que las conforman. La importancia de la labor del constituyente reside en determinar cuáles son, de todo el espectro de posibilidades, aquellos valores y principios que definen a nuestra sociedad. Cuando realiza dicha selección, la plasma en disposiciones constitucionales, las cuales son la referencia obligatoria de los órganos constituidos, tanto del legislador como del juzgador.

11. La selección realizada por el constituyente tiene sus efectos directos en la labor que desempeñarán todos los operadores jurídicos, pues ellos deberán cumplir sus funciones dentro de los marcos que establece la Constitución, por una doble razón. En primer lugar, desde una perspectiva formal, porque la Constitución Política es la norma básica del ordenamiento jurídico. Por tanto, las normas que se crean, o la interpretación que se realiza de aquellas, deberán encontrarse conforme a la Ley Fundamental, dada su posición en la base del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, existe una razón de validez material, según la cual la norma es concebida como una expresión, específicamente una concreción, de los principios o los valores que la Constitución recoge. La actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino —y ante todo— un razonamiento constitucional. Desde este enfoque, el primer análisis que debe realizarse no es el de la aplicación inmediata de la norma, sino la evaluación de su validez al interior del sistema jurídico; esto es, de su conformidad con la Constitución
12. Para realizar una interpretación constitucional de la norma penal, el juzgador deberá verificar si la norma a aplicar es o no constitucionalmente legítima. En el ámbito penal, aunque también es aplicable esta lógica a otros ámbitos, el principio que ayuda a la verificación de la constitucionalidad de la norma es el principio de proporcionalidad. La aplicación del mencionado principio, conforme autorizada doctrina [*Vid.* BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, *passim.*] y jurisprudencia han señalado [STC. *Exp. N.º 010-2002-AI/TC*, fundamento jurídico N.º 195], es el principal método para determinar la validez de una norma en relación con la Constitución Política del Estado. La norma penal no solamente se compone de elementos normativos y descriptivos, en la misma cohabitan derechos fundamentales [*Vid.* CARO JOHN, José Antonio y Daniel O. HUAMÁN CASTELLARES, *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Editores del Centro, 2014, pp. 28 y 29), de allí que resulte necesario esclarecer si la norma penal (independientemente de si es procesal, sustantiva o de ejecución), es conforme a la

Constitución. El análisis de proporcionalidad recae sobre dos ámbitos concretos: la proporcionalidad del tipo penal y la proporcionalidad de la pena a imponer.

13. El test de proporcionalidad se compone de tres pasos para determinar la constitucionalidad de la norma, sea sobre la conducta incriminada o la sanción prevista. El primer test es el de adecuación o idoneidad. En esta parte, se busca determinar si la norma penal (la conducta incriminada o la sanción prevista) pueden o no ayudar a concretar la realización de un fin constitucionalmente legítimo. El segundo test es el de necesidad. En él se determina si existe o no un mecanismo alternativo que permita lograr la realización del fin constitucional. Si dicho mecanismo no existiere, será superada esta parte del test. El tercer test es el de proporcionalidad en sentido estricto. En este paso se realiza un ejercicio de ponderación. En él se hace un balance de los efectos negativos y los efectos positivos de la norma penal. Si la valoración de los efectos positivos resultare positiva, entonces se considerará a la norma constitucional. Si, por el contrario, el balance fuese negativo, se optará por declarar su inconstitucionalidad.

Finalmente, es necesario señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad no solo es posible ante excesos en la conducta incriminada o la pena, sino que es posible aplicarla a casos donde el legislador realizó una protección defectuosa. Por ejemplo, ello sucedería si el delito de asesinato tuviera una sanción máxima de 2 años de pena privativa de libertad; o se despenalizara el delito de lesiones. Pese a la necesidad de corrección de esta situación, el juez penal se encuentra impedido de intervenir en un caso de desproporcionalidad por defecto. La razón de esta prohibición reside en la acción que implicaría corregir la norma: una ampliación del ámbito de la conducta típica o un incremento de la sanción, que solo puede ser llevado a cabo por el legislador.

14. Una vez analizada la validez constitucional de la norma penal, también es necesario analizar si la misma es o no conforme a los principios del derecho penal. Cabe resaltar que los principios mencionados, por lo general, son concreciones de principios ya recogidos en la Constitución Política del Estado.

La interpretación conforme a principios viene a corregir una situación de injusticia creada por la falta de precisión de la norma, o por la ausencia de la misma. Los principios fundamentales a analizar, enunciativa y no exclusivamente, son: el principio de legalidad, el principio de lesividad y el principio de culpabilidad.

En el AP N.º 1-2016 también se resalta el principio de lesividad como baremo para establecer la proporcionalidad de la pena:

15. El principio de lesividad es el que dota de contenido material al tipo penal. En virtud de este principio, la pena precisa de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Sin embargo, no se trata de cualquier acción peligrosa, o lesiva, sino se trata de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal. Caso contrario, ante afectaciones muy leves a este principio, lo que corresponde es considerar la atipicidad de la conducta, al carecer de relevancia penal.

La Corte Suprema, ingresando al examen dogmático, enfoca el tema desde una perspectiva histórica:

3. La agravante del inciso 3 del párrafo segundo del artículo 367
16. El texto original del artículo 367 del Código Penal vigente no consideraba la condición policial de la autoridad que era afectada por actos de violencia o intimidación, como una circunstancia agravante específica. Tampoco el Código Penal de 1924 reguló en su articulado una disposición similar. Sin embargo, el Código Maurtua en el artículo 321, que reprimía los actos de intimidación, consideraba como agravante específica que “el delincuente pusiere manos en la autoridad”. En estos casos el estándar de punibilidad era no menor de seis meses de prisión lo cual daba al órgano jurisdiccional un amplio espacio de punición que permitía una mejor adaptación de la pena concreta a la mayor o menor gravedad de la agresión cometida. Al promulgarse el Código Penal de 1991, el artículo 366 conservó la misma descripción típica de la intimidación, pero omitió reproducir aquella ideográfica agravante.

La inclusión de la agravante de ataque a la policía nacional o lesiones en el ámbito de resistencia a su autoridad, y el ejercicio contra ella de violencia, se realizó por hechos que provocaron alarma social, como fue el caso del ataque que se hizo contra efectivos policiales en el desalojo del ex mercado mayorista La Parada:

17. La inclusión, pues, de la agravante por la calidad policial de la autoridad, que es objeto de análisis, ocurrió mucho años después a través de la Ley N.º 30054 y como respuesta político-criminal a sucesos violentos como el desalojo de comerciantes de “La Parada”, donde se ocasionaron daños importantes a la integridad física de los efectivos policiales que intervinieron en dicho operativo.

Esto es, dicha agravante específica estaba dirigida a prevenir y sancionar con severidad formas graves de agresión dolosa contra la autoridad policial, orientadas a intimidar a sus efectivos o producirles lesiones o incluso la muerte.

La aludida circunstancia agravante no fue, pues, construida por el legislador para sobrecriminalizar actos menores de resistencia, desobediencia o injurias contra efectivos policiales, los cuales de producirse tendrían tipicidad formal y material en otros delitos como el previsto en el artículo 368 (“El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención”) o en faltas como las contempladas en los incisos 3 (“El que, de palabra, falta el respeto y consideración debidos a una autoridad sin ofenderla gravemente, o el que desobedezca las órdenes que le dicte, siempre que no revista mayor importancia”) y 5 (“El que oculta su nombre, estado civil o domicilio a la autoridad o funcionario público o que lo interroga por razón de su cargo”) del artículo 452. Cabe señalar también que los insultos o actos de menosprecio verbales o de obra, proferidos contra la autoridad policial, constituyen formas de injuria (artículo 130), pero carecen de tipicidad propia como delitos contra la administración pública cometidos por terceros. Al respecto, es de recordar que el legislador nacional descriminalizó mediante la Ley N.º 27975, del 29 de mayo del 2003, el delito de desacato que reprimía este tipo de afrentas en el derogado artículo 374 del modo siguiente: “El que amenaza, injuria o de cualquier manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercitarlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es el presidente de uno de los poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años”. La justificación dada para tal decisión político-criminal fue la necesidad “democrática” de eliminar toda clase de privilegios legales o de sobre tutela penal para los funcionarios públicos, entre los que se encontraban los policías conforme a lo estipulado en el inciso 5 del artículo 425 del Código Penal.

Ahora, como paso siguiente la Corte Suprema establece un primer criterio limitador de la agravante del delito examinado, de tal forma que esta reducción pueda incidir en la proporcionalidad de la pena. Además, proyecta esta regla limitadora a otros delitos que tienen la circunstancia agravante:

18. Ahora bien, es importante precisar que el espacio de aplicación del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, así como de la agravante que para tales casos contempla el artículo 367 del Código Penal, debe operar de manera residual y subsidiaria a la eficacia de otros delitos que involucran formas de daño ocasionados dolosamente por terceros contra la vida, la salud o la libertad de efectivos policiales cuando estos actúan en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de represalias por la realización legítima de las mismas. Se trata, en concreto, de los siguientes delitos y de sus respectivas circunstancias

agravantes específicas por la condición funcional o policial del sujeto pasivo:

- Homicidio calificado por la condición funcional del sujeto pasivo (artículo 108-A).
- Sicariato (artículo 108-C, inciso 5).
- Lesiones graves dolosas (artículo 121, párrafos 5 y 6).
- Lesiones leves dolosas (artículo 122, incisos 3, literal a y 4).
- Injurias (artículo 130).
- Secuestro (artículo 152 inciso 3).

La circunstancia agravante tiene que ver con las lesiones causadas a miembros de la Policía Nacional en ejercicio de sus funciones, pero como la norma no delimita el grado de las lesiones, la Corte Suprema, empleando el mismo criterio que aplicó al delito de robo, establece la gravedad de la pena a partir de la clase de lesiones causadas a la policía, porque una cosa es que el policía sea insultado o lesionado con una equimosis que requiere menos de 10 días de atención facultativa, lo que sería una falta y no delito, y otra es que el policía sea herido con arma de fuego u objeto contundente:

19. Por tanto, es relevante precisar que el delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado por la calidad policial de esta, abarca únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el *ius imperium* del Estado, representado en el ejercicio del poder, competencias y facultades que aquella legalmente ostenta y ejerce. Son, pues, formas de resistencia activa y violenta contra dicho poder y autoridad. Por tal razón, su relevancia y punibilidad tienen siempre que ser menores que los que corresponden a otra clase de acciones de violencia que se dirigen a atentar directamente contra la vida o la salud de efectivos policiales que ejercen o ejercieron sus funciones. Es por ello que para sancionar con severidad estos últimos casos, se han regulado expresamente circunstancias agravantes específicas en los delitos de homicidio y lesiones.
20. Por consiguiente, el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial solo puede configurarse y ser sancionado como tal, cuando en el caso *sub judice* no se den los presupuestos objetivos y subjetivos que tipifican de manera independiente los hechos punibles contra la vida o la salud individual del funcionario policial que se han señalado anteriormente. La penalidad, por tanto, del delito de violencia y resistencia contra una autoridad policial no puede sobrepasar la pena mínima fijada para las lesiones leves en el artículo 122, inciso 3, literal “a”. Es decir, en ningún caso puede ser mayor de tres años de pena privativa de libertad, si es que la violencia ejercida contra la autoridad policial

no ocasionó siquiera lesiones leves. Pero, si el agente con las violencias ejercidas produjo dolosamente lesiones leves o lesiones graves a la autoridad policial, su conducta solo debe asimilarse a los delitos tipificados en los artículos 121 y 122 del Código Penal, respectivamente; aplicándose, además, en tales supuestos, la penalidad prevista para la concurrencia de la agravante específica que se funda en la condición funcional del sujeto pasivo. Esto es, si se ocasionan lesiones graves la pena será no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de libertad; y si solo se produjeron lesiones leves, la sanción será no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de libertad.

Como una primera regla tenemos —dentro de una interpretación sistemática y conforme a la Constitución— que, si en el acto de violencia a la autoridad no se ha ejercido propiamente este medio comisivo, la sanción no podrá ser mayor de 3 años. Esto se aplica en el supuesto de que haya violencia y las lesiones sean menores a leves, lo que sería una falta, menos de 10 días de atención facultativa. Si son equivalentes a lesiones leves, la pena será de 3 a 6 años, y si son lesiones graves, de 6 a 12 años.

En los siguientes considerandos, la Corte Suprema hace más precisiones respecto a los criterios de atenuación y establece con claridad qué actos no pueden ser estimados como violencia a la autoridad, fijando mejores pautas para la determinación de la pena.

§ 4. Sobre la proporcionalidad en la determinación judicial de la pena

21. Como ya se ha señalado, el objeto de protección penal en los actos que constituyen delito de intimidación y violencia contra la autoridad policial está constituido por el poder legítimo que esta ostenta para el debido ejercicio de sus funciones ante terceros. Partiendo de este presupuesto, el juez tiene el deber de determinar si la acción imputada, y debidamente probada, configura o no una afectación a dicho bien jurídico que justifique la imposición de la sanción agravada. Por lo demás, la aplicación de una sanción más severa exige siempre la existencia de un plus de lesividad que hace que la conducta realizada se diferencie del tipo básico. La diferenciación, en este caso, reside en la idoneidad de la acción violenta para impedir el ejercicio de la función pública de quien es efectivo policial. Por tanto, aquellas otras acciones que en el caso concreto pueden significar un acto de intimidación o de violencia contra una autoridad policial en el ejercicio de sus funciones, y estar destinadas a evitar que ella las cumpla, pero que por las condiciones particulares de quien las ejecuta o por el contexto donde estas se dan, no resultan idóneas para impedir o frustrar el cumplimiento efectivo de las actuaciones policiales, no podrán configurar la agravante que regula la ley y solo pueden realizar el tipo

penal del artículo 366 o ser una falta. Así, actos como el empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú, cuando este ejerce sus funciones, o el afectar su honra a través de insultos o lanzándole escupitajos, no pueden ser consideradas como formas agravadas.

Sobre todo, porque dichas conductas no son suficientemente idóneas para afectar el bien jurídico con una intensidad o fuerza adecuadas para impedir que la autoridad cumpla sus funciones; la pena, entonces, que cabría aplicar en tales supuestos no puede ni debe ser la conminada en el artículo 367.

22. Pero, además, en la determinación judicial de la pena aplicable a los actos de intimidación o violencia dirigidas contra autoridades policiales, no se puede obviar la concurrencia evidente de causales de disminución de punibilidad como cuando el agente del delito se encuentre bajo notorios efectos del consumo de alcohol; o cuando aquel solo se resiste a su propia detención; o cuando los actos de intimidación o violencia se ejecuten por quien reacciona en errónea defensa de un familiar cercano que es intervenido por la autoridad policial. En tales supuestos, según corresponda, el juez debe decidir la pena a imponer siempre por debajo del mínimo legal, tal como lo dispone el artículo 21 del Código Penal.

Asimismo, no hay impedimento legal alguno para que la pena impuesta, en tanto no sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad y se den los presupuestos legales correspondientes, pueda ser suspendida en su ejecución o convertida en una pena limitativa de derechos.

23. Tampoco hay ninguna limitación normativa que afecte la eficacia de reglas de reducción por bonificación procesal, como cuando el procesado expresa confesión sincera o se somete a la terminación anticipada del proceso; o a la conclusión por conformidad de la audiencia. En todos estos casos, la reducción sobre la pena impuesta se aplicará siempre y conforme a los porcentajes que autoriza la ley.

La Corte Suprema, pese a la crítica al delito de violencia y resistencia a la autoridad, da a conocer una propuesta modificatoria que debe ser remitida por la Sala Plena al Congreso de la República, básicamente para fijar una reforma que considere sanciones más leves por hechos que, sin dejar de ser faltamiento a la autoridad, no tienen el grado de lesividad que justifique penas altas.

La pena será no menor de seis meses ni mayor de dos años de pena privativa de libertad o prestación de servicios a la comunidad de veinticuatro a ciento cuatro jornadas, cuando los actos de intimidación o violencia no revistan gravedad.

La iniciativa de la Corte Suprema hasta ahora no se ha concretado en una ley.

CAPÍTULO V

RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

Artículo 368.- Resistencia o desobediencia a la autoridad²⁰

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupeficientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas. Cuando se desobedece o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.*

** Artículo modificado por la Ley N.° 30862, publicada el 25 de octubre del 2018*

1. ALCANCES TÍPICOS

El art. 113 del Código Penal alemán reprime a la persona que contra un funcionario público, al que denomina titular de cargo público o un soldado de las Fuerzas Armadas Federales que esté investido en sus facultades por la ley u otras disposiciones como sentencias, ejerza resistencia con violencia o con amenaza de violencia o lo agrede de obra en la ejecución de uno de estos hechos

20 Historia legal:

“Desobediencia o resistencia a la autoridad

Artículo 368.- El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”. (1991).

“Desobediencia o resistencia a la autoridad

Artículo 368.- El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupeficientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas”.

(Artículo modificado por la Ley N.° 29439, publicada el 19 de noviembre del 2009).

de servicio. Se castiga estos actos con pena privativa de la libertad de hasta dos años o con multa.

Como el acto resistido tiene que ser legal, la norma alemana establece que no es punible si el servicio no tiene sustento jurídico. Asimismo, en la descripción del delito fija como criterio de atenuación de pena cuando el agente supone por error que el acto de servicio es ilegal, pero pudo salir del error de forma diligente.

El art. 114 considera que el sujeto pasivo del delito puede ser aquel que tiene facultades y obligaciones de funcionario público, sin ser titular de dicho cargo. Se le otorga esta condición especial a las personas que han sido llamadas para apoyar la acción de servicio.

También el Código Penal argentino, en su art. 239, describe la conducta que resiste una actuación de funcionario público, pero como medio comisivo no se menciona el uso de violencia, de allí que la sanción máxima es de privación de libertad de un año.

El art. 368 del CP peruano fue modificado por la Ley N.º 29439 y, pese a que la sanción original en 1991 era no mayor a 2 años de pena privativa de libertad, se incorporó un supuesto más: el comportamiento de la persona que evitara realizarse exámenes toxicológicos, para quien se estableció una pena de 6 meses a 4 años. Esto tuvo su explicación en los casos de choferes ebrios que al evitar hacerse el dosaje étlico salían librados del delito de conducción en estado de ebriedad.

El sujeto activo realiza el tipo penal cuando desobedece o resiste la orden legalmente dispuesta por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones. Veamos cómo se ha definido esta conducta prohibida en la jurisprudencia superior:

La violencia y resistencia a la autoridad consiste en desobedecer o resistir la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones; por lo tanto, para que se consume dicha acción típica basta el incumplimiento de la orden u omitir su realización, siempre y cuando esta se encuentre dentro del marco de la ley.

(Exp. N.º 3297-98 Lima, de 6-8-1999. Sala Penal. Texto completo: *Diálogo* 28, 2001, p. 323)²¹.

21 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 602.

La desobediencia y resistencia a la autoridad es un delito doloso de omisión, el cual tiene tres requisitos que han de existir: a) una obligación o deber de actuación en el sujeto activo, b) el no cumplimiento de dicho deber u obligación y c) la posibilidad de haberla cumplido. El no pago a un extrabajador, en cumplimiento de un pacto celebrado ante un juzgado laboral, al no tener posibilidad de realizarlo, no constituye delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.

(Exp. N.º 1394-1998, Chiclayo, 30-12-1998. Distrito Judicial de Lambayeque. Texto completo: *Serie de jurisprudencia* 3, 2000, p. 171)²².

La desobediencia se considera como “la rebeldía u oposición abierta, hostil y maliciosa, acompañada de actos de contradicción, decidida y resuelta al cumplimiento de un mandato u orden en curso de ejecución, expreso y personal de la autoridad en ejercicio de sus funciones. (Exp. N.º 922-81 Cajamarca, de 16 de octubre de 1981. Sala Penal. Texto completo: *Jurisprudencia penal*, 1987, p. 164)”²³.

En la siguiente ejecutoria superior tenemos un caso típico de resistencia a la autoridad:

El mantener en funcionamiento una academia preuniversitaria, que había sido clausurada por funcionarios del Ministerio de Educación, constituye delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.

(Exp. N.º 9800032, Huaraz, 5-4-1999. Distrito Judicial de Áncash. Texto completo: *Serie de jurisprudencia* 4, 2000, p. 403 [...])²⁴.

Si bien el tipo penal no establece la violencia como obligatorio medio comisivo, puede entenderse su uso para resistirse o desobedecer una orden legal, diferenciándola cuando se la emplea en la descripción del delito de robo con violencia. Así, decanta la jurisprudencia suprema:

Cuarto. [L]as agresiones, en todo caso, pueden configurar propiamente el delito de violencia o resistencia a la autoridad, pero en ningún caso adecuarlas para configurar el elemento objetivo del robo agravado —la violencia, la cual constituye la agravante que parte dentro de un único designio criminal, del cual se vale para conseguir el éxito de la empresa delictiva [...].

22 *Loc. cit.*

23 *Loc. cit.*

24 *Ibid.*, p. 604.

(R. N. N.º 2998-2011 Piura, de 1-6-2012, f. j. n.º 4. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2cRBHAm>)²⁵.

Este delito tiene una excepción, cuando la desobediencia apunta a evitar una detención dictada por autoridad judicial competente. Se le reconoce a una persona la facultad de sustraerse de la orden en defensa de su libertad. Sobre este tópico, la jurisprudencia suprema se ha pronunciado así:

[E]l haber desobedecido una orden impartida por un efectivo policial en circunstancias de haber sido intervenido por la supuesta comisión del delito de contrabando, no es reprimible penalmente, por cuanto estaba de por medio su libertad y con su accionar trataba de evitar su propia detención [...].

(R. N. N.º 316-2002 Tacna, del 9-12-2002. Sala Penal. Texto completo: <bit.ly/2cretEo>)²⁶.

Que de otro lado, no obstante acreditarse que el acusado abandonó su domicilio desde el 17 de setiembre de 1996, día de la intervención del sentenciado [...], ello en modo alguno puede constituir elemento probatorio de la comisión del delito ni su responsabilidad conforme erróneamente se concluye en el sétimo considerando de la recurrida, pues la sustracción a la acción de la justicia de cualquier inculpado representa un derecho natural a conservar su propia libertad, que tiene sustento legal en el artículo 368 del Código Penal, cuando prescribe que no comete delito de desobediencia o resistencia a la autoridad aquel que evita su propia detención.

(R. N. N.º 2228-2003 Callao, del 7-11-2003, f. j. n.º 6. Sala Penal Permanente. Texto completo: <goo.gl/0QXkSX>)²⁷.

La orden desobedecida debe ser impartida por un funcionario público en ejercicio de sus atribuciones. Si no se da en este marco, la conducta sería atípica, tal como se estableció en la siguiente ejecutoria superior:

No incurre en el delito de violencia contra la autoridad agravada quien agrede a un policía que se encontraba prestando el servicio de regulación del congestionamiento vehicular en el interior de un centro comercial en su día de franco.

IV. [...]

25 *Ibid.*, p. 602.

26 *Loc. cit.*

27 *Loc. cit.*

1. Que los hechos por los cuales ha sido condenado el recurrente están referidos a que [en circunstancias en que] iba conduciendo su vehículo [taxi] al interior del centro comercial Mega Plaza, [...] recibió la indicación [de. un] policía [...] para que girara en la dirección por la que vino puesto que no estaba permitido el ingreso a taxis, sino solo vehículos particulares, siendo que, si bien el sentenciado conducía un vehículo con el letrero de “taxi”, estaba haciendo uso de este como particular, pues manifiesta que quería retirar dinero [de un cajero]. Es así como el sentenciado hizo caso omiso de las indicaciones, por lo que el referido efectivo policial le solicitó sus documentos, y ante la negativa, este golpea el auto en señal de llamada de atención, debido a esto el sentenciado, bajó del auto y reaccionó empujando y agrediendo al efectivo policial, siendo luego intervenido por otros dos efectivos policiales del escuadrón de emergencia.
2. Que, los hechos antes descritos han sido calificados como constitutivos de un delito de violencia contra un funcionario público, [con la] agravante de segundo grado: la prevista en el inciso 3) el artículo 367 del Código Penal [...].
[...].
7. [...] [El] efectivo policial [ha manifestado] que se [...] encontraba prestando servicio individualizado en el interior del Centro Comercial [...].
[...].
11. [Hay que precisar] que regular o controlar el congestionamiento vehicular se encuentran fuera de la gama de labores que podrían calificarse como el ejercicio regular de [las] funciones [de este policía], más aún cuando dicho servicio que realizaba era prestado a una entidad privada como lo es un centro comercial privado. Teniendo en cuenta lo anterior, y dada la atipicidad del hecho enjuiciado, corresponde declarar la nulidad de la sentencia recurrida [que impuso una pena de 8 años] y de oficio declarar fundada la excepción de naturaleza de acción, de conformidad con lo previsto por los artículos 5 y 298 del Código de Procedimientos Penales.
12. No obstante lo anterior, ello no quiere decir que se desconozca la agresión que sufrió el mencionado efectivo policial. En efecto, [está acreditado que el policía agraviado] sufrió una lesión que requirió de dos días de atención facultativa y siete días de incapacidad médico legal. Ello evidentemente, configura una falta contra la integridad física del artículo 441 del Código Penal.

(Exp. N.º 03354-2014-0-0901-JR-PE-01, de 26-1-2016, f. j. n.º 4. Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel. Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Texto completo: <bit.ly/2c3dC8r>)²⁸

Con relación a si en su ejecución este delito es instantáneo o permanente, se discutió este problema en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de 1998, que acordó lo siguiente:

Delitos de resistencia a la autoridad deben ser reputados como instantáneos de efectos permanentes.

Primero. Por unanimidad, hay que declarar que los hechos consumados en un solo acto deben reputarse como delitos instantáneos, independiente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos. Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución.

Segundo. Por unanimidad, declarar que solo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, esta se mantiene en el tiempo durante un periodo cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente.

Tercero. Por mayoría de treinta y dos votos contra doce, declarar que la ley aplicable a los delitos permanentes es la vigente al inicio del periodo consumativo, y que, en consecuencia, concurren a la sanción de este tipo de hechos todas las leyes vigentes mientras dura el estado consumativo.

[...]

Sexto. Por treintiún votos contra trece, que los delitos de resistencia a la autoridad y los delitos de omisión a la asistencia familiar deben ser reputados como instantáneos de efectos permanentes.

Duodécimo. Por aclamación, que en todos los casos la prescripción debe computarse desde la conclusión del periodo consumativo o continuado.

(Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de 1998. Tema 2: Delitos continuados, delitos permanentes y delitos instantáneos. Modificación de la ley penal en el tiempo y prescripción de la acción)²⁹.

La desobediencia o resistencia debe ser injustificada y dolosa para considerarla con relevancia penal y poder reprimirla. De allí que no es posible asumir automáticamente que hay desobediencia de un mandato por un mero incumplimiento. Sobre esta situación, la Corte Suprema ha pronunciado:

Incumplimiento o inobservancia de recomendaciones de superiores no permite la configuración del tipo penal. La no ejecución inmediata de una resolución no puede ser establecida como una negación a obedecer a una orden,

en la medida que la administrada interpuso además recurso de reconsideración contra dicha resolución.

Quinto. El artículo 368 del Código Penal sanciona al “que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones”, de ello se desprende que son dos las modalidades típicas que se regulan en el citado dispositivo, la primera supone el desacato del administrado, de la orden impartida, esto es, la negación a obedecer; mientras que la segunda importa una conducta obstruccionista por parte del agente, en cuanto a la realización de los actos que traban la actuación funcional. Del objeto procesal fijado por el Ministerio Público en su acusación escrita y contradicho por las partes en el desarrollo del proceso, así como de la sentencia de vista impugnada, se tiene que se imputa a la procesada la modalidad de desobediencia a la autoridad, por lo que el presente análisis versará sobre tal injusto.

Sexto. El delito de desobediencia a la autoridad requiere para su configuración que se presenten los siguientes presupuestos: i) una orden —resolución administrativa o judicial—, ii) obligación o deber de actuación en el sujeto activo, ii) [sic] el no cumplimiento de dicho deber u obligación y iii) la posibilidad de haberla cumplido.

Sétimo. Conforme se verifica de la [...] Resolución [...], el rector de [una universidad] resolvió recomendar a la procesada PMDV, directora del Centro de Idiomas de la Institución para que de acuerdo al número de alumnos matriculados incrementalmente de manera gradual el número de grupos a favor de la señora FRP —ahora agraviada—, docente contratada en dicho centro, para la enseñanza del idioma inglés. De ello se verifica que la citada resolución no contenía un mandato expreso —orden— dirigido a la procesada para que ejecute un acto en un plazo o fecha determinada, pues la recomendación no constituye una disposición imperativa, *conditio sine qua non* para que los actos del sujeto activo se subsuman en la tipicidad del delito, de ahí que si la encausada hizo caso omiso a la recomendación brindada por su superior, ello podrá ser valorado internamente por el órgano competente, mas no puede ser empleado como un elemento objetivo del delito de desobediencia a la autoridad, buscando su configuración, toda vez que si “no hay orden no hay desobediencia posible”. [...]

Décimo. En virtud de lo regulado por el inciso 1 del artículo 11 de la Ley N.º 27444 —Ley del Procedimiento Administrativo General—, los administrados plantean [...] recurso de reconsideración [ante el] [...] órgano que había emitido la orden [para que] la reconsidere por estar la decisión viciada por nulidad.

Décimo primero. [...] [Siendo] así, la no ejecución inmediata de la Resolución [aludida en el f. j. n.º 7], no puede ser establecida como una negación a obedecer a una orden, al haber la procesada ejercido uno de los derechos

que la Ley de Procedimiento Administrativo General le otorga —derecho de contradicción—.

(R. N. N.° 1337-2013 Cusco, del 20-1-2015, ff. jj. 5, 6, 7, 10 y 11. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/ITmdsGz>)³⁰.

En la misma línea de razonamiento, tenemos que la desobediencia debe ser de una entidad tal que sea un abierto desafío a la orden de la autoridad:

El comportamiento consiste en una negativa abierta al cumplimiento de la orden. El comportamiento en el delito de violencia y resistencia a la autoridad en cuanto a su tipicidad objetiva consiste en una negativa abierta al cumplimiento de la orden impartida por un funcionario público, en donde al tratarse de un delito de acción, la negativa tiene que quedar claramente expresada.

(Exp. N.° 8080-97, del 16-3-1998. Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: ROJAS, *JP comentada*, p. 835)³¹.

Este mismo criterio se sostiene en la siguiente ejecutoria, pues no cualquier incumplimiento debe estimarse como resistencia a la autoridad.

Existencia de una rebeldía u oposición abierta, hostil y maliciosa para que se configuren los delitos de violencia y resistencia a la autoridad. Para que se configuren los delitos de violencia y resistencia a la autoridad, es necesario demostrar la existencia de una rebeldía u oposición abierta, hostil y maliciosa, en contra del cumplimiento de un mandato de una autoridad en el ejercicio de sus funciones.

(Exp. N.° 413-96, Huacho, 27-4-1998. Distrito Judicial de Huaura. Texto completo: *Serie de jurisprudencia* 4, 2000, p. 415)³².

Procede absolver a un acusado si es que la orden emanada no ha sido dirigida de forma clara al destinatario y obligado a su cumplimiento como se analiza correctamente en la siguiente ejecutoria superior:

Al no existir certeza de que el encausado haya sido notificado de manera oportuna de los requerimientos oficiales, o que deliberadamente haya desobedecido o resistido la orden impartida por el representante del Ministerio

30 *Loc. cit.*

31 *Ibid.*, p. 604.

32 *Loc. cit.*

Público, no se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito imputado [...].

(Exp. N.º 2449-98, del 1-09-1998. Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: ROJAS, *JP comentada*, p. 838)³³.

LEGISLACIÓN COMPARADA

§ 113. Resistencia contra agentes ejecutores

Alemania

1. Quien contra un titular de cargo público o un soldado de las Fuerzas Armadas Federales que esté nombrado para la ejecución de leyes, disposiciones legales, sentencias, resoluciones judiciales o providencias, ejerza resistencia con violencia o con amenaza de violencia o lo agrede de obra, en la ejecución de uno de estos hechos de servicio será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.
2. En casos especialmente graves el castigo será pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. Por regla general, un caso en especialmente grave se presenta cuando, 1. el autor u otro partícipe porte consigo un arma, para emplearla en el hecho o 2. el autor ponga al agredido por medio de una actividad de violencia en peligro de muerte o de una grave lesión a la salud.

3. El hecho no es punible según este párrafo, cuando el hecho de servicio no sea legal. Esto también tiene validez cuando el autor falsamente asuma que el hecho de servicio sea legal.

4. Si el autor supone erróneamente durante la comisión del hecho que el hecho de servicio no fuera legal y hubiera podido impedir el error, entonces el tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, inciso 2) o prescindir del castigo de acuerdo con esta norma en caso de culpabilidad más leve. Si el autor no pudo impedir el error, y tampoco le fuera exigible de acuerdo con las circunstancias por él conocidas, defenderse con acciones legales contra el supuesto hecho de servicio antijurídico, entonces el hecho no es punible según esta norma. Si esto le era exigible, entonces el tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, inciso 2) o prescindir de un castigo de acuerdo con esta norma.

Alemania

§ 114. Resistencia contra personas que se equiparan a los agentes ejecutores

1. A los hechos de servicio de un titular del cargo en el sentido del § 113 se equiparán a los hechos ejecutivos de personas, que tengan los derechos y obligaciones que tiene un funcionario de la policía o que son agentes de policía judicial, sin ser titulares de cargo.
2. El § 113 vale correspondientemente para la protección de las personas que hayan sido llamadas para apoyar el hecho de servicio.

Argentina

Artículo 239.- Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 547. Resistencia o desobediencia a la autoridad

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención, es reprimido con prestación de servicios a la comunidad de setenta a ciento cuarenta jornadas. La pena privativa de libertad es no mayor de cuatro años o prestación de servicios a la comunidad de setenta a ciento cuarenta jornadas, al que desobedece la orden de muestreo para realizar un análisis de sangre o de otros fluidos corporales con la finalidad de determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintética, o al que desobedece la orden que dispone la realización de una prueba de ADN con fines de esclarecimiento de un delito. La pena privativa de libertad es no mayor de siete años al que desobedece, incumple o resiste con las garantías personales o una medida de protección dictada en un proceso especial originado por hechos que configuran actos de violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar.

CAPÍTULO VI

INGRESO INDEBIDO DE EQUIPOS

Artículo 368-A.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión³⁴

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet desde el exterior del establecimiento penitenciario será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código*.

* Artículo modificado por el D. Leg. N.º 1182, publicado el 27 de julio del 2015.

1. DESCRIPCIÓN TÍPICA

La adición de estos artículos que tipifican el comportamiento de quienes introducen en centros penitenciarios diversos objetos que son utilizados para actividades delictivas tiene su fundamento en el dictamen³⁵ de la Comisión de Justicia del Congreso para justificar la dación de la Ley N.º 29867. En el dictamen se sostuvo que existía un vacío legal en la actividad delictiva cometida

34 Historial legal:

“Artículo 368-A.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código”.

(Ley N.º 29867, publicada el 22 mayo del 2012).

35 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley 289/2011-CR 553/2011-CR, con un texto sustitutorio por lo que se propone incorporar diversos artículos al Código Penal, sobre el ingreso indebido de equipos o de sistemas de comunicación al interior de centros de detención*, Lima: 2012, p. 5. Recuperado de <<https://bit.ly/3zzEkAi>>.

desde los centros penitenciarios, donde se planifican, dirigen y ejecutan delitos utilizando armas, municiones, artefactos explosivos y se cuenta con celulares y teléfonos dentro del penal. Respecto de las armas de fuego, se propuso que se incorporara el delito de tenencia de armas en centro penitenciario; sin embargo, en el dictamen se precisó que debería realizarse una tipificación autónoma, toda vez que estas acciones exponen la integridad del sistema penitenciario, ponen en peligro la vida de los internos, se somete a coacción a los internos más vulnerables y se pone en riesgo la seguridad penitenciaria, además de expandir la criminalidad hasta la ciudadanía, dado que aquí se planifican delitos.

Con el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos³⁶ frente al Proyecto de Ley N.º 4427/2010-PE, remitido por el Ejecutivo el 11 de marzo del 2011, se reforzó la ubicación de estos tipos penales en delitos contra la administración pública en el sentido de que los centros penitenciarios forman parte de la administración pública y las conductas de ingreso de materiales prohibidos afecta su correcto funcionamiento.

Según la descripción típica este delito es uno de mera actividad, pues basta que el agente ingrese los objetos prohibidos para que se consume el tipo penal. Ahora, es evidente que estos deben estar en condiciones para poder usarlos.

El sujeto activo puede ser cualquier persona que indebidamente o ilegalmente a sabiendas ingresa o hace el intento de ingresar o permite el ingreso por terceros a un centro de detención o reclusión —como instalaciones de detención de la Policía Nacional, o transitorios del Instituto Nacional Penitenciario, o los mismos centros carcelarios— equipos o sistemas de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet. Asimismo, instrumentos que permitan el registro de fotografías, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet desde el exterior del establecimiento penitenciario. Es decir, toda la gama de equipos que permitan la comunicación del interior al exterior o viceversa. El ingreso de estos sistemas de forma ilegal definitivamente pone en riesgo la vida y seguridad de los centros de detención o reclusión. La sanción es pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. El agraviado es el Estado.

36 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley 289/2011-CR 553/2011-CR, con un texto sustitutorio por lo que se propone incorporar diversos artículos al Código Penal, sobre el ingreso indebido de equipos o de sistemas de comunicación al interior de centros de detención*, Lima: 2012, p. 7.

Este delito tiene su forma agravada cuando para ingresar los sistemas de comunicación el sujeto activo se vale de su condición de autoridad, es abogado defensor, servidor o funcionario público, reprimiéndose tanto el hecho de que directamente ingresen estos sistemas prohibidos como el que permitan que terceros cometan el hecho punible descrito. Es un delito doloso, puesto que podría darse la situación de que un abogado ingrese un equipo de comunicación de manera negligente, no orientado a su utilización indebida por un interno.

La sanción, atendiendo a la capacidad de culpabilidad del sujeto activo en esta modalidad agravada, es pena privativa no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36 del Código Penal, concretamente la privación del cargo que tenía, aunque fuese de elección popular.

La casuística permite establecer que las personas tratan de esquivar los controles en los centros de reclusión, ocultando los objetos que pretenden ingresar. Es en estas zonas de tránsito donde son generalmente descubiertas, por lo que se configura delito flagrante. Esto puede traer como consecuencia que el Ministerio Público emplee salidas alternativas, como terminaciones anticipadas, o procedimientos de celeridad, como acusación directa o proceso inmediato. A continuación, veamos, de forma resumida, un requerimiento de acusación directa³⁷ en contra de la persona de Sandy Geraldine Pascual Moya, Caso N.º 1006014500-2015-1152-0, por el delito de ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión.

Imputación:

[E]l día 25 de marzo del año 2015, a las 10:43 horas aproximadamente, la investigada Sandy Geraldine Pascual Moya concurrió al Establecimiento Penal para Procesados de Carquín “San Judas Tadeo” - Huacho, con la finalidad de ingresar al penal para una Audiencia Pública en calidad de citada —según el expediente 1812-2014— por el Primer Juzgado Preparatoria de Huaral, siendo que, al momento de pasar revisión en la puerta principal, personal del INPE, la Técnica Jáuregui Cerna Miriam, encargada de Revisión corporal, encontró en el interior del monedero color marrón con diseños color marrón oscuro de la investigada un artículo prohibido; 1 chip para teléfono celular del operador Movistar, serie n.º 89510-63031-40379-3701-80.03, razón por la cual se procede a la incautación del artículo prohibido e intervenir a la investigada.

37 PRIMERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE HUACHO, *Caso N.º 1006014500-2015-1152-0*, Huacho: 20 de octubre del 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/3gPRZvM>>.

Los hechos objeto de imputación se subsumen el delito contra la administración pública cometido por particulares en la modalidad de ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión [art. 368-A del CP].

La pena propuesta por el Ministerio Público es de cuatro años de pena privativa de libertad y la suma de mil soles de reparación civil a favor del Estado - Instituto Nacional Penitenciario, debidamente representado por la Procuraduría Pública de los Asuntos Judiciales del Instituto Nacional Penitenciario.

Actos de investigación:

- ACTA DE HALLAZGO/INCAUTACIÓN DE SUSTANCIA Y/O ARTÍCULOS PROHIBIDOS EN EL ÁREA DE REVISIÓN, de fecha 25 de marzo del año 2015 [...], donde se verifica que al momento de la revisión corporal se encontró en el interior del monedero color marrón, con diseños color marrón oscuro de la investigada un artículo prohibido; 1 chip para teléfono celular del operador MOVISTAR, serie n.º 89510-63031-40379-3701-80.03, razón por la cual se procede a la incautación del artículo prohibido.
- ACTA DE ENTREGA Y RECEPCIÓN PNP, de fecha 25 de marzo del año 2015 [...], a horas 15:31 p. m., donde se verifica que el personal del INPE hizo entrega a la persona intervenida quien manifestó no haber sido víctima de agresión física, ni psicológica de igual forma del artículo incautado al personal policial a cargo de la presente investigación preliminar.
- DECLARACIÓN DEL IMPUTADO, [...] siendo las 17:30 horas del día 25 de marzo del 2015 manifiesta que el motivo por el cual visitó el interior del penal de Huacho fue para una audiencia pública en calidad de citada —según el expediente 1812-2014— por el Primer Juzgado Preparatoria de Huaral, además manifiesta que desconocía que estaba prohibido y penado el ingreso de chips al interior del penal.
- FORMATO A-6 RÓTULO DE INDICIOS/ EVIDENCIAS / ELEMENTOS RECOGIDOS (EN CADENA DE CUSTODIA) [...] de fecha 25 de marzo del 2015 a hora 10.43 a. m. el mismo que contiene el artículo incautado.

Medios de prueba ofrecidos para la acusación:

- 1) Testimonial de Miriam Milagros Jáuregui Cerna, para que relate “la forma, modo y circunstancias como se realizó la revisión corporal de la investigada Sandy Geraldine Pascual Moya en la puerta principal del Penal de Carquín a la cual se le encontró el artículo prohibido”.

- 2) Documentos:
- 3) Acta de hallazgo/incautación de sustancia y/o artículos prohibidos en el área de revisión, de 1 de septiembre del 2014.
- 4) Acta de entrega y recepción, de 25 de marzo del 2015.

La intervención de personas que tratan de ingresar a los centros penitenciarios objetos prohibidos como sistemas de comunicación, que en el peor de los casos sirven a los internos para planificar sus delitos en el exterior, como hemos sostenido, se da en flagrancia, por lo que el Ministerio Público, ante esta circunstancia y de acuerdo a su estrategia, puede optar por la acusación directa, como en el caso resumido; o, si el delito es simple y hay prueba evidente, solicitar al juez competente que autorice el proceso inmediato.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 422.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía o filmación en centros de detención o establecimientos penitenciarios

El que sin autorización ingresa, facilita o permite el ingreso a un centro de detención o establecimiento penitenciario, equipos o sistema de comunicación, fotografía o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet desde el exterior del establecimiento, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al literal k del artículo 38. Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa de libertad es no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación de seis a ocho años, conforme a los literales a, y b y k del artículo 38.

CAPÍTULO VII

INGRESO INDEBIDO DE MATERIALES

Artículo 368-B.- Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código.*

* **Artículo incorporado por la Ley N.° 29867.**

1. ALCANCES DEL TIPO PENAL

El informe de la Comisión de Justicia estimó que el delito de “ingreso indebido de materiales” debía ser ubicado en los de “resistencia o desobediencia a la autoridad”, que reprime a quien desobedece o resiste la orden que, en ejercicio de sus atribuciones, da un funcionario público³⁸. Estimamos que, si bien el funcionario tiene facultades para exigir el cumplimiento de la ley, en este caso el ingreso de objetos de forma indebida afecta las prohibiciones penitenciarias establecidas por el Código de Ejecución Penal. Por eso, es muy dudoso que se haya agregado este delito en “desobediencia”. Operaría en el caso de una persona que, pese a que el funcionario le impele a no hacerlo, trata de ingresar algo indebido. En este caso sí estamos ante la desobediencia a una orden emitida por un funcionario público. La forma como se ha regulado la prohibición es normativa, no solo desde la legislación penitenciaria, sino desde las disposiciones de la Policía cuando tienen personas privadas de libertad en centros de detención, sea por flagrancia o por mandato judicial, aunque siempre de manera transitoria.

Si en el delito descrito por el art. 368-A del CP se sanciona a quien hace ingresar equipos de comunicación, en el 368-B se castiga al agente que hace ingresar de forma ilegal, o intenta o permite que ingresen, a un centro de detención o reclusión materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración

38 *Ibid.*, p. 10.

de sistemas de comunicación, como antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno.

Mientras que en el art. 368-A del CP los sistemas de comunicación están listos para ser utilizados una vez ingresados, aquí el agente ingresa las partes para poder armarlos dentro los centros de reclusión o detención. El hecho de que sean componentes permite que sean camuflados y busca evitar su descubrimiento en los pases controlados a los centros de reclusión o detención.

La sanción es pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Este delito doloso tiene como forma agravada el que el agente use a un menor de edad, abuse de su condición de autoridad o abogado defensor, o sea servidor o funcionario público, no solo para cometer el hecho de ingresar componentes para los sistemas de comunicación, sino también para permitir dolosamente que terceros ingresen dichos objetos. Como hay violaciones a los deberes funcionales —o del código de ética en el caso del abogado defensor—, la sanción de pena privativa es no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 423.- Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o establecimientos penitenciarios

El que indebidamente sin autorización ingresa, facilita o permite el ingreso a un centro de detención o establecimiento penitenciario, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno es reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, e inhabilitación conforme al literal k del artículo 38.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa de libertad es no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de cuatro a seis años, conforme a los literales a, b y k del artículo 38.

CAPÍTULO VIII

SABOTAJE DE LOS EQUIPOS DE SEGURIDAD

Artículo 368-C. - Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios

El que dentro de un centro de detención o reclusión vulnera, impide, dificulta, inhabilita o de cualquier otra forma imposibilite el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código.*

* **Artículo incorporado por la Ley N.° 29867.**

1. ALCANCES TÍPICOS

El sabotaje implica el deterioro o destrucción de algún objeto. En el art. 368-C del CP se reprime a la persona que dentro de un centro de detención o reclusión vulnera, impide, dificulta, inhabilita o de cualquier otra forma imposibilita el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios. Estos equipos, por su naturaleza, sirven para fines de la institución, como el de la seguridad, para evitar la evasión de internos o mantener el orden y la disciplina. También se usan para realizar las comunicaciones propias de la entidad o también las comunicaciones autorizadas de los mismos internos.

Se sanciona el detrimento o deterioro, pues pone en riesgo potencial la seguridad del centro de reclusión, tanto en vidas como en infraestructura. El agente desarrolla la conducta prohibida de forma dolosa, por lo que están excluidas las modalidades por negligencia o descuido, que pueden encausarse por los procedimientos administrativos sancionadores si el caso lo amerita.

El agente culpable es sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

La conducta del agente se agrava si es que realiza el sabotaje empleando menores de edad o se aprovecha de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público, no solo para cometerlo directamente, sino también para permitir de manera indirecta que terceros realicen la destrucción

de los sistemas de seguridad. La sanción es pena privativa no menor de ocho ni mayor de diez años y pena de inhabilitación, siendo de aplicación las sanciones establecidas por los incs. 1 y 2 del art. 36 del Código Penal.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 424.- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en centros de detención o establecimientos penitenciarios

El que, desde dentro o fuera de un centro de detención o establecimiento penitenciario o reclusión, vulnera, impide, dificulta, inhabilita o de cualquier otra forma imposibilita el funcionamiento de los equipos de seguridad o de comunicación en los establecimientos penitenciarios con la finalidad de vulnerar la seguridad penitenciaria, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al literal k cuatro y años del artículo 38.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa de libertad es no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme a los literales a, b y k del artículo 38.

CAPÍTULO IX

POSESIÓN INDEBIDA DE TELÉFONOS CELULARES

Artículo 368-D.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios

La persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión, que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Si el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.

Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.*

* **Artículo incorporado por la Ley N.º 29867.**

1. ALCANCES TÍPICOS

El sujeto activo en este delito es la persona privada de libertad, sea provisional o definitiva, con sentencia, y que en un centro de detención o reclusión posee o porta arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos. Esta conducta no solo afecta el régimen disciplinario de un condenado a pena de privación de libertad efectiva, sino también a quien se encuentra en prisión provisional, sin sentencia. Este delito es de mera actividad, esto es, no requiere un resultado lesivo para que se consume. Se trata de un riesgo potencial y cercano al peligro concreto.

El agente culpable es sancionado con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

También se reprime al privado de libertad si posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios sin que esté expresamente autorizado por la autoridad policial o penitenciaria. La pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.

La penalidad se agrava si se prueba que con el uso de estos aparatos —como celulares— se cometió o intentó cometer un ilícito penal. Aquí el legislador no aplica el principio de lesividad, pues equipara el delito consumado al tentado, aplicando la misma pena privativa de libertad con un mínimo de diez y como máximo quince años.

En la jurisprudencia superior, tenemos la ejecutoria recaída en el Exp. N.º 4600-2013-33 La Libertad, donde los imputados fueron Nelson Lozano Castillo y Luis Enrique Saldarriaga Colán; el delito, posesión indebida de teléfonos celulares o cualquiera de sus accesorios en establecimientos penitenciarios; y el agraviado, el Estado-INPE. La Sala consideró que no se acreditó la operatividad del celular y de las baterías incautadas a efectos de poner en peligro (abstracto) el control de la seguridad de los centros de reclusión por parte del INPE, afectada por la posesión no autorizada de equipos y accesorios que faciliten la telecomunicación y/o transmisión de voz al interior o exterior del centro penitenciario³⁹.

El hecho imputado fue el siguiente:

[E]l día veintiséis de abril del dos mil trece, a las doce horas con quince minutos, cuando el jefe de seguridad —alcaide de servicio y la guardia de servicio— realizaba un operativo inopinado a los internos, en el patio del Pabellón de Máxima “A” del Establecimiento Penitenciario Trujillo I (El Milagro), ubicado en la Panamericana Norte kilómetro 570, distrito La Esperanza, provincia de Trujillo, departamento La Libertad, encontraron que el interno Luis Enrique Saldarriaga Colán tenía en el bolsillo derecho de su bermuda deportiva de color negro con rayas blancas, un equipo celular marca Huawei, azul y negro, serie G-28005, con batería de color plomo, sin chip, envuelto con un cartón recortado. De otro lado, al interno Nelson Lozano Castillo se le encontró, en el bolsillo derecho de su bermuda color verde oscuro, cinco baterías de celular (cuatro de marca Nokia y una de marca Samsung).

Sentencia de primera instancia:

[El] Octavo Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo expidió [...] sentencia [...] *condenando* a los imputados Nelson Lozano Castillo y Luis Enrique Saldarriaga Colán como autores del delito de *posesión indebida de teléfonos celulares* o cualquiera de sus accesorios en establecimientos penitenciarios, tipificado en el segundo párrafo del artículo 368-D del Código Penal, en agravio del Estado-INPE. *Imponiéndoles* a ambos condenados, cuatro años de pena privativa de la libertad con carácter de efectiva.

Argumentos de los recursos de apelación:

39 TERCERA SALA PENAL SUPERIOR DE LA LIBERTAD (ponente: Sr. juez TABOADA PILCO), *Expediente N.º 4600-2013-33*, Trujillo: 14 de agosto del 2017.

[N]o se ha establecido la operatividad de los objetos prohibidos supuestamente incautados, pues la finalidad de la posesión ilegal de los accesorios de celular es facilitar el funcionamiento de los celulares y por lo tanto haga posible la comunicación; por lo que, al no probarse la operatividad de las mismas, no se configuraría el tipo penal.

[...]

[A]mbos imputados se negaron a firmar las actas de incautación debido a su disconformidad con las mismas al vulnerarse los artículos 68, 69 y 70 del Código de Ejecución Penal, que regula el procedimiento a seguir en caso de realizar revisiones y registros de celdas y ambientes, los mismos que deben de contar con la presencia del director o sub director, del jefe de seguridad y del personal de tratamiento.

La Sala Penal indicó:

[E]xiste prueba suficiente para acreditar que con fecha veintiséis de abril del dos mil trece, los imputados fueron intervenidos por personal de seguridad penitenciario en el operativo de revisión selectiva en el pabellón de máxima “A”, encontrándolos en *posesión* de objetos prohibidos (un teléfono celular y cinco baterías de celular) al interior del Establecimiento Penitenciario Trujillo I (El Milagro), tanto con la prueba testimonial del supervisor penitenciario Ricardo Piedra Cáceda como con las pruebas documentales antes anotadas consistentes en las actas de revisión selectiva y las actas de incautación de los objetos prohibidos elaborados por personal de seguridad del INPE.

Sin embargo, la Sala estimó que no se había acreditado la operatividad de los objetos prohibidos incautados, toda vez que “la finalidad de la posesión ilegal de los accesorios de celular es facilitar el funcionamiento de los celulares y por lo tanto [hacer] posible la comunicación; por lo que, al no probarse la operatividad de las mismas, no se configuraría el tipo penal y se estaría ante una sentencia absolutoria por insuficiencia probatoria para enervar la presunción de inocencia”.

Los argumentos jurídicos de la Sala Superior fueron:

El segundo párrafo del artículo 368-D del Código Penal reprime a la persona privada de su libertad en un centro de detención o reclusión que posee un teléfono celular o accesorios que no estén debidamente autorizado. La represión de estos delitos es para que no se planifique desde el interior de los centros penitenciarios del país, determinados delitos que se pueden cometer al exterior. Busca que se evite, que los centros penitenciarios se vuelvan “bandas organizadas” de planificación delictiva. Con respecto al bien jurídico al ubicarlo el legislador dentro de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad, nos está diciendo que el objeto a proteger será la administración

pública, al afectarse la correcta gestión de control de la administración pública, más específicamente del INPE, en su objetivo de controlar la seguridad de los centros de detención o de reclusión

El delito de posesión indebida de teléfonos celulares o cualquiera de sus accesorios en establecimientos penitenciarios, tipificado en el segundo párrafo del artículo 368-D del Código Penal, constituye un delito de peligro abstracto, así pues, se consuma con la mera posesión de un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado por la autoridad penitenciaria, en ese sentido, la Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N.º 98-2012-INPE/P de fecha 29 de febrero del 2012, en el Anexo 9 sobre los artículos prohibidos para el ingreso a un establecimiento penitenciario, en el punto 3 “objetos y artículos”, literal b) ha considerado a los teléfonos celulares y cualquier accesorio y/o complemento que facilite su uso, como baterías, cargadores y chips, asimismo cualquier equipo terminal y sus componentes que faciliten la telecomunicación y/o transmisión de voz.

El Ministerio Público en el presente caso no ha acreditado que el celular y las baterías incautadas a los imputados hayan estado operativas de manera tal que pueda facilitar la telecomunicación y/o transmisión de voz, como lo precisa la Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N.º 98-2012-INPE/P, porque solo así podría configurarse la puesta en peligro (abstracto) al bien jurídico tutelado por el artículo 368-D del Código Penal consistente en la correcta gestión de control de la seguridad de los centros de detención o de reclusión por el INPE. En los delitos de peligro abstracto, es necesario que la conducta del agente haya puesto en peligro el bien jurídico tutelado por exigencia del principio de lesividad, por el cual, la pena, necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley como lo prescribe el artículo IV del título preliminar del Código Penal.

El Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116 ha establecido que “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—” (fundamento jurídico 9).

En este orden de ideas, resultaba relevante determinar en el presente caso, si el equipo celular y las cinco baterías de celular incautadas a los imputados dentro de sus celdas del establecimiento penitenciario, se encontraban operativas a efectos de poner en peligro el bien jurídico protegido, tal es así, que el último párrafo del artículo 368-D del Código Penal ha tipificado como una circunstancia agravante: “si del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal”, lo cual ratifica la exigencia que el teléfono celular, fijo o cualquiera de sus accesorios sea útil, es decir, sirva para facilitar la telecomunicación y/o transmisión de voz. Aclárese que a diferencia de la circunstancia agravante, la conducta reprochable a los imputados no es la utilización del celular y las baterías, sino solo su mera posesión como lo describe la hipótesis normativa del segundo párrafo del artículo 368-D del Código Penal, en tanto y en cuanto estos objetos sean útiles u operativos, lo cual corresponde ser acreditado conforme al principio de libertad probatoria y de forma suficiente por el Ministerio Público, al constituir un elemento del tipo objetivo del delito y tener el deber de la carga de la prueba como lo establece el artículo iv.1 del Código Procesal Penal⁴⁰.

La decisión emitida tiene otro antecedente, la sentencia de apelación dictada el 20 de abril del 2017 por la Tercera Sala Penal Superior de La Libertad en el Exp. N.º 5593-2013-89, que revocó un fallo condenatorio y absolvió al imputado Miguel Ángel Bocanegra Meza del delito tipificado en el art. 368-D del CP, por el hecho consistente en haber ingresado al Establecimiento Penitenciario Trujillo I un chip Movistar y un adaptador de memoria, pero sin que en el proceso penal el Ministerio Público haya acreditado su operatividad.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 425.- Posesión indebida de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o teléfonos celulares en centros de o establecimientos penitenciarios

La persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión o establecimiento penitenciario que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, o sus componentes, es reprimida con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Si el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios, que no esté expresamente autorizado, la pena privativa de libertad es no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Si se demuestra que con el uso de los instrumentos señalados en los párrafos primero y segundo se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena privativa de libertad es no menor de ocho ni mayor de quince años.

40 TERCERA SALA PENAL SUPERIOR DE LA LIBERTAD (ponente: Sr. juez TABOADA PILCO), *Expediente N.º 4600-2013-33*, Trujillo: 14 de agosto del 2017, ff. j. n.ºs 13-17.

CAPÍTULO X

INGRESO INDEBIDO DE ARMAS

Artículo 368-E.- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de diez ni mayor de veinte años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código.*

*** Artículo incorporado por la Ley N.º 29867.**

1. ALCANCES TÍPICOS

El escenario del delito del 368-E es un centro de detención o un centro penitenciario. El sujeto activo puede ser cualquier persona, visitante, familiar de un interno, o cualquiera que no teniendo vinculación con algún recluso ingresa al establecimiento carcelario.

El agente ingresa o intenta ingresar o permite o coadyuva el ingreso a un centro de detención o reclusión un arma de fuego, arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso de algún interno.

El ingresar estos objetos, como armas o explosivos, puede generar un daño de alta magnitud, desde motines, muertes de otros internos o de agentes del centro de detención, como policías o personal del Instituto Nacional Penitenciario. De allí que sea un delito de alta gravedad, pese a ser de mera actividad. La sanción es la privación de libertad de 8 a 15 años.

Si el sujeto activo emplea a un menor de edad (que puede ingresar en el horario oficial de visitas) o tiene la condición de autoridad o es abogado defensor (a quien se le da las facilidades necesarias para la defensa) o es servidor o funcionario público (no necesariamente del Instituto Nacional Penitenciario, sino de las entidades públicas que tienen relaciones de trabajo —como el Poder Judicial, Policía Nacional, Ministerio Público u otros—) y comete o permite que se cometa el ingreso de armas, explosivos, tóxicos a los centros de detención o reclusión, será sancionado con privación de libertad de 10 a 20 años, y además

con pena de inhabilitación, en aplicación de los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP: la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; o la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, según corresponda por la calidad del sujeto activo.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 426.- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en centros de detención o establecimientos penitenciarios

El que sin autorización ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión o establecimiento penitenciario un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince doce años, e inhabilitación de ocho a doce años conforme al literal k del artículo 38.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, funcionario o servidor público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa de libertad es no menor de doce ni mayor de quince años e inhabilitación no menor de doce ni mayor de quince años, conforme a los literales a, b y k del artículo 38.

**DELITOS COMETIDOS POR
FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

SECCIÓN I

ABUSO DE AUTORIDAD

CAPÍTULO XI

ABUSO DE AUTORIDAD

Artículo 376.- Abuso de autoridad⁴¹

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

** Artículo modificado por la Ley N.° 29703, publicada el 10 de junio del 2011.*

1. ALCANCES TÍPICOS

Al funcionario público se le otorga deberes para cumplir correctamente el servicio público en beneficio de los administrados cuando estos acuden a un pronunciamiento en el ámbito de sus competencias. Pero cuando el funcionario, con un acto funcional arbitrario, causa perjuicio al ciudadano, quebranta el rol que le ha sido asignado.

41 Historial legal:

“Artículo 376.- Abuso de autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”. (1991)

“Artículo 376.- Abuso de autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años”. (Artículo modificado por la Ley N.° 28165, publicada el 10 de enero del 2004).

En el caso del Código Penal peruano se sanciona al funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien (art. 376 del CP).

La comisión de este delito afecta el funcionamiento de la administración pública, que en realidad abarca muchos tipos penales en los que intervienen tanto funcionarios como servidores públicos. En la doctrina, esta postura se sostiene así:

El bien jurídico protegido contenido en el tipo penal de abuso de autoridad del artículo 376 del Código Penal es el correcto funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos. Se protege, en consecuencia, el interés de los ciudadanos en la correcta actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones. En este ámbito se protege —además— la corrección y la legalidad del ejercicio de la función frente a los ataques abusivos que podrían realizar. También se protege el interés del Estado en la correcta actuación de sus agentes⁴².

Consideramos que siendo el afectado un particular, este tiene un reconocimiento en el ámbito de la actuación del Estado como un administrado, cuyos derechos se concretan en el interés de recibir un servicio público adecuado, por lo que desde un bien jurídico bastante genérico, como es el correcto funcionamiento de la Administración, habría que establecer que también el afectado es el *interés del administrado* frente a la entidad pública.

El sujeto activo es un funcionario público. El tipo penal no contempla, como en la legislación guatemalteca, a empleados equiparables con servidores públicos, pese a que en la realidad también pueden realizar conductas arbitrarias. La legislación comparada mayoritariamente se decanta solo por el funcionario público. El sujeto activo debe estar ejerciendo funciones. Respecto a la posibilidad de la intervención de particulares en la comisión del abuso de autoridad, en cuanto delito cualificado, ellos solo responden como partícipes. Hay que estimar también el grado de afectación al particular, de tal forma que se pueda resolver la controversia de falta de idoneidad del funcionario público en el ámbito del derecho administrativo, evitando la sobrecriminalización de las conductas de los funcionarios. Se debe medir, entonces, el perjuicio o daño o menoscabo que sufre el sujeto pasivo, así como la actuación dolosa del funcionario, el conocimiento de que está realizando un acto arbitrario e ilegal contra el administrado.

42 PARIONA ARANA, Raúl, “El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales”, en *Themis*, N.º 68, Lima: 2015, p. 93. Recuperado de <<https://bit.ly/3gU7nrb>>.

El sujeto pasivo, según la norma, es un particular, pero también puede ser una persona jurídica o el Estado. Ya está superada la postura de solo considerar como agraviado al Estado por ser el portador del bien jurídico tutelado. Se considera que el particular, que es incluso el destinatario de la acción arbitraria, también está legitimado como sujeto pasivo.

En el R. N. N.° 1666-2010 Cusco, la Sala Penal Permanente hace referencia a que el funcionario, al realizar acto arbitrario, va más allá de sus atribuciones legales, lo que debe probarse, o de lo contrario absolverse.

Cuarto. [El] delito de abuso de autoridad [...] se configura cuando un funcionario público realiza u ordena una conducta arbitraria, que rebasa sus atribuciones y competencia dadas a un funcionario público; situación que no se presenta en este caso; puesto que, no existe medio de prueba de cargo alguno que pruebe indubitadamente la emisión de una orden dolosa —por parte del encausado [...]— de negar la emisión de copias fedateadas de los documentos concernientes a la liquidación de obra de captación de aguas y riego [de un distrito], respecto de la destrucción del mercado de abastos y destrucción de la piscina municipal del mismo distrito.

En el delito de abuso de autoridad, la acción siempre es de comisión, pues en la descripción típica tenemos los verbos “cometer” y “ordenar”, por lo que el delito se comete directamente o por intermedio de otra persona. Así lo confirma el R. N. N.° 779-2004 Piura, de 26 de octubre del 2004:

El delito de abuso de autoridad, previsto y sancionado por el artículo 376 del Código Penal, es un delito de naturaleza comisiva y no omisiva; el mismo que tiene dos modalidades de ejecución: a) cometer un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros y b) ordenar un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros. En el primer supuesto, el delito se consuma cuanto el funcionario público dirige y ejecuta acciones destinadas a producir el acto arbitrario y el perjuicio de tercero; mientras que, en el segundo supuesto, al ser un tipo penal de mera actividad, el delito se consuma al producirse la orden o mandato por parte del funcionario público.

La descripción típica de ordenar exige que el acto debe ser realizado de manera involuntaria o bajo coacción, y debe además ser contrario a las normas. Sobre este aspecto, en el R. N. N.° 1174-2007 Cusco, de 18 de marzo del 2009, la Primera Sala Penal Transitoria afirma:

Sexto. [En el] delito de abuso de autoridad [...] el acto dispuesto por el agente activo debe ser contrario a las normas legales que rigen el cargo que

ostenta y que con dicho acto se obligue a otros a realizar una determinada acción, lo que no se advierte en el presente caso, toda vez que todos los regidores involucrados en el caso sub júdice, han referido haber actuado voluntariamente, sin imposición alguna y que participaron en los acuerdos, pues consideraban que ello era lo mejor a efectos de que se pueda procurar un beneficio económico a favor de la municipalidad.

Los actos supuestamente arbitrarios deben ser claros para estimarlos como tales. Que haya actos administrativos contradictorios en una entidad pública no es posible determinar la arbitrariedad. Esto lo sostiene la Sala Penal Permanente en el R. N. N.° 2362-2010 Pasco, de 18 de abril del 2011.

Noveno. La resolución directoral (que disponía la reincorporación de una docente) resultaba inejecutable por encontrarse en oposición a otros actos administrativos dispuestos por la misma autoridad que la emitió, razón por la cual es de estimar que en la actuación del encausado no se aprecia dolo, con lo que al caso no se da las condiciones del tipo subjetivo que exige el ilícito atribuido, por lo que lo actuado resulta insuficiente para enervar el principio universal de presunción de inocencia [...] siendo del caso absolver al citado procesado del delito de abuso de autoridad.

En la arbitrariedad del acto del funcionario público debe evaluarse además si es que hay causas de justificación o atipicidad. En el R. N. N.° 2998-2012 Pasco, de 28 de enero del 2014, la Sala Penal Permanente estableció que en el delito de abuso de autoridad existe la eximente del que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones (art. 20.9 del CP).

Por la Ley N.° 29703, publicada el 10 junio del 2011, se incluyó una segunda modalidad de abuso de autoridad, derivada de procedimientos de cobranza coactiva, siendo la pena privativa de libertad no mayor de tres años en la primera y no menor de dos ni mayor de cuatro años en la segunda.

La razón para incluir los procedimientos de cobranza coactiva fue que, al habersele conferido a las municipalidades poder tributario y sancionador⁴³ con la finalidad de recabar impuestos, la recaudación se hacía mediante procesos de cobranza sin cumplir las formalidades o sin tener competencia, e incluso se continuaba con el trámite del cobro cuando existía la suspensión de este por el Tribunal Fiscal o el Poder Judicial.

43 *Vid.* PARIONA ARANA, “El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales”, art. cit., p. 100.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Guatemala

Artículo 418.- El funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este código, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que usare de apremios ilegítimos o innecesarios

Costa Rica

Artículo 331.- Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público, que, abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien. (Numeración modificada por la Ley N.º 7732, del 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 329 al 331).

Cuba

Artículo 133.- El funcionario público que, con el propósito de perjudicar a una persona o de obtener un beneficio ilícito, ejerza las funciones inherentes a su cargo de modo manifiestamente contrario a las leyes, o se exceda arbitrariamente de los límites legales de su competencia, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad.

Comentarios a la legislación comparada

En el derecho guatemalteco se sanciona al funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordena o comete cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la Administración o de los particulares. Esta fórmula de tener como víctimas al Estado y a particulares cubre el espectro de afectados por actos arbitrarios (art. 418 del CP).

El art. 331 de la legislación penal de Costa Rica tiene una postura más genérica respecto de los agraviados, pues el acto arbitrario afecta los derechos de alguien.

En esta misma orientación, el art. 133 del CP de Cuba sanciona al funcionario que perjudique a una persona, curiosa paradoja atendiendo el grado de intervención estatal en este país, que está por encima de las personas.

CAPÍTULO XII

OTORGAMIENTO ILEGÍTIMO DE DERECHOS SOBRE INMUEBLES

Artículo 376-B.- Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles

El funcionario público que, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el derecho de posesión o título de propiedad se otorga a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles referidos en el primer párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años.*

** Artículo incorporado por la Ley N.º 30327, publicada el 21 de mayo del 2015.*

1. ALCANCES TÍPICOS

La Ley N.º 30327 fue el resultado de un proyecto de ley gestado por el Ejecutivo a fin de promover las inversiones para el crecimiento económico y desarrollo sostenible en las zonas de mayor exclusión social, estableciendo la simplificación e integración de permisos y procedimientos, así como medidas de promoción de la inversión. Su ámbito de aplicación son las entidades públicas relacionadas con la entrega de licencias, permisos, autorizaciones, entidades vinculadas a fiscalización ambiental, recaudación tributaria, promoción de la inversión, aprobación de servidumbres, valuación de terrenos, protección de áreas de seguridad y obtención de terrenos para obras de gran envergadura.

En la exposición de motivos se sostiene que existen invasiones ilegales en diversas áreas de seguridad, áreas de ductos de hidrocarburos o líneas de transmisión que ponen en riesgo la propia seguridad de los invasores. Asimismo, se indica que se ha verificado que estos llegan a obtener indebidamente autorizaciones de construcción o certificados de posesión. Esta problemática ocasiona que, a pesar de la preexistencia de los derechos de vías, la infraestructura de servicios públicos deba ser reubicada, lo que genera costos no previstos en el proyecto de inversión y la suspensión indefinida de la ejecución de la obra y de los servicios vinculados a estos proyectos. Por todo ello se ha penalizado la conducta de los funcionarios que otorguen dichas autorizaciones indebidas.

El sujeto activo de este delito es un funcionario público que, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad a personas naturales o personas jurídicas sobre los siguientes bienes:

- De dominio público.
- De dominio privado estatal.
- Inmuebles de propiedad privada.

Estos funcionarios pueden ser de las municipalidades, de los Registros Públicos o de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN), es decir, los que tengan la capacidad de formalizar bienes públicos o de dominio privado del Estado. El otorgamiento se hace sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

El bien jurídico tutelado, según PEÑA CABRERA FREYRE, sería la legalidad de la actuación funcional⁴⁴, que nos parece muy genérico, pues todos los tipos penales de delitos contra la administración pública lo protegen. Estimamos que el bien jurídico específico es la titularidad de los bienes estatales y privados.

La sanción es pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La modalidad agravada es cuando el funcionario otorga derecho de posesión o título de propiedad a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles. Esto tiene coherencia con la problemática de las invasiones realizadas por áreas donde se van a realizar proyectos de inversión. La sanción en este caso es de pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

44 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., “Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre bienes inmuebles”, en AA. VV., *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 144.

CAPÍTULO XIII

OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES

Artículo 377.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales⁴⁵

El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.*

** Artículo modificado por la Ley N.° 30364, publicada el 23 de noviembre del 2015.*

1. ALCANCES TÍPICOS

En la Cas. N.° 169-2012 Áncash, de 12 de septiembre del 2013, la Sala Penal Permanente hace referencia al bien jurídico y los elementos del tipo penal de omisión:

Quinto. Que es claro que estamos ante un delito de infracción de deber [...].

Sexto. Que en este delito el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de las funciones públicas [...].

Sétimo. Que la conducta típica se constituye con el omitir algún acto propio del cargo del sujeto activo de forma ilegal [...].

Octavo. Que el segundo elemento está dado por el acto que le compete hacer al funcionario público en razón de su cargo, este acto está delimitado en el respectivo reglamento o ley [...].

Décimo. Que los actos a que está obligado el funcionario público se ven caso por caso [...].

Décimo segundo. Que [...] la diferencia entre la conducta penal y la administrativa en este tipo penal la constituye la existencia del dolo de realizar un acto ilegal.

45 Historial legal:

“Artículo 377.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales

El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa” (1991).

En el R. N. N.° 2347-2008 Lima, de 21 de enero del 2010, la Sala Penal Permanente describe el bien jurídico específico, que es la regularidad de los actos funcionales:

El delito de omisión de actos funcionales no afecta directamente el patrimonio público, sino que lesiona esencialmente el correcto funcionamiento de la Administración pública. El tipo penal persigue garantizar la regularidad y legalidad de los actos administrativos.

Tercero. El delito de omisión de actos funcionales [...] no afecta directamente el patrimonio público (caudales o efectos), sino lesiona esencialmente el correcto funcionamiento de la Administración pública —como bien jurídico protegido—, en cuanto persigue garantizar la regularidad y legalidad de los actos realizados por los funcionarios públicos en el desarrollo de las actividades propias del cargo y evitar una actuación arbitraria que sea contraria a la Constitución, leyes o deberes —distinto a los delitos de peculado, concusión impropia, malversación, enriquecimiento ilícito u otros [...], donde se afectan directamente los intereses patrimoniales— [...].

En el R. N. N.° 1666-2010 Cusco, de 12 de julio del 2011, la Sala Penal Permanente absolvió a un procesado que no había expedido copias certificadas porque no había pagado el arancel conforme al TUPA de la entidad. Se trata, entonces, de solo reprimir omisiones o rehusamiento o demoras sin ninguna justificación, y que constituye un no obrar arbitrario del funcionario público

Quinto. El delito de incumplimiento de deberes funcionales [...] exige que el funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, omita, rehúse o retrarde ilegalmente algún acto de su cargo; que, este delito no ha sido realizado por los encausados [funcionarios municipales], puesto que, en ninguna oportunidad negaron —de manera ilegal— el acceso a la información que solicitaba el agraviado [ciudadano] por medio de copias certificadas, de la liquidación de obra de captación de agua y riego de un distrito, así como el informe sobre la destrucción del zaguán del cementerio, destrucción del mercado y abastos y de la piscina municipal del distrito [...], sino que no podían expedirle las referidas copias por la falta del pago de un arancel determinado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la municipalidad agraviada, que debió efectuar el [ciudadano] agraviado [...], conforme se aprecia de las declaraciones de los encausados [...]. En ese sentido, no configuraron el delito de cumplimiento de funciones porque actuaron conforme a su rol, estructurado en parte por el TUPA de la municipalidad agraviada.

En la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N.° 231-2011 Tacna, de 25 de abril del 2012, emitida por la Sala Penal Permanente, se hace erróneamente referencia a que la omisión funcional cause perjuicio a alguien. De por sí toda omisión generará un daño a alguna persona, pero no es un componente típico.

Cuarto. [...] El delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo 377 del Código Penal, que establece: “El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto a cargo [...]”, es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien.

La consumación de la omisión funcional, conforme al R. N. N.° 2802-2007 Ucayali, de 10 de abril del 2008, emitido por la Sala Penal Permanente, se da en el momento en que se ha debido actuar:

Tercero. El delito de incumplimiento de funciones, en su modalidad de omisión de actos del cargo —previsto en el artículo 377 del Código Penal—, en tanto delito de omisión se consuma cuando se debió actuar, es decir, cuando se omitió el deber de actuar, que es la situación típica generadora del deber de actuación del agente; que según los cargos ello ocurrió en el caso [de los encausados] cuando en su condición de funcionarios públicos de la unidad ejecutora [...] omitieron cautelar y orientar un uso adecuado de los fondos de la aludida unidad ejecutora.

2. EL DELITO DE OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES EN EL ACUERDO PLENARIO N.° 1-2007

El AP N.° 1-2007, de 16 de noviembre del 2007, estableció que el f. j. n.° 5 del R. N. N.° 496-2006 Lima, de 17 de julio del 2006, tenga carácter vinculante. La regla jurídica obligatoria para los jueces entonces es:

[C]on 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 este 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.

En este caso se ventilaba la responsabilidad de un efectivo de la Policía Nacional que en su recurso señalaba que no podía ser considerado sujeto activo del delito de omisión o retardo de actos funcionales por no haber asumido formal y materialmente las funciones omitidas o retardadas, y porque es un servidor subordinado a otra autoridad, que es el representante del Ministerio Público. La Sala Suprema señala que, si bien existe cierta subordinación con relación al representante del Ministerio Público, también lo es que el inculpado es efectivo de la Policía Nacional del Perú y tiene sus propias obligaciones como, en el caso materia del recurso, el de elaborar el atestado policial, comunicar la detención de tres sospechosos y entregar todos los bienes incautados. En esta ejecutoria suprema salen a la luz las relaciones entre la Policía Nacional y el Ministerio Público en la persecución del delito, que vamos a desarrollar luego de analizar la conducta descrita en el art. 377 del CP.

El tipo penal de “omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales” señala lo siguiente:

Artículo 377.- El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

El bien jurídico tutelado es el correcto funcionamiento o normal desarrollo de la administración pública⁴⁶, pero el objeto que se protege es la legalidad del ejercicio de funciones, así como los distintos intereses de los particulares afectados⁴⁷. El agente es un sujeto cualificado porque es funcionario público. Las acciones son las siguientes:

- *Omitir*. El agente no hace un acto propio de su cargo al que está legalmente obligado.
- *Rehusar*. El agente se niega a cumplir con su deber, y se entiende que hay un requerimiento. No debe confundirse, señala ABANTO VÁSQUEZ, “omitir” con “rehusarse a hacer”, pues este último caso se presenta cuando hay una interpelación previa y esta diferencia tiene consecuencias para determinar la consumación⁴⁸.

46 FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Fecat, 2002, p. 262.

47 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2001, p. 194.

48 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 196.

- *Retardar*. El agente demora injustificadamente o de forma deliberada dar un resultado sobre alguna petición administrativa. Cuando lo hace, el acto administrativo ha visto disminuido sus efectos, por el paso del tiempo.

En cuanto a la acción típica de retardar, tenemos el R. N. N.º 4689-97 Junín, de 16 de abril de 1998, en el que se imputaba al acusado de haber retrasado indebidamente la tramitación de la queja administrativa interpuesta por el agraviado Oré Montes ante la Gerencia Departamental del Instituto Peruano de Seguridad Social del Departamento de Junín frente a la falta de celeridad en el trámite de su solicitud de pensión de invalidez; sin embargo, el acusado en la fecha de los hechos carecía de competencia para pronunciarse respecto a dicho recurso, correspondiendo más bien dicha facultad a otra subgerencia. Es decir, el sujeto activo de este delito no era el funcionario absuelto, sino otro, que era quien tenía facultades para impulsar la petición del agraviado.

El tipo penal “omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales” en la parte subjetiva se reputa doloso, es decir, el agente deliberadamente omite realizar sus funciones. La consumación tiene lugar en la omisión, sin que se produzcan consecuencias, y no se admite la tentativa⁴⁹.

La ejecutoria suprema vinculante tiene como telón de fondo la relación entre la Policía Nacional y el Ministerio Público. Desde el mandato constitucional, veamos qué objetivos les han sido asignados. El art. 159 de la Carta Política establece las atribuciones del 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.
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 petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al presidente de la república, de los vacíos o defectos de la legislación.

49 FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 263.

El art. 166 de la Constitución señala que la finalidad de la Policía Nacional es:

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 y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Uno de los problemas en las relaciones entre la Policía y el Ministerio Público es el de la denominada “dirección funcional”. La Policía señala que esta dirección entra en conflicto con la cadena de mando institucional y que esta no es una institución que se encuentre bajo dependencia del Ministerio Público; y en el otro extremo tenemos que a veces los fiscales entienden que esa dirección funcional les da un poder total sobre el trabajo policial⁵⁰. El surgimiento del Ministerio Público en la persecución del delito, de la que antes solo se hacía cargo la Policía, implica necesariamente establecer una relación que respete las particularidades de cada una de estas instituciones. La Fiscalía sin la Policía es una suerte de cabeza sin manos⁵¹, y por eso requiere el auxilio de esta. Las dos instituciones se necesitan. Por ejemplo, es un error que los fiscales lleguen al extremo de realizar actos de investigación concretos cuando allí se requiere una experticia que solo maneja la policía, o que esta solo se concentre en la búsqueda de información sobre la acción criminal sin considerar que lo acopiado debe ser funcional a una estrategia legal o teoría del caso que deberá presentar el Ministerio Público al Poder Judicial. La persecución del delito en cuanto a un hecho concreto es el ámbito donde se debe establecer una relación de coordinación fructífera entre Fiscalía y Policía, solo así se entiende cuando la Constitución establece que la Policía está obligada a cumplir los *mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función*. La Policía tiene otras funciones —como garantizar, mantener y restablecer el orden interno; proteger y ayudar a las personas y a la comunidad; vigilar y controlar las fronteras— donde no necesariamente hay intervención del Ministerio Público y en la cadena de mando está subordinada al Poder Ejecutivo a través del Ministerio del Interior, y no está sometida a la Fiscalía en el plano de la organización.

50 DUCE, Mauricio, “El Ministerio Público en la reforma procesal penal de América Latina. Visión general acerca del estado de los cambios”, en *Instituto de Ciencia Procesal Penal*, Lima: 2009, p. 97.

51 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.ª ed. alemana (1998) por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 57.

En el nuevo Código Procesal Penal están señaladas las funciones de la Policía y la conducción del Ministerio Público. El art. 67 indica que la policía, en su función de investigación, debe tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal. Asimismo, debe impedir las consecuencias del delito, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Es órgano de apoyo del Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria. De otro lado, el art. 68 del acotado código fija las atribuciones de la Policía para realizar la investigación bajo conducción fiscal:

- a) Recibir denuncias escritas o verbales asentándola en actas; y tomar declaraciones a los denunciantes.
- b) Vigilar y proteger la escena del crimen evitando que se borren los vestigios y huellas del delito.
- c) Realizar el registro de las personas y prestar auxilio que requieran las víctimas.
- d) Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación.
- e) Realizar diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito.
- f) Recibir declaraciones de testigos
- g) Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas.
- h) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos.
- i) Asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación.
- j) Allanar locales de uso público o abierto.
- k) Efectuar, bajo inventario, secuestros e incautaciones necesarias en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración.
- l) Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor. Si no está presente se limitará a constatar la identidad de aquellos.
- m) Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del fiscal.

Así, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- 1) La Fiscalía y la Policía Nacional, como instituciones del Estado, están obligadas a trabajar en una sola dirección en la persecución del delito.

- 2) La *dirección funcional* debe ser entendida como conducción fiscal de la investigación policial para la presentación de la teoría del caso al Poder Judicial.
- 3) La Fiscalía debe respetar la experticia de la Policía en la investigación criminal y no sustituirla invadiendo funciones que no le corresponden.
- 4) La Policía debe entender que su trabajo de acopio de información del delito se realiza dentro de los límites que fijan las garantías constitucionales, y además se engarza con la estrategia fiscal, que tiene como finalidad la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Cuba	Denegación de auxilio y desobediencia Artículo 145.- El funcionario público que no preste la debida cooperación a la administración de justicia o a la prestación de un servicio público cuando sea requerido por autoridad competente, o se abstenga, sin causa justificada, a prestar algún auxilio a que este obligado por razón de su cargo, cuando sea requerido por un particular, si como consecuencia de su omisión resulta grave perjuicio para el interés nacional o daño para la persona, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas
Guatemala	Artículo 419.- El funcionario o empleado público que omitiere rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función o cargo, será sancionado con prisión de uno a tres años
Bolivia	Artículo 154.- El funcionario público que ilegalmente omitiere rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función, incurrirá en reclusión de un mes a dos años.
Argentina	Artículo 249.- Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 556.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales

El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación de conformidad con los literales a, b e i del artículo 38 y con treinta a sesenta días multa.

Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o una medida de protección dictada en un proceso especial originado por hechos que configuran actos de violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar, la pena privativa de libertad es no menor de dos ni mayor de cinco años.

CAPÍTULO XIV

DENEGACIÓN O DEFICIENTE APOYO POLICIAL

Artículo 378.- Denegación o deficiente apoyo policial⁵²

El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

La pena prevista en el párrafo segundo se impondrá, si la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar.*

* **Artículo modificado por la Ley N.° 30364, publicada el 23 de noviembre del 2015.**

1. DESCRIPCIÓN TÍPICA

El delito de “denegación o deficiente apoyo policial” tiene como sujeto activo a miembros de la Policía Nacional. Se maneja con los mismos verbos rectores que el delito de omisión de funciones, por lo que el elemento diferenciador es el sujeto activo, que para este caso es el policía.

El bien jurídico que se tutela es la regularidad en el funcionamiento de la policía ante un pedido de auxilio, que es otro componente típico. La acción de rehusar implica una negativa deliberada a realizar sus funciones pese a que hay un requerimiento, que ya es expreso según la descripción típica del delito, y podría equipararse a la omisión, que igualmente se materializa en la negativa de hacer lo que está señalado por la ley.

La petición de auxilio puede provenir de un particular que se encuentra en peligro, por lo que el policía, al rehusarse, omitir o retardar, estaría cometiendo el delito en su forma agravada, y, a diferencia de la modalidad anterior, la pena va de dos a cuatro años de privación de libertad.

52 Historial legal:

“Artículo 378.- Denegación o deficiente apoyo policial

El policía que rehúsa omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años” (1991).

Además, si el pedido de auxilio tiene base en garantías personales o en situaciones de violencia familiar, la pena será también de dos a cuatro años de privación de libertad.

Creemos que es redundante tener ese delito descrito en el art. 378 del CP cuando perfectamente el sujeto pasivo podía ser cobijado en el tipo penal descrito en el art. 377. Esta redundancia, valga enfatizar, se ve en todo nuestro reformado y desmoronado Código Penal.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Bolivia	Artículo 155.- Denegación de auxilio. El funcionario encargado de la fuerza pública que rehusare omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente será sancionado con reclusión de seis meses a dos años.
Costa Rica	Artículo 333.- Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente. (Numeración de este artículo modificada por la Ley N.º 7732, de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 331 al 333).
Argentina	Artículo 250.- Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

Comentarios a la legislación comparada

En la legislación comparada podemos apreciar que el delito *in comento* está tipificado en el Código Penal de Bolivia (art. 155), donde el sujeto activo es el funcionario encargado de la fuerza pública que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerida por autoridad competente. El agente podría no ser necesariamente un policía, sino un funcionario civil, dependiendo de la estructura de la fuerza pública.

El art. 333 del Código Penal de Costa Rica describe que se sanciona al jefe o agente de la fuerza pública que rehusare, omitiere o retardare la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente, a diferencia de nuestro Código Penal, donde el peticionante del apoyo policial puede ser un particular.

La descripción típica del art. 250 del Código Penal de Argentina es similar a la nacional, ya que se reprime al jefe o agente de la fuerza pública que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 557.- Denegación o deficiente apoyo policial

El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de conformidad con los literales a, b e i del artículo 38.

Si la prestación de auxilio es requerida por una persona particular en situación de peligro o está referida a una solicitud de garantías personales o una medida de protección dictada en un proceso especial originado por hechos que configuran actos de violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar, la pena privativa de libertad es no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los literales a, b e i del artículo 38.

CAPÍTULO XV

REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA

Artículo 379. - Requerimiento indebido de la fuerza pública

El funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

1. ALCANCES TÍPICOS

Esta descripción típica estaba prevista en el Código Penal de 1924, cuyo art. 342 rezaba: “El funcionario público que requiriese la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de las disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencia o de mandato judicial, será reprimido con prisión no mayor de cuatro años e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena”.

El bien jurídico tutelado conforme a CREUS es “el ordenado funcionamiento de la Administración contra la perturbación que puede causar en sus actos el empleo ilegal de la fuerza requerida”⁵³. Esta misma postura es seguida en la doctrina nacional por SALINAS SICCHA⁵⁴ y ABANTO VÁSQUEZ⁵⁵. En realidad, desde el requerimiento ilegal se perturba el funcionamiento de la fuerza pública.

Sobre la tipicidad objetiva, SALINAS SICCHA señala lo siguiente:

El agente-funcionario público en actividad, ilegalmente y sin justificación aparente requiere, solicita, peticiona o exige la asistencia, auxilio o apoyo de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales emitidas por autoridad competente o para oponerse a la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales. El sujeto activo debe estar en actividad o en pleno ejercicio de funciones, pues caso contrario, es evidente que la fuerza pública no tendrá obligación alguna para prestarle la asistencia requerida⁵⁶.

53 CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, ob. cit., p. 257.

54 Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 3.^a ed., Lima: Grijley, 2014, p. 217.

55 Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2003, p. 254.

56 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 215.

Se enfatiza que la orden debe provenir de un funcionario que está en actividad, quien hace un llamado a la policía para oponerse a disposiciones de la autoridad competente, que podría ser una autoridad administrativa, y a mandatos judiciales.

Por su parte, ROJAS VARGAS indica que este tipo penal, al igual que el contenido en el art. 378 del Código Penal de 1924, “supone el encuentro de dos niveles de funcionarios: a) el sujeto activo del delito que requiere y b) la fuerza pública, compuesta por policías de distintas jerarquías, que es solicitada en una evidente expresión de abuso de autoridad por parte del funcionario (sujeto activo) para la comisión de actos ilícitos”⁵⁷.

ROJAS VARGAS precisa que la fuerza pública se circunscribe a la Policía Nacional; mientras que ABANTO VÁSQUEZ tiene una postura más amplia:

[N]o es un concepto que tenga una definición legal aceptada en nuestro medio. Sin embargo, debe entenderse que aquí el legislador se refiere a la autoridad al servicio de la sociedad, cuyas funciones tengan “carácter coercitivo” y puedan ser empleadas para oponerse a la ejecución de las leyes, órdenes dadas por funcionarios o las sentencias o mandatos judiciales. En tal caso, únicamente puede entrar en consideración la Policía y entidades policiales similares como los guardianes de las cárceles, la policía fiscal o aduanera, etc.⁵⁸

Coincidimos con esta postura amplia de fuerza pública, como indica el mismo ABANTO VÁSQUEZ, puede abarcarse a otros sujetos que ejercen “fuerza pública” en la realidad peruana facultados por leyes que reconocen su actividad, como las “rondas campesinas” e incluso los miembros del “serenazgo”⁵⁹.

SALINAS SICCHA maneja esta concepción de fuerza pública:

Por fuerza pública se entiende a los organismos estatales que están al servicio de la sociedad civil y cuya función constitucional es de carácter coercitivo contra los ciudadanos de a pie para obligarlos a cumplir tal o cual actividad funcional. Ellos son la Policía Nacional, la policía fiscal o aduanera, el serenazgo, las rondas campesinas y las Fuerzas Armadas (la Fuerza Aérea,

57 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4.^a ed., Lima: Grijley, 2007, p. 302.

58 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 255.

59 *Ibid.*, p. 256.

la Marina y el Ejército). Muy bien el Ejército o personal de la Marina del Perú puede ser requerido por un funcionario, por ejemplo, un ministro de Estado, para oponerse a la ejecución de una sentencia judicial. Igual puede ocurrir con la Fuerza Aérea de nuestra Patria⁶⁰.

Sobre este aspecto problemático de definir el contenido de fuerza pública tenemos que ABANTO VÁSQUEZ señala que “las Fuerzas Armadas, que también podrían ejercer medidas coercitivas a solicitud de algún funcionario público, no tienen en realidad (o no deberían tener) vinculación con la sociedad civil en su relación con la administración pública”⁶¹, lo que no necesariamente es cierto, puesto que por ejemplo en las zonas de emergencia las fuerzas armadas también ejercen control de la seguridad pública, y pueden ser parte de las instituciones de la fuerza pública. En esta línea, HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS⁶², consideran componentes de la fuerza pública a la policía y a las fuerzas armadas, con la crítica a esta construcción dogmática, pues no les cabe que estas instituciones puedan ser manipuladas por autoridades civiles o militares.

La fuerza pública debe cumplir con la ejecución del mandato judicial por cuanto esto es imperativo. El carácter de este delito es de peligro o de mera actividad, pues basta que el funcionario público solicite asistencia de la fuerza pública para oponerse en la ejecución de una sentencia o mandato de un juez para que se consume el delito.

Razonablemente no vemos un caso que efectivos policiales con una mínima formación constitucional se vean arrastrados a oponerse a un mandato judicial, salvo que sean sorprendidos. Si en una hipótesis acudieren al llamado y se opusieren a una sentencia judicial serían procesados como autores del delito de resistencia a la autoridad, de allí la casi nula jurisprudencia sobre este delito. No obstante, sí hubo un caso que llegó al Congreso de la República, a raíz de una denuncia contra la ex ministra de la mujer Luisa María Cuculiza⁶³, a quien se le atribuyó el delito de requerimiento indebido de la fuerza pública, que se

60 SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 216.

61 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 256.

62 HUGO ÁLVAREZ, Jorge y BETTY HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la administración pública: análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 110.

63 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Informe de la comisión de acusaciones constitucionales respecto a la Denuncia N.º 197*, Lima: 17 de mayo de 1999. Recuperado de <<https://bit.ly/3EiaK5f>>.

generó a partir del hecho de un requerimiento judicial al Ministerio de la Mujer para que señale la partida que debía ser embargada. Del análisis de la Comisión de Acusaciones Constitucionales se determinó que el delito no coincidía con los hechos descritos en la denuncia, pues no se apreció que la ministra hubiera requerido la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de mandatos judiciales realizados por el Noveno Juzgado Laboral de Lima. Por este extremo se desestimó la denuncia por ese delito.

Sobre el aspecto subjetivo del tipo penal en la doctrina argentina se sostiene:

Esta finalidad tiñe la tipicidad de un especial carácter subjetivo: el requerimiento de asistencia debe formularse para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o mandatos judiciales. La legalidad exige que éstos hayan sido impartidos, dictados o dados por el magistrado o funcionario competente y con las formalidades requeridas por la ley. No será típico el requerimiento formulado para oponerse a órdenes, disposiciones, sentencias o mandatos jurídicamente inválidos por incompetencia del órgano o falta de las formalidades básicas de otorgamiento, pero no descarta la tipicidad el carácter sustancialmente injusto de ellos, aspecto que no puede examinar el autor.

Para ABANTO VÁSQUEZ el delito exige el dolo directo debido a que el conocimiento y la voluntad dolosas deben referirse, además de los demás elementos objetivos, a la ilegalidad del requerimiento, al abuso de su competencia, además de la finalidad específica de oponerse a determinados actos de ejercicio de función pública⁶⁴. En este aspecto, ROJAS VARGAS sostiene que es “un delito que requiere dolo directo” y que el agente busca un “propósito específico de naturaleza ilícita”. Además descarta el dolo eventual, pues “resulta insuficiente e impensable en esta figura penal”⁶⁵. Coincidimos en que desde la perspectiva subjetiva se requiere el dolo directo, pues asumir el dolo eventual, muy cercano a la culpa puede distorsionar el sentido de esta descripción típica. De pronto el agente podría caer en la esfera de un error de tipo o en uno de prohibición, pero el dolo eventual queda descartado.

64 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 257.

65 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 305.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Argentina

Artículo 251.- Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

Comentarios a la legislación comparada

Como referente comparado tenemos al art. 251 del CP argentino, que sanciona al funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales. La sanción es de un mes a cuatro años de prisión e inhabilitación. Señala CREUS que la acción típica no implica cualquier petición, sino "la solicitud de asistencia formulada según los requisitos legales y que, como tal, reviste el carácter de intimación a prestar asistencia"⁶³. Otro carácter típico para CREUS es que debe tratarse de un requerimiento de auxilio o de asistencia⁶⁴.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 558.- Requerimiento indebido de la fuerza pública

El funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años e inhabilitación no menor de dos ni mayor de tres años, de conformidad con los literales a, b e i del artículo 38

⁶⁶ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, ob. cit., p. 257.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 258.

CAPÍTULO XVI

ABANDONO DE CARGO

Artículo 380.- Abandono de cargo

El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos la pena será privativa de libertad no mayor de tres años.

1. ALCANCES TÍPICOS

El bien jurídico tutelado, siguiendo a CREUS, es la “incolumidad del servicio público, tratándose de evitar la vacancia *contra legem* de los cargos creados para atender sus necesidades”⁶⁸. ROJAS VARGAS considera que el objeto de la tutela penal, tanto en el primer como en el segundo supuesto del art. 380 del CP, “consiste en asegurar la regularidad y normal desarrollo del funcionamiento de la administración pública, buscando protegerla de situaciones irregulares o anómalas (vacancias ilegales o posibilidad de deserciones intempestivas) que afecten su continuidad y, por lo mismo, amenacen o alteren el cometido de las funciones y/o servicios públicos”⁶⁹.

DE LA MATA BARRANCO señala que el objeto de tutela que se ve perturbado cuando un funcionario abandona el cargo es el correcto desempeño de la función pública:

[E]n cuanto al delito de abandono de destino, su objeto de tutela ha de vincularse a la perturbación del correcto desempeño de la función pública cuando los servicios públicos quedan desatendidos. El abandono —entendido desde una prolongación en el tiempo y una manifestación clara del mismo—, en base a la idea de mínima intervención, solo se sanciona, sin embargo, cuando se persiguen determinadas finalidades, que no es necesario se produzcan al configurarse el tipo como mutilado de dos actos⁷⁰.

68 *Ibid.*, p. 259.

69 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 311.

70 DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “El funcionario público ante el derecho penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 20, Valladolid: enero del 2010.

Hay que tener en consideración que el servicio público se estructura en función de dar justamente una atención a los administrados.

En la doctrina se cuestiona la existencia de este delito porque atenta contra el principio de intervención mínima. Así, ABANTO VÁSQUEZ señala:

[E]l legislador penal peruano parece no haber tenido en cuenta el principio de “mínima intervención”. En efecto, no todos los casos de “abandono de cargo” (o “abandono de destino”) tienen igual efecto lesivo para el correcto funcionamiento de la administración pública⁷¹.

Si no hay lesión o daño, no hay delito, pero aun cuando el abandono de cargo de por sí afecta el funcionamiento del área del sujeto activo, debe establecerse una medida para determinar cuándo es delito y cuándo sería una infracción laboral. Entonces la entidad del daño puede medirse a partir del impacto que produce la calidad del funcionario. De allí que de *lege ferenda* Abanto propone:

[P]odría preverse la tipificación expresa del abandono de funciones por altos funcionarios: el presidente, los ministros, los jefes de las Fuerzas Armadas y los miembros del Parlamento. La experiencia nacional ha demostrado que estos casos son posibles (p. ej., el abandono de cargo del presidente de la República) y que, además, ocasionan una grave distorsión en el funcionamiento de la administración pública⁷².

Esto nos hace recordar el caso del expresidente Alberto Fujimori, quien fue denunciado por la Sub Comisión Investigadora por abandono de cargo⁷³ y cuyos hechos y argumentos fueron los siguientes:

El hecho fue que el 11 de noviembre del 2000 el expresidente con autorización del Congreso se ausentó del país para estar en una Cumbre de APEC que se iba a realizar en Brunei. En la madrugada del 20 de noviembre, ya en Japón, Alberto Fujimori “anuncia personal y públicamente, desde los jardines del hotel ‘New Otani’ de Tokio, su decisión de permanecer en Japón por tiempo indeterminado y su renuncia a la Presidencia de la República”.

71 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 259.

72 *Loc. cit.*

73 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Informe final de la subcomisión investigadora designada por la comisión permanente para investigar las Denuncias Constitucionales N.º 57, 58 y 87*, Lima: 30 de enero del 2001. Recuperado de <<https://bit.ly/3zdy2VY>>.

El informe, citando a FERREIRA, señala que el expresidente al haber abandonado su cargo suponía dos estados subjetivos: “a) El desprecio o desamparo de la función pública y b) El propósito de no retornar más al cargo al momento del abandono”.

La Sub Comisión Investigadora estableció que no existió cese legal del cargo por las siguientes razones:

Las formas de cese del cargo son establecidas por normas de orden público. Señala el especialista en delitos contra la administración pública Fidel ROJAS VARGAS que si se produce el abandono del cargo sin haberse aceptado formalmente la renuncia, se produce un comportamiento delictivo.

Es en tal orden de ideas que, para el caso de funcionarios Públicos, el cese en el cargo sólo se produce con la aceptación de la renuncia, lo cual no esperó ni tramitó conforme correspondía el expresidente Alberto Fujimori Fujimori

Para el caso analizado, no es válida la posibilidad legal de la renuncia al cargo de presidente de la República, que prevé el artículo 113, inciso 3 de la Carta Política, porque esta para surtir efectos debe ser aceptada por el Congreso⁷⁴.

La renuncia realizada vía fax carecía de efecto jurídico porque tenía que abrirse un procedimiento de aceptación de la renuncia, dada la envergadura del cargo que ostentaba el expresidente⁷⁵.

El informe de la Sub Comisión Investigadora también comprendió el daño al servicio público:

- Daño en el servicio de administración y gestión del Estado
- Crisis del gabinete ministerial
- Vacío de poder, renuncia de los dos vicepresidentes
- Caída de la bolsa de valores
- Inconurrencia a eventos internacionales
- Daño moral a la colectividad

En este delito el sujeto activo puede ser funcionario como servidor público quienes dolosamente causando daños abandonan el servicio. Como elemento

74 *Ibid.*, p. 18.

75 Sobre este aspecto CREUS, que cita a SOLER, sostiene que “lo prohibido es abandonar el cargo aunque se haya presentado la renuncia, por lo cual el delito también existe cuando el agente ni siquiera la ha presentado”. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, ob. cit., p. 260.

típico se debe dar relevancia a que debe existir un daño concreto, de tal manera que se plasme el perjuicio al administrado. Por sentido común tenemos que cuando hay abandono se paralizan las funciones y la afectación es en pérdida de tiempo porque el ciudadano no recibe el servicio oportunamente.

Respeto del daño como elemento del tipo de abandono de cargo, CREUS afirma lo siguiente:

Para que el abandono sea punible, tiene que haber producido daño al servicio público; es, pues, una condición de punibilidad que el daño se haya originado en el abandono mismo; ello no ocurre cuando reconoce una fuente causal distinta preponderante (p.ej., el daño que produce el empleado inexperto que reemplazó al abandonante)⁷⁶.

Conforme a la doctrina, no se sanciona cualquier tipo de abandono, sino uno que cause daño en el aspecto objetivo. Debe ser un comportamiento doloso, que puede ser directo o eventual si el agente puede representarse que su ausencia puede generar daño en áreas sensibles del Estado, como el sector salud en una situación de emergencia. Está excluido de esta figura el abandono producido por circunstancias fortuitas que afectan la asistencia del agente al servicio público.

El art. 380 del CP también prevé otra modalidad que se da cuando el agente incita a otros para que abandonen el servicio, por lo que estamos ante una figura de instigación para un abandono de carácter colectivo, no individual, pues la figura sería atípica si el instigado es solo uno. Hay que considerar que en esta modalidad no se ha considerado el daño al servicio.

Una instigación al abandono colectivo puede asimilarse a una huelga, pero por el principio de mínima intervención tenemos que se debe privilegiar el derecho laboral para poder calificar esta clase de comportamientos. De allí que estimamos que este tipo penal puede llevar a problemas de interpretación si se utiliza para criminalizar conductas que no tienen relevancia penal.

Cuando un funcionario o servidor abandona su puesto, hay mecanismos del derecho laboral que se activan, como el descargo por faltas injustificadas, que luego serán la base para una separación o destitución del puesto. ¿Cuándo tiene entidad para que esto pase a la vía penal? Estimamos que cuando se genere daño tangible y de cierta magnitud, además de que el abandono sea realizado

76 *Ibid.*, p. 260.

de forma voluntaria, porque si ha sido por causas externas al agente, no sería la conducta típica.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Argentina	Artículo 252.- Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.
Guatemala	Artículo 429.- El funcionario o empleado público que, con daño del servicio, abandonare su cargo sin haber cesado legalmente en su desempeño, será sancionado con multa de cien a mil quetzales.
Bolivia	Artículo 156.- Abandono de cargo El funcionario o empleado público que, con daño del servicio público, abandonare su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño de este, será sancionado con multa de treinta días. El que incitare al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados públicos, incurrirá en reclusión de un mes a un año y multa de treinta a sesenta días.
Chile	Artículo 254.- El empleado que sin renunciar su destino lo abandonare, sufrirá la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Si renunciado el destino y antes de transcurrir un plazo prudencial en que haya podido ser reemplazado por el superior respectivo, lo abandonare con daño de la causa pública, las penas serán multa de seis a diez unidades tributarias mensuales e inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio. Las penas establecidas en los dos incisos anteriores se aplicarán respectivamente al que abandonare un cargo concejil sin alegar excusa legítima, y al que después de haber alegado tal excusa, pero antes de transcurrir un plazo prudencial en que haya podido ser reemplazado, hace el abandono ocasionando daño a la causa pública. Las disposiciones de este artículo han de entenderse sin perjuicio de lo establecido en el 135.

Comentarios a la legislación comparada

Como vemos, en la legislación argentina se contempla como sujeto activo al funcionario que sin anunciar su renuncia abandona el cargo y afecta el servicio. Esta fórmula se repite en el Código penal de Guatemala y el de Chile. Respecto a la otra conducta de incitación al abandono de cargo también se reproduce en el Código Penal de Bolivia.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 559.- Abandono de cargo

El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación de conformidad con los literales a, b e i del artículo 38.

Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos, la pena privativa de libertad es no menor de dos ni mayor de tres años e inhabilitación no menor de dos ni mayor de tres años de conformidad con los literales a, b e i del artículo 38.

CAPÍTULO XVII

NOMBRAMIENTO O ACEPTACIÓN ILEGAL

Artículo 381.- Nombramiento o aceptación ilegal

El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa.

El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.

1. ALCANCES TÍPICOS

La conducta típica se concentra en el verbo “nombrar” y “aceptar” un cargo sin contar con requisitos legales.

El nombramiento se realiza según el acceso a la carrera pública, por concurso de méritos. Es en este escenario donde se nombra al interesado a sabiendas de que no reúne los requisitos. El corolario es una resolución de nombramiento.

En la jurisprudencia suprema tenemos la Cas. N.º 1712-2019 Lambayeque, que respecto a la descripción típica sostiene lo siguiente:

Que es obvio la imputación objetiva relativa al tipo penal de nombramiento y aceptación indebida de cargo público (artículo 381 del Código Penal) exige que el agente sea incorporado a un cargo público sin contar con los requisitos normativos correspondientes —el nivel de los preceptos es indistintos, basta que estos se acomoden al ordenamiento jurídico—. Se castiga el hecho de nombrar y aceptar un cargo público para el que el ordenamiento fija determinados requisitos y, pese a ello, el incorporado a la institución u organismo público no los tiene. El interés tutelado es preciso y a él debe acomodarse la interpretación de los alcances del tipo legal. Es irrelevante, a los efectos del derecho penal, que el cargo objeto de nominación sea temporal o definitivo⁷⁷.

A la Corte Suprema le parece irrelevante si el cargo es temporal o definitivo, lo que conlleva asumir un concepto más elástico del significado de *nombramiento*, que implica la forma de ingreso definitivo al sector público. En esta lógica, la designación de una persona en un cargo de confianza sin los

⁷⁷ SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 1712-2019 Lambayeque*, Lima: 29 de mayo del 2020, f. j. n.º 4.

requisitos puede ser descrito en el delito de nombramiento ilegal y la aceptación igualmente. Se requiere, en el primer supuesto, que el agente, a sabiendas de que alguien no cumple los requisitos establecidos por ley, lo nombre y, en el segundo, que este acepte, es decir, se reprime el comportamiento doloso. Puede darse el caso de que se realice un nombramiento ilegal por falta de diligencia en la revisión de los requisitos legales, por lo que en esta situación la conducta sería atípica.

Respecto de la conducta del sujeto activo que realiza el nombramiento, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el recurso de apelación de 4 de mayo del 2010 (f. j. n.º 5) recaído en el Exp. N.º 07-2007 (caso *Victoria Canchaya*), hace una interpretación sobre a quién imputarle el nombramiento ilegal:

Nombramiento o aceptación ilegal: configuración

Quinto. [...] 1. [...] C. [...] [El] artículo 381 del Código Penal consigna como conducta típica no la del funcionario público que “ nombra ” sino la de aquel que “ hace un nombramiento ” para cargo público sobre persona en quien no concurren los requisitos legales. En tal sentido, “ hacer un nombramiento ” no describe un acto formal único, sino que alude a un procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que desempeñe un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como las funciones que desempeñará, y que finalizará cuando este lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto formal de carácter administrativo a cargo de la entidad correspondiente.

Esta apreciación nos parece correcta porque se podría imputar al funcionario que firma una resolución de nombramiento cuando él no ha participado en el procedimiento para la designación. Salvo que haya pruebas de su intervención, se debe precisar con claridad quién es el funcionario que ha estado materialmente en los actos de nombramiento y que haya sido responsable de la verificación del cumplimiento de los requisitos para acceder a un cargo.

En una línea consolidada no solo respecto a este delito, sino de otros, en el sentido de que el delito de nombramiento ilegal no es un delito que afecte el patrimonio del Estado y, en consecuencia, no corresponde duplicar el plazo, la Sala Penal Transitoria, en el R. N. N.º 2304-2014 Lima, de 17 de marzo del 2015, desarrolla el contenido típico:

[E]l tipo legal de nombramiento ilegal es un delito de resultado y de naturaleza instantánea, pues solo requiere para su consumación la oficialización del nombramiento con las formalidades del caso [...].

Este ilícito penal busca proteger la expectativa normativa referida a la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos, protegiendo, de forma específica, el correcto funcionamiento de la Administración en cuanto a las pautas para el nombramiento y aceptación de cargos públicos. El agente público, en este delito, no tiene una relación funcional con un ámbito de gestión o recaudo de caudales de la Administración. Solo se castiga a quien, extralimitándose en sus funciones, abusa de su poder para incorporar ilegalmente personal a las reparticiones públicas. En consecuencia, el bien jurídico tutelado en dicho delito es la preservación de la legalidad de los nombramientos de los funcionarios y servidores públicos, protegiendo la administración pública de irregularidad en el ingreso a la función pública⁷⁸.

Esta misma ejecutoria suprema destaca que, siendo un delito de resultado, “se requiere de la propia ilegalidad del nombramiento, que esta se refiera a contradicciones patentes con el ordenamiento jurídico en relación con la importancia funcional del cargo y en violación del principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública”⁷⁹.

El nombramiento ilegal, según esta apreciación de la doctrina, va a reposar en el incumplimiento manifiesto, patente, del acceso a la función pública por alguien que no tiene los requisitos de ley. Por ejemplo, se nombra a quien no tiene el perfil profesional para el cargo, se convoca a un economista y se nombra a un antropólogo, o el profesional no tiene los años requeridos para poder ser nombrado, o no tiene los grados académicos. Es decir, basta que haya un incumplimiento de estos requisitos, que no se pueden obviar sin dolo, para reprimir esta conducta, lo que incluye a quien a sabiendas de que no cumple con las condiciones acepta dolosamente el nombramiento.

78 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Nulidad N.º 2304-2014 Lima*, Lima: 17 de marzo del 2015, ff. jj. n.ºs 6 y 7.

79 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Nulidad N.º 2304-2014 Lima*, Lima: 17 de marzo del 2015, f. j. n.º 7.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Costa Rica	Artículo 337.- Será reprimido con treinta a noventa días multa el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. <i>(Numeración de este artículo modificada por la Ley N.° 7732, de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 335 al 337).</i>
Bolivia	Artículo 157.- Nombramientos ilegales Será sancionado con multa de treinta a cien días, el funcionario público que propusiere en terna o nombrare para un cargo público a persona que no reune las condiciones legales para su desempeño
Chile	Artículo 220.- El empleado público que a sabiendas designare en un cargo público a persona que se encuentre afecta a inhabilidad legal que le impida ejercerlo, será sancionado con la pena de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.
Argentina	Artículo 253.- Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.
Guatemala	Artículo 432.- El funcionario o empleado público que, a sabiendas, propusiere o nombrare para cargo o empleo público a persona en quien no concurren los requisitos que la ley exija, será sancionado con multa de cien a quinientos quetzales.
España	Artículo 405 A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Comentario a la legislación comparada

En el derecho español este delito está tipificado como "nombramientos ilegales" (art. 405), que, según la doctrina de ese país, es una modalidad específica de prevaricación, cuya tipificación expresa quizá obedece tan solo a la diversa trascendencia de la resolución adoptada por la afección al principio de igualdad en el acceso a la función pública que conlleva⁷⁷. En esta línea, se sostiene que una modalidad menos grave de prevaricación se da cuando hay una ilegalidad en el nombramiento por ausencia de requisitos legales fundamentales que posibilitan este, de carácter formal o material. En este caso, DE LA MATA BARRANCO sostiene que la conducta típica se formula de modo alternativo, pues hay tres verbos rectores que determinan una conducta ilícita distinta: el primero es el "nombramiento", que implica un ritual; el segundo es la "proposición de un funcionario sin los requisitos exigidos por ley", y el tercero, la "entrega en posesión", esto es, de facto. El destino de esa designación ilegal es el cargo público como funcionario de carrera, ya como interino o personal laboral⁷⁸.

Finalmente, a diferencia del delito descrito en el Código Penal peruano, tenemos que la conducta de quien acepta el nombramiento está descrita en otro artículo, pero la sanción es la misma. La pena es la multa.

Artículo 406

La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 560. - Nombramiento o aceptación ilegal

El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales es reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años e inhabilitación no menor de dos ni mayor de tres años de conformidad con los literales a, b e i del artículo 38 y con sesenta a ciento veinte días multa.

Si el nombramiento recae sobre una persona que cumple pena de inhabilitación, la pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, de inhabilitación de conformidad con los literales a, b e i del artículo 38 y de noventa a ciento cincuenta días multa.

La misma pena del segundo párrafo se impondrá para quien acepta el cargo sin contar con los requisitos legales.

80 DE LA MATA BARRANCO, “El funcionario público ante el derecho penal”, art. cit.
81 *Ibid.*

SECCIÓN II CONCUSIÓN

CAPÍTULO XVIII CONCUSIÓN

Artículo 382.- Concusión⁸²

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

** Artículo modificado por el D. Leg. N.° 1264, publicado el 11 de diciembre del 2016.*

1. ALCANCES TÍPICOS

La concusión ha sido muy poco desarrollada en la doctrina. Tenemos que podría asemejarse a un delito de cohecho, puesto que hay una solicitud a una persona para dar o prometer para sí o para otro un bien beneficio patrimonial. La diferencia es que hay dos verbos rectores que cambian la figura: el sujeto activo *obliga* o *induce* a una persona, que adquiriría la calidad de víctima en este delito. Es decir, hay coacción o inducción (o provocación) a un comportamiento, en el sentido de obtener un bien o beneficio patrimonial, que es el objeto corruptor, lo que reduce al delito de cohecho, que en cuanto a este objeto es más amplio y trasciende lo patrimonial.

82 Historial legal:

Artículo 382.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. (1991).

Artículo 382. Concusión

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

(Artículo modificado por la Ley N.° 30111, publicada el 26 noviembre del 2013).

1.1. Bien jurídico tutelado

Fuera del tan recurrido “correcto funcionamiento de la administración pública” y en la línea de aterrizar lo que es objeto de protección, el bien afectado es “el ejercicio sin coacción o persuasión maliciosa que debe tener el funcionario o servidor para con el administrado”, además de la afectación del patrimonio de un particular, postura en la que coincidimos con HUGO ÁLVAREZ⁸³.

El sujeto activo es funcionario o servidor, por lo que es un delito especial. Además, debe tener la capacidad de obligar o inducir, caso contrario no puede imputarse este delito. Esto se puede apreciar en el R. N. N.º 1058-2012 Lima, de 14 de marzo del 2013, emitido por la Sala Penal Transitoria:

Quinto. La encausada [...], en su condición de secretaria, no tenía la influencia sobre los trabajadores del despacho congresal aludido, para obligarlos a tal ilegal desprendimiento (entregar parte de su sueldo para que se destine o derive al pago de remuneraciones a terceras personas que no mantenían vínculo laboral con la Administración pública), de forma tal que la misma procesada no tenía el dominio del hecho y no pudo haber concretado el *iter criminis* del tipo penal hasta su consumación, por ostentar el nivel de secretaria de la excongresista, quien era la que ejercía la presión a los mencionados trabajadores por ser la titular del despacho.

La norma alude con “abuso de su cargo” lo que ya está implícito desde que el agente solicita mediante amenaza o coacción o engaño bienes a la víctima. Lo contrario sería asumir que un funcionario puede solicitar bienes sin abuso del cargo, lo que nos parece absurdo. Sin embargo, en la jurisprudencia suprema se desarrolla este elemento, lo que nos parece innecesario. Como ejemplo tenemos la ejecutoria suprema R. N. N.º 1601-2006 Huaura, de 28 de enero del 2009, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria:

Sexto. Para configurar el delito de concusión [...] se requiere: i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia; ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada; y iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto, viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción,

83 HUGO ÁLVAREZ, Jorge y Betty HUAYCAYA RAMOS, “Concusión”, en HUGO ÁLVAREZ, Jorge y Betty HUAYCAYA RAMOS, *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 155.

es decir, conlleva el uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones, según el tipo penal *sub judice*, en dar —entregar, transferir algo a alguien— o prometer —efectuar un ofrecimiento a futuro— en forma indebida —prestación sin sustento alguno— un bien o un beneficio patrimonial para sí o para otro, es decir, que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona [...] ⁸⁴.

En la ejecutoria suprema anterior se describe que se constriñe o se induce a la víctima viciando su voluntad, y que esto conlleva al uso de la violencia. Hay que aclarar que la violencia está en la base de la coacción o de obligar a la víctima entregar bienes patrimoniales. Y esta violencia más está referida a la *vis compulsiva* o amenaza como medio de comisión. Otro aspecto para tomar en cuenta es sobre la solicitud de promesa o beneficio patrimonial solicitado *en forma indebida*, lo que igualmente nos lleva al absurdo que un funcionario puede solicitar un bien para él o para a otro de forma debida. Entonces, vemos, por lo menos, una redacción defectuosa en este tipo de delito que además ha englobado a otros como el de cobro indebido, colusión, etc.

En el R. N. N.° 163-2007 Lima, de 7 de abril del 2008, emitido por la Sala Penal Permanente, tenemos el caso de un funcionario municipal que cobraba dinero a meretrices para no clausurar locales dedicados a la prostitución, por lo que cometía el delito de concusión. Se observa la *vis compulsiva* de cerrar el centro de labores de las trabajadoras sexuales aprovechándose de su clandestinidad o informalidad:

Segundo. Se ha acreditado que el funcionario municipal encausado [...] solicitó a (algunas prostitutas) la entrega de dinero a fin de no clausurar los locales donde dichas féminas ejercían el meretricio clandestino.

[...]

Cuarto. [...] Está probado con videos que el encausado cobraba dinero a varias meretrices para dejarlas ejercer la prostitución [...] (lo que se deduce, en especial, de la expresión (que soltó el encausado en dicha grabación): “te voy a cuidar tu departamento voy a cuidar que no te tumben, pero me tienes que pagar mil quinientos soles para que no cierren tu local”).

[...]

Séptimo. El hecho que el informe municipal [...] no hallara responsabilidad en el encausado [...] no prueba la irrelevancia penal de los hechos incrimina-

dos, en tanto aquel no es el órgano competente para establecer la responsabilidad penal de una persona por la comisión del delito de concusión.

En el R. N. N.° 196-2010 Loreto (24 de noviembre del 2010), emitido por la Sala Penal Permanente⁸⁵, se procesó a un miembro de la Policía Nacional por chantaje y concusión. El efectivo había buscado al padre de una menor y le solicitó dinero a cambio de no asentar una denuncia por presunto abuso sexual. Se advirtió que se estaba ante un concurso aparente y, por tanto, debía resolverse por el principio de especialidad, como fluye así de la sentencia:

Cuarto. [...] La sentencia recurrida condena al acusado [...] por los delitos contra el patrimonio - chantaje y contra la administración pública - concusión [...] en síntesis la imputación radica en el hecho de haber buscado al agraviado en su centro de trabajo [...] y en su domicilio a fin de solicitarle dinero para que no asiente la denuncia correspondiente por el delito de violación sexual en agravio de la hija menor de OCF; que se precisó que esa conducta es típica porque se subsumió en los delitos de chantaje y concusión —haciendo la distinción que el primer tipo penal es porque a cambio de una ventaja económica se comprometió a no asentar la denuncia de la que ya tenía conocimiento; y el segundo es porque le solicitó dinero a cambio de no asentar la denuncia, lo que involucró falta a sus deberes funcionales—; que no obstante ello, es de advertir que en este caso se plantea un concurso aparente de delitos —chantaje y concusión— en el que se debe proceder conforme al principio de especialidad, pues lo contrario sería transgredir el principio de no contradicción de los actos procesales porque un mismo hecho no puede ser calificado jurídicamente en dos tipos penales distintos [...] lo cierto es que el acusado [...], en su calidad de suboficial técnico de la Policía Nacional del Perú [...], buscó al agraviado para solicitarle dinero a cambio de no hacer de conocimiento a la autoridad respectiva la denuncia de violación y de no asentarla en el registro respectivo, y no en calidad de persona natural para comunicarle que iba a denunciarlo pero que a cambio de dinero ya no lo haría; que esta conducta se subsumiría en el art. 382 del CP, en el que el bien jurídico protegido “es el desenvolvimiento regular de la actividad del Estado dentro de las reglas de dignidad, probidad y eficiencia” o “el ordenado e imparcial desenvolvimiento de los servicios adscritos al Estado a favor de la sociedad y de los individuos”.

Como hemos observado, este delito que es doloso se ha denominado concusión junto con otros delitos con caracteres diferentes. No hay mayor explicación de las razones, por lo que para razonablemente comprender la conexión podemos

85 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 616.

ir a su etimología. El prefijo *con* implica cooperación, que podría entenderse en el delito de colusión desleal llamado también delito de encuentro. La palabra “concusión” viene de *concussio* o *concussionis*, cuyo significado es agitar, quebrantar, sacudir todo lo que alude por lo menos a un comportamiento antinormativo. Sin embargo, la definición de *concussio* que más se acerca a la redacción del art. 382 del CP es aquella que aparece en el Digesto⁸⁶ como *extorsión*, de allí que lo hayamos visto como concurso aparente con delito de chantaje, pero, para ser precisos, esto solo vincula al verbo rector *obligar*, mas no al de *inducir*.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Costa Rica

Artículo 348.- Se impondrá prisión de dos a ocho años, al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial.
(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso “a”, de Ley N.° 7732, de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 346 al 348).

Venezuela

Artículo 195.- Todo funcionario que abusando de sus funciones, constriña a alguna persona a que dé o prometa a él mismo o a un tercero alguna suma de dinero u otra ganancia o dádiva indebida, será castigado con prisión de dieciocho meses a cinco años. Si la suma o cosa indebidamente dada o prometida es de poco valor, la prisión será por tiempo de tres a veintiún meses.

Artículo 196.- Todo funcionario que abusando de sus funciones, induzca a alguna persona a que cometa alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, será castigado con prisión de dos a dieciséis meses.

Si recibiendo el funcionario público lo que no le era debido no hace más que aprovecharse del error de otro, la prisión será de tres a quince meses.

Si la suma o la cosa indebidamente dada o prometida fuere de poco valor, la prisión, en el primer caso, será de uno a diez meses; y en el segundo, de quince días a seis meses.

Brasil

Concussão

Artículo 316.- Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Italia

Artículo 317.- Concussione

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, e' punito con la reclusione da quattro a dodici anni ⁽¹⁾.

(1) Articolo così' sostituito dalla L. 26 aprile 1990, n. 86.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 565.- Concusión

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1,2 y 9 del artículo 42.

CAPÍTULO XIX

COBRO INDEBIDO

Artículo 383. - Cobro indebido⁸⁷

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

** Artículo modificado por el D. Leg. N.° 1243, publicado el 22 octubre del 2016*

1. ALCANCES TÍPICOS

Según FONTÁN BALESTRA, el origen de la también llamada *exacción* lo encontramos en Roma, como consecuencia de la protesta de los pueblos conquistados y que eran víctimas de los funcionarios romanos⁸⁸. Si bien en nuestro ordenamiento se ha calificado como cobro indebido, el elemento clásico de la exacción está en el exigir impuestos, prestaciones, multas, o deudas⁸⁹.

Para FRISANCHO APARICIO, la exacción significa el hecho de exigir contribuciones o emolumentos. Tiene, además, la acepción de cobro injusto y violento⁹⁰.

En el derecho romano, la ley *repetundarum* prohibía a los magistrados o funcionarios exigir más impuestos que los consentidos por las leyes vigentes. Esta prohibición también alcanzaba a los subalternos⁹¹, equivalentes en esta época a los servidores públicos, que tenían la obligación de recaudar los impuestos y emolumentos.

87 Historial legal:

Art. 383.- Cobro indebido

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. (1991).

88 FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 17.ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 966.

89 FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 967

90 FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima: FE-CAT, 2011, p. 309.

91 DONNA, Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 378.

La conducta prohibida es que el agente, teniendo la calidad de funcionario o servidor público, emplea su cargo de forma abusiva y exige a la víctima para que entregue contribuciones o emolumentos no debidos o mayores a la tarifa legal. El sujeto activo es especial: funcionario o servidor. En el R. N. N.º 83-2004 Áncash, se resalta esta característica de empleado público al afirmar que el delito de exacción se refiere no solo a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares, sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para exigir o hacerse pagar contribuciones, indemnizaciones o emolumentos no debidos y que excedan a la tarifa legal, con referencia, sobre todo, al pago de aranceles. En esta ejecutoria suprema se absolvió al acusado con el argumento de que lo solicitado no era un arancel con tarifa establecida por ley, sino una subvención⁹². Esto es discutible, puesto que las subvenciones son pagos no reembolsables que se dan a funcionarios públicos por la prestación de alguna actividad, lo que sería un símil de emolumento.

El medio comisivo de la exacción propiamente dicha es la intimidación. En el R. N. N.º 861-2001 Cusco se indica que el cobro indebido establece, entre otros, que el funcionario, mediante intimidación tácita, aprovechando la condición que le asiste, exija el pago o entrega de alguna contribución u honorarios no debidos. En el citado ilícito, la conducta del agente debe estar dirigida a doblegar la voluntad de otra persona para obtener un beneficio⁹³.

En el art. 383 del CP advertimos dos modalidades. La primera es la *exigencia* y configura un tipo de peligro: basta que el agente exija que se pague la contribución que exceda la tarifa legal para que se consume el delito⁹⁴. La segunda modalidad se consuma cuando el agente hace que la víctima pague o entregue contribuciones o emolumentos indebidos más allá de la tarifa legal. Si bien la exacción es exigencia en la segunda modalidad, observamos que el medio comisivo no es la exigencia; el agente simplemente hace pagar o entregar, a sabiendas que son cobros indebidos. En este caso se tiene que no hay exigencia, de allí que el título de este artículo sea cobro indebido, que abarca otra conducta no necesariamente con exigencia. Por eso, ABANTO VÁSQUEZ sostiene que en

92 DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, *El Código Penal en su jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 402.

93 DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, *El Código Penal en su jurisprudencia*, ob. cit., p. 402.

94 Así, se afirma en la jurisprudencia argentina, la exacción significa demandar imperiosamente y que se consuma con la mera exigencia. Citado por FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 969.

el fondo hay un engaño en el *hacer pagar* o *hacer entregar*, posición con la que concordamos:

HACER PAGAR implica hacer dar en pago dinero o documentos con poder cancelatorio. Y HACER ENTREGAR es hacer dar algo que cumple una función económica. Ahora bien, esto no dice todavía cuál es el “medio” que deberá utilizar el sujeto activo para “hacer pagar o entregar”. Y esto es lo que se suele pasar por alto también en la doctrina. Si en el primer supuesto ya está prevista la modalidad de “exigir”, si el uso de “violencia” constituye un mayor injusto previsto para la “concusión”, en el contexto de esta modalidad de “exacciones ilegales” solamente habrá lugar para el “engaño”. Efectivamente, debe entenderse que la “exacción ilegal”, en esta segunda modalidad, se refiere a conductas engañosas mediante cualquier acto positivo (que incluye los “actos concluyentes positivos”, los que no son propiamente “omisio-nes”). Por ejemplo, se presenta directamente la acotación falsa, como si fuera verdadera, para que el particular pague supuestos derechos⁹⁵.

En el Exp. N.º 931-97 se hace esta distinción cuando se sostiene que en el delito de exacción ilegal, que se refiere a una exigencia arbitraria e indebida, la arbitrariedad puede ser explícita o encubierta (implícita). En la primera, el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo extorsiona con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta bajo una mentirosa procedencia jurídica lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar. Para ello, media un abuso de autoridad, el funcionario actuando como tal plantea exigencias ilegales y coloca a la víctima ante la opción de entregar o afrontar otras consecuencias⁹⁶.

La otra postura que sostiene que en *hacer pagar o entregar* hay exigencia de por medio no se sostiene desde la redacción del artículo que diferencia con claridad exigir o hacer pagar o entregar.

La contribución es un elemento normativo del tipo, por lo que para su entendimiento se hace necesario acudir al Código Tributario. Este define “contribución” como el “tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales”. Es una acción unilateral que nace de la conducta del funcionario que cobra una

95 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2003, p. 300.

96 DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, *El Código Penal en su jurisprudencia*, ob. cit., p. 401.

contribución indebida o por encima del valor legalmente establecido. El reforzamiento en la comisión de este delito es el cargo que se usa de manera abusiva.

Es un delito pluriofensivo porque se afectan dos bienes jurídicos: a) el correcto funcionamiento del Estado y b) el patrimonio de la víctima o administrado. El Estado también puede ser perjudicado patrimonialmente. Cuando el sujeto pasivo es el Estado, debe establecerse en concreto cuál es la institución que es afectada. Así, en el R. N. N.° 5431-97 Arequipa se sostiene que, tratándose de delitos contra la administración pública en perjuicio de gobiernos locales o regionales, solo estos deben ser considerados como agraviados y no el Estado a la vez, ya que ello implicaría una duplicidad de pago respecto a la reparación civil⁹⁷. Por otro lado, no se ha establecido un criterio cuantitativo para establecer cuándo el funcionario se encuentra ante un delito o una infracción administrativa. De allí que en el Exp. N.° 4722-97 Amazonas se afirma que constituye exacción ilegal el que un cajero de la oficina de los Registros Públicos haya cobrado la suma de S/ 72.00 cuando la tarifa es de tan solo S/ 12.00, y no importa si la diferencia cobrada en exceso no fue apropiada por el acusado⁹⁸. De este último aspecto es importante establecer que, respecto a contribuciones o impuestos, el afectado es el administrado y el favorecido es el Estado, pues si fuese el funcionario público estaríamos ante el delito de cohecho.

Respecto al emolumento, HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS, entre otros autores, señalan que en principio los emolumentos no son pagados por particulares, sino que es el Estado el que lo hace⁹⁹, que su inclusión ha desnaturalizado el tipo penal y que es inaplicable¹⁰⁰. Si se sostiene que el sujeto pasivo del delito es solo el particular tiene sentido, pero en este caso tenemos que el agraviado puede ser el Estado, pues el agente hace que se pague un emolumento (entiéndase remuneración) indebido a su favor.

La denominación emolumento es un símil a sueldo. En el art. 12 de la Constitución de 1920 se indicaba: “Nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado, sea cual fuese el empleo o función que ejerza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por instituciones locales o por sociedades dependientes

97 *Loc. cit.*

98 *Ibid.*, p. 402.

99 HUGO ÁLVAREZ, Jorge y BETTY HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 163.

100 HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, ob. cit., p. 164.

en cualquiera forma del Gobierno, están incluidos en la prohibición”. En el art. 18 de la Constitución de 1933 se incorporó la excepción de que cuando se ejercía docencia se podía percibir doble remuneración: “Nadie puede percibir más de un sueldo o emolumento del Estado, cualquiera que sea su función o empleo, salvo uno más por razón de la enseñanza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por corporaciones locales o sociedades dependientes en cualquiera forma del Poder Ejecutivo están incluidos en esta prohibición”.

En el art. 1 del Convenio N.º 100 de la OIT, relativo a la igualdad de remuneración¹⁰¹, se señala que para los efectos del convenio “el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último”. Es decir, se establece una identidad entre remuneración y emolumento.

Lo sostenido respecto a que el delito es inaplicable en los emolumentos no es cierto porque hay ejecutorias supremas que han interpretado el art. 383 del CP en el sentido de que se reprime a quien se ha hecho pagar remuneraciones o equivalentes de forma indebida. Para ilustración tenemos el R. N. N.º 1234-2016 Lima, de 21 de abril del 2017. El hecho imputado fue el siguiente:

Segundo. Marco incriminatorio. De la acusación fiscal escrita se desprende que Lifoncio Vera Sánchez (alcalde), Justo Julca Sánchez, Raúl Llanos Sánchez, Román Llanos Cortez, Esther Linares Llico y Wilser Alfonso Marín Aguilar (regidores) habrían aprovechado su condición de funcionarios públicos para realizar cobros indebidos, los mismos que se materializaron en el Acuerdo de Concejo N.º 2-2007-MDLE, de 4 de enero del 2007, donde fijaron como sueldo mensual del citado alcalde la suma de 9900.00 soles, y como dieta de los regidores la suma de 2970.00 soles (a razón de 742.50 soles por sesión). Luego, en el mes de marzo del 2007, se publicó el D. S. N.º 025-2007-PCM, de fecha 22 de marzo del 2007; en mérito a ello, el área legal de la referida comuna emitió el informe correspondiente, y en acuerdo de sesión extraordinaria del Consejo Distrital N.º 010-2007-MDLE, de 3 de abril del 2007, se ordenó adecuarse a lo prescrito en la referida norma, y se fijó el sueldo del alcalde en 3250.00 soles, y como dieta de los regidores la suma de 975.00 soles; es decir, de acuerdo con la proporción de la población electoral de su circunscripción; sin embargo, meses después, y pese a estar en vigencia la referida norma, y de contar

101 Adoptado en Ginebra el 29 de junio de 1951, por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo en su trigésimo cuarta reunión. Ratificado por el Perú el 1 de febrero de 1960..

con el informe del área legal, mediante Acuerdo de Consejo N.º 250-2007-MDLE, de 30 de noviembre del 2007, por considerar que el mismo atentaba contra la autonomía de los gobiernos locales y el ordenamiento jurídico interno, se repuso como sueldo mensual bruto del alcalde la suma de 9900.00 soles y como dieta de los regidores la suma de 2970.00 soles; dichos montos fueron abonados desde diciembre del 2007 hasta noviembre del 2008. Finalmente, debido a las denuncias periodísticas mediante Acuerdo de Consejo N.º 0222-2008-MDLE, de 3 de diciembre del 2008, se dejó sin efecto el acuerdo del Consejo Municipal N.º 250-2007-MDLE, y dispusieron que recobra vigencia el Acuerdo de Concejo Extraordinario N.º 010-2007-MDLE, mediante el cual tanto la remuneración del alcalde como las dietas de los señores regidores se adecuaron a lo dispuesto en el citado D. S. N.º 025-2007-PCM.

En resumen: la imputación es que los acusados de forma ilegal se subieron los sueldos y las dietas en contra de la normatividad legal.

- 4.1. Mediante D. S. N.º 025-2007-PCM, del 22 de marzo del 2007, se fijaron los límites a los sueldos de los alcaldes y dietas de los regidores, en proporción a la cantidad de la población electoral. Dicho decreto supremo fue emitido en el marco de la Ley N.º 28212 modificado por el Decreto de Urgencia N.º 038-2006, cuyo objeto era establecer las disposiciones que permitan a los concejos municipales determinar los ingresos por todo concepto de los alcaldes provinciales y distritales.
- 4.2. En el presente caso, está probado que el encausado Lifoncio Vera Sánchez ostentó el cargo de alcalde de la Municipalidad Distrital de La Encañada-Cajamarca, durante el periodo edil del 2007 al 2010; asimismo, los acusados Justo Julca Sánchez, Raúl Llanos Sánchez, Román Llanos Sánchez, Esther Linares Llico y Wilser Alfonso Marín Aguilar, en la misma comuna y periodo edil, se desempeñaron como regidores.
- 4.3. Mediante Acta de Sesión Extraordinaria de Concejo, de 4 de enero del 2007, los encausados fijaron los montos por compensación mensual por el ejercicio de sus funciones, que en el caso del alcalde ascendía a la suma de 9900.00 soles, y en cuanto a la dieta de los regidores la suma de 2970.00 soles por cuatro sesiones mensuales.
- 4.4. Luego, con el Acta de Sesión Extraordinaria de Concejo N.º 10-2007-MDLE, de 3 de abril del 2007, los encausados acordaron adecuarse a lo prescrito en el referido D. S. N.º 025-2007-PCM, y fijaron nuevas escalas remunerativas de acuerdo con la proporción de la población electoral de su circunscripción. En el caso del alcalde, su remuneración se fijó en 3250.00 soles y las dietas de los regidores en 975 soles.

- 4.5. Mediante el Acta de Sesión Ordinaria de Concejo N.º 250-2007-MDLE, de 30 de noviembre del 2007, se dejó sin efecto el anterior Acuerdo de Concejo N.º 10-2007-MDLE, y ordenó que se notifique el mismo a la Gerencia Municipal, personal, contabilidad y tesorería para su conocimiento y cumplimiento, con lo que recobró vigencia el acuerdo remunerar adoptado a inicios de dos mil siete, bajo el sustento de que el decreto supremo emitido por el Gobierno central atenta contra la autonomía de los gobiernos locales.
- 4.6. En el Acuerdo de Concejo N.º 0222-2008-MDLE, de 3 de diciembre del 2008, se dejó sin efecto el anterior Acuerdo del Concejo Municipal N.º 250-2007, y dispuso que recobre vigencia el acuerdo de Concejo Extraordinario N.º 010-2007, que adecúan las remuneraciones a lo dispuesto en el mencionado Decreto Supremo.
- 4.7. De estos hechos probados emerge que pese a que los acusados alegan inocencia, se acreditó que los mismos, una vez emitida la norma legal por el Gobierno central, decidieron adecuar sus remuneraciones; sin embargo, a fines de noviembre de dos mil siete, acordaron desconocer dicha norma sobre la base de una interpretación maliciosa de la norma reguladora, y deciden que recobre vigencia un acuerdo emitido a inicios del dos mil siete, y con ello hacerse pagar una remuneración mayor a la que estipulaba el tope máximo que le correspondía en proporción de la población electoral de su circunscripción. Dicho pago irregular quedó reflejado en las planillas de haberes de la entidad edil (véanse los folios 61 a 118).

La defensa argumentó que la conducta de los acusados era atípica para el delito de cobro indebido, por lo que la Corte Suprema interpreta el tipo penal:

- 5.1. En ese sentido, el tipo penal establece tres conductas específicas y alternativas: exigir, hacer pagar y hacer entregar. A. La conducta “exigir” implica demandar de forma enérgica al obligado el cumplimiento de la misma para con la administración estatal. Demanda que supone un nivel de intimidación y coacción de cierta intensidad como vía idónea para lograr la consumación del delito. En este caso, el sujeto activo, prevaleciéndose de su poder, esto es, de modo abusivo, puede exigir emolumentos o remuneraciones a la administración pública o a los particulares. B. En cuanto a la modalidad de “hacer pagar”, el contenido material del comportamiento revela un obrar positivo que no supone el empleo de medios violentos, sino más bien la utilización de medios fraudulentos, puesto que el agente utiliza medios engañosos para el contribuyente, que lo inducen a error acerca del deber de pagar algo que no se debe o a pagar más de lo debido. Está claro que la acción típica “hacer pagar” no solo puede dirigirse contra particulares

sino también contra la propia administración pública para obtener de esta un emolumento no debido. C. La modalidad “hacer entregar” se interpreta como hacer restituir o proporcionar algo que tenga valor o cumpla una función económica (documentos, títulos valores, etc.), al igual que la conducta anterior se concreta a través del engaño o el error.

- 5.2. El término “emolumento”, según la doctrina nacional, expresa la idea de “honorario”, “sueldo” o “remuneración” que recibe determinada persona a cambio de su trabajo. En ese concepto, sin duda se incluyen las dietas que reciben los regidores por asistencia a sesiones del Concejo Municipal.
- 5.3. Describas las tres conductas, no se advierten actos intimidatorios en la cronología de los hechos; por lo que resulta de aplicación al caso concreto la conducta “hacer pagar”, en ese sentido, es de rigor determinar si los imputados utilizaron medios fraudulentos, mentidos o engañosos para desconocer una norma legal emitida por el Gobierno central para lograr percibir remuneraciones y dietas fuera de los máximos establecidos. Cabe precisar que la conducta engañosa, según doctrina, consiste en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas; puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos. (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 406).

La Corte Suprema, correctamente, establece que hay tres modalidades: 1) la exigencia, 2) el hacer pagar y 3) hacer entregar contribución o emolumento, que lo define como remuneración y que el caso concreto lo asimila a dieta cuando se trata de regidores.

Desde el aspecto subjetivo, en el delito de cobro indebido el autor debe conocer que lo que solicita es ilegal o está por encima del valor legal. De allí que, si el agente obra de forma negligente¹⁰² o errónea, su conducta es atípica. En esta ejecutoria se razonó respecto del comportamiento doloso de los acusados así:

- 5.7. De lo expuesto, se puede evidenciar que los acusados actuaron con dolo, pues adujeron un informe legal para tomar la decisión ilícita, lo que fue negado tajantemente por la asesora legal en su declaración fiscal, que tampoco obra en autos; asimismo, en la cuestionada sesión del treinta de noviembre de dos mil siete (véase a folios 56), se advierte que el pleno del Concejo Municipal solicitó dejar sin efecto el Acuerdo de Concejo Extraordinario N.º 010-2007, los mismos que no hacen

102 *Ibid.*, p. 971.

referencia alguna sobre el informe legal, sino que la decisión se adoptó por considerar que el referido decreto de urgencia atentaba contra la autonomía de los gobiernos locales, pero sin invocar sustento legal alguno. Como se ha mencionado, el decreto supremo en cuestión se emitió en cumplimiento de la Ley N.º 28212, cuya constitucionalidad, también, había sido puesta en cuestionamiento, pero que el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 038-2004-AI/TC) mediante resolución de 8 de marzo del 2005, no admitió y, por el contrario, en su fundamento catorce sostuvo lo siguiente: “14. Por tanto, el Tribunal Constitucional no comparte los argumentos expuestos por los demandantes, respecto de la alegada vulneración de la autonomía económica de los gobiernos locales y la competencia para que fijen su organización interna y su presupuesto, toda vez que, como se ha expuesto precedentemente, tal autonomía y competencia no son ilimitadas, pues si bien es cierto que son competentes para aprobar su presupuesto, gestionando con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades, también lo es que tal ejercicio debe ser compatible con normas constitucionales que declaran que la administración financiera del Estado se rige por el Presupuesto General de la República que anualmente aprueba el Congreso, o aquella que establece que los gobiernos locales promueven el desarrollo y su economía en armonía con las políticas nacionales de desarrollo”.

- 5.8. Con lo que se evidencia que los acusados no pueden alegar desconocimiento de la norma, puesto que la política del Gobierno central desde el 2004 estaba dirigida a regular las remuneraciones dentro del sector público, lo que se concretaba a través de las normas, en este caso, decreto supremo; por lo que no se trata de una disposición aislada o arbitraria que pueda en algo reforzar la tesis exculpatoria de los encausados sobre el desconocimiento de la norma. Igualmente, tampoco se acreditó que el área legal de la entidad edil haya presentado informe alguno orientado a desconocer la referida norma legal.
- 5.9. Asimismo, queda claro que los encausados actuaron con conciencia y voluntad para desconocer el decreto supremo en referencia, puesto que se acreditó que adoptaron dicha decisión sin base fáctica o legal (informe técnico legal); es decir, no se siguió con el trámite regular para una decisión como la que se adoptó, por lo que es evidente que los encausados, de forma concertada, engañaron a los funcionarios competentes para lograr percibir una remuneración distinta a la establecida y, con ello, obtener una ventaja patrimonial indebida.

Expuesto así, se descarta la ausencia de dolo en su accionar, y se ratifica que el juicio de subsunción resulta acertado.

En esta sentencia los acusados solicitaron la prescripción de la acción penal, pero tratándose de patrimonio del Estado fue declarado infundado el pedido, por la duplicación del plazo prescriptorio.

Octavo. Sobre la excepción de prescripción. En nuestra normatividad penal, en la parte final del art. 80 del CP, se duplica el plazo de prescripción de la acción penal cuando el delito es cometido por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado; así también nuestra Constitución Política del Estado, en el art. 41, refiere que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado; ello significa que ese plus de temporalidad para los efectos de hacer cesar la persecución penal está fundamentado en la lógica de protección del patrimonio del Estado. Resulta suficiente que el bien jurídico protegido contenga la protección del patrimonio del Estado para que el plazo se duplique; lo que quiere decir que para que opere la dúplica (o duplicidad) se aprecian entonces dos cuestiones esenciales, la primera que el autor sea funcionario o servidor público, y la segunda que el tipo penal tenga como objeto de protección el patrimonio del Estado.

8.1. En el presente caso, los encausados tenían la calidad de funcionarios y servidores, además de que con el accionar de los encausados con el delito imputado está relacionado con un perjuicio patrimonial al Estado; por lo que la decisión sobre la duplicidad del plazo de prescripción resultada acertada. Asimismo, si bien la defensa de los encausados alega que no existe una relación funcional entre los miembros del concejo y los caudales del Estado afectado; no obstante, se acreditó que con la decisión adoptada por los encausados en la sesión de concejo municipal se ordenó desconocer el decreto supremo que disponía topes a las remuneraciones y dietas del alcalde y regidores, con lo que lograron obtener de forma fraudulenta una ventaja económica indebida, con lo que se ocasionó un perjuicio patrimonial al erario nacional; por lo que no se puede sostener que la cuestionada decisión no guarda estrecha relación sobre actos de administración de los caudales.

En el cobro indebido de emolumentos tenemos la Cas. N.º 977-2016 Cusco (de 20 de abril del 2017), que fue declarada fundada a favor de los sentenciados. El recurso de casación fue interpuesta por Miguel Edmundo Revilla Fernández, Jorge Isaac Acurio Tito y José Rosendo Calderón Pacohuanca contra la sentencia de vista de 27 de julio del 2016, que confirmó en un extremo y revocó en otro la sentencia de primera instancia de 2 de febrero del 2016, donde se condenó, al segundo como autor y a los restantes como cómplices primarios del delito de

exacción ilegal en agravio de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, a un año de pena privativa de libertad para el primero, tres años de pena privativa de libertad para el segundo y tres años y seis meses de pena privativa de libertad para el tercero (cuyas ejecuciones se suspenden condicionalmente por el plazo de dos años —salvo un año para Revilla Fernández—), así como al pago de cincuenta mil soles por concepto de reparación civil.

El hecho imputado contra los sentenciados por el delito de cobro indebido fue el siguiente:

SEGUNDO. Que, según los cargos objeto de procesamiento, acusación, juicio y sentencia, el encausado Acurio Tito en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de San Sebastián utilizó el “Pliego de Reclamos del año dos mil ocho” presentado por el sindicato de trabajadores de la indicada municipalidad para obtener el incremento ilegal de sus remuneraciones, de los gerentes y de los jefes de área, así como de las dietas de los regidores. Con este propósito configuró un procedimiento con varios pasos y se concertó con los funcionarios beneficiados (regidores, gerentes, gerente municipal y jefes de áreas).

Es así que por Resolución de Alcaldía N.º 637-A-2007-MDSS.SG, de 17 de diciembre del 2007, designó a los integrantes de la Comisión Paritaria del periodo 2008, integrada, entre otros, por sus coimputados Miguel Edmundo Revilla Fernández, gerente de planeamiento y presupuesto, y José Rosendo Calderón Pacohuanca, gerente municipal. La Comisión quedó instalada el 19 de diciembre del 2007. El 26 de diciembre de ese mismo año culminó el proceso de negociación, de suerte que se emitió el Informe N.º 208-2007, que concluyó que existía crédito presupuestario suficiente para aumentar las remuneraciones solicitadas. En tal virtud, propuso el incremento de los niveles remunerativos, que dio lugar, previo Informe Favorable de la Comisión Técnica Mixta N.º 001-2007, de 27 de diciembre del 2007, a la emisión de la Ordenanza Municipal N.º 041-2007-CM-MDSS/C, a pesar de que la Ley de Presupuesto lo prohibía. El imputado Acurio Tito consintió lo acordado por el Concejo Municipal, y emitió la Resolución de Alcaldía N.º 685-A-MDSS-SG, de 31 de diciembre del 2007, que aprobó el pliego de reclamos para el ejercicio dos mil ocho.

Una vez fijado el sueldo del alcalde y altos funcionarios ediles, los regidores en sesión ordinaria de 10 de enero del 2008, solicitaron se fije sus dietas, para lo cual contó con el Informe Favorable N.º 001-2008-MDSS/GPP, de 7 de enero del 2008, emitido por la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto. Los regidores por mayoría, abusando de su cargo y eludiendo su labor de fiscalización, emitieron el Acuerdo de Concejo Municipal N.º 005-2008-CM-MDSS, por el que dejaron sin efecto el Acuerdo Mu-

nicipal N.º 044–2007–CM–MDSS, de 6 de abril del 2007; declararon la aplicación y vigencia del Acuerdo de Concejo Municipal N.º 006–2008–CM–MDSS, de 26 de enero del 2008; y fijaron como dietas para los regidores la suma de 3900 soles mensuales, con vulneración del art. 5 de la Ley N.º 29142, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2008, que estipulaba la prohibición de reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones y dietas.

TERCERO. Que, a raíz de estos hechos, la Contraloría General de la República emitió el Informe Especial N.º 148–2012–CG/ORCUEE, que concluyó que Jorge Isaac Acurio Tito, alcalde, Miguel Edmundo Revilla Fernández, gerente de Planeamiento y Presupuesto, y José Rosendo Calderón Pacohuanca, gerente municipal, incrementaron sus sueldos a partir del Convenio Colectivo del 2008 para los funcionarios de los niveles F1– jefes, F2 – gerentes, F3 – gerente municipal y F4 – alcalde, y generaron un perjuicio económico a la municipalidad agraviada, en el periodo 2008 al 2010, que ascendió a la suma de 507 766 soles. Respecto al incremento de las remuneraciones al alcalde y de las dietas a los regidores otorgados durante el periodo del 2008 al 2010, detectó un perjuicio de 792 783 soles. Del mismo modo, en los años 2009 y 2010 se incrementó la remuneración a los funcionarios F1, F2 y F3 que asciende a la suma de 31 900 soles. Todos esos montos hacen un total de 1 331 949 soles.

La Corte Suprema aceptó pronunciarse sobre la causal de vulneración de precepto material (art. 429.3 del nuevo CPP) y en concreto se circunscribió respecto al alcance del tipo legal de exacción ilegal, a los elementos que integran el tipo objetivo de esa figura penal (art. 383 del CP). La interpretación de los alcances típicos los desarrolló en los siguientes considerandos:

SEGUNDO. Que el delito de exacción ilegal, en lo pertinente al asunto examinado, presenta las siguientes notas características:

- A. El objeto de protección. Tutela, en lo inmediato, el correcto funcionamiento de la administración pública —actuación conforme a la legalidad— y, de forma mediata, el patrimonio de los ciudadanos frente a los abusos de los funcionarios en las relaciones de servicio público o el patrimonio público cuando el afectado es el propio Estado [parcialmente: ASÚA BATARRITA, Adela, *Delitos contra la administración pública*, San Sebastián: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 221].
- B. La acción típica. Comprende tres conductas específicas: (i) exigir, (ii) hacer pagar, y (iii) hacer entregar —existe una clara distinción entre cada una de ellas: así, RAMOS MEJÍA, Enrique, *El delito de concusión*, Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 64—. El objeto de la acción es, entre otros, los emolumentos (no incorporados, por cierto, en la legislación

argentina, base de la peruana), en tanto no debidos (elemento normativo).

Como se trata de conductas alternativas, en el presente caso la única que, en principio, sería aplicable es la de hacer pagar, que consiste en dar en pago dinero con poder cancelatorio [CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, Buenos Aires: Astrea, p. 304]. A diferencia de la “exigencia” —en cuanto demanda imperiosa (reclamo, pedido o demanda imperativa o forzosa), es decir, con violencia psicológica—, este supuesto —al igual que el de “hacer entregar”— descarta el uso de la referida violencia psicológica e importa la utilización de medios fraudulentos, mentidos, engañosos, que captan la voluntad del sujeto pasivo: determinación mediante error, el sujeto activo oculta la arbitrariedad de su demanda [DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 395 y 396].

- C. El emolumento. Significa honorarios, sueldos o remuneraciones que recibe determinada persona a cambio de su trabajo [SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley, 2014, p. 253] —en ese concepto sin duda se incluyen las dietas que reciben los regidores por asistencia a sesiones del concejo municipal—. El aumento de las remuneraciones y de las dietas era, como quedó establecido, objetivamente ilegal; y, de otro lado, los imputados actuaron abusivamente, pues no solo violentaron la legalidad, sino que actuaron desviando su concreta función al decidir u opinar torcidamente en el curso de la tramitación de un pedido o propuesta contra lo que la legislación establecía.

TERCERO. Que, ahora bien, es claro que la acción típica hacer pagar no solo puede dirigirse contra particulares, también contra la propia Administración pública para obtener de esta un emolumento no debido —con el provecho propio que ello origina, pero que, en todo caso, no es elemento del tipo legal—. En consecuencia, por su propia naturaleza, estos actos consistirán mayormente en una acción de engaño, no de violencia psicológica [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2003, p. 304].

A los efectos del juicio de subsunción, en el presente caso, es de rigor determinar si los imputados utilizaron medios fraudulentos, mentidos o engañosos para lograr el aumento de remuneraciones y dietas materia de cuestionamiento en sede penal. La conducta engañosa, según doctrina conteste, consiste en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas; puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos [MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 406].

La Corte Suprema se pronunció respecto a si es que los aumentos de remuneraciones y dietas que hicieron los acusados fueron mediante una *maniobra engañosa*. Concluyó que no existió el elemento base de esta modalidad de cobro indebido:

QUINTO. Que, si se tiene en cuenta que se siguió el trámite regular para una decisión como la que se adoptó, acuerdo del concejo municipal y resolución de alcaldía, previos informes técnicos, es decir, se emitieron decisiones formalmente adecuadas, no es posible sostener que persiguieron engañar a los funcionarios competentes del área de finanzas y tesorería. Es verdad que, materialmente, los informes, acuerdos y resoluciones vulneraron la legislación presupuestal, pero no toda ilegalidad presupuestal constituye delito. En el caso del delito de exacción ilegal, dentro del marco fáctico enjuiciado, se requiere una actividad engañosa de la autoridad para obtener un emolumento por un monto no debido. Al haberse realizado informes técnicos, acuerdos del concejo municipal y resoluciones de alcaldía —en cumplimiento de la Ley Orgánica de Municipalidades—, a mérito de lo cual se concretó el aumento cuestionado, no es posible sostener que medió engaño en esos informes y decisiones; no se afirmó, en su emisión, hechos falsos ni se disimuló o desfiguró los verdaderos. Su base jurídica era errónea, pero no los procedimientos de formación de los actos administrativos cuestionados.

Distinto sería el caso si tales pasos administrativos no se hubieren dado, si se ordenó llanamente —sin base fáctica ni procedimiento previo— un aumento indebido, o si se invocó para el aumento acuerdos y resoluciones falsas —inexistentes—, engañando en todos los casos a los funcionarios competentes para lograr su cumplimiento.

En este orden de ideas, es menester invocar, en cuanto a sus conclusiones, la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N.º 861-2001 Cusco, de 23 de enero del 2002, dictada de conformidad con el dictamen del señor fiscal adjunto supremo en lo penal de fecha 31 de octubre del 2001, que niega el delito de exacción ilegal cuando media acuerdo municipal para un aumento de diversos rubros que integran las remuneraciones, lo que importa que no se obligó —o, mejor dicho, no se engañó— a los funcionarios públicos competentes para hacerse dar este aumento.

SEXTO. Que, en tal virtud, como el Tribunal Superior consideró delito de exacción ilegal lo que constituye una infracción administrativa que incide en el derecho presupuestal, interpretó indebidamente el art. 383 del CP (error de interpretación jurídica que afectó a la premisa menor del juicio). La conducta declarada probada si bien es ilícita —injusto administrativo— no es delictiva.

Como hemos visto, existe numerosa casuística relacionada con pagos de emolumentos indebidos a funcionarios públicos. Este cobro de emolumentos podría ser con intimidación o con engaño, de ahí que en el R. N.° 2940-2003 Apurímac se sostuvo que, si un regidor municipal cobró indebidamente dietas por sesiones del concejo, pese a que no le correspondía por no haber asistido a ellas, habiendo el alcalde dispuesto el pago respectivo, este hecho no constituye delito de enriquecimiento ilícito ni de exacción ilegal, que sería el tipo penal más cercano o propio a la naturaleza de los hechos imputados. Al no haberse exigido o hecho pagar o entregar —que son formas de intimidación— los emolumentos en cuestión (vía irregular acuerdo del concejo, emplazamiento enérgico o indebido al tesorero municipal, o mediando concierto con el alcalde para que imponga tal pago), no se ha cometido delito de exacción ilegal¹⁰³.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Argentina

266. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

267. Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

268. Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

España

Artículo 437

La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por arancelés o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

Guatemala

Artículo 451.- El funcionario o empleado público que exigiere contribución, impuesto, tasa o arbitrio ilegales o mayores de los que correspondan, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a trescientos quetzales. Si el funcionario o empleado público convirtiere en provecho propio o de tercero el producto de las exacciones expresadas en el párrafo que precede, las sanciones señaladas se aumentarán al doble

Costa Rica

Artículo 349.- Será reprimido con prisión de un mes a un año el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar una contribución o un derecho indebidos o mayores que los que corresponden.

(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso "a" de la Ley N.° 7732, de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 347 al 349).

103 DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, *El Código Penal en su jurisprudencia*, ob. cit., p. 402.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Alemania

§ 353. Cobro excesivo de contribuciones; reducción de aportes

- (1) Un titular de cargo, que deba cobrar impuestos, derechos u otras contribuciones para el erario público, de las cuales él sepa que el que paga no debe nada en absoluto o solo debe una pequeña cantidad, cuando él las cobre y no lo entregue al erario totalmente o una parte de lo que ha recaudado, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.
- (2) De la misma manera, será castigado quien como titular de cargo en gastos oficiales en dinero o en especie, le haga al destinatario descuentos ilegales o cargue en las cuentas los pagos como efectuados en su totalidad.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 566.- Cobro indebido

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.

CAPÍTULO XX

COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

Artículo 384.- Colusión simple y agravada¹⁰⁴

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación 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; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

104 Historial legal:

Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose 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 (1991).

Artículo 384.- 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.

(Artículo modificado por la Ley N.º 26713, publicada el 27 diciembre 1996).

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 (1) 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”.

(Artículo modificado por la Ley N.º 29703, publicada el 10 junio del 2011).

1. *El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.*
2. *La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.*
3. *El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional*.*

* **Artículo modificado por el art. 2 de la Ley N.° 31178, publicado el 28 de abril del 2021.**

1. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En Colombia, el denominado Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 del 2011 (art. 27), incluyó, en la Ley 599 del 2000, el art. 410-A, que establece que la persona que, en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso, se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente

Artículo 384.- Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación 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.

(Artículo modificado por la Ley N.° 29758, publicada el 21 julio del 2011).

Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación 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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(Artículo modificado por la Ley N.° 30111, publicada el 26 noviembre del 2013).

el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis a doce años y multa de doscientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho años. La norma señala que el agente puede ser un funcionario público o un particular, o entre particulares. El escenario son los procesos de contratación pública.

OSSA BOCANEGRA señala:

La colusión en la contratación pública es una conducta que ya venía siendo sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio, dado que era uno de los acuerdos restrictivos de la competencia que estaba cobijado dentro de las prohibiciones del Decreto 2153 de 1992, sin embargo, a partir de la expedición del Estatuto Anticorrupción —Ley 1474 del 2011— se elevó a la categoría de delito la colusión en la contratación pública, con lo cual la expedición de dicha normativa, junto con la ya existente, tanto en competencia como en regulación contractual pública, denotan una política agresiva del Estado por sancionar, con el máximo rigor legal, aquellas prácticas que, más que limitativas de la libre competencia, buscan defraudar al Estado. Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con los acontecimientos más recientes, la contratación pública se ha convertido en uno de los canales de mayor corrupción en nuestro país¹⁰⁵.

El Código Penal de España, en su art. 436, sanciona a la autoridad o funcionario estatal que debido a su cargo se colude con un interesado en contratación pública y “las liquidaciones de efectos o de haberes públicos, incluidos en estos tanto los sueldos de los funcionarios como el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona pública, impuestos que cobra y sus respectivas liquidaciones (STS N.º 148/1995, de 24 de febrero)”.

Como *agente* se considera a la autoridad y se comprende a quienes forman parte de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado, tengan mando o ejerzan jurisdicción propia, miembros del Poder Legislativo, de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y del Parlamento Europeo. También son sujetos activos los funcionarios del Ministerio Fiscal, y como funcionario público se considera a todo aquel que por ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente participa en el ejercicio de funciones públicas¹⁰⁶.

105 OSSA BOCANEGRA, Camilo Ernesto, “Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano”, en *Revista de Derecho*, n.º 42, Barranquilla: diciembre del 2014, pp. 233-263. Recuperado de <<https://bit.ly/3t7YhMm>>.

106 *Vid.* OSSA BOCANEGRA, “Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano”, art. cit. Estas referencias son propias de la realidad jurídica y política española.

La concertación debe hacerse con los interesados y el agente que use cualquier artificio para defraudar al Estado. La sanción al sujeto activo público es pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al interesado que haya concertado con la autoridad o funcionario público se le sanciona con la misma pena de prisión que los sujetos activos estatales, además de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por un tiempo de dos a cinco años. Como la sanción es la misma respecto de pena de prisión, consideramos que el tratamiento de la colusión en España para los interesados es en grado de complicidad primaria. El reproche es similar al funcionario público.

El art. 450 del Código Penal de Guatemala sanciona al funcionario o empleado público que, interviniendo debido a su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos, se colude con los interesados o especuladores, o use cualquier artificio para defraudar al Estado. La sanción es de pena de prisión de uno a cuatro años. En este caso, a diferencia de la legislación española, no se reprime a los interesados. También vemos que no se requiere que el funcionario tenga un beneficio pecuniario, pues basta que infraccione sus deberes como empleado público para que se le sancione.

A diferencia del Código Penal guatemalteco, en el Código Penal de Bolivia es parte de la conducta de colusión el hecho de que el agente tenga un beneficio ilícito. En el art. 150 se reprime al funcionario público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interese y obtuviere para sí o para tercero un beneficio ilícito en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene por razón de su cargo. La pena es de privación de libertad de uno a tres años y multa de treinta a quinientos días.

La disposición del Código Penal boliviano se extiende a los árbitros, peritos, auditores, contadores, martilleros o rematadores y demás profesionales respecto a los actos que por su oficio intervinieren; además, a los tutores, curadores, albaceas y síndicos, sobre los bienes que pertenecen a sus pupilos, curatelas, testamentarias, concursos, liquidaciones y actos análogos, que buscan obtener un beneficio ilícito para ellos o para un tercero en esa actuación profesional.

El Código Penal francés, en su art. 432-14 (Ley N.º 95-127, de 8 de febrero de 1995, art. 10 - Diario Oficial de 9 de febrero de 1995), sanciona el hecho de procurar o tratar de procurar a otro una ventaja injustificada por un acto contrario

a las disposiciones legales o reglamentarias que tengan por objeto garantizar la libertad de acceso e igualdad de los candidatos en los contratos públicos y las delegaciones de servicio público. El hecho reprimido es que una persona, que en el caso nacional sería el interesado, obtenga (tipo de resultado) o trate de obtener (tipo de peligro), en contra de la legislación que garantiza la libertad e igualdad de acceso, propia de una economía de mercado, un beneficio al intervenir en los contratos públicos o delegaciones de servicio público. La norma francesa indica que se sanciona como sujeto activo a una persona depositaria de la autoridad o encargada de una misión de servicio público o investida de un mandato público de carácter electivo o que ejerza las funciones de representante, administrador o agente del Estado, en otras palabras, de un funcionario público. No se dice expresamente concertar, pero, si el funcionario realiza un acto de favorecimiento quebrantando la regla de igualdad, ello implica un acuerdo con el beneficiado. La sanción al funcionario es dos años de prisión y multa.

2. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Según la doctrina, el bien jurídico directamente atacado tiene contenido patrimonial, porque atenta contra el patrimonio dirigido por la Administración pública en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado. Ella, además, sostiene que es de interés proteger la legalidad del ejercicio funcional, y que este delito para el funcionario tiene como motivación un soborno. También se quiere mantener el carácter público de la función¹⁰⁷. Entendemos esto último en el sentido de que la función pública se ejerce en el interés de los ciudadanos que han delegado su poder al Estado y a su cuerpo de funcionarios para que vele por sus derechos.

Para ABANTO VÁSQUEZ, “colusión” es sinónimo del término “concertación” y consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permita. Esta concertación es en principio lícita, pues esa es precisamente la función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes¹⁰⁸. Las tratativas están reguladas, porque el acuerdo a que se arribe generalmente funciona respetando el marco del contrato público.

107 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2.^a ed., Lima: Palestra, 2003, p. 309.

108 ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 310.

Un aspecto importante es que nos encontramos en un sistema de economía social de mercado, que implica que la oferta y la demanda deben asignar los precios, evitando las distorsiones. El Estado interviene a fin es evitar estas distorsiones y orientar los servicios públicos hacia áreas importantes como la salud, la educación, entre otros. Cuando el Estado construye una infraestructura es para beneficiar a los ciudadanos, quienes reciben las obras y servicios como retribución a sus obligaciones tributarias. En este contexto de construcción de infraestructura, como sostiene OSSA BOCANEGRA a propósito de la realidad de Colombia, cuando la administración pública llama a los particulares a que participen en un proceso de contratación pública, lo que hace es crear un mercado, y, en consecuencia, invitar a los mismos agentes a que compitan por ese mercado creado por el Estado, y es una competencia por hacerse un monopolio al final del proceso de licitación o selección¹⁰⁹. Concordamos con esta idea, el Estado es un agente económico en el mercado, pues, en una contratación pública con sus particularidades, genera una competencia con reglas, para que los privados que tengan los requisitos establecidos puedan ser seleccionados. Tienen esta responsabilidad los funcionarios públicos.

Por ello, cuando los funcionarios públicos se coluden y favorecen a los terceros que entran en la competencia, quebrantan sus deberes como representantes del Estado y transgreden el principio de igualdad, que es base de la libre competencia. Se perjudica al Estado porque es elegido ilegalmente un participante que ha sido favorecido por encima de otros competidores. Es afectado el ciudadano porque, si un participante ganó una licitación con fraude y este elemento es connatural o lo acompaña en la ejecución de la obra, también hay una alta probabilidad de que esta no sea la más idónea, por lo que se perjudica a los destinatarios: los ciudadanos.

De allí que OSSA BOCANEGRA ponga de relieve los elementos que conforman esta conducta de funcionarios y terceros:

- i) La colusión es una especie del acuerdo anticompetitivo; ii) afecta mercados especiales y bienes jurídicamente protegidos parcialmente distintos a los demás acuerdos anticompetitivos; iii) los destinatarios de las normas *anti-trust* son los particulares, cuando mediante esta práctica alteran el mercado y la libre competencia o el procedimiento contractual, y iv) que el Estatuto Anticorrupción eventualmente incluiría al servidor público en un concurso

109 OSSA BOCANEGRA, "Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano", art. cit., pp. 233-263.

punible, con la celebración indebida de contratos u otras conductas típicas de los delitos contra la Administración pública¹¹⁰.

Una justificación de la criminalización de los actos de concertación de privados con funcionarios públicos en la contratación pública se basa en la propuesta efectuada por WARDHAUGH que denomina la “afectación a la justicia distributiva como institución”. Siguiendo a WARDHAUGH, ARTAZA indica:

La colusión no afectaría a los individuos, o a un partícipe individual del mercado, sino que al mercado como institución en lo que respecta a su función de distribución de bienes y servicios, esto es, afectaría a su componente de justicia distributiva. La relación que se establece entre tal institución y los intereses de los individuos igualmente es clara, ya que como señala él mismo, el mercado debe ser considerado como la institución en la que los individuos distribuyen y adquieren aquellos bienes necesarios para la consecución de objetivos fundamentales para sus propias vidas¹¹¹.

La relevancia del mercado como mecanismo de distribución es respaldada por la teoría de la justicia de RAWLS que afirma que “los ciudadanos, bajo determinadas condiciones de igualdad (como la del ‘velo de la ignorancia’), escogerían el mercado justamente porque protegería y promovería la libertad de quienes participan en este”. ARTAZA sostiene además que, desde una perspectiva de la justicia, las decisiones distributivas que derivan del mercado serían las más justas, y no exclusivamente las más eficientes, ya que cualquier otra forma de distribución, por ejemplo, la que se pudiera efectuar por el Estado, no podría ser llevada a cabo “sin una interferencia significativa en la vida de los ciudadanos”¹¹². No deja de tener razón este autor en el sentido de que las fuerzas invisibles que se mueven dentro del mercado asignarían a partir de leyes económicas los recursos sin ser necesariamente esta la más eficiente, y de allí que, en un punto de equilibrio, el modelo económico desde la Constitución del Perú ubique al Estado en un rol importante para que esa asignación sea la más justa, combatiendo las distorsiones que crean los monopolios y la corrupción.

110 *Ibid.*

111 ARTAZA VARELA, Osvaldo, “La colusión como una forma de agresión a intereses dignos de protección del derecho penal: Primera aproximación”, en *Revista de derecho*, vol. 30, n.º 2, Valdivia: diciembre del 2017, pp. 339-366. Recuperado de <<https://bit.ly/3DGjh1u>>.

112 *Vid.* ARTAZA VARELA, “La colusión como una forma de agresión a intereses dignos de protección del derecho penal: Primera aproximación”, art. cit.

ARTAZA VARELA desarrolla la idea de intolerabilidad de la colusión que compartimos:

En lo que respecta al problema de porqué la colusión (en los casos de afectación relevante de la competencia) resultaría especialmente intolerable para la ciudadanía, se debe considerar que tal criminalización supone reconocer que los efectos de alza de los precios deben ser entendidos como una transferencia indebida en beneficio de quien debió haber competido. La misma resultaría injustificada porque las reglas del juego no respaldarían tal ganancia. A partir de acá se entiende que la colusión pueda ser comprendida como una injusticia intolerable. En primer lugar, porque reflejaría la obtención de una ganancia inmerecida, la que considerada en términos colectivos o generales, pueden llegar a ser realmente cuantiosas. Pero, sobre todo, porque las ganancias obtenidas a expensas de los intereses de los consumidores sin mediar justificación adicional alguna, debieran ser entendidas como el resultado de un abuso del rol que desempeña quien se colude. Se puede entender como una forma de abuso debido a que en la actualidad no se puede desconocer que el Estado ha dejado en manos de los privados decisiones distributivas de suma relevancia, por lo que es razonable asumir que a mayor cuota de libertad para el desarrollo de actividades económicas y mayor conciencia de las consecuencias lesivas que puedan derivar de la misma, se refuerce el cumplimiento de aquellos deberes de evitar las mismas mediante la sanción penal¹¹³.

Una empresa que obtiene un contrato del Estado concertándose con los funcionarios tiene una ganancia inmerecida, la cual no debió obtener si es que hubiese jugado con las mismas reglas aplicables a sus competidores. De allí que sostengamos que la colusión tiene múltiples efectos lesivos, pues, si bien hay una afectación del patrimonio estatal, este daño también es al ciudadano de manera indirecta, porque el patrimonio público se construye con los impuestos que pagan todos. El ciudadano como consumidor de servicios públicos tiene una doble afectación y casi permanente cuando se trata de aquellos donde hay liquidez permanente, como en el caso de los peajes, ya que se traslada los costos de la colusión al consumidor de forma permanente y continuada, por lo que, independientemente de las sanciones penales, se debe plantear una reconstrucción del mercado generado por el Estado que elimine estos factores de distorsión a efectos de que el ciudadano pague lo que realmente corresponda.

113 *Ibid.*

El objeto de ataque de la colusión es la contratación administrativa entendida como:

El interés del Estado en que la participación de los funcionarios en los contratos no esté influida por intereses particulares, unidos a la corrupción administrativa, esto es, que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, 2.^a ed. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2004, p. 307)¹¹⁴.

Sobre el interés jurídicamente tutelado, la Corte Suprema ha emitido numerosos pronunciamientos. Veamos algunos:

Sexto. Que la colusión desleal, prevista en el art. 384 del CP, es un tipo penal especial propio de resultado, *que busca proteger el patrimonio del Estado*, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que, al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración.

(R. N. N.º 75-2003 Madre de Dios, de 15 de febrero del 2005, Segunda Sala Penal)¹¹⁵.

Tercero. Que en el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos; en tanto que, en el delito de peculado el bien jurídico protegido es: a) el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, que debe entenderse desde el punto de vista de garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y evitar el abuso del poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad; siendo que la conducta prohibida está constituida por la apropiación o la utilización para sí o para otros de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados.

114 Citados por BENAVENTE CHORRES, Hesbert y Leonardo CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 144.

115 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 619.

(R. N. N.º 2029-2005 Lima, de 24 de mayo del 2006, Segunda Sala Penal Transitoria)¹¹⁶.

Quinto. El bien jurídico protegido en este delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber, además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, 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. Así mismo 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 concertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de derecho de la función administrativa.

(R. N. N.º 1296-2007 Lima, de 12 de diciembre del 2007, Segunda Sala Penal Transitoria)¹¹⁷.

31. La jurisprudencia nacional se inclina por una posición mixta. Así se ha dejado establecido que el delito de colusión ilegal —que es un delito de infracción del deber—, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado. El delito de colusión exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales, de ahí que se trata de un delito de resultado, cuyo desvalor de acción supone la realización de un concierto fraudulento.

(Exp. N.º A. V. 27-2003, caso *Jorge Baca Campodónico y otros*, de 22 de septiembre del 2011. Sala Penal Especial).

Podemos observar que las ejecutorias supremas oscilan desde una perspectiva de protección patrimonial del Estado a una pluriofensiva cuando la

116 *Ibid.*, p. 620.

117 *Ibid.*, p. 622.

conducta afecta el patrimonio y los deberes que tienen los funcionarios públicos cuando se conciertan con los interesados, siendo esta segunda interpretación que asumimos.

3. ALCANCES TÍPICOS

Como antecedente legal, tenemos que este delito estuvo regulado por el Código Penal de 1924, que señalaba:

Artículo 344.- El funcionario o empleado público que en los contratos en que interviniera, por razón de su cargo o por comisión especial, defrauda-re al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión no mayor de seis años, e inhabilitación especial conforme a los incisos 1, 2 y 3 del art. 27, por tiempo no menor de cinco años.

Como podemos apreciar, el acuerdo colusorio para defraudar se daba en el contexto de contratación, fórmula que se repite en el Código Penal de 1991.

En la doctrina se sostiene que la defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de tratamiento normal de toda concertación que acompaña la celebración de negociaciones o contratos. “El juez tiene la obligación, más allá de la defraudación material acreditada, de verificar que esta fue producto de la concertación ilegal entre el (o los) sujeto público vinculado y el interesado y no producto de irregularidades administrativas”¹¹⁸.

En el R. N. N.º 341-2015 Lima, de 4 de noviembre del 2015, emitido por la Sala Penal Permanente, se considera que el legislador ha creado dos modalidades de colusión, una más grave que la otra, a partir del asunto patrimonial:

- 4.3. La diferencia entre colusión simple y colusión agravada estriba según Salinas Siccha, en que: “Si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”. Esto es, que la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de

118 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley, 2007 p. 411.

ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que configurarse la colusión agravada, es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.

- 4.4. Bajo esta perspectiva, según el art. 384 CP, el delito de colusión simple exige la concurrencia de dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal generado por tal concertación *ilegal*. En ese sentido, la modalidad simple del delito de colusión constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta, según se deduce de la expresión típica “para defraudar”. Por eso es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o de idoneidad de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.
- 4.5. Así, en la medida en que el art. 384 del CP hace expresa referencia a una conducta orientada a defraudar, este precepto protege entonces el patrimonio del Estado. Así también, se advierte en la ejecutoria suprema de 3 de agosto del 2005, recaída en el Exp. 25-2003-AV, cuando señala en su fundamento jurídico 38 que: “[...] es de precisar el obvio carácter patrimonial del artificio delictivo que exige el tipo de colusión, pues este se plasma en ámbitos de neto carácter económico en la gestión pública. 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”.
- 4.6. De lo anterior se deduce que el delito de colusión simple del art. 384 del CP exige una situación de peligro potencial para el patrimonio estatal qué debe constatararse en el caso concreto según un juicio *ex ante*.¹¹⁹

No basta el daño potencial o daño propiamente al patrimonio del Estado, sino que esta situación provenga de actos de concertación ilegal. El núcleo de la conducta colusoria es la concertación con los particulares, que debe contener la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas al Estado¹²⁰. La jurisprudencia suprema, en esta línea, ha establecido como eje de esta figura el acuerdo o concertación para deliberadamente beneficiar a los interesados, o llamados *extraneus*, en detrimento del Estado.

119 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 623.

120 Cfr. BENAVENTE CHORRES y CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, ob. cit., p. 142.

En el R. N. N.° 3575-2011 Pasco, de 25 de octubre del 2012, la Sala Penal Transitoria hace referencia al acuerdo clandestino, lo que desde ya pone este elemento típico con dificultades para la demostración en proceso.

Quinto. Que, en relación al delito de colusión desleal previsto en el art. 384 del Código Penal, este se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y iii) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierte con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes, el Estado y los particulares esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado¹²¹.

En esta misma línea, tenemos el R. N. N.° 2421-2011 Cajamarca, de 24 de enero del 2013, emitido por la Sala Penal Permanente, donde se considera como elemento típico el pacto colusorio realizado mediante diversas formas contractuales.

El delito de colusión desleal [...] se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y iii) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierte con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes —el Estado y los particulares— esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado¹²².

En el R. N. N.° 1292-2011 Ayacucho, de 18 de enero del 2012, la Sala Penal Transitoria, consolidando doctrina jurisprudencial, hace mención a que el favorecimiento a los interesados o *extraneus* es en las condiciones de contratación que se establecen de manera dolosa para favorecerlos.

121 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 622.

122 *Loc. cit.*

Tercero. (El) delito de colusión desleal [...] se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y iii) realizar ello mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierne con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes —el Estado y los particulares— esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado¹²³.

3.1. Delito de acción u omisión

Esta es una discusión interesante, pues se han presentado casos en los que el Ministerio Público ha desarrollado la tesis que también puede ser de comisión por omisión; sin embargo, la postura de la Corte Suprema es que es un delito de comisión porque el verbo rector “concertar” implica acciones y no omisiones.

4.3. La norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.

(R. N. N.º 2587-2011 Cusco, de 23 de enero del 2013. Sala Penal Permanente)¹²⁴.

3.1.3. La norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma

123 *Ibid.*, p. 619.

124 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 628.

que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.

(R. N. N.º 1199-2013 Arequipa, de 6 de agosto del 2014. Sala Penal Permanente)¹²⁵.

Quinto: Que la norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. Así, la singularidad de este ilícito es que solo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que, los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesiona los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado.

(R. N. N.º 1969-2012 La Libertad).

En la doctrina se sostiene que la concertación solo se podrá realizar por comisión, no siendo posible una concertación por omisión. La conducta de un funcionario público de un comité de selección, de no hacer nada ante una situación “arreglada” por otros miembros, no es equiparable a una concertación con los interesados, que exige el tipo penal. Aquel funcionario omitente será susceptible de ser imputado por el delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales¹²⁶.

125 *Loc. cit.*

126 GARCÍA CAVERO, Percy y José Luis CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 51. Citado por BENAVENTE CHORRES y CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, ob. cit., p. 142.

Ni la teoría de infracción de deber justifica la tipificación de la conducta del funcionario omiso respecto de la concertación. Su omisión no corresponde con la acción de concertarse, pero, como señala PARIONA ARANA, no significa que no tenga responsabilidad, pues será la prevista en el delito de omisión de funciones, art. 377 del CP, o de la omisión de denuncia, art. 407 del CP¹²⁷. Esto no descarta que contribuya en la concertación a través de actos de omisión, como incumplir deberes de verificación documentaria, el que debe evaluarse en cada caso concreto, pues se podría estar frente a infracciones administrativas.

3.2. Contexto para la concertación

El escenario de la concertación es la contratación, como se sostiene en la siguiente ejecutoria:

El tipo penal presupone además de la existencia de contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u operaciones similares, la existencia de la concertación dolosa que realiza el funcionario con los interesados en las distintas contrataciones estatales, atentando de esta manera contra los intereses del Estado, por lo que concurre además la defraudación, que conlleva al detrimento del patrimonio estatal.

(R. N. N.° 1960-2013 Amazonas, de 2 de junio del 2014. Sala Penal Permanente)¹²⁸.

Sobre las posturas que afirman que solo se puede dar el acto colusorio desde la convocatoria hasta la selección, consideramos que esta es reduccionista, ya que el tipo penal solo hace referencia “a las contrataciones”, por lo que el pacto colusorio puede darse desde los actos iniciales, la selección y la ejecución del contrato. Esta línea de interpretación tiene sustento en el considerando noveno del R. N. N.° 1527-2016 Del Santa, de 5 de diciembre del 2016:

El concierto en los marcos de una contratación pública se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición, que implica el acto de la toma de la decisión para adquirir determinados bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato, el acto de consolidación de la misma, el acto de entrega y de control de lo adquirido y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y ulterior pago final del producto; el ámbito

127 PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 111. En esta misma línea, HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, ob. cit., p. 172.

128 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 622.

de actuación es extenso y en cualquiera de esas fases de la contratación pública puede producirse el concierto punible.

La posición de la Corte Suprema también tiene sustento en la doctrina que afirma que la distorsión de la conducta del funcionario público o servidor para favorecer al interesado puede presentarse en cualquiera de las tres fases (programación y actos preparatorios; selección, y ejecución contractual)¹²⁹, lo cual consideramos correcto.

Sin embargo, en el seno de la Corte Suprema hay pronunciamientos que van en sentido contrario, pues reducen la contratación a la negociación. Veamos:

Analizados los autos, se observa que el caso *sub examine* se trata de un procedimiento de ajuste tarifario trimestral, que implica un procedimiento regulatorio de supervisión, control y verificación de solicitudes trimestrales de ajuste de tarifas que solicita (una empresa telefónica) a Osiptel, en mérito a la novena cláusula del contrato de Concesión entre el Estado y (la empresa telefónica) [...], empero, tal procedimiento en modo alguno puede ser considerado como un proceso de contratación y adquisición pública, toda vez que en las contrataciones y adquisiciones públicas concurren dos partes: el Estado, que demanda el bien o servicio, y el proveedor, que proporciona uno u otro. El Estado es el titular del presupuesto con el que se pagará al proveedor, por eso si existiese defraudación será el patrimonio público el afectado. En los procesos de regulación de tarifas, sin embargo, no concurren posibles proveedores interesados en brindar al Estado un bien o servicio, sino que se está ante un procedimiento regulatorio de ajustes de tarifas, por eso tampoco es posible en tales procesos afectar el patrimonio estatal.

5.3. Asimismo, debe precisarse que si bien el procedimiento de ajuste tarifario, deviene del mencionado contrato de concesión celebrado entre Estado representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y (la empresa telefónica), empero, dicho procedimiento no se da en el contexto contractual requerido por el tipo penal de colusión, pues este debe desarrollarse en un marco de negociación en el que se produzca el acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular dirigido a afectar el patrimonio del Estado. Situación que no se da en el presente caso, pues el único que puede negociar algún aspecto del contrato de concesión cuando surjan algunas discrepancias en el cumplimiento del mencionado contrato, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que en el contrato de concesión, actúa en representación del Estado, mas no así Osiptel, que es un ente regulador

129 CÁCERES JULCA, Roberto, “El delito de colusión. Aspectos sustantivos y probatorios”, en NAKAZAKI SERVIGÓN, César *et al.*, *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 211.

sin facultad para negociar, reajustar o modificar los términos pactados en el contrato de concesión, lo cual incluso ha sido señalado por el asesor de la Alta Dirección de Osiptel [...], en la cual señaló que Osiptel no representa al Estado en la negociación de los contratos, esto es, las empresas de telecomunicaciones, sean estas telefónicas, cable o internet tienen una concesión del Estado; esta concesión la otorga de manera exclusiva y excluyente el Ministerio de Transportes y Comunicaciones que pasa a ser el ente concédeme. Osiptel es solo un organismo que aplica las normas regulatorias en el marco de las políticas de telecomunicaciones; no negocia, ni renegocia ninguno de los aspectos que fueron materia del contrato de concesión entre el Estado y (la empresa telefónica); así también ha señalado la asesora de la Gerencia General de Osiptel (...), quien refirió que Osiptel no negocia ninguno de los aspectos que fueron materia del contrato de concesión entre el Estado y (la empresa telefónica); por lo que tal procedimiento tampoco puede ser considerado que forme parte del Contrato de Concesión como se ha estimado en la sentencia recurrida.

(R. N. N.º 341-2015 Lima, de 4 de noviembre del 2015. Sala Penal Permanente)¹³⁰.

Estimamos que las decisiones en la ejecución del contrato también pueden darse teñidos de actos de concertación, tendentes a favorecer al interesado. En la ejecutoria anterior, en el ajuste tarifario se había detectado que funcionarios de Osiptel habían concertado con un funcionario particular para fijar tarifas, lo que implicaba tratativas ilegales.

Tercero. (En el delito de colusión) lo que se reprime son “los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados” [...]; asimismo, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de ‘*neminem laede*’ o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional. [...]

Cuarto. [Está acreditado que el] procesado no [es responsable por colusión, pues conforme] los auditores [...], la participación del procesado [...] se realizó después del proceso de selección al autorizar los pagos, mas no haber

130 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 628.

verificado que la empresa contratante hubiera presentado por completo la documentación requerida, por lo tanto, siendo que el núcleo rector de este tipo penal es el “defraudar al Estado”, entendiéndose esto como el quebrantamiento del principio de confianza depositada en el ente funcional por parte del Estado, al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público, asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional, en el caso de autos, no se ha logrado acreditar de manera fehaciente la responsabilidad penal del procesado [...] en este delito, al no haber tenido participación en un acuerdo previo para defraudar al Estado, y aun cuando tuvo participación en autorizar los pagos, esto ha sido con posterioridad al proceso de selección antes señalado.

(R. N. N.º 4564-2007-Piura, de 26 de marzo del 2008, Segunda Sala Penal Transitoria)¹³¹.

Lo que refiere, en resumen, esta ejecutoria suprema es que el funcionario no se puede coludir en la parte de pagos porque no participó en la concertación previa. En este caso, consideramos errónea la interpretación, pues de la lectura del hecho imputado tenemos que la presunta concertación se dio en el pago, en la fase de ejecución contractual. Para estar claros, somos partidarios de que los actos de colusión se pueden dar a lo largo de todo el proceso de contratación, incluida la de ejecución contractual.

3.3. Carácter del delito de colusión

3.3.1. Delito de encuentro

El delito de colusión se ha denominado en la doctrina como de encuentro¹³², puesto que para que se configure debe acreditarse la intervención del autor con el interesado, ambos actores del acuerdo colusorio. Cuando no existe el interesado, el hecho eventualmente podría ser calificado como negociación incompatible. Esta línea interpretativa la podemos encontrar en la siguiente ejecutoria suprema:

Tercero. [...]

3.2. [...] El delito de colusión es de participación necesaria —concretamente de encuentro—, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*, esto es, exige que el agente público —*intraneus*— se ponga ilícitamente de

131 *Ibid.*, p. 629.

132 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 acaban por encontrarse. JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Granada: Comares, 2003, p. 751.

acuerdo con las partes implicadas 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 colisión”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 30, Lima: 2004, p. 69)—; en ese sentido, el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la “concertación” consistente en ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública.

(R. N. N.º 78-2013 La Libertad, de 9 de diciembre del 2014. Sala Penal Permanente)¹³³.

En la siguiente ejecutoria vemos cómo la Corte Suprema resolvió revocar la condena a un funcionario público por haberse absuelto al interesado, al no concretarse la figura del delito de encuentro.

Décimo. Que, ahora bien, el delito de colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) *perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y iii) realizar ello mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierta con el particular interesado defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes —el Estado y los particulares— esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado.*

Décimo primero. Que, en el presente caso, la actividad probatoria constitutiva del presente proceso determinó la absolución del particular supuestamente interesado en la celebración de un contrato con la Municipalidad Provincial de Huamanga, por tanto, no se configuró el ilícito penal materia de acusación; es decir, se desvirtuó la mencionada colusión o encuentro clandestino entre los funcionarios o servidores públicos con el particular para defraudar al Estado, esto es, no se demostró la existencia de uno de los

133 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 626.

elementos objetivos del tipo penal que describe el art. 384 del CP; que, en tal virtud, la nueva prueba aportada por los recurrentes —no conocidas al momento de la condena— que se traduce en la sentencia absolutoria del particular interesado incide en esencia en el juicio de su responsabilidad penal, por ende, resulta evidente la absolución de los sentenciados recurrentes, en tanto la nueva prueba que aportaron tiene entidad suficiente como para enervar el juicio condenatorio emitido en su contra.

(Rev. Sent. N.º 164-2011 Ayacucho, de 25 de septiembre del 2013. Sala Penal Permanente)¹³⁴.

Particularmente, sobre esta característica de delito de encuentro puede darse el problema siguiente: si es posible procesar al funcionario público sin haber identificado en la imputación a los *extraneus*. Parte de la defensa del exalcalde del Callao Alex Kouri, quien fue condenado por delito de colusión por el caso de los peajes, cuya concesión la tenía la empresa Convia, es que en el proceso el fiscal, modificando la imputación luego de los debates, identificó a los *extraneus*, los que no se encontraban comprendidos en la imputación original. Esta ausencia posibilitaba la condena del procesado como negociación incompatible, pero la Sala que lo condenó decidió condenarlo por colusión¹³⁵ y se confirmó por sentencia en mayoría de la Corte Suprema en el R. N. N.º 1842-2016, donde se han plasmado los argumentos a favor y en contra. Esta controversia debería dilucidarse en un acuerdo plenario que permita unificar a la judicatura.

La doctrina de la Corte Suprema, respecto a si la colusión es de mera actividad o es de resultado, se ha decantado mayoritariamente por el delito de mera actividad.

Cuarto. [El] delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2003, p. 270), siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción —o posibilidad— de un perjuicio, no constituyendo por tanto

134 *Ibid.*, p. 629.

135 CUARTA SALA PENAL LIQUIDADORA, *Sentencia*, Lima: 30 de junio del 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/3BCeBI8>>.

—el perjuicio— un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio —defraudatorio—.

Quinto. [La] norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. Así, la singularidad de este ilícito es que solo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que, los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado.

(R. N. N.º 1969-2012 La Libertad, de 16 de enero del 2014. Sala Penal Permanente)¹³⁶.

Con la formulación actual tenemos que en el caso de delito de colusión simple, respecto al perjuicio patrimonial, es de mera actividad porque basta el acuerdo colusorio. Si se genera daño al Estado en cuanto al patrimonio, se está ante la figura de colusión agravada. Otro carácter identificado en el delito de colusión es que puede ser delito de peligro siempre que tenga idoneidad para perjudicar el patrimonio estatal. En la jurisprudencia suprema se ha perfilado este carácter del delito como de peligro concreto, puesto que hay una alta probabilidad de que suceda una afectación al patrimonio del Estado como bien jurídico.

Quinto. El núcleo rector del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por este, mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. Abanto: 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 esa sea indebida. Pero esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consuma. El tipo penal mismo dice que ese “fraude” debe consistir en la concertación

136 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 625.

ilegal misma; es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública y agrega que es un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la “concertación” no habría aparentemente nada. El delito se consumaría con la simple “colusión” o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario. Solamente se necesitaría la “idoneidad” del acto de colusión [...].

(R. N. N.° 1464-04 Cusco, de 17 de febrero del 2005, Segunda Sala Penal Transitoria. GARCÍA-CASTILLO, *Colusión*, p. 226)¹³⁷.

El funcionario debe intervenir en una “operación defraudatoria”. Es un delito de peligro concreto y no abstracto.

3.4. [...] Los elementos consumativos de este tipo penal son: i) fundamento de imputación jurídico-penal: no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “neminem laedere” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que, cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [...]. No obstante ello, esta exigencia formal de “funcionario o servidor público”, debe de haber intervenido, en la operación defraudatoria —las mismas que pueden concretizarse en: a) acuerdos específicos en las etapas de una negociación, b) adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, c) acuerdos una vez que los contratos lleguen a su fin -cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio-, y d) provisiones o abastecimientos de diversos bienes— en razón de su cargo o de su comisión especial, que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo [...], presentándose 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; ii) naturaleza jurídica: de “lesión”, pues no basta el simple acuerdo colusorio —base fundamental por la cual no puede ser considerado como delito de mera actividad— puesto que exige como uno de los elementos constitutivos que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial “de fraude al Estado”; iii) la expectativa normativa que protege —o bien jurídico protegido—: el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración pública, específicamente en la regularidad de la actuación del funcionario pú-

blico 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 o, más ampliamente, en los procesos de gestión de los recursos públicos—. Ahora bien, el delito de colusión no es un tipo penal orientado directamente a garantizar la protección penal del patrimonio del Estado, sino a garantizar y cautelar los intereses de la Administración Pública; bajo esta premisa: “defraudar al Estado” no debe entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un peligro potencial, o peligro de perjuicio, entendiéndolo —atento al principio de lesividad: art. iv del título preliminar Código Penal— como peligro concreto, que se genera cuando un funcionario al coludirse con los particulares en un proceso de selección —adquisición de bienes o servicios— acuerda establecer facilidades o condiciones desfavorables al Estado, consumándose *de esta forma, la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido* [...]; siendo irrelevante que de este perjuicio efectivo o potencial el agente obtenga provecho o ventaja económica para sí mismo [...].

(R. N. N.º 2617-2012 Callao, de 22 de enero del 2014. Sala Penal Permanente)¹³⁸.

La mera actividad con el peligro es consustancial, lo que marca la diferencia es que se considere que estamos ante un peligro concreto, que se deberá acreditar en el ámbito de la actividad probatoria.

3.3.2. Sujeto activo

A. La autoría

La norma es bastante clara: el sujeto activo debe ser un funcionario público, es decir, es alguien que tiene una designación para laborar para el Estado. Al respecto, también se ha discutido en la doctrina sobre cuál sería el fundamento de su responsabilidad, y si bien se ha sostenido que es un delito de dominio, en el sentido que el funcionario tiene el dominio fáctico del hecho colusorio, de su curso causal, este ha sido insuficiente para establecer responsabilidad penal cuando el funcionario instrumentalizaba a un no funcionario para cometer delitos, de allí que la alternativa para estos casos es el dogma interpretativo de la infracción de deber de corte funcionalista, que ha sido asumido por la jurisprudencia suprema en los siguientes pronunciamientos:

138 *Loc. cit.*

Quinto. Que, la delimitación de la autoría y participación no obedece al criterio del dominio del hecho, por cuanto se corresponde con los denominados “delitos de dominio o de organización”, en tanto los delitos contra la administración pública —como en el caso de autos (delito de colusión)— se fundamentan en los “datos de infracción de deber”, en deberes positivos, por lo que no interesa si tenía el dominio o no de una situación, sino, el haber cumplido u omitido el deber positivo dado por ser funcionario público, y específicamente en el contrato que tiene el Estado con los particulares para la adquisición de bienes y/o servicios, deber positivo que es el referente para la imputación objetiva a la conducta y resultado; que esta competencia institucional les corresponde a los encausados que fueron condenados como autores (en tanto los *extraneus* responden como cómplices primarios), puesto que, de acuerdo a la Directiva N.º 19-2001-PE/COOPOP [...] —de la convocatoria, concurso, selección, ejecución, monitoreo y evaluación del proyecto piloto “de apoyo a las iniciativas sociales de generación de ingresos de las mujeres en situación de pobreza”— el jefe de la Unidad Operativa correspondiente, especialistas de desarrollo y equidad y de comunicación y concertación y especialista administrativo serán los encargados de ejecutar las actividades del proyecto aprobado, cumpliendo con las directivas internas que norman los sistemas administrativos COOPOP a fin de ejercer un control adecuado de las transacciones financieras y administrativas; así como asegurar el cumplimiento de obligaciones contractuales con terceros, que aseguren la correcta utilización de los recursos y el cabal cumplimiento de las metas institucionales; en ese sentido, son pasibles de imputación del delito de colusión, pues todo eran los encargados de dirigir el proyecto.

(R. N. N.º 5315-2008 Puno, de 3 de mayo del 2010. Sala Penal Transitoria)¹³⁹.

Tercero. [...] (El) núcleo rector del delito de colusión desleal [...] es que el sujeto activo quebrántala función especial asumida viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado [...].

(R. N. N.º 4661-2007 Ucayali, de 30 de marzo del 2009. Sala Penal Permanente)¹⁴⁰.

Tercero. [...] Este Tribunal Supremo considera pertinente, desarrollar algunos fundamentos esenciales para interpretar los elementos consumativos de este tipo penal: i) fundamento de imputación jurídico-penal: no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “neminem laedere” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito

139 *Ibid.*, p. 631.

140 *Ibid.*, p. 625.

de infracción de deber, generado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS, Gunther, *Derecho penal. Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 1006 y ss.), ii) la expectativa normativa protegida: el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración pública, específicamente en la lealtad de la actuación del funcionario público, por la confianza que se le ha encomendado en la correcta disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública —en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos—, iii) la conexión directa del *status* funcional con el *ámbito de sus deberes especiales: esta exigencia formal de “funcionario o servidor público, debe de haber intervenido* en la operación —las que pueden concretizarse en: i) acuerdos específicos en las etapas de una negociación, ii) adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, iii) acuerdos una vez que los contratos llegan a su fin —cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio—, y iv) provisiones o abastecimientos de diversos bienes— defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial, —que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo— presentándose 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”; iv) naturaleza jurídica: de “lesión”, pues no basta el simple acuerdo colusorio, —razón fundamental por la cual no puede considerarse como un delito de mera actividad—, sino que además, exige como uno de los elementos constitutivos, que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial, “defraude al Estado”. v) Defraudar al Estado: el legislador penal al momento de establecer los elementos típicos del delito de colusión ilegal, si bien dejó delimitado las diversas modalidades confabulatorias en la que interviene un funcionario o servidor público por razón de su cargo, sin embargo, tal técnica legislativa utilizada ofrece poca claridad a la hora de interpretar el elemento típico de “defraudar al Estado”; razón que ha conllevado, que tanto en la jurisprudencia y en la dogmática penal peruana, exista una divergencia respecto a la interpretación de este elemento normativo del tipo de naturaleza objetiva, por lo que, este Tribunal Supremo considera que, para el presente caso, cualquier sustento normativo que se intente utilizar para darle un contenido interpretativo a este elemento típico, ha de estar siempre ligada tanto al principio de legalidad, a la naturaleza del tipo penal y al contexto social donde la “acción penal se concrete o se defraude el deber positivo”, bajo esta argumentación, solo así se mantendrá una seguridad jurídica atenta al principio de legalidad. Que, el delito de colusión ilegal no es un tipo penal que se encuentre orientado

por sí solo a garantizar la protección del patrimonio del Estado o cautelar los intereses de la Administración pública. Sentada esta premisa, “defraudar al Estado” representa la producción de un potencial perjuicio económico —atento al principio de lesividad: art. iv del título preliminar del Código Penal—; sin embargo, para poder afirmar la defraudación de este tipo penal, no solo basta la constatación entre la concertación y el potencial perjuicio, sino que además, criterios de imputación objetiva nos aconsejarían mantener un relación objetiva entre todos sus elementos; en este sentido, la consumación de este tipo penal, se configura con la concretización del riesgo generado por la infracción del deber positivo o especial del funcionario público coludido, resultando irrelevante que el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo.

(R. N. N.º 03-2008-A-10 Lima, de 6 de octubre del 2010. Sala Penal Transitoria)¹⁴¹.

Tercero. [...] Que, antes de pasar a resolver la controversia, es necesario delimitar la estructura-normativa de este delito; que, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “neminem laede” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS, Gunther, *Derecho penal. Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 1006 y ss.); asimismo, esta exigencia formal —de “funcionario o servidor público”— debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial (*Vid.* GARCÍA CAVERO, Percy, “Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”, en GARCÍA CAVERO, Percy y José Luis CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 32) toda vez que su sustento está en el “deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado”, por lo que para el presente caso habrá que determinarse si estos funcionarios tuvieron en su ámbito institucional “funcional” la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

Cuarto. (Compulsados) los agravios alegados por los recurrentes, dentro del contexto probatorio y lo actuado a nivel del juicio oral, no ha quedado acreditado que los procesados se hayan concertado con los interesados [...] para efectuar la compra del motor de lancha (objeto de la adjudicación), toda vez

141 *Ibid.*, p. 621.

que ellos no tuvieron en su ámbito institucional —funcional— la decisión de selección y aprobación de la compra de dicho bien [...], por lo tanto, no habiéndose reunido los elementos constitutivos de este tipo penal, (la absolución) se encuentra conforme a ley.

(R. N. N.º 4469-2008 Loreto, de 11 de marzo del 2010. Sala Penal Transitoria)¹⁴².

Cuarto. (Para) que se configure el delito de colusión ilegal [...] deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo a los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, la defraudación—, que 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 penal 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; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de derecho de la función administrativa.

(R. N. N.º 215-2011 Huánuco, de 6 de marzo del 2012. Sala Penal Transitoria)¹⁴³.

B. La participación y el interesado

Siendo un delito de encuentro, para su realización típica tenemos que, por un lado, está el particular interesado, o *extraneus*, y, por otro, su contraparte, el Estado.

Cuarto. Que, es de precisar que la conducta imputada se adecúa a la hipótesis jurídica que describe la citada disposición penal del art. 384 del CP, que señala que se colude ilegalmente: “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

142 *Ibid.*, p. 620.

143 *Ibid.*, p. 626.

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”. Que, en este sentido, “el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tiene que ver con el patrimonio del Estado, tiene la obligación especial de cautelarlos y protegerlos y solo usarlos en beneficio del propio Estado. Caso contrario, si aprovecha de tal posición para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringe su deber ficcional”. En definitiva, se tutela el regular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público. De ahí que, en este tipo penal, se reprimen “los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen o través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados”. Si bien los autores realizan el tipo penal descrito, la conducta efectuada por los partícipes —entendido de los cómplices— no se subsume en la acción tipificada en el art. 384 del CP por la razón de que el partícipe, en sentido estricto, no realiza el hecho prohibido, pero su accionar contribuye a la comisión del hecho ajeno delito o conducta prohibida, pues los cómplices prestan auxilio para la realización del evento criminal véase el art. 25 del acotado Código —distinguiéndose la colaboración del cómplice primario como necesaria para la perpetración del ilícito—. En síntesis, cabe precisar que en esta figura penal el funcionario público o servidor público —*intraneus*— defrauda al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados —*extraneus*— en los contratos o cualquier otra operación semejante que lleva a cabo por razones funcionales. Pues el Estado a través de la Administración Pública realiza sus actividades para desarrollar sus fines esenciales, siendo una de ellas la contratación pública, contrato del Estado o contrato administrativo, que en modo alguno puede ser equiparable al contrato privado, en tanto que la administración pública y el particular no se encuentran en un plano de igualdad, estando la primera en una posición de superioridad, derivada del hecho que persigue fines e intereses superiores a los particulares del sujeto privado. Así, el contrato administrativo “es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”; por lo que para la formación de su voluntad, similar a la de un sujeto privado, pero distinto en su materialización, requiere de un mecanismo o procedimiento regulado por Ley, para evitar abusos y actos de corrupción por parte de la administración en la elección de las partes contratantes, en donde su objeto es dar el máximo de certeza, de que la elección de la administración sea la mejor posible en las circunstancias en las que ocurre, y de que el procedimiento mediante el cual se llega a la elección de la parte, sea controlable en todo momento, por quien pueda tener interés en ella. Que, en esta línea de ideas, propiamente la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traducen en un perjuicio patrimonial —potencial o real para la Ad-

ministración pública—, siendo que para la consumación del delito pueden concurrir el nivel de grado de participación, esto es, la intervención de cómplices primarios, como en el presente caso, y secundarios, quienes aunque no tienen el dominio del hecho contribuyen en el hecho ajeno poniendo en peligro el bien jurídico que será lesionado por los autores.

(R. N. N.º 978-2011 Lima, de 21 de marzo del 2012. Sala Penal Permanente)¹⁴⁴.

Quinto. Lo que se reprime (en el delito de colusión) son “los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados” (CASTILLO ALVA, José Luis, “Colusión ilegal” en GARCÍA CAVERO, Percy y José Luis CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 78); por lo que en el caso *sub judice* corresponde analizar si convergen los dos elementos típicos esenciales del delito de colusión desleal, estos son: i) la concertación y ii) el potencial perjuicio económico. (Cabe señalar que en el subsistema anticorrupción, los procesados por el delito de Colusión desleal en su modalidad de “concierto” (modificado por el art. 2 de la Ley N.º 26713) se encuentran solicitando “adecuaciones de pena” en sus respectivos procesos, ya que el tipo penal vigente a la fecha —colusión simple— sanciona esa misma conducta con menor gravedad.) [...]

Sexto. Que, en el caso de autos, no se advierte la existencia de pruebas indiciarias concomitantes a la etapa de negociación que permitan inferir que nos encontramos ante una concertación fraudulenta en tanto que entre los procesados [...] y los *extraneus* —propietarios del vehículo— no existió trato alguno para adquirir la camioneta [...]; con lo que se acredita que en el caso *sub examine* no existió un comportamiento defraudatorio que haya surgido entre los funcionarios públicos y los terceros interesados, esto es que los *extraneus* no tuvieron trato alguno con los procesados [...].

Séptimo. Que, siendo esto así, reduce la atipicidad de la conducta de los procesados MMRC y JPFS en la imputación recaída en su contra como partícipes necesarios, toda vez que no basta su condición de meros propietarios del vehículo vendido a la municipalidad agraviada para reputárseles el título de complicidad en el delito de colusión, sino que es necesario comprobar su efectiva intervención en el acuerdo colusorio, es decir que hayan realizado un despliegue activo de sus conductas mediante tratos, componendas, o arreglos con los funcionarios públicos competentes para llevar adelante la negociación, de tal manera que actuando de ese modo pudieran haber superado el riesgo permitido para concretarse luego en el resultado; sin embargo, esta situación no sucedió, puesto que ellos como propietarios delegaron a terceras personas el encargo de la venta del verídico, siendo estas últimas quienes, al

144 *Ibid.*, p. 631.

final de cuentas tuvieron los tratos con los funcionarios públicos, resultándoles a los procesados MMRC y JPFS dichos tratos completamente ajenos, saliendo a relucir la neutralidad de su conducta lo que indica que la conducta de los particulares “se ha practicado dentro de los márgenes de la adecuación social reconocida por el derecho, o dentro del riesgo permitido, de tal manera que la posibilidad de una imputación por intervención delictiva queda excluida de plano (CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso”, en MONTEALEGRE LINETH, Eduardo y José Antonio CARO JOHN (editores), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 78).

(R. N. N.º 1481-2011 Arequipa, de 19 de abril del 2012. Sala Penal Transitoria)¹⁴⁵.

El delito de colusión es de participación necesaria, esto es, el rol del cómplice es determinante para que se realice el pacto colusorio. Al no existir partícipe, no existiría la parte con la que se debe concertar.

Quinto. [...]

5.1. El delito de colusión es un delito de participación necesaria —concretamente de encuentro—, que requiere de la intervención de un participante o *extraneus*, esto es, exige que el agente público —*intraneus*— se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas 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 [...]*.

(R. N. N.º 1565-2012 Ica, de 19 de noviembre del 2013. Sala Penal Permanente)¹⁴⁶.

C. El funcionario público como cómplice

En la comisión del delito de colusión es posible que, fuera del autor, otro funcionario público o servidor puede ser cómplice, tanto primario como secundario; aunque es viable distinguirlo del interesado, porque en este caso la participación de otro funcionario no es necesaria. En la siguiente ejecutoria

145 *Ibid.*, p. 621.

146 *Ibid.*, p. 624.

suprema se imputó como cómplices del delito de colusión a regidores que permitieron contratos defraudatorios. Veamos:

Quinto. Que, en cuanto a la absolución de los procesados [...], se infiere que el Tribunal Superior no valoró que por su condición de regidores de la municipalidad agraviada con facultades fiscalizadoras, no exigieron la información adecuada para la suscripción del referido contrato, ni tampoco verificaron las labores que debía realizar, la forma y contenido del mismo, inobservando el cumplimiento de las exigencias establecidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado. A pesar de ello, aprobaron en vía de regularización, en sesión extraordinaria [...], la suscripción del contrato tantas veces mencionado, con lo que permitieron que la empresa L&C Asesores y Consultores SAC obtenga un beneficio económico por un presunto servicio que ya había sido realizado. La intervención que tuvieron en los hechos constituiría una participación necesaria dado que la expectativa normativa exigida a los regidores se circunscribió al cumplimiento de su rol de custodiar y velar por el buen funcionamiento de la administración municipal. No se puede soslayar que sin su aprobación en sesión de concejo no podía haber sido posible la contratación de la citada empresa. Consecuentemente, en este extremo se incurrió en la causal de nulidad establecida en el inc. 1 del art. 298 del Código de Procedimientos Penales.

(R. N. N.º 1389-2012 Cañete, de 16 de enero del 2013. Sala Penal Transitoria).¹⁴⁷

Tercero. (Las) pruebas de cargo del aporte objetivo que prestaron los citados encausados en el delito (en su calidad de regidores de la municipalidad agraviada) se sustentan fundamentalmente en (las) acta(s) de sesión extraordinaria [...].

Cuarto. (El) acuerdo tomado en la (Primera) Sesión Extraordinaria [...] (referido a una delegación de facultades en el ámbito de fiscalización y asesoramiento tributario), posibilitó que el alcalde [...] suscribiera los aludidos contratos de locación de servicios con (dos) empresa(s), los que resultaron claramente desventajosos a los intereses de la municipalidad agraviada, en razón de los montos que se pagaron a las citadas empresas proveedoras (contratos que además se efectuaron en contravención al procedimiento legal de contrataciones estatales). (Por estos fundamentos: confirmaron la condena a los regidores encausados como copartícipes primarios del delito de colusión desleal)

(R. N. N.º 556-2007 Áncash, de 10 de septiembre del 2008)¹⁴⁸.

147 *Ibid.*, p. 627.

148 *Ibid.*, p. 632.

D. Participación inocua

No a todo funcionario que ha intervenido en el procedimiento de contratación se le puede imputar la calidad de cómplice, pues esto sería consagrar la responsabilidad objetiva, que está proscribida en nuestro ordenamiento penal. En el R. N. N.º 702-2009 Lima, de 12 de mayo del 2010, la Sala Penal Permanente estableció que para responsabilizar al procesado como cómplice debía haberse probado que su participación era necesaria para la consumación del delito. No se hizo en este caso, como fluye de la lectura del considerando siguiente:

Sexto. El Ministerio Público efectuó un inadecuado juicio de subsunción al calificar la conducta del mencionado encausado bajo el tipo penal de colusión desleal en calidad de cómplice; que, en este sentido, si bien se observa que participó en la elaboración de una serie de documentos de significativa importancia en el proceso de selección submateria, también lo es que no formó parte del Comité ni ostentó alguna posición de autoridad, de suerte que si el tipo penal exige i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, ii) el perjuicio a un tercero, en este caso al Estado, y finalmente, iii) que el delito debe cometerse mediante alguna forma contractual, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; tales elementos no se dan en la conducta (del procesado); [...] la figura del *extraneus* se refiere a aquel particular que no tiene esa condición especial —de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del Estado—, empero, interviene en las citadas tratativas, lo que tampoco se da respecto al mencionado acusado, el que, aun cuando participó en los trámites, administrativos del concurso *sub litis*, no se le imputa haberlo hecho en las tratativas, por ende, su absolución se encuentra arreglada a ley y, como tal, no cabe rescindir la sentencia en cuanto a este extremo se refiere¹⁴⁹.

E. Tipicidad subjetiva

Es claro que el autor debe actuar dolosamente, con claro conocimiento de que está realizando actos de concertación ilegal, afectando el patrimonio y a sus deberes funcionales. No es admisible la actuación culposa. En el R. N. N.º 2767-2008 Loreto, de 19 de agosto del 2009, la Sala Penal Permanente señala otros elementos que permiten inferir el dolo del agente:

Noveno. En el delito de colusión, el sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca

149 *Ibid.*, p. 623.

perjudicar al Estado. Si bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, sí deberá acreditarse el dolo directo del agente, tanto del negociador público oficial como del interesado, para poder imputarle responsabilidad penal a título de cómplice a este segundo interviniente (ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley, 2007, p. 422)¹⁵⁰.

F. Concurso de delitos

Hay casos en los que pueden darse concurso real o ideal de delitos, y que, si hay sentencia, deben resolverse de acuerdo con los principios penales.

El R. N. N.° 4741-2006 Cusco, de 30 de enero del 2008, emitido por la Segunda Sala Penal Transitoria, refiere el caso de una compra de vehículos sobrevalorados y apropiados por los acusados. No se estaría, en estricto, frente al peculado por la existencia de concertación, por lo que se encuadra en colusión desleal.

Sexto. (Cabe) precisar que el monto dinerario sobrevaluado en la adquisición de los dos vehículos para la entidad agraviada, de los que también se apropiaron el encausado MHH y el sentenciado MOE no puede ser considerada como delito independiente de peculado, pues, dada la naturaleza, esta se subsume en el delito de colusión desleal previsto en el art. 384 del CP, debido a que constituye elemento constitutivo de la defraudación que se ocasionó al Estado producto del acuerdo a que llegaron con el *extraneus* DGC, por lo que corresponde declarar la nulidad y sin lugar a emitir pronunciamiento en el extremo de la condena por el delito de peculado¹⁵¹.

En el R. N. N.° 1165-2008 Amazonas, de 6 de mayo del 2009, la Sala Penal Permanente, frente a una imputación original de peculado, donde no se advierte apropiación pero sí elementos indiciarios de colusión, resolvió que se reconduzca la calificación jurídica.

Segundo. (En) el contrato no se fijó el valor total de la obra, asimismo, se advierte que no coinciden las fechas de celebración del contrato con la autorización por acuerdo del concejo, esto es, mucho tiempo después, así pues, primero, debió llevarse el acuerdo y luego firmarse el contrato; y se advierte también que presuntamente la esposa del acusado ha sido la proveedora de

150 *Ibid.*, p. 625.

151 *Ibid.*, p. 626.

madera de eucalipto para tal obra, hecho prohibido según lo señala la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

[...]

Cuarto. (Los) hechos antes descritos configurarían los elementos del tipo penal de colusión (y no de peculado); en resguardo del principio de legalidad, [...] se deberá reconducir la calificación típica de los hechos antes citados¹⁵².

En el R. N. N.° 1934-2007 Arequipa, de 19 de marzo del 2009, la Sala Penal Permanente describe un caso donde los hechos habían sido calificados como estafa, al haberse acreditado el engaño. Sin embargo, en este delito de encuentro, también se hallaron elementos de concertación, por lo que, en aplicación del principio de consunción, el delito era el de colusión.

Cuarto. Los hechos como han sido descritos y analizados, subyacen tanto en el delito de estafa como en el de colusión, por lo que se habría producido un concurso aparente de normas penales, una de ellas subsidiaria y general (estafa) y la otra específica (colusión), el mismo que debe resolverse con la exclusión de la primera, en aplicación del principio de consunción por haberse realizado una incorrecta calificación jurídica, pues su contenido prohibitivo se encuentra subsumido por la mayor riqueza descriptiva de la segunda, no configurándose el delito de estafa —previsto en el art. 196 del CP— al no concurrir el “engaño” como elemento constitutivo del tipo penal, toda vez que el acto de disposición patrimonial se habría derivado de la concertación entre los funcionarios de la entidad edil agraviada con los interesados y los ganadores de la buena pro en el proceso de adjudicación directa¹⁵³.

En el R. N. N.° 285-2014 Junín, de 18 de junio del 2014, la Sala Penal Transitoria también se pronunció respecto a una calificación por estafa y colusión, a favor de este último. Esto porque, si bien se entregó bienes en mal estado, esto no fue fruto de engaño, sino de concertación ilegal.

Noveno. (El) encausado JAL [...] era jefe del departamento de Mecánica de la institución (pública) agraviada y miembro del [...] comité especial (de adjudicación). Como tal, otorgó la buena pro a su coencausado HNG (único postor) y, además, informó a (los otros miembros del comité) que se efectuó un peritaje técnico del motor y caja de cambios adquiridos, que concluyó que ambos bienes eran nuevos [...]. La realidad, sin embargo, era que el

152 *Loc. cit.*

153 *Ibid.*, p. 623.

motor y caja de cambios no eran nuevos [...]. Además, (se acreditó) que el certificado de garantía ofrecido [...] es falso.

Décimo. Todo ello revela un concierto punible entre el funcionario responsable JAL y el proveedor HNG, lo que tipifica el delito de colusión. [...] (Aun cuando la posición procesal de la fiscal suprema es por la absolución del JAL y la condena de HNG pero por el delito de estafa, que no fue materia de instrucción, acusación y juicio, no es posible aceptar tal requerimiento¹⁵⁴.

En el R. N. N.º 2473-2008 Lima Norte, de 26 de agosto del 2009, emitido por la Sala Penal Permanente, se imputó colusión y fraude contra persona jurídica en agravio de la empresa estatal Serpost, pero se consideró que, bajo el principio de especialidad, el tipo correcto era el de colusión desleal.

Octavo. El concurso aparente de leyes [...] constituye un problema de interpretación (que) surge cuando el sujeto activo realiza una acción que podría, aparentemente, ser calificada en más de un tipo penal, pero en realidad solo se puede aplicar uno. [...] (Cuando) uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales solo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes [...]. En el caso [...], corresponde la aplicación del principio de especialidad (entre dos tipos penales, uno excluye al otro porque contempla de manera más específica al hecho, es decir, el tipo legal más específico prima sobre el tipo más general), por cuanto el tipo penal de colusión desleal, es el que reúne todos los requisitos especiales para la configuración del mismo, como es la calidad de funcionario público del agente, los acuerdos colusorios existentes en los contratos y la defraudación causada al Estado. Siendo ello así, no corresponde en el presente caso la aplicación del tipo penal fraude en la administración de personas jurídicas (uso indebido del patrimonio de la empresa)¹⁵⁵.

5. COLUSIÓN AGRAVADA Y AFECTACIÓN AL PATRIMONIO ESTATAL EN LA CASACIÓN N.º 661-2016 PIURA¹⁵⁶

5.1. La imputación

Para poder entender las reglas de esta casación es necesario comprender en qué consistía la imputación.

154 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 635.

155 *Ibid.*, p. 634.

156 Publicada el 15 de agosto del 2017 en el diario oficial *El Peruano*.

Según la Cas. N.º 661-2016, se atribuye a la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, a título de autora, y a los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Turne, a título de coautores, y al procesado Edwar Fernando Barboza Nieto, a título de cómplice primario, la comisión del delito de colusión agravada, alternativamente el delito de colusión simple, con relación al convenio suscrito entre la Municipalidad Distrital de Castilla, el directorio de la EPS Grau SA y dirigentes del sector noroeste de Castilla, para el financiamiento y ejecución de la obra denominada “Ampliación y miento del sistema integral de agua potable y alcantarillado de los asentamientos humanos del sector noroeste de Castilla”.

Se atribuye a los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Turne, a título de coautores, la comisión del delito de omisión de actos funcionales. Y se imputa a Edwar Fernando Barboza Nieto la comisión del delito de falsificación de documento público y uso de documento público falso, a título de autor.

El 11 de mayo del 2011, la Municipalidad Distrital de Castilla expidió la Resolución de Alcaldía N.º 443-2011-MDC, aprobando el expediente técnico de la citada obra; por ello, el 5 de julio del 2011, la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, en su condición de alcaldesa, expidió la Resolución de Alcaldía N.º 628-D11-MDC, designando al comité *ad hoc* integrado por José Castro Pisfil —gerente de Desarrollo Urbano—, Nilton Ramos Arévalo —subgerente— y Jimmy Silva Risco —subgerente de Logística—. Asimismo, por Resolución de Alcaldía N.º 658-2011, de 8 de julio del 2011, la procesada Ruesta de Herrera, en su calidad de alcaldesa, aprobó las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la citada obra, con una inversión ascendente a 31 000 000.00 dólares americanos.

El 11 y 18 de julio y el 2 de agosto del 2011, el ciudadano Carlos Manuel Valdivia Vizcarra hizo llegar a la procesada Ruesta de Herrera (alcaldesa) las cartas N.º CVV/MDC 201011, N.º CVV/MDC 23-2011 y N.º CVV/MDC 24-2011, respectivamente, señalando que el citado proceso de licitación permitía la participación de consorcios con poca capacidad económica, exigiendo sin necesidad alguna la inclusión de un arqueólogo en nómina de quienes concursarían en la adjudicación de la obra. El 5 de agosto del 2011, el ingeniero

Luis Ruiz Valencia, mediante Oficio N.º 39-2011-AMP, solicitó a la procesada (alcaldesa) la nulidad de la licitación, alegando la vulneración de derechos de otros postores y por el cobro por derecho de registro (S/ 2000.00); sin embargo, no se hizo nada al respecto. El 10 de agosto del 2011, el comité *ad hoc* procedió a integrar las bases, consignadas en un acta en el SEACE, estableciendo los siguientes requisitos: 1) el precio requerido; 2) la acreditación de un profesional de arqueología y un técnico automotriz, y 3) el no adelanto de dinero para la compra de materiales e insumos.

El 17 de agosto del 2011 se realizó la presentación de propuestas de las empresas que compraron las bases y se presentaron al referido proceso de licitación, y el comité *ad hoc* adjudicó la obra al consorcio H & B, conformado por las empresas Gold Perú SA, Gerald Contratistas Generales, AR Constructora y Moscol Contratistas. Posterior a la adjudicación de la buena pro, el ciudadano Ruiz Valencia solicitó a la Municipalidad Distrital de Castilla la nulidad del referido proceso de licitación, argumentando que el consorcio H & B (empresa ganadora) presentó en su propuesta a un técnico automotriz (el procesado Billy Negrón Luna) cuya condición se sustentaba en un título profesional falso; circunstancia que fue corroborada, toda vez que el director del Instituto Miguel Grau de Piura, mediante Oficio N.º 1065-SA-DG-IESTP “AMG”, comunicó a Luis Neptalí Olivares Antón —gerente de Administración y Finanzas de la Municipalidad— que el título profesional de Negrón Luna era falso porque aún se encontraba en trámite. Pese a ello, el 9 de septiembre del 2011, se suscribió el contrato entre la Municipalidad Distrital de Castilla, representada por Javier Enrique Salas Zamalloa —gerente municipal— y el consorcio H & B, representado por Edward Fernando Barboza Nieto, presentándose una carta fianza por la suma de S/ 2 893 888.00, emitida por COOPEX.

El 13 de octubre del 2011, mediante Acuerdo de Consejo N.º 042-2011-CDC, la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de alcaldesa, encarga a la Gerencia de Asesoría Jurídica, representada por el procesado Girón Gómez, que se pronuncie sobre la validez o nulidad del contrato suscrito con el consorcio H & B, solicitando acciones de control para solucionar dicha situación. El 17 de noviembre del 2011, el consorcio H & B, a través de la Carta N.º 039-2011-GA, solicita a la referida municipalidad un adelanto de más de S/ 5 000 000.00 para la compra de materiales, adjuntando dos cartas fianzas emitidas por el Banco Continental, en la que se advierte que una vencía el 24 de febrero del 2012 y la otra vencía el 6 de diciembre del 2011. Sin embargo, no se consignaban el nombre de todas las empresas que conformaban el consorcio H & B. Ante dicha circunstancia se emitieron los siguientes informes:

- Informe N.° 04-2011-CCNME/MDC, suscrito por el ingeniero José Ulloque Rodríguez, representante de la empresa supervisora de la obra. En este informe se señala que según las bases del contrato no cabía adelanto de dinero para la compra de materiales.
- Informe N.° 939-2011-MDC-GDUR, suscrito por José Castro Pisfil, quien refiere que el citado adelanto de dinero debería ser denegado, pero no lo rechaza en forma categórica.
- Informe N.° 1139-2011-MDC-GAJ, suscrito por Pablo Girón Gómez. Donde se indica que debía entregarse dicho adelanto de dinero, a fin de evitar el “costo social”.
- Informe N.° 18-2011-MDC-GT, emitido por el procesado Granda Turne, en su condición de coordinador, y donde afirma que el adelanto de dinero debía ser entregado.

El 16 de diciembre del 2011, Salas Zamalloa —gerente municipal— y Barboza Nieto —representante del citado consorcio— suscribieron la adenda al mencionado contrato de ejecución de la obra, a fin de otorgar el adelanto del 20 % del total de la obra al consorcio H & B. Posteriormente, se emitió la Factura N.° 0001-0006, a nombre de la Municipalidad Distrital de Castilla, por la suma de S/ 5 787 776.00, y se expidió el Comprobante de Pago N.° 9674-2, a fin de proceder al pago mediante la Oficina de Tesorería.

La Corte Suprema, antes de decidir, estableció las diferencias entre colusión simple y colusión agravada:

Décimo quinto: Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada estriba en que: “si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”. Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.

Décimo séptimo: Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado,

es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor de resultado—. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia del Corte Suprema; así, se estableció en la Cas. N.° 1105- 2011 SPP —fundamento jurídico n.° 7— que señala: “la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión”.

La lectura de la norma actual no ofrece mucha dificultad para establecer que la colusión simple exige posibilidad potencial de afectación patrimonial al Estado mientras que la colusión agravada se consuma cuando hay daño patrimonial efectivo, tangible, acreditado mediante los medios de prueba que ofrece el nuevo Código Procesal Penal, como las pericias.

En esta casación no encontramos expresamente qué era materia de pronunciamiento de fondo, cuáles son las grandes controversias en la interpretación de las instancias inferiores para justificar un pronunciamiento de fondo. Al final, se ingresa a un análisis probatorio, impropio de una casación, y se señala que, como no se ha probado daño, es colusión simple.

5.2. La prueba en el delito de colusión

Demostrar la existencia de los elementos típicos de la colusión plantea el problema de establecer cuál es la prueba más idónea para hacerlo. Esto nos lleva al campo de la probática o técnica de la prueba, por el que las partes en litigios tienen el reto de responder la pregunta: ¿cómo probar mi caso?

5.2.1. Prueba directa

La prueba directa en el delito de colusión es usada de forma excepcional, porque, hay que decirlo, prevalece la prueba indiciaria. No obstante, la encontramos, aunque de manera marginal, en casos como la del R. N. N.° 3445-2011 Áncash, de 13 de noviembre del 2012, donde gracias a la confesión de un procesado se pudo determinar que hubo concertación ilegal.

Sexto. Que más aún, se advierte que el sentenciado JMM, como miembro del Comité, mediante acta de reunión [...], acordó junto a otros miembros

de dicho Comité, que para realizar movimientos económicos citaría la buena pro de los servicios higiénicos, siendo esta la primera acción y dependiendo del presupuesto se modificarían las puertas; posteriormente la Comisión de gestión convocó a licitación de las obras relacionadas con la elaboración de diez puertas metálicas páralos servicios higiénicos y otro, conforme se acredita con el acta [...]; siendo que por ello, tal como lo indicó el encausado MC en su declaración preliminar [...], declaración judicial [...] y declaración plenaria [...], el director HG le propuso realizar el trabajo, pero como este ostentaba además el cargo de vicepresidente de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa “SSH”, le sugirió que el contrato saliera a nombre de otra persona, que le daría trabajo pero con la condición que este —HG— debía quedarse con algo de dinero, lo cual aceptó; es por eso que buscó a su ayudante —ya sentenciado RC— para que firmara el contrato, pero quién realmente hacía el trabajo era el deponente, que sin embargo fue el encausado HG quién alteró los precios, siendo el precio real de mil novecientos cincuenta nuevos soles, pero se colocó dos mil quinientos cincuenta nuevos soles; que según el contrato se le debía entregar como adelanto la suma de mil ochocientos nuevos soles pero realmente solo le entregó la suma de mil nuevos soles, habiéndose quedado el citado encausado con la suma de ochocientos nuevos soles; lo cual consideró que era una suma considerable; que cumplió con colocar las puertas del baño, sin embargo faltaba pintarlas, ya que no se había campado con pagarle el saldo restante pese a que ese dinero provenía de la región para las mejoras del Colegio: versiones que se corroboran con las declaraciones del encausado RC quién en sus declaraciones preliminares [...], declaración judicial [...] y declaración plenaria [...], en las que además agregó que firmó el referido contrato a pedido de sus coencausados HG y MC, que trabajaba como ayudante en el taller de cerrajería *el último citado*; *que tuvo conocimiento que se presentaron tres postores, sin embargo ello se dio con la finalidad que* la comunidad educativa no se diera cuenta, pues ya el encausado HG les había ofrecido trabajo y que a la firma del contrato se les pagó mil ochocientos nuevos soles y posteriormente se les entregó ciento cincuenta nuevos soles; de lo que se colige, que el encausado HG conjuntamente con los sentenciados MC y RC concertaron para que saliera como ganador de la buena pro, el sentenciado MC, ayudado por su sentenciado RC y así defraudar al Estado, sobrevalorando los precios del trabajo encomendado, esto es la confección de diez puertas metálicas por la suma de dos mil quinientos nuevos soles.

Sétimo. Que, por tanto las versiones exculpatorias del encausado HG brindadas a lo largo del proceso, tal como se desprende de su manifestación [...], declaración judicial [...] y declaración plenaria [...], en las que refirió que jamás sugirió a los encausados que saliera el contrato a otro nombre, que no sabía que el encausado MC tenía taller de cerrajería y que no se benefició de la sobrevaloración de los precios; son meros argumentos de defensa, con el

único fin de evadir su responsabilidad penal en los hechos imputados; pues con la pruebas y declaraciones antes glosadas, se corrobora la hipótesis sostenida por el fiscal superior, que el encausado HG en su condición de director de la Institución Educativa “SSH”, al haber recibido fondos del programa de mejoramiento de infraestructuras educativas, concertó con sus coencausado MC y RC, para firmar un contrato respecto a la confección de diez puertas metálicas por la suma de dos mil quinientos nuevos soles, en el que aparecería como contratante RC, cuando en realidad con quien se contrataba era con el sentenciado MC; sobrevalorando los precios, con la finalidad dolosa de defraudar al Estado; por lo que, al quedar fehacientemente acreditada la responsabilidad del encausado HG en el delito imputado¹⁵⁷.

En el R. N. N.° 3328-2011 Lima, de 4 de julio del 2012, emitido por la Sala Penal Transitoria, también encontramos prueba directa de los actos defraudatorios realizados por funcionarios públicos para coludirse con los interesados:

Cuarto. Que, tanto el delito —colusión desleal— cuanto la responsabilidad penal de los encausados CFVB (autor) y DSC (cómplice primario), se encuentran debidamente acreditados con la declaración del procesado VN [...]; quien señaló que en calidad de segundo comandante del Servicio de Material de Guerra de la Fuerza Aérea del Perú, sus funciones eran recibir, cumplir y hacer cumplir las órdenes del Comando, así como velar por el buen funcionamiento de la unidad; dependía directamente del comandante de la unidad CFVB; que conformó el Comité Especial Permanente de Adquisición de Bienes y Servicios de SEMG, en calidad de presidente; el contrato celebrado entre dicha institución pública y GDS Contratistas se realizó de acuerdo a lo estipulado en las normas contenidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado; sin embargo, su coacusado CFVB, hizo por su cuenta algunas variaciones al que originalmente le fue propuesto, pues, en el contrato que finalmente se firmó, indica otras cantidades respecto a la forma de pago, ya que se estableció un adelanto del 75 % de la obra, cuando la norma solo indica el 60 % (20 % en efectivo al contratista y 40 % para materiales e insumos) y con relación al pago del 75 %, lo realizó el Departamento de Finanzas por orden del coronel CFVB, quien también habría dispensado de la obligación de presentación del cheque de gerencia a la empresa que representa el acusado DSC; versión que la sostuvo al ser confrontado con el encausado CFVB [...] donde textualmente le refirió: “Lo que usted está diciendo es falso, yo no hice ninguna modificación al contrato, porque está bien establecido en el manual de la Fuerza Aérea que la confección, firma y la supervisión del contrato es enteramente del comandante

157 CARO JOHN, *Summa penal*, ob. cit., p. 633.

[...], nuestra labor terminó cuando se dio la buena pro, después, nosotros y particularmente yo no hice ningún cambio yo me enteró que se hizo un cambio a los porcentajes en el proceso administrativo que apertura la Fuerza Aérea uno o dos años después”, lo que fue corroborada con la declaración plenaria del acusado LC, quien sostuvo que el coronel CFVB le ordenó en forma escrita cancelar la totalidad del contrato celebrado, contraviniendo el procedimiento que debían seguir estrictamente en la licitación [...] ¹⁵⁸.

5.2.2. *Prueba indiciaria*

La prueba de la concertación tiene un importante referente en el R. N. N.º 1722-2016 Del Santa, de 23 de enero del 2017, que desarrolló los indicios más relevantes que permiten inferir que en un proceso de contratación hay colusión desleal en agravio del Estado. El octavo considerando de dicha ejecutoria establece lo siguiente:

Es claro que los funcionarios públicos imputados niegan el concierto y lo quieren referir al hecho de la acreditación de contactos personales entre sí y con los proveedores para justificar la lógica fraudulenta. En clave probatoria, empero, lo que se debe verificar es la existencia de una contratación pública que se produce a través de una concertación entre funcionarios públicos competentes e interesados (proveedores). La concertación, ante la ausencia de prueba directa —testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos—, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo, (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes —verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativo de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o ‘subsanaciones’ o ‘regularizaciones’ ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera—; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad —marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores—; y, (iii) si los precios ofertados —y aceptados— fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencia del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado.

158 *Ibid.*, p. 635.

El autor busca generar las mejores condiciones para que el *extraneus* o interesado pueda beneficiarse en la contratación pública. Un dato indiciario relevante es cómo están las bases de contratación, pues es un medio para favorecer a los postores, al colocar requisitos que solo cumple el interesado para así descartar a los otros. Tenemos como indicio si se han respetado escrupulosamente las formalidades en la contratación y los plazos; si los documentos exigidos se han entregado a tiempo. No negamos la posibilidad de funcionarios negligentes, pero eso es lo menos. Como hay varios filtros para la contratación, si se sortean escandalosamente los controles, entonces podemos inferir razonablemente colusión. Un ejemplo lo tenemos en el R. N. N.° 1719-2007 Puno (de 7 de abril del 2009), donde la Primera Sala Penal Transitoria estimó probada la colusión por la forma irregular en que habían actuado los funcionarios respecto de las formalidades.

Sexto. [...] (Respecto) al delito de colusión desleal, debe señalarse que se encuentra probada su comisión, toda vez que los procesados (alcalde y funcionarios municipales) han actuado en forma irregular, pues las operaciones las han realizado sin el menor cuidado, evidenciándose, por el contrario, el interés de que esta se concrete, obviando formalidades y otorgándole al proveedor ventajas económicas que desprotegían totalmente los intereses de la Municipalidad agraviada, generando con ello un perjuicio económico [...]¹⁵⁹.

En el R. N. N.° 3331-2011 Lima, de 11 de enero del 2013, emitido por la Sala Penal Transitoria, tenemos un indicio relacionado con el tiempo. El objeto de la colusión que ya había sido presentado a la entidad en una fecha anterior a la de la transacción, es decir, solo era una mera formalidad la suscripción del contrato.

Cuarto. Que, sin embargo, tanto el delito —colusión desleal— cuanto la responsabilidad de la acusada se acreditan con el contrato suscrito entre la empresa SB y la Municipalidad Distrital de Yuyusca respecto a la compra venta del vehículo [...], cuyo precio de venta fue de cincuenta y cinco mil dólares americanos, documento que consigna como fecha de transacción el 3 de octubre del 2011; que empero, el vehículo fue presentado ante la municipalidad agraviada el 26 de setiembre del mismo año, conforme aparece del acta de sesión de concejo de la misma fecha, inclusive en tal documento se consignó un monto distinto al señalado en el contrato [...]; que tal he-

159 *Ibid.*, p. 631.

cho reviste relevancia penal por cuanto al momento que se realizó la citada transacción la verdadera propietaria del vehículo era la empresa CLP que pertenecía a la encausada LIVS, hermana de LAVS, alcalde de la municipalidad agraviada. [...].

Sétimo. Que, en consecuencia, los elementos de descargo alegados por la acusada en modo alguno enervan los medios de prueba precitados, y que el Superior Colegiado los ponderó adecuadamente conforme a los fundamentos 17, 18 y 19, lo que permite concluir que la condena impuesta en la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley¹⁶⁰.

En el R. N. N.º 3477-2010 Ica, de 23 de marzo del 2011, emitido por la Sala Penal Transitoria, observamos que a partir de las pericias contables no había perjuicio y el proceso se había llevado correctamente, pero el indicio es que participaron personas jurídicas inexistentes.

Cuarto. [...] (Si) bien el dictamen pericial contable [...] y la pericia contable [...] concluyen que los procesos de adjudicación *cuentan con la documentación sustentatoria, y que no existe perjuicio para el Estado, es claro advertir que las apreciaciones técnicas de estos exámenes en cuanto a la materialidad de delito colusión ilegal (cuyo bien jurídico protegido, es el patrimonio administrado por la administración pública, y la legalidad del ejercicio funcional) no son de necesidad relevante*, pues en el presente caso, en esencia es de interés jurídico-penal establecer la defraudación por vía de concertación fraudulenta en las adjudicaciones directas para contratar los servicios que requería la citada entidad edil agraviada, esto es, llevar adelante expedientes de proyectos de inversión, en cuyas acciones se benefició intereses privados propios o de terceros, lo que originó un perjuicio económico al Estado, y no respecto a que si documentalmente estuvo sustentado ese procedimiento fraudulento [...]. [...]

Sexto. [...] (Si) bien se trató de justificar documentalmente (las contrataciones), la calificación cuantitativa de esas ofertas y la contienda de tres o más participantes que le dio una apariencia de legalidad no fue real, contraviniendo la formalidad y legitimidad de esos actos regulados por el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, todo lo cual a efectos de justificar egresos para hacerse del dinero de la agraviada, lo que sin duda denota la existencia de maniobras de engaño para que la Administración pública contrate un postor previamente establecido, adulterando la realidad y aparentando que participaron válidamente otras empresas cuando esas no existían, conforme se concluyó técnicamente en las pruebas indicadas en el cuarto fundamento jurídico de esta resolución; que

160 *Ibid.*, p. 633.

de esa forma defraudaron la correcta contratación de los mejores servicios para el Estado, lo que le originó perjuicio económico)¹⁶¹.

6. COLUSIÓN Y ABSOLUCIONES

Desde una perspectiva de absolucón, tenemos la siguiente jurisprudencia suprema y el fundamento respectivo.

En el R. N. N.º 320-2011 Abancay, de 28 de septiembre del 2011, emitido por la Sala Penal Transitoria, no se acreditó la colusión por una compra de computadoras, puesto que, pese a que había una maquina usada, no se pudo determinar que lo evaluado en un informe posterior fueran las computadoras que se adquirieron.

Quinto. [...] (Se atribuye a los procesados que) no tomaron ninguna medida concreta a pesar de tener conocimiento de que el equipo de cómputo que estaba adquiriendo el municipio no cumplía con las características especificadas en el contrato de compraventa, no era nuevo, sino usado, y se encontraba inoperativo, pues no tenía disco duro; sin embargo, del estudio de autos se tiene lo siguiente: i) que, conforme aparece del contrato de compraventa [...], no se adquirió solo una computadora, sino varios equipos de cómputo e impresoras, por lo tanto, no puede utilizarse como referencia del perjuicio económico supuestamente ocasionado a la entidad edil el pago que se realizó por la totalidad de los bienes adquiridos mediante dicho acto jurídico; ii) la imputación parte del informe sobre estado de equipos de computación de la municipalidad, [...] el mismo que se redactó haciendo la comparación entre las características puntualizadas en el contrato de compraventa en cuestión y los equipos que se hallaban en el municipio, dando cuenta que una *máquina no correspondía a lo que indica el contrato, que existen máquinas sin disco duro, así como otras observaciones, significándose que el referido informe se hizo mucho después de la celebración del contrato de compraventa, por lo que no puede afirmarse con total certeza que los equipos se hayan entregado en las condiciones que allí se especifican, y por ende, que exista prueba sobre una concertación o sobrevaluación en la compra de estos equipos de cómputo [...]; consecuentemente, [...] no se advierte prueba suficiente que permita acreditar (el delito de colusión)*¹⁶².

En el R. N. N.º 1396-2011 Arequipa, de 21 de octubre del 2011, emitido por la Sala Penal Transitoria, se refiere el caso de una persona imputada por el

161 *Ibid.*, p. 634.

162 *Ibid.*, p. 628.

delito de colusión por el hecho de haber cobrado un cheque del interesado, lo que no conecta con el núcleo de este delito, que es la concertación:

Cuarto. [...] (En) el presente caso, el *único fundamento que respalda la imputación del Ministerio Público contra el procesado LAMS (chofer de municipalidad), radica en que este cobró un cheque [...] que debería hacerlo efectivo el procesado VTV (contratista) [...];* sin embargo, esta circunstancia por sí misma no resulta suficiente para acreditar su responsabilidad penal en el presente caso, no apreciándose del estudio de autos medios probatorios que permitan determinar que dicha acción tuvo como origen su participación en un acuerdo colusorio con sus coprocesados, a efectos de defraudar a la referida entidad idiocia, apreciándose únicamente una actuación en cumplimiento del encargo que le hizo su coprocesado [...], luego de lo cual entregó el dinero cobrado [...], presentándose este hecho como ajeno al núcleo de imputación del delito de colusión desleal [...]¹⁶³.

En la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N.° 2543-2013 Áncash, de 12 de diciembre del 2014, emitida por la Sala Penal Transitoria, si bien se probó que se compraron materiales de construcción sin proceso de selección, la imputada no tuvo injerencia en esa adquisición:

Quinto. Analizados los actuados se concluye que si bien parte de los materiales para las construcciones de mejoramiento del sistema de abastecimiento de agua potable [...] fueron adquiridos sin realizar el proceso de selección de menor cuantía, conforme lo establece la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; sin embargo, de las declaraciones de la procesada [...] se corrobora que esta no tuvo injerencia en la adquisiciones de bienes y servicios, ya que esto fue realizado de manera directa por el personal encargado, debido a la premura de la obra, refiere que desconocía del procedimiento que debían seguir para la compra de dichos materiales; por lo que no se evidencia concertación alguna entre esta y sus coacusados para defraudar al Estado; más aún si de autos se advierte que los procesados no se conocen entre sí [...]¹⁶⁴.

En el R. N. N.° 2726-2012 Lima, de 21 de mayo del 2013, emitido por la Sala Penal Permanente, respecto a una calificación de colusión agravada, en la que hay que acreditar el detrimento patrimonial del Estado, el peritaje arrojó que ello no existía.

163 *Ibid.*, p. 635.

164 *Ibid.*, p. 628.

Quinto. (En la colusión, se entiende) por “concertación” el acto de ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permita. Esta concertación es en principio lícita, pues esa es precisamente la función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes. Pero al hacerlo debe defender los intereses de la Administración pública. Por eso, para ser indebida y penalmente relevante, esta colusión debe contener el elemento de fraude [...]. Debe constituir una privatización de la actividad funcional del sujeto activo; en vez de representar los intereses de la administración, beneficia a los intereses privados y a sí mismos (URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal*, t. I, p. 1041).

Sexto. (Es) correcto amparar la resolución que aceptó el retiro de la acusación sustancial formulada por el representante del Ministerio Público, derivada del informe pericial contable [...] —prueba nueva—, realizada por los peritos judiciales [...], la cual fue sometida al contradictorio en el juicio oral [...]. En consecuencia, de la documentación examinada y análisis de las operaciones realizadas en la adquisición de los seis aviones [...] con sus respectivos repuestos no se evidencia perjuicio económico ocasionado en contra el Estado peruano - Fuerza Aérea del Perú¹⁶⁵.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Estatuto Anticorrupción - Ley 1474 de 2011

Artículo 27.- Acuerdos restrictivos de la competencia. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410 A, el cual quedará así:

Colombia

“El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años”.

España

Artículo 436.- La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara 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. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a estos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.

Guatemala

Artículo 450.- El funcionario o empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, será sancionado con prisión de uno a cuatro años.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Bolivia

Artículo 150.- Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

El funcionario público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interese y obtuviere para sí o para tercero un beneficio ilícito en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene por razón de su cargo, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años y multa de treinta a quinientos días.

Esta disposición es aplicable a los árbitros, peritos, auditores, contadores, martilleros o rematadores y demás profesionales respecto a los actos en los cuales, por razón de su oficio, interviniere y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos, respecto a los bienes pertenecientes a sus pupilos, curadores, testamentarias, concursos, liquidaciones y actos análogos.

Francia

Artículo 432-14 (*Ley N.° 95-127 de 8 de febrero de 1995 art. 10, Diario Oficial de 9 de febrero de 1995*).

Será castigado con dos años de prisión y multa de 200 000 francos el hecho de procurar o tratar de procurar a otro una ventaja injustificada por un acto contrario a las disposiciones legales o reglamentarias que tengan por objeto garantizar la libertad de acceso e igualdad de los candidatos en los contratos públicos y las delegaciones de servicio público, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público o investida de un mandato público de carácter electivo o que ejerza las funciones de representante, administrador o agente del Estado, de las colectividades territoriales, de los establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta de interés nacional encargadas de una misión de servicio público y de sociedades de economía mixta locales, o por cualquier otra persona que actúe por cuenta de alguna de las mencionadas.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 567.- Colusión simple y agravada

1. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.
2. Si, como consecuencia de la concertación fraudulenta, se lesiona el patrimonio del Estado por un monto que supere las tres unidades impositivas tributarias, la pena es privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.

CAPÍTULO XXI

PATROCINIO ILEGAL

Artículo 385.- Patrocinio ilegal

El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

1. ALCANCES TÍPICOS

En la legislación comparada tenemos que el Código Penal de Italia de 1930, en su art. 324, establece que el funcionario público que directamente o por otra persona, o con actos simulados, toma interés privado en cualquier acto de la administración pública en la cual ejerce su oficio, será castigado con reclusión de 6 meses a 5 años y con multa de 200 000 a 4 000 000 de liras. En este caso tenemos que el funcionario toma el interés de un particular, interés privado, por lo que estamos en un acto de consejería, asesoramiento o patrocinio en actos de la administración pública, así como lo establece el Código Penal peruano en su art. 385. Se despliega la consejería o patrocinio en el ámbito de la administración pública.

“Patrocinar” proviene del latín *patrocinari*, y significa defender, proteger, amparar o favorecer. La defensa se ha extendido a diversas profesiones siendo una de ellas la abogacía.

El funcionario o servidor público tiene prohibición funcional de defender intereses privados ante la administración, pues, al hacerlo, quebrantaría el *deber de imparcialidad*, el cual, a nuestro entender, debe ser considerado como bien jurídico específico en el presente delito. Hay prohibiciones de patrocinar que, si bien no son absolutas, las excepciones son mínimas, como el caso de los jueces que solo pueden patrocinar a esposa e hijos como abogados. Fuera de esto hay una prohibición casi absoluta.

En nuestro Código Penal, el sujeto activo solo puede patrocinar directamente, a diferencia de lo que pasa en el Código Penal italiano y el brasileño, que refieren su realización directa o indirectamente. No está previsto el hacerlo por intermedio de otra persona. Esta posición, que fluye del tipo penal desde el principio de taxatividad, es asumida por ROJAS VARGAS, y la compartimos.

Diferente es la postura de ABANTO VÁSQUEZ, quien sostiene que no es necesario que el funcionario acuda, sino que se valga de su *calidad de funcionario*. No compartimos esta posición porque este es un elemento típico distinto, la prevalencia o utilización del cargo es diferente a la intervención directa o con intermediario¹⁶⁶.

El elemento objetivo es que el funcionario se vale de su cargo para patrocinar, lo utiliza como un medio comisivo, para lograr así obtener un beneficio para quien patrocina. Algunos funcionarios o servidores pueden tener normas permisivas, fuera de horario de trabajo, de patrocinar, pero este debe hacerse sin valerse de su cargo, que es el elemento típico relevante del delito. Esto tiene sindéresis con el R. N. N.º 1054-2001 Lima, que indica que el tipo objetivo del delito de patrocinio ilegal exige que el agente se valga de su condición de funcionario o servidor público para patrocinar intereses particulares¹⁶⁷.

En la Cas. N.º 226-2012 Lima, de 26 de septiembre del 2013, la Sala Penal Permanente desarrolla la tipicidad objetiva e interpreta el patrocinio de intereses particulares:

Décimo tercero. El segundo elemento normativo para interpretar es el “patrocinio de intereses de particulares”. La acción de patrocinar implica todo suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa. Dentro de los actos de asesoramiento se encuentran todas aquellas conductas que impliquen un consejo —de cualquier índole— para mejorar la posición de una persona o una situación. Es importante resaltar que el consejo emitido implica una opinión directa y concreta sobre una acción a tomar que redunde en el interés del particular ante la Administración pública. La defensa —acto de patrocinio por excelencia— implica que el sujeto activo haga suya la causa y trate de que la postura asumida prevalezca frente a otras posibles posturas, para lo cual abogará por la misma de forma necesariamente directa [...].

El patrocinio o consejo es de cualquier índole que mejore la situación del patrocinado ante el Estado. El asesoramiento se conecta al interés de una persona que puede ser tanto natural como jurídica, como se desarrolla en la Cas. N.º 226-2012 Lima:

166 Cfr. HUGO ÁLVAREZ, Jorge y BETTY HUARCAYA RAMOS, “Patrocinio ilegal”, en HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, ob. cit., p. 191.

167 DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, *El Código Penal en su jurisprudencia*, ob. cit., p. 403.

El patrocinio, al que se refiere este artículo, tiene una inmediata conexión con un interés de un particular ante la administración pública. Por “interés del particular” se hace referencia directa de todo aquello que pueda ser pretendido por una persona que no pertenezca a la administración pública. La condición de particular no depende de si la persona es un funcionario público o es una persona ajena a la administración pública, sino que está en función directa de la relación que ella tiene con el sector de la administración pública en el que se le va a favorecer.

Es un delito doloso, de mera actividad, y no admite la tentativa. No se requiere que el patrocinado mejore su posición en la Administración pública.

Al tener como pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas, es un delito leve en el contexto del ordenamiento penal nacional.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Italia

El Código Penal de Italia de 1930, art. 324 (derogado por la Ley 86, de 26 de abril de 1990), estipula:

“El oficial público que directamente o por interpuesta persona, o con actos simulados, toma interés privado en cualquier acto de la administración pública en la cual ejerce su oficio, será castigado con reclusión de 6 meses a 5 años y con la multa de 200 000 a 4 000 000 de liras”.

Advocaría administrativa

Brasil

Art. 321.- Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Art. 568. - Patrocinio ilegal

El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor seis años e inhabilitación por el tiempo que dure la pena conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.

CAPÍTULO XXII

RESPONSABILIDAD DE PERITOS, ÁRBITROS Y CONTADORES PARTICULARES

Artículo 386.- Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares¹⁶⁸

Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias.*

** Artículo modificado por el art. 1 de la Ley N.º 26643, publicada el 26 de junio de 1996.*

Los delitos de colusión y de patrocinio ilegal son aplicables también a los árbitros y contadores, respecto de bienes que se adjudican y parten, y a los tutores curadores y albaceas que pertenecen a incapaces o testamentarias.

Esto conlleva a establecer en el caso de colusión en qué momento un perito y contador se colude para defraudar al Estado. Si lo hace en calidad de autor o en calidad de cómplice.

También en el delito de patrocinio, en qué momento utilizando su cargo puede intervenir favoreciendo o patrocinando a un particular.

Ahora, es más complicado puesto que si la colusión y el patrocinio ilegal se dan en el contexto de la administración pública, qué tiene que ver esto en el caso de los tutores curadores o albaceas si, por ejemplo, el patrimonio que está de por medio es particular. ¿Cómo funciona aquí la colusión o el patrocinio ilegal? Consideramos que es una incorporación sin mucha reflexión por parte del legislador, y un síntoma de ello es que hay nulos casos reseñados al respecto por la jurisprudencia nacional.

168 Historial legal:

Artículo 386.- Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias. (1991)

Artículo 386.- Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adquisición o partición intervienen, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias.

(Artículo modificado por la Ley N.º 26572, publicada el 5 de enero de 1996).

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 569.- Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares

Las disposiciones de los artículos 554 y 555 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias. Además, se les aplica la inhabilitación por el tiempo que dure la pena privativa de libertad conforme a los numerales 4 y 5 del artículo 42.

SECCIÓN III PECULADO

CAPÍTULO XXIII PECULADO DOLOSO Y CULPOSO

Artículo 387.- Peculado doloso y culposo¹⁶⁹

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

169 Historial legal del peculado

Artículo 387.- 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, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas. (1991).

Artículo 387.- 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, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.”
(Artículo modificado por la Ley N.º 26198, publicada el 13 junio de 1993).

Artículo 387.- Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

(Artículo modificado por la Ley N.º 29703, publicada el 10 junio del 2011).

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.”

(Artículo modificado por la Ley N.º 29758, publicada el 21 julio del 2011).

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

(Artículo modificado por la Ley N.º 30111, publicada el 26 noviembre del 2013).

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.
4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.*

*** Artículo modificado por art. 2 de la Ley N.° 31178, publicada el 28 de abril del 2021.**

1. ALCANCES TÍPICOS

Este tipo penal ha tenido una conflictiva interpretación, agudizada en el contexto de los actos de corrupción del gobierno del ingeniero Fujimori. En la ejecutoria suprema R. N. N.° 3374-2003 La Libertad, de 24 de enero del 2005, se plantea una definición del delito de peculado tanto en la modalidad dolosa como en la culposa:

- a) Que el delito de peculado se encuentra ubicado en la sección tercera, capítulo segundo, título decimoctavo del libro segundo del Código Penal. En dichos dispositivos legales se establece claramente que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en razón de su cargo, por tanto el bien jurídico solo es afectado cuando el funcionario atenta contra el patrimonio del Estado infringiendo los deberes especiales de custodia y diligencia que tiene para con los bienes que le han sido encomendados; b) que en el delito de peculado doloso, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del precitado Código sustantivo, los verbos rectores del comportamiento típico son apropiarse o utilizar. Que existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición de caudales o efectos que pertenecen al Estado y que posee en razón de su cargo; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de su ilícita “propiedad” sobre el mismo; mientras que en el delito de peculado culposo, previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo en mención, no se

sanciona la apropiación o utilización que haga el funcionario o servidor público de los bienes que pertenecen al Estado, sino la falta de diligencia debida sobre los mismos, que da lugar a que un tercero efectúe la sustracción de los caudales o efectos estatales¹⁷⁰.

El peculado es un delito especial porque un elemento normativo del tipo penal es que el sujeto activo sea funcionario o servidor público. La diferencia entre estos dos empleados del Estado es que mientras el funcionario tiene facultad de decisión, el servidor no posee esta cualidad, sino el de subordinado. Sin embargo, ambos reúnen la calidad para *pecular*, esto es, apropiarse de fondos o de usar bienes del Estado en beneficio propio o de tercero. Las características de estos empleados, o de naturaleza análoga, del Estado están señaladas en el art. 425 del CP.

Es menester indicar que la Convención Interamericana contra la Corrupción, en su art. 1, tiene importantes definiciones a resaltar sobre la “función pública”, “funcionario público”, “oficial gubernamental”, “servidor público” y “bienes”. “Función pública” es 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. El “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público” es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Y, por último, “bienes” son los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. Este tratado ha sido ratificado por el Perú el 6 de abril de 1997. El art. 55 de la Const. Pol. establece literalmente que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Un elemento normativo del tipo penal es que el agente sea funcionario público y que realice dos conductas: apropiarse o usar bienes del Estado. Esta distinción también la advertimos en la jurisprudencia española, específicamente en el Recurso de Casación N.º 94/1995 (de 14 de noviembre de 1995), que, al distinguir la apropiación y el uso, señala lo siguiente:

170 Vid. PODER JUDICIAL, *Jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema Perú*, Lima: Jusper, 2008.

El relato histórico de la sentencia recurrida pone de relieve que el acusado era un funcionario público (subinspector del cuerpo de la Policía Nacional), que por razón de su cargo (DIRECCIÓN 003 de la Comisaría Provincial de Cádiz), era depositario oficial de cuantas prendas habían de ser distribuidas entre los funcionarios pertenecientes al referido cuerpo destinados en dicha provincia, y que, pese a ello, se dedicó a vender a determinadas personas una serie de ellas (zapatos, camisas y pantalones), por preciso sensiblemente inferior al de mercado; habiéndose recuperado un determinado número de tales prendas (concretamente diecinueve camisas, seis pantalones y tres pares de zapatos).

Ante todo, es menester rechazar la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, dado que el Tribunal de instancia da cumplida explicación de los medios de prueba que tuvo en cuenta para formar su convicción acerca de los hechos que expresamente declara probados en la sentencia recurrida (*Vid. f. j. n.º 2*). Y por lo que se refiere a la calificación penal de tales hechos —indiscutida la condición de funcionario público ostentada por el acusado y la naturaleza pública de las prendas cuyo depósito tenía encomendado— es patente que la voluntad del hoy recurrente no fue otra que la de sustraer los efectos de los que dispuso (art. 394 del C. Penal), por cuanto la venta de los mismos a terceras personas y la propia naturaleza de las cosas vendidas no resulta compatible, en principio, con esa aplicación “a usos propios o ajenos” de tales efectos, lo que parece más propio del dinero (art. 396 del CP.)¹⁷¹.

Según el AP N.º 4-2005, de 30 de septiembre del 2005, el peculado es un delito pluriofensivo, esto es, que lesiona varios bienes jurídicos, y se determinaron dos relevantes: a) los intereses patrimoniales de la Administración pública y b) los deberes funcionales de lealtad y probidad del funcionario o servidor para con la Administración pública. El peculado es un delito especial, es decir, que como regla general solo pueden ser sujetos activos los servidores y funcionarios públicos. Por eso, el centro de cuestionamiento alegando atipicidad es cuando el agente no tiene esa cualidad especial. Sobre este esquema defensivo hay varios pronunciamientos, como la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N.º 2696-2003 Lima, de 7 de enero del 2004, respecto a la defensa que realiza un procesado en calidad de secretario coactivo quien argumenta que no está bajo los alcances del art. 425 del CP por el principio de irretroactividad. Se le imputaba no haber depositado las multas cobradas a entidades privadas que le debían a Indecopi, y se señalaba que este imputado sí se encontraba dentro de los alcances del inc. 3 del art. 425 del CP en su versión primigenia, que esta-

171 Extraída del banco de jurisprudencia del Poder Judicial de España.

blece que son funcionarios públicos los de empresas del Estado o sociedad de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado.

En el R. N. N.° 5134-2006 Cusco¹⁷², de 27 de abril del 2007, se estima que una persona que actúa en calidad de representante legal de una empresa privada y tiene un vínculo contractual con el Estado se incorpora al ejercicio efectivo de la actividad pública, por lo que puede responder penalmente por peculado.

La ejecutoria suprema recaída en el R. N. N.° 3605-2006 Lima, de 4 de diciembre del 2006, se pronunció en una excepción de naturaleza de acción señalando que no hay intervención como cómplice primario en el delito de peculado luego que este se ha consumado.

Otro aspecto que recorre el tratamiento jurisprudencial como doctrina consolidada y que se expresa en el R. N. N.° 1144-2003 Piura¹⁷³, de 8 de julio del 2004, es que la prueba sustancial es el peritaje contable.

También en el peculado doloso y culposo, en el R. N. N.° 3374-2003 La Libertad¹⁷⁴, de 24 de enero del 2005, se reconoce como tendencia jurisprudencial que en esta clase de delitos se duplica el plazo de prescripción y esto va en concordancia con el art. 80 del CP.

No solo hay pena privativa de libertad en este delito, sino que el Supremo Tribunal, en el R. N. N.° 3374-2003 La Libertad, con relación al peculado doloso, señala que esta tiene aparejada pena de inhabilitación, considerada como principal, y que hay que imponerla necesariamente, puesto que a veces se obvia esta sanción integrando la sentencia. Lo dice de la siguiente forma:

Que según lo dispuesto por el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, los delitos previstos en los capítulos segundo y tercero del título decimoctavo serán sancionados, además, con pena de inhabilitación; b) que la inhabilitación que corresponde a los casos del artículo precitado tiene la calidad de pena principal y conjunta, con un máximo de duración de tres años y con los alcances contenidos en el artículo treinta y seis, incisos uno y dos; [...] Que el Colegiado ha obviado imponer la pena de inhabilitación en el caso *sub judice*; sin embargo, conforme a lo autorizado por el penúltimo párrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales debe integrarse en el fallo la pena omitida.

172 Vid. PODER JUDICIAL, *Jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema Perú*, ob. cit.

173 *Ibid.*

174 *Ibid.*

Los funcionarios y servidores públicos en general tienen un deber de preservación de los bienes del Estado, puesto que todos trabajan para la Administración pública y en particular en la entidad respectiva donde están asignados. Por ello, sin necesidad de que estos tengan la custodia, percepción de bienes estatales, si intervienen como autores o cómplices no teniendo esa condición, se estima que deben ser sancionados, obviamente con penas menos severas que las aplicadas a quienes sí tienen esas facultades directas. También a efectos de extender a particulares, o el denominado *extraneus*, que a sabiendas contribuyen en el delito de peculado, a fin de evitar interpretaciones debe señalarse expresamente en el tipo penal que estos también responderán por estos delitos, y la graduación respecto a su participación como extensión del tipo especial se expresará en la penalidad, ya que ellos no tienen los deberes especiales que sí poseen los funcionarios o servidores públicos.

2. LA RELACIÓN FUNCIONAL CON EL PATRIMONIO ESTATAL EN LA CASACIÓN N.º 160-2014 ÁNCASH

2.1. Imputación

En la Cas. N.º 160-2014 Áncash, de 7 de octubre del 2015, la Corte Suprema analiza un caso de peculado en el marco del Proyecto Chinecas, gestionado por el Gobierno Regional de Áncash. La imputación señala lo siguiente:

Se imputa que según los documentos formulados por el Instituto Nacional de Desarrollo (INADE), para el 2007, se había establecido que el costo para la elaboración del estudio de perfil a nivel pre-inversión del proyecto: “Adecuación del Proyecto original Chinecas al Esquema Reestructurado” asciende a la suma de S/ 102 500.00 nuevos soles y el costo de la ejecución del proyecto sería S/ 667 828.00 nuevos soles; sin embargo, al haber sido transferido dicho proyecto especial al Gobierno Regional de Ancash, presidido por César Joaquín Álvarez Aguilar, por ese mismo estudio dicha entidad habría pagado la suma de S/ 5 202 961.00 nuevos soles y el costo de su ejecución se habría estimado en la suma de S/ 2 000 000 000.00 nuevos soles, hechos que presuntamente habrían sido cometidos por funcionarios del Gobierno Regional.

2.2. Itinerario procesal

Esta sentencia casatoria produjo tan amplia discusión en los jueces supremos que obligó a convocar a otros jueces para que puedan dirimir la discordia. El caso es bastante controversial, pues está referido a los hechos delictivos sucedidos

en el Gobierno Regional de Áncash, donde se ha postulado una organización criminal enquistada.

En primera instancia, se declaró fundada la solicitud del investigado Álvarez Aguilar sobre excepción de improcedencia de acción —por atipicidad relativa—, como presunto coautor del delito de peculado por apropiación, en agravio del Estado.

La decisión fue apelada por el Ministerio Público y la Procuraduría, y la Sala Superior confirmó el auto impugnado.

El Ministerio Público interpuso recurso de casación por la causal de errónea interpretación de la ley penal.

2.3. Objeto casacional

El motivo de casación admitido está referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a:

La denominada “disponibilidad jurídica” o “existencia de una relación funcional de los funcionarios públicos que representan a una institución”, pues de acuerdo con el criterio asumido por primera instancia al imputado Álvarez Aguilar, en su condición de presidente regional y presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas, solo le correspondería una relación *funcional “genérica” sobre los recursos económicos de la entidad a su cargo*, y fueron los órganos de dirección interna y externa quienes habrían realizado el proceso de elaboración de bases, que generó *la sobrevaluación del estudio de pre inversión del perfil del proyecto de adecuación y la ejecución de dicho proyecto*, y que solo sus integrantes tendrían únicamente responsabilidad en la administración del Proyecto Especial.

2.4. Argumentos del recurso de casación del Ministerio Público

El Ministerio Público argumentó la necesidad del desarrollo de doctrina jurisprudencial, pues, si bien se ha establecido que uno de los elementos constitutivos del delito de peculado es que el sujeto activo del delito no necesariamente tenga una vinculación directa con los caudales o efectos, basta la disponibilidad jurídica, entendida como la posibilidad de libre disposición, que en virtud de la ley tiene el funcionario público.

Se plantea la necesidad de que la Corte Suprema aclare la disponibilidad jurídica o existencia de una relación funcional de los funcionarios públicos que representan a una institución, cuyo deber por mandato constitucional y legal, conforme a la Convención Interamericana contra la Corrupción, es cautelar los fondos públicos del Estado.

El Ministerio Público sostiene que en la práctica se advierte que algunos alcaldes, para desligarse de la relación funcional, apelan a la delegación de funciones con el único propósito de sustraerse de la persecución penal en los delitos de corrupción de funcionarios, cuando en realidad no se desligan del ejercicio de sus funciones.

2.5. Postura de mayoría

Los jueces supremos que votaron porque se declare infundado el recurso de casación presentado por el Ministerio Público dieron el siguiente argumento:

Noveno. Sobre esa base es que los jueces de la investigación preparatoria y Sala de Apelaciones consideraron que el sujeto activo es el único que puede violar un deber específico del cargo y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel. En este caso, el deber de cuidado imputado al procesado en su calidad de presidente regional y presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chincas constituye una función genérica. La responsabilidad en la administración de este proyecto especial está a cargo del director ejecutivo con función específica.

Décimo. Entonces, al imputársele haber faltado a su deber de garante, es una función genérica, no específica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilancia —directa o funcional— la percepción, custodia o administración de cosas —caudales o efectos—, de lo contrario, también serían responsables el ministro del ramo y el presidente de la República al autorizar la transferencia del Proyecto Especial a la Región.

Décimo primero. Lo que es correcto, conforme al principio de legalidad, previsto en el art. II del título preliminar del CP; porque este elemento restringe la tipicidad de la conducta e imposibilita argumentar por una lectura extensiva, mucho menos por un desbordamiento analógico que rompa los diques de la razonabilidad abriendo las compuertas a la analogía *in malam partem*.

Lo que en suma nos expresa el voto en mayoría es que el único que puede violar su deber del cargo es quien tiene una función específica, y razonando *a contrario sensu*, el funcionario que solo tiene una función genérica no tiene

ese deber, y, en consecuencia, su conducta es atípica. Generalmente, ese deber genérico lo tienen los funcionarios de más alto nivel y que tienen facultades para delegar. Bajo esta lógica, un presidente de la República o un ministro de Estado no podrían cometer peculado, lo cual no es tan cierto, sino veamos lo que sucedió en la época del expresidente Fujimori. De allí que tiene sentido la preocupación de la fiscalía porque este argumento es utilizado para desprenderse, bajo un supuesto normativo o cumplimiento de roles, de sus deberes respecto de la protección de la tutela, y que en el fondo es generar impunidad.

La posición mayoritaria con la que concordamos es que muchos altos funcionarios, aun con un deber genérico de tutela patrimonial, no pueden ser excluidos sin una investigación penal, ni tampoco este deber implica responsabilidad. Son los actos de investigación y la actividad probatoria en juicio oral los que determinan si mantienen la presunción de inocencia o son responsables penalmente.

En el voto que se convirtió luego en mayoría, y en la sentencia casatoria, se realiza una importante argumentación con base en tratados contra la corrupción, la doctrina, los acuerdos plenarios y las normas penales:

1. El delito de peculado

Primero. El delito de peculado doloso se encuentra regulado en el primer párrafo del art. 387 del CP. Requiere para su configuración que el funcionario o servidor público, en su beneficio personal o de un tercero, se apropie o utilice caudales o efectos, cuya percepción, administración o custodia le han sido confiadas debido al cargo que desempeña al interior de la Administración pública.

Segundo. Esta norma tiene sustento en la normativa internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 11 de diciembre del 2003, suscrita por el Perú, exige en su art. 17 que cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo. En el mismo sentido la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 29 de marzo de 1996 en su art. XI, determina que, a los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados parte estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes

conductas: [...] b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

Tercero. Como lo establece el Acuerdo Plenario N.º 4-2005, recogido por la Cas. N.º 244-2013 Arequipa, de 11 de febrero del 2014, este tipo penal es uno pluriofensivo, en razón que su bien jurídico protegido se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: i) Por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública. ii) Por otro, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público.

Cuarto. Es un delito de infracción de deber, por lo que, quien vulnera este compromiso con el Estado siempre será autor, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho. De ahí la importancia de establecer quién es el autor típico, que debe ser un funcionario o servidor público y tener los bienes del Estado confiados debido a su cargo.

2. El elemento de relación funcional en el delito de peculado

Quinto. Este componente “razón de cargo” o vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los bienes públicos por razón del cargo, excluyendo de cualquier hipótesis de autoría a los que no gozan de tal relación funcional y; en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe de ser advertido por jueces y fiscales, de lo contrario se atentaría al principio de legalidad, en el ámbito del mandato de determinación de las normas punitivas.

Sexto. Este elemento ha sido reconocido por el Acuerdo Plenario N.º 1-2010, indicando que implica que el autor ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos; elementos del tipo penal materia del proceso que definen actos mediante los cuales el sujeto activo (funcionario o servidor) entra en posesión lícita de los bienes del patrimonio público y a partir de donde podrá desarrollar las actividades de la función o servicio público que le estén encomendadas, es decir, otorga contenido al citado elemento del tipo penal.

Séptimo. El agente posee estos bienes por lo dispuesto legalmente, así ingresan a su competencia, por ello, el bien jurídico será 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”, es decir, fuera de lo señalado por la Ley o su competencia, que es la esfera de custodia cuya titularidad corresponde al funcionario público, es decir, se trata de un deber que surge

de una competencia funcional, si el sujeto activo no es titular de dicha esfera, solo puede haber hurto. Por eso este es un delito de infracción de deber.

Octavo. Como señala Abanto Vásquez esta norma tiene como antecedente el Código Penal argentino de 1921, cuya doctrina señala, respecto a este elemento, que el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos. En esa línea se ha pronunciado Rojas Vargas, al señalar que la posesión de estos bienes puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional. Para él la relación funcional tiene por contenido: 1) existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar. 2) Relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente por dicho sujeto en virtud de las atribuciones de su cargo. 3) Poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos. 4) Deber de garantizar la posición (percepción, administración o custodia) a nombre del Estado.

Noveno. En esa línea, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005 señala que la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos implica un poder de vigilancia y control sobre la cosa, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. No es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado 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, es decir, estar en la Ley.

Lo que hay que resaltar es que fuera de una visión meramente causal solo se pueda establecer responsabilidad penal de quienes tengan la tenencia directa de los bienes del Estado. Sobre este aspecto, se menciona que la disponibilidad jurídica es la posibilidad que el funcionario por mandato legal tenga libre disposición de los bienes, de la que con prueba consistente puede derivar en responsabilidad penal.

La Corte Suprema argumenta cómo se da la disponibilidad jurídica en el caso de un presidente de un gobierno regional, aplicable, con base en sus leyes, a otros altos funcionarios como los alcaldes.

3. El vínculo funcional del presidente regional

Décimo. Las funciones del presidente regional (ahora gobernador regional) se encuentran en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N.º 27877,

de 16 de noviembre del 2002, que señaló en su art. 1 que tiene por objeto establecer y normar la estructura, organización, competencias y funciones de los gobiernos regionales. De acuerdo con el art. 11, la Presidencia Regional es el órgano ejecutivo del Gobierno Regional. El art. 20 de la citada Ley señala que la Presidencia Regional recae en el presidente regional, quien es la máxima autoridad de su jurisdicción, representante legal y titular del Pliego Presupuestal del Gobierno Regional. Asimismo, el art. 72 señala que el gobierno regional norma y administra sobre sus recursos, bienes y activos conforme a ley.

Décimo primero. De conformidad con el art. 21 de la citada ley, el presidente regional tiene como atribuciones, entre otras: a. Dirigir y supervisar la marcha del Gobierno Regional y de sus órganos ejecutivos, administrativos y técnicos. b. Proponer y ejecutar el Presupuesto Participativo Regional aprobado por el Consejo Regional. [...] f. Administrar los bienes y las rentas del Gobierno Regional. g. Dirigir, supervisar, coordinar y administrar las actividades y servicios públicos a cargo del Gobierno Regional a través de sus Gerentes Regionales. [...] j. Suscribir convenios o contratos con la cooperación técnica internacional, con el apoyo del Consejo Nacional de la Descentralización, y de otras entidades públicas y privadas, en el marco de su competencia. k. Celebrar y suscribir, en representación del Gobierno Regional, contratos, convenios y acuerdos relacionados con la ejecución o concesión de obras, proyectos de inversión, prestación de servicios y demás acciones de desarrollo conforme a la ley de la materia y solo respecto de aquellos bienes, servicios y/o activos cuya titularidad corresponda al Gobierno Regional. [...] n. Presentar la Memoria y el Informe de los Estados Presupuestarios y Financieros del Gobierno Regional al Consejo Regional. [...] p. Presentar al Consejo Regional: 1) El Plan de Desarrollo Regional Concertado. 2) El Plan Anual y el Presupuesto Participativo Anual. 3) El Programa de Promoción de Inversiones y Exportaciones Regionales. 4) El Programa de Competitividad Regional. 5) El Programa Regional de Desarrollo de Capacidades Humanas. 6) El Programa de Desarrollo Institucional. [...] r. Proponer y celebrar los contratos de las operaciones de crédito interno y externo aprobadas por el Consejo Regional.

Décimo segundo. Sobre esa base se advierte que el presidente regional tiene deberes con el patrimonio del Estado, en especial administrar los bienes del Gobierno Regional. Este es un elemento del tipo penal que presupone funciones activas de manejo y conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público tiene implícita la vinculación funcional comprendiendo tantas relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

Décimo tercero. En ese sentido, no se puede excluir al presidente regional de una investigación argumentando que tiene una relación funcional genérica con los bienes del Estado, pues la ley le ha dado un deber específico: administrar los bienes de la región, por lo que, en principio, tienen la administración de los recursos de la entidad.

El gobernador regional, según ley, tiene deberes para con el patrimonio del Estado, lo cual no es un invento de los jueces, sino que tiene clarísimo sustento normativo. De allí que estas premisas consagran la regla siguiente:

Décimo cuarto. Entonces, el hecho de ser presidente o gobernador regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

La excepción de improcedencia es un medio de defensa técnico que versa sobre la atipicidad de la conducta, que no puede sustentarse en el argumento simplista de que el funcionario por ley tiene solo un deber genérico, ergo no puede ser responsabilizado. El deber lo tienen en la ley, y hacer la digresión de si es genérico o específico, debería ser sometido a la actividad probatoria correspondiente.

3. VIÁTICOS Y DELITO DE PECULADO. ANÁLISIS DEL ACUERDO PLENARIO N.º 7-2019

3.1. Planteamiento del problema

Los jueces supremos discutieron el problema de si los viáticos pueden ser objeto de la acción del delito de peculado. Si la no rendición de cuentas de los viáticos era razón para procesar a una persona por peculado, en la medida que es dinero cuya fuente es el Estado. Si hay posibilidad de un tratamiento alternativo al penal al respecto.

3.2. Alcances legales de los viáticos

La Corte Suprema define qué son los viáticos, su origen y finalidad, así como la legislación que los regula:

35. El dinero entregado a un trabajador que debe desplazarse dentro o fuera del territorio nacional a fin de cumplir un encargo específico se denomina

“viático” o “viáticos” y constituye el caudal del erario público que recibe el funcionario o servidor público para cubrir sus necesidades personales esenciales.

En el Perú se ha establecido en la Ley N.º 27619 (que regula los viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos), como en el Decreto Supremo N.º 007-2013-EF, que a su vez regula el otorgamiento de viáticos para viajes de comisión de servicios en el territorio nacional, la obligación de rendir cuentas de su disposición al término de la comisión. La omisión de aquella obligación ha generado posiciones refractarias respecto a la configuración del delito de peculado.

La situación problemática es desarrollada en detalle en el siguiente considerando, donde el Supremo Tribunal trata de establecer si la no devolución de los viáticos tiene la entidad para justificar una imputación por el delito de peculado o si este acto puede ser considerado como una infracción administrativa:

36. La línea argumental expuesta define un ámbito muy peculiar, que por su escaso desarrollo dogmático devino en resoluciones disímiles, sea por considerar a la no devolución de los “viáticos” como infracción administrativa o como presunto delito de peculado. Lo primero, en la medida que se observa suficiente disvalor material en dicha conducta, necesitada y merecedora de pena; y lo segundo, al no concurrir los presupuestos de configuración típica propuestos normativamente en el artículo 387 del CP, donde el argumento de la “infracción del deber”, resulta insuficiente, para dotar de sustantividad a los injustos funcionariales.

Asimismo, la Corte Suprema busca aclarar la diferencia entre el dinero público entregado para pagar el valor de bienes o servicios que son el objeto de la comisión, como tasas, y el dinero que se le entrega al comisionado para sus gastos personales. Al respecto, estima que pertenecen a rubros distintos:

37. Se ha producido una confusión entre la calidad del dinero estatal entregado propiamente para efectuar el encargo (para pagar el valor de bienes y/o servicios que son el objeto de la comisión o son inherentes a ella, como costos, tasas, derechos de trámite, etcétera, en el lugar de destino) y el dinero (en monto tasado) entregado a quien se desplazará para atender sus necesarios gastos personalísimos en el lugar al que se desplazará (destino provisional).

Aunque probablemente se entreguen simultánea o paralelamente ambos montos, cada uno pertenece a rubros presupuestales distintos y su naturaleza y objeto concreto son también diferentes.

El funcionario o servidor público le debe dar el uso apropiado al dinero entregado como viáticos. Es deber del Estado, según el criterio de los jueces supremos, garantizar que los comisionados realicen su labor eficientemente:

38. El funcionario o servidor público puede utilizar el dinero otorgado como viáticos para alimentarse, dormir y desplazarse como mejor crea conveniente (se trata de necesidades básicas primarias), puesto que no existe otra limitación para gastar el dinero entregado salvo el monto máximo tasado por día, y la razonable advertencia de que no se cubre con aquella suma el consumo de bebidas de contenido alcohólico, pero con cargo a rendir cuentas del gasto realizado, por lo que no es correcto afirmar que aquel específico monto mantiene la condición de caudal público entregado bajo administración. Corresponde tener en claro que la facultad de la libre disposición de los caudales percibidos es incompatible con el concepto de administrar dinero para fines estatales.

39. El Estado tiene el deber de garantizar que los funcionarios o servidores comisionados que se desplacen no estén sometidos a la inseguridad o a riesgos que podrían afectarlos personalmente en particular en el ámbito de la salud, todo ello con motivo del desempeño de la comisión, debiendo tenerse en cuenta el sentido del tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú, que establece que “ninguna relación laboral puede [...] desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

La infracción del deber puede ser considerado como un primer escalafón a valorar para la determinación de la relevancia jurídico-penal de la conducta, mas con ella no basta para afirmar la tipicidad penal.

Razonando con máximas de experiencia, la Corte Suprema, respecto a un caso donde no se efectuó la rendición de cuentas pero donde se ha cumplido el encargo o la comisión, señala que no se puede presumir que el funcionario público no haya realizado gastos personales:

40. No cabe asumir válidamente la presunción de que el comisionado desplazado que no rinde cuentas, pero que realizó cabalmente el encargo del desplazamiento no efectuó gastos personales durante su viaje para llegar a destino y una vez en el destino, que no se alimentó ni se alojó en algún lugar; todo para concluir que debe devolver toda la suma recibida por aquellos conceptos. Esas presunciones devendrían en absurdas y por tanto en ilógicas. Como mínimo se requiere una indagación eficaz y previa en sede administrativa para determinar cuánto gastó y como efecto cuanto debe devolver y luego, requerir formalmente la devolución o disponer el descuento del monto cierto de los haberes del comisionado.

Los motivos que han generado que se procesen a funcionarios o servidores por el delito de peculado son la apropiación de dinero por comisiones no realizadas, por desplazamiento que no tiene interés para el servicio público, o por quedarse con el dinero por una comisión cancelada. Esto se detalla en el siguiente párrafo:

41. La casuística en relación a la entrega y recibo de dinero por concepto de viáticos por parte de funcionarios o servidores públicos demuestra que tal condición se ha instrumentado en algunas oportunidades como medio para defraudar, ya sea para apropiarse de dinero en caso de una comisión inexistente o para beneficiarse al realizar un desplazamiento para una comisión que carece de interés para el servicio público (pero sí en beneficio propio o de terceros), como para apropiarse del viático por una comisión cancelada es decir dejada total o parcialmente sin efecto o interrumpida, o por percibir dinero que excede el máximo fijado en la norma; casos que corresponden a un conjunto de actos desleales que a su vez configuran otros delitos coexistentes, puesto que no hubo un soporte real o se extinguió total o parcialmente antes de realizarse la comisión, o en el curso de la comisión.

Las conductas defraudatorias pueden traer como consecuencia no necesariamente el delito de peculado, sino otros delitos como, por ejemplo, los delitos contra la fe pública.

42. Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad.

43. Cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar con comprobantes espurios de manera fraudulenta, gastos que jamás se hicieron, y de ese modo, lograr ilícitamente quedarse con dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo del artículo 427 del Código Penal), uso de documentos falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación.

Un funcionario desplazado para una comisión de servicios recibe los viáticos para cubrir las necesidades generadas por el encargo, como alimentación, alojamiento, transporte, las que son condiciones temporales por la tarea encomendada. La Corte Suprema, adelantando una conclusión, en el siguiente fundamento jurídico señala que si el comisionado no ha rendido cuentas, debe ser encauzado por la vía administrativa:

44. Como quiera que el comisionado que se desplazará no recibe pagos permanentes, sino que corresponden a la atención necesaria de consumos propios del desplazado durante el tiempo de la comisión fuera del lugar de su habitual residencia, vienen a constituir una suerte de condiciones del desempeño de su encargo, fuera del centro laboral, pero, además, lejos del medio cotidiano de desarrollo ordinario de su vida. El comisionado viaja para cumplir una misión de interés del órgano estatal comisionante.

Por ello, vienen a formar parte de las condiciones vitales esenciales temporales del servidor en el tiempo del desplazamiento con la finalidad de que pueda atender sus necesidades básicas inherentes (alimentación, hospedaje) y movilizarse, pero solo durante el lapso que tome el circunstancial y temporal encargo; se configura como un derecho de especial naturaleza para la persona que lo cumple, y al mismo tiempo un deber para el órgano estatal que lo comisionó; distinguiéndose esa asignación de cualquier otra que pudiera percibirse en administración o custodia, directamente destinada propiamente a finalidades de interés público.

En tal virtud, existiendo el deber de rendir cuentas para el funcionario o servidor público y el de devolver lo no gastado (exigencia legal en el Perú), el incumplimiento total o parcial no habrá de connotar el delito de peculado por apropiación.

En tal supuesto puede configurarse una infracción administrativa (diferente al delito. Véanse los fundamentos jurídicos 9 a 13) y/o laboral; probablemente se podrá procesar administrativamente por no haber rendido o devuelto lo que no se utilizó para gastos personales durante el viaje.

Los presupuestos típico-jurídicos que fundan el peculado son distintos. Son técnicamente diferentes.

La Corte Suprema, para sustraer el tema de los viáticos del ámbito penal, establece que el dinero entregado es transferencia en disposición y no en calidad de posesión con la obligación de devolver. La devolución sí procederá en el caso del dinero para pagar tasas o aranceles que no han sido gastados.

45. Analizada la especial naturaleza de los viáticos, se puede concluir que ese dinero entregado a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, lo son en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias, etcétera, en el lugar de destino, que está sujeto en el país al deber administrativo de devolución de lo no gastado.

46. A mayor abundamiento, el monto previsto y percibido como viáticos para la subsistencia y bienestar del comisionado conforme a la normativa

respectiva, está presupuestado y por tanto preconcebido y destinado a cubrir los gastos personales del comisionado (el comisionado es el que se alimenta, se desplaza, se guarece de la intemperie en particular para dormir). Si la asignación económica está prevista implica que el órgano estatal espera razonablemente sea consumida en toda su dimensión durante el tiempo de la comisión (como se ha indicado, en Chile el comisionado ha de justificar que la comisión se efectuó, sin explicar cuanto o cómo realizó el gasto). Es prudente tener en cuenta que la cobertura de las necesidades primarias del comisionado desplazado forma parte del respeto a la dignidad de la persona que debe cumplir la comisión.

Es de anotar que las partidas presupuestales de las que proviene el dinero que se entrega al viajero son distintas porque el destino es diferente.

La Corte Suprema considera reprochable la omisión de rendir total o parcialmente cuentas, incluso la califica de deshonestas; sin embargo, la estima insuficiente para una imputación penal, y nos recuerda la aplicación de los principios de mínima intervención y fragmentariedad.

47. La consecuencia administrativa prevista ante la sola omisión de rendir total o parcialmente cuentas revela en el Perú una posible conducta reacia, tal vez deshonestas, pero sin suficiente entidad como para fundar una imputación penal y menos una condena por delito de peculado, debido a la naturaleza especial de los viáticos, y debe ser separada de la práctica desleal de apropiarse de dinero de las arcas del Estado pretextando una misión irreal o fraguada para tal fin; por tanto, se podrá considerar el dinero entregado y recibido en la auténtica calidad de viáticos cuando: i) la comisión (dentro o fuera del territorio nacional) sea cierta y no una falsa formalidad para encubrir una apropiación, ii) se cumpla la comisión encargada (independientemente del resultado obtenido), iii) el monto de dinero entregado se ajuste al marco o nivel tope de la cantidad permitida por ley (no se haya inflado o sobredimensionado la suma).

48. El ámbito penal ha de intervenir ante la ausencia de otros medios menos intensos de reacción estatal que proteja el bien jurídico y reestablezca el derecho afectado, ello constituye la materialización de los principios de mínima intervención y fragmentariedad (que son principios esenciales del derecho penal), de las que el tratamiento de la no rendición de viáticos no puede ser excluida.

Los criterios para emplearse antes de imputar el delito de peculado son si el funcionario público cumplió la comisión, siempre en la línea de intervención del derecho administrativo; aunque admite que en un caso extremo se podría imputar sobre el monto de la comisión no gastado y no devuelto por el funcionario:

49. Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extrapenal. Peor aún cuando sin la indagación previa y debida se pudiera imputar una apropiación total o parcial del monto que recibió el comisionado como viáticos.

Si lo que se imputa es el incumplimiento de un deber de rendición de cuentas en el más extremo caso debería recaer sobre el monto no gastado y nunca sobre el total si la comisión se realizó.

Los funcionarios públicos están obligados a usar los viáticos para los fines personalísimos como alojamiento, alimentación, condiciones de la comisión del servicio, y están obligados a rendir cuentas, y si hay un exceso, devolverlos. El camino frente al incumplimiento es hacer uso del derecho administrativo disciplinario y no criminalizar estas conductas.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Argentina

Artículo 261.- Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

Artículo 262.- Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

Artículo 263.- Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Venezuela

Artículo 194.- Todo funcionario público que sustrajere los dineros u otros objetos muebles de cuya recaudación, custodia o administración esté encargado en virtud de sus funciones, será castigado con presidio de tres a diez años.

Si el perjuicio no es grave, o si fuere enteramente reparado antes de ser sometido a juicio el culpado, se le impondrá prisión de tres a veintiún meses.

Guatemala

Artículo 445.- El funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo, por razón de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a diez años y multa de quinientos a cinco mil quetzales. Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que utilizare, en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

Artículo 446.- El funcionario o empleado público que, por negligencia o falta de celo, diere ocasión a que se realizare, por otra persona, la sustracción de dinero o efectos públicos de que trata el artículo precedente, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Costa Rica

Artículo 354.- Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustrajere o distrajere dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

Y con prisión de tres meses a dos años el que empleare en provecho propio o de terceros trabajos o servicios pagados por la Administración pública.

(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso 'a', de Ley N.º 7732 del 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 352 al 354).

Artículo 355.- Será reprimido con treinta a ciento cincuenta días multa, el funcionario público que por culpa hubiere hecho posible o facilitado que otra persona sustrajere el dinero o los bienes de que se trata en el artículo anterior.

(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso 'a', de Ley N.º 7732 del 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 353 al 355).

Italia

Art. 314.- Peculato¹⁷⁵

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, e' punito con la reclusione da tre a dieci anni.

Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, e' stata immediatamente restituita (1).

(1) Articolo così' sostituito dalla L. 26 aprile 1990, n. 86.

Art. 316.- Peculato mediante profitto dell'errore altrui¹⁷⁶

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell'errore altrui, rícele o ritiene indebitamente, per se' o per un terzo, denaro od altra utilità, e' punito con la reclusione da sei mesi a tre anni (1).

(1) Articolo così' sostituito dalla L. 26 aprile 1990, n. 86.

175 “Art. 314.- Peculado *

El funcionario público o la persona a cargo de un servicio público, que, en virtud de su cargo o servicio, posee o no la disponibilidad de dinero u otra cosa móvil de otros, se apropia, se castiga con el encarcelamiento de tres a los diez años

La sentencia de prisión de seis meses a tres años se aplica cuando el culpable ha actuado únicamente con el propósito de hacer un uso temporal de la cosa, y esto, después del uso temporal, ha sido devuelto de inmediato”.

(Artículo así sustituido por la Ley N.º 86, de 26 de abril de 1990).

176 “Artículo 316.- Peculado por beneficio del error de otros.

El funcionario público o la persona a cargo de un servicio público, que, al ejercer las funciones o el servicio, aprovechando el error de otros, recibe o considera indebidamente, para sí mismo o para un tercero, dinero u otra utilidad, será castigado con prisión de seis meses a tres años”.

(Artículo así sustituido por la Ley N.º 86, de 26 de abril de 1990).

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 570.- Peculado

1. El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos y cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.
2. El juez puede eximir de pena, sin perjuicio de señalar las responsabilidades civiles que procedan, en los casos en que el valor de los caudales o efectos públicos no sobrepase una unidad impositiva tributaria, siempre que no se trate de los funcionarios públicos señalados en el artículo 99 de la Constitución Política.
3. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42. Igual pena se aplica si los caudales o efectos, independientemente de su valor, están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

CAPÍTULO XXIV

PECULADO DE USO

Artículo 388.- Peculado de uso¹⁷⁷

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

177 Historial legal:

“Artículo 388.- El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”. (1991)

“Artículo 388.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados en el párrafo anterior pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública, independientemente del grado de afectación de la obra.

No están comprendidos los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

(Artículo modificado la Ley N.º 29703, publicada el 10 junio del 2011)

“Artículo 388.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

(Artículo modificado la Ley N.º 29758, publicada el 21 julio del 2011)

1. ALCANCES TÍPICOS

El delito de peculado de uso tiene como sujetos activos a funcionarios o servidores públicos que usan o permiten, para fines ajenos al servicio público, que otras personas usen vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo que pertenezca a la Administración pública o que se hallan bajo su guarda. El sujeto activo, por su calidad especial, hace que se considere a este delito como de infracción de deber según el R. N. N.° 1269-2009 Puno, de 19 de agosto del 2010, que señala lo siguiente:

El peculado de uso protege deberes positivos, por lo que se necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y de los bienes pertenecientes al Estado. Quinto. El delito de peculado de uso es un delito de infracción de deber, puesto que contiene deberes positivos que implican —en el actuar (en este caso del funcionario público)— no solo tratar de no “dañar” el bien jurídico protegido (Administración pública), sino acrecentar su buen funcionamiento; es decir, se protegen deberes positivos, por lo que se necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y los vehículos pertenecientes al Estado para que se configure el delito, aunado al uso distinto del que está destinado.

“Artículo 388.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

(Artículo modificado por la Ley N.° 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013).

“Artículo 388.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”. *(Artículo modificado por el D. Leg. N.° 1243, publicado el 22 de octubre del 2016).*

El patrimonio del Estado tiene finalidades preestablecidas, por lo que usarlo para fines distintos es penalizado. Se han dado casos de uso de vehículos asignados para las actividades de transporte de personal con fines estrictamente particulares, como compras, llevar a los hijos al colegio, paseo, lo que se encuentra alejado de la finalidad para la que los vehículos fueron adquiridos. De allí que a esta modalidad se le denomine también peculado por distracción de bienes específicos¹⁷⁸. Así también se le concibe en el R. N. N.º 2149-2013 Amazonas, de 20 de abril del 2015¹⁷⁹:

Tercero. El peculado de uso es conocido como peculado por distracción, haciendo alusión de tal modo al hecho de que el bien es distraído de su destino o empleado en usos distintos al oficial. [...] Quinto. Los televisores en mención, así como los reproductores de video, incluido el que fue encontrado en el domicilio del recurrente, estaban destinados a ser entregados a los supervisores del proceso de alfabetización; de ahí que se puede inferir que la conducta del procesado vulneró la adecuada disponibilidad funcional de los bienes entregados para su custodia. [...] Sexto. Por lo tanto, su conducta ha infringido el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, que constituye el bien jurídico protegido por el delito [...] por lo cual el tribunal declara no haber nulidad.

El bien jurídico tutelado por este delito, más allá del correcto funcionamiento de la Administración pública, es el cuidado y uso adecuado de los bienes de la institución —en este caso, vehículos, maquinarias e instrumentos— para las finalidades predeterminadas. Se sostiene que lo que se tutela es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios en el cuidado de los bienes públicos debido al cargo desempeñado¹⁸⁰, posición que compartimos. El núcleo de este bien jurídico específico es el uso adecuado de los bienes del Estado. En el R. N. N.º 1541-2012 Lima, de 18 de septiembre del 2019, se desarrolla el contenido del bien jurídico protegido a partir de la protección de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes estatales por parte de los sujetos públicos. Veamos:

El bien jurídico tutelado en el delito de peculado de uso es el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional,

178 HUGO VIZCARDO, Sigfredo, “El delito de peculado”, en *Delitos contra la administración cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 270.

179 CARO JOHN, José Antonio, *Summa penal*, Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 664.

180 VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander, “El delito de peculado de uso”, en *Delitos contra la administración cometida por funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 335.

fundadas ambas, en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal por parte de los sujetos públicos.

El sujeto pasivo en este delito es el Estado, ya que sus bienes, vehículos, maquinarias u otros instrumentos son el objeto de la acción típica del sujeto activo, funcionario o servidor público.

El R. N. N.° 1541-2012 Lima, de 18 de septiembre del 2013, delimita dos comportamientos del agente: un comportamiento activo, cuando este hace uso de los bienes, o uno omisivo, cuando permite que otros lo hagan.

a) Usar o permitir el uso; el usar es un comportamiento activo en provecho o goce personal del sujeto activo o de terceros; mientras que permitir que otro use; está referido a que otro se aproveche del bien, supone un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente permiten (toleran, consienten, autorizan) el uso de dichos bienes por terceros; b) bienes pertenecientes a la Administración pública; esto es, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la Administración pública o bajo su guarda que sean propiedad del Estado, de la administración pública en sentido amplio, o de particulares bajo la custodia de la administración pública; y c) fines ajenos al servicio; lo cual presupone la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Resultando ser sujeto activo el funcionario y servidor público en el ámbito de extensión del servicio a título de autoría o coautoría; asimismo, al ser un delito doloso, requiere que el sujeto activo debe usar los bienes señalados en el tipo conociendo que son del Estado y con voluntad y conciencia de infringir la prohibición implícita en el tipo penal.

Por otro lado, tenemos que la norma establece una excepción respecto de los vehículos motorizados que son destinados al servicio del personal por su cargo. Veamos:

Quinto. Que, de otro lado, el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, establece como excepción lo siguiente: “No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”. Al respecto, el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente N.° 4298-2012-PA/TC (caso: Roberto Torres Gonzáles) del 17 de abril del 2013, estableció que: “[...] el uso personal del vehículo, excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso ‘familiar’ o ‘amical’ del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones

oficiales), también es cierto, que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al uso personal del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica. Y es que muchos actos, el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el uso personal que el funcionario hace de él. Si tenemos en cuenta el círculo de familiares o personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo prácticamente indesligable. [...] Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva [...], en el sentido de que la exención típica: servicio personal por razón del cargo, se llena de contenido, en exclusividad, con los usos estrictamente individualizados de funcionario, de modo que solo este puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso [...].”.

Así también, se ha establecido que el uso de vehículos destinados al servicio personal por razón de cargo es causal de atipicidad. El R. N. N.º 564-2012 Puno, de 9 de mayo del 2013 indica:

Servicio personal de vehículos por razón del cargo como causal de atipicidad.

Séptimo. El último párrafo del artículo 388 del Código Penal [...] taxativamente expresa que “no están comprendidos los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo” —esto es, que se hallan destinados al servicio personal del funcionario, siempre y cuando exista una vinculación funcional—, se puede concluir que la conducta realizada por el acusado obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades del servicio imponen, que se desarrollan dentro de un marco establecido de permisiones en beneficio del funcionario público, y no resulta configurativa del ilícito penal imputado al procesado [...].

En el R. N. N.° 1297-2012 Ica, de 17 de enero del 2013, emitido por la Sala Penal Permanente, se refiere el caso de un alcalde que fue sancionado por utilizar el vehículo que se le había asignado por razón de su cargo para fines particulares, como trasladar a sus hijos del colegio a su domicilio:

3.6. De lo expuesto, se tiene que al encausado alcalde [...] se le asignó el vehículo [...], para la realización de actividades funcionariales [...]; habiendo este dispuesto en diversas oportunidades sirva para el recojo y traslado de sus hijos desde el colegio [...] hacia su domicilio (es decir, se usó el vehículo antes mencionado para fines ajenos al servicio); no resultando creíble la versión de descargo del encausado [...], que desconocía que su coencausado el chofer efectuaba el recojo de sus menores hijos a su salida de su colegio y los trasladaba hasta su domicilio; por lo que, estando a lo expuesto, se encuentra acreditado el delito instruido y la calidad de autor del mismo, habiendo colaborado para ello el chofer, en calidad de cómplice primario en el delito de peculado de uso.

Bajo la aplicación del principio de lesividad no todo uso de vehículo puede ser sancionado penalmente, como se sostiene en el R. N. N.° 2170-2013 Huancavelica, de 20 de abril del 2015, donde se da privilegio al derecho administrativo sancionador:

Sétimo. [...] Que si bien se puede afirmar —según su propia versión— que condujo el vehículo sin la papeleta de salida, tal omisión solo puede constituir una inobservancia o falta administrativa pero no así una conducta dolosa, que configure delito de peculado de uso.

En concordancia con la postura anterior, tenemos que en el R. N. N.° 3004-2012 Cajamarca, de 13 de febrero del 2014, emitido por la Sala Penal Permanente, se consideró de escasa trascendencia social el hecho que el alcalde haya utilizado la línea telefónica municipal para realizar llamadas particulares:

Octavo. Si bien el hecho de que el procesado alcalde trasladó la línea telefónica afectada de la entidad municipal a su domicilio, y que luego utilizó para realizar llamadas telefónicas nacionales e internacionales de carácter personal [...] (constituye una) conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable [...], sin embargo, ello en el contexto social que se desarrolló, lo hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una “perturbación social” que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención drástica del derecho penal mediante la pena. Precisamente, por no transgredir las barre-

ras mínimas que habilitan la actuación del derecho penal, y mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativa, es que en atención al principio de *ultima ratio*, corresponde absolver al encausado.

En el R. N. N.° 412-2008 Lima, de 31 de julio del 2008, emitido por la Sala Penal Permanente, se señala que la utilización transitoria de los caudales públicos, para su posterior reembolso, no califica como delito de peculado de uso:

Segundo. Se acreditó que el encausado [...] dispuso excepcional y transitoriamente el uso del dinero estatal, con cargo a reembolsarlo cuando se efectúe la asignación ordinaria —como, en efecto, sucedió—, a fin de evitar la suspensión del servicio telefónico de la embajada (que se hubiera suscitado por el impago de las aludidas facturas telefónicas), empleando una práctica usual, como era el reintegro ulterior al Estado del dinero utilizado para cancelar las llamadas telefónicas de carácter particular, efectuadas desde la sede de la embajada [...]; que la utilización transitoria de caudales públicos, en las circunstancias descritas, para su posterior reembolso, no es objeto de represión criminal, en los límites del artículo 388 del Código Penal, pues aquella está reservada normativamente para las conductas ilícitas más graves y dañosas al bien jurídico protegido.

En el R. N. N.° 4595-2008 La Libertad, de 20 de abril del 2010, emitido por la Sala Penal Transitoria, se establece que para fines reparativos se debe medir el perjuicio con la depreciación provocada en el vehículo por el uso indebido que hace el sujeto activo o quien ha permitido que otro lo utilice. Veamos:

Tercero. El delito de peculado de uso [...] sanciona la conducta mediante la cual el funcionario o empleado público usa o permite que otro use para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la Administración pública o que se encuentre bajo su guarda, y en buena cuenta, lo que pretende es sancionar la conducta de un funcionario o servidor público que al usar o permitir que otra persona use las maquinarias, vehículos o instrumentos del Estado, pueda producir un desgaste que refleje una considerable depreciación del bien por su uso continuo, y que, a través de ella, produzca un beneficio ilegal o indebido, es decir, necesariamente se debe dar un perjuicio, traducido en la desvalorización del patrimonio del Estado; se requiere además que la conducta sea dolosa, esto es, que se actúe con conciencia y voluntad de estar dándole al bien un uso distinto al oficial.

Esta posición tiene sentido en tanto que se tiene que mensurar adecuadamente el perjuicio patrimonial en agravio del Estado.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 572.- Peculado por uso

1. El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo afectando el servicio o la función encomendada, así como trabajos o servicios destinados al cargo público que ejerce, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, por el tiempo que dure la pena privativa de libertad, conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.
2. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los bienes indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública o se hallan bajo su guarda, independientemente del grado de afectación de la obra.

CAPÍTULO XXV

MALVERSACIÓN

Artículo 389.- Malversación¹⁸¹

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

181 Historial legal:

“Artículo 389.- El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años (1991)”.

“Artículo 389.- El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

Constituye circunstancia agravante, si el dinero o bienes que administra estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años”

(Artículo modificado por la Ley N.º 26198, publicada el 13 de junio de 1993).

“Artículo 389.- El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años”.

(Artículo modificado la Ley N.º 27151, publicada el 7 de julio de 1999).

“Artículo 389.- Malversación

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa”.

(Artículo modificado por la Ley N.º 30111, publicada el 26 noviembre del 2013).

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.*
- 2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.*
- 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.*

1. ALCANCES TÍPICOS

Es sujeto activo de este delito el funcionario o servidor público, por lo que es un delito reducido a un círculo de personas con esas cualidades especiales. El sujeto activo que tiene en su poder dinero o bienes que administra, en una relación funcional con el objeto de la acción de malversación, le da una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados. En el sector público, los dineros o los bienes tienen una asignación predeterminada. Entre las normas que así lo establecen se encuentra la ley de presupuesto, que determina cómo se gastan las partidas, bienes o servicios, por ejemplo. Asimismo, no basta que al dinero o bienes se le dé una aplicación diferente, sino que se produzca una afectación al servicio o la función encomendada.

Además, se ha agregado una figura agravada si es que el dinero o los bienes son de programas sociales de desarrollo o asistenciales y en caso afecten el servicio. El efecto de esta figura se encuentra en la penalidad que se eleva de

“Artículo 389.- Malversación

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa”.

(Artículo modificado por el D. Leg. N.º 1243, publicado el 22 de octubre del 2016).

cuatro a ocho años de privación de libertad, mientras que la modalidad simple es de uno a cuatro años.

En el R. N. N.° 2702-2009 Lima Norte, de 7 de abril del 2010, la Sala Penal Transitoria desarrolla la tipicidad del delito de malversación:

Dos son los elementos que constituyen la estructura típica del [...] delito de malversación de fondos: a) la relación funcional existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes, y b) la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no necesitándose para su configuración la lesión del patrimonio del Estado, pues en estos casos se cumple con la finalidad social, pero en forma no debida, ni preestablecida; consecuentemente, el bien jurídico que se afecta con el delito de malversación de fondos es la regularidad y buena marcha de la Administración pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos.

El bien jurídico que se tutela es el “orden en la distribución de bienes públicos”, pues, como sostenemos, esta ya se encuentra predeterminada. HUGO ÁLVAREZ propugna la despenalización de esta conducta para que sea resuelta por el derecho administrativo; considera que el bien jurídico protegido es el interés jurídico de la administración en la planificación y ejecución del gasto público¹⁸². Esta postura complementa lo que proponemos: el respeto al orden en la administración de bienes en el sector público.

CREUS sostiene que al delito de malversación se le ha denominado delito de aplicación indebida de caudales públicos o destino indebido de fondos públicos, y que el bien jurídico tutelado es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración¹⁸³. Esta postura no dista de la nuestra en el sentido del respeto al orden en el manejo de los bienes públicos.

El agente de forma dolosa desvía el dinero o los fondos y genera perjuicio en la entidad, pero, si el desvío se realiza por causa no imputable, el agente no puede ser sancionado por el delito de malversación, pues no hay dolo. Así lo

182 HUGO ÁLVAREZ, Jorge y Betty HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la administración pública: análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, Lima Gaceta Jurídica, 2018, p. 278.

183 CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, 6.ª ed., reimp., Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 282.

sostiene la Sala Penal Permanente en el R. N. N.º 3573-20 Áncash, de 9 de diciembre del 2014:

Tercero. Estamos ante un supuesto de atipicidad subjetiva respecto al delito de malversación de fondos. El juzgador entiende que el actuar del agente no se adecuaba al delito en mención, pues [...] los bienes que tenía bajo su custodia no llegaron a su destino por causas ajenas a su voluntad como lo son las condiciones climáticas, la falta de presupuesto y el difícil acceso al lugar de destino.

El objeto de la acción típica es el dinero o bienes que administra el agente. En el caso del dinero, está claro que son los fondos públicos que maneja el sujeto activo. Respecto de los bienes, estos pueden ser maquinarias, vehículos, mobiliarios que administra el sujeto activo. El dinero y los bienes deben ser públicos por el solo hecho de ser del Estado, tal y como sostienen MANZINI o MAGGIORE en su tesis de la pertenencia, que también asume CREUS¹⁸⁴, y que compartimos. Los bienes o dinero objeto de la malversación deben ser del Estado. No entran en esta esfera los bienes sobre los que el Estado actúa como un guardador.

El sujeto activo debe tener una relación de administración con el dinero o el bien, lo que es un componente típico sustancial de este delito, como lo desarrolla la Sala Penal Transitoria en el R. N. N.º 2117-2013 Lambayeque, de 22 de enero del 2015:

Cuarto. Que el encausado CCC sostiene que se desempeñó como contador externo de la municipalidad agraviada desde junio del 2002 a octubre del 2005; que, como tal, no tenía capacidad de decisión sobre los gastos o la forma en que se destinarían los dineros municipales; que, inclusive, al notar el exceso en los gastos corrientes los hizo notar al alcalde para los correctivos correspondientes, pero no se le hizo caso y se le dijo que luego se regularizaría porque debía atenderse los gastos ediles; que su función era entregar la documentación sustentatoria de los gastos debidamente codificada para que después se procesara y preparara los informes trimestrales que se debían entregar a la Contrataría General de la República, la elaboración de los registros contables y demás obligaciones a la que el contrato de locación de servicios obligaba [...]. Es de resaltar que ninguno de sus coimputados le formula cargo alguno, pues el citado acusado no tenía bajo su control la disposición de recursos públicos municipales [...]. Quinto. Que es importante precisar que el delito de malversación de fondos, en su perspectiva objetiva, requiere

184 *Loc. cit.*

de la existencia de una relación funcional; esto es, que el dinero público debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata (disposición funcional o jurídica) del agente debido a que este último cumple la función de administrador de ellos al interior de la Administración pública. Administrar, a su vez, es una función que importa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas. Sexto. Que, en el presente caso, no cabe duda de que se dio al dinero municipal un destino diferente al establecido en el caso del FONCOMUN. Empero, lo esencial en el caso del imputado es si tenía una relación funcional con el mismo y si los administraba, según lo anotado en el párrafo anterior. Ahora bien, el contrato [...] de la pericia contable, adjunto en el anexo respectivo, precisa que el imputado solo era un contador externo que, en lo esencial, debía elaborar la información financiera y contable de la municipalidad. Entre los servicios profesionales que debía hacer era confeccionar los registros contables principales, diversos registros auxiliares, y rendiciones de cuentas mensuales del Vaso de Leche, así como realizar evaluaciones presupuestarias semestrales, prestar asesoramiento en la elaboración del presupuesto participativo, y configurar los estados financieros y presupuestos para la Cuenta General de la República. Ninguna de esas funciones importa esa relación funcionarial indispensable para responder penalmente por el destino indebido del FONCOMUN: él no tenía poder de decisión ni consta que se coludió con sus coimputados con esa finalidad delictiva.

El cambio de la aplicación o destino de los bienes o dineros del Estado es otro elemento típico sustancial en el delito de malversación. La Sala Penal Permanente, en el R. N. N.º 5077-2008 Lima, de 23 de febrero del 2010, indica lo siguiente:

Cuarto. Está acreditado que el procesado utilizó fondos de la partida [...] “régimen de ejecución especial” (gastos reservados) —dedicada a la ejecución de labores de producción de inteligencia [...]— para hacerlos pasar por “Comisión de servicios”, sin sustento legal, [...] que fue entregado al personal policial y militar del Consejo Nacional de Inteligencia [...], pese a que se requería para su asignación un decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a propuesta del titular del sector [...]. Sexto. En consecuencia, el delito de malversación está probado, en tanto en cuanto se distrajo definitivamente fondos de una cuenta que no correspondía afectando de este modo la operatividad de las tareas de inteligencia estratégica encomendadas a la institución; que la pena y la reparación civil impuesta respetan los parámetros legales y de la pretensión del Ministerio Público.

El destino de los bienes o dinero malversado tiene que desenvolverse al interior de la Administración pública, pues de no ser así estaríamos ante un

delito de peculado¹⁸⁵. En el R. N. N.º 3204-2009 Junín, de 25 de octubre del 2010, se indica:

Para la configuración del delito de malversación de fondos se exige: i) un cambio de destino de los involucrados, pero siempre en el ámbito público; ii) que el cambio de destino sea definitivo; y, iii) que se dañe el servicio o la función pública, se perjudiquen los plazos, o incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta. En el delito de malversación de fondos se aplica la duplicidad del plazo de prescripción en tanto la acción delictiva recae directamente sobre el patrimonio del Estado. Si la parte civil no solicita una pretensión indemnizatoria propia, en atención al principio de congruencia, el Tribunal no puede imponer una reparación civil más allá de la solicitada por el fiscal.

La malversación se consuma, según la descripción típica, cuando se afecta el servicio público o la función encomendada. Se dispone dinero de la partida de remuneraciones para comprar bienes, con lo que se deja sin ingresos a los empleados. Se destina una maquinaria a una obra diferente, con lo que se afecta a la obra primigeniamente destinada. De allí que este sea un delito de resultado, con posibilidad de configuración en tentativa cuando se cambia el destino del dinero o bienes. Así lo refiere el R. N. N.º 4690-2005 Lima, de 12 de septiembre del 2007:

Cuarto. La acreditación de una afectación del servicio encomendado — como expresamente exige el citado precepto penal — es un elemento típico indispensable —referido a la trascendencia de la conducta en términos de lesividad— para configurar un delito de malversación de fondos o bienes y diferenciarlo de meras infracciones administrativas; que prescindir de la verificación de dicho elemento originaría la persecución de ilícitos penales carentes de lesividad e incompatibles con una concepción del derecho penal como *ultima ratio* [...].

En sentido contrario, si no hay afectación del servicio no se configuraría el delito de malversación tal y como desarrolla la Sala Penal Permanente en el R. N. N.º 3157-2009 Puno, de 22 de septiembre del 2010.

Tercero. [...] El delito de malversación de fondos [...] requiere para su configuración típica que el funcionario o servidor público le dé al dinero o bienes

185 *Loc. cit.* Así acota CREUS, puesto que si sale de la esfera del Estado se configuraría el delito de peculado de bienes o dinero para sí o a favor de un tercero.

que administra una aplicación diferente de aquella a los que estaban destinados y que ello afecte el servicio o la función encomendada [...]. Cuarto [...] En autos no ha quedado acreditado que dicha conducta haya afectado el servicio o la función encomendada a la Municipalidad Provincial de San Román, ya que como se advierte del informe pericial [...] de los doscientos treinta mil nuevos soles asignados a la Comisión especial, esta rindió cuentas por el importe de S/ 208.610 nuevos soles, y quedó un saldo de S/ 21.389 nuevos soles —pendiente de dar cuenta—, monto que constituye una cuenta por cobrar a favor del municipio agraviado, tal como se corrobora del debate pericial [...] respecto del cual no se denunció ni juzgó al acusado.

En esta misma línea, en el R. N. N.° 5391-2008 La Libertad, de 3 de agosto del 2010, se señala que no solo es necesario que el dinero del Estado se haya usado para otros fines, sino que también debe probarse un real perjuicio a este a consecuencia del uso:

Octavo. Con relación al delito de malversación de fondos, [...] conforme se desprende de los informes periciales [...], no se ha establecido de qué manera se afectó la inversión en la construcción de obras, ni cómo la viabilidad de estas se habría visto comprometida, pues para que se configure el presente delito no solo es necesario que se haya utilizado para otros fines el dinero del Estado, sino que debe estar delimitado el perjuicio que se causó a la institución por haberse dado una aplicación diferente al dinero o bien que se administra [...].

En el R. N. N.° 1719-2007 Puno, de 7 de abril del 2009, emitido por la Primera Sala Penal Transitoria, se refiere el caso de una municipalidad que utilizó fondos cuyo destino no estaba establecido y además eran de unos excedentes, y no se acreditó afectación al servicio o función de la institución:

Sexto. [...] Respecto al delito de malversación de fondos, se debe precisar que la comisión de tal figura delictiva no se encuentra probada, toda vez que no se ha demostrado en autos si el dinero utilizado en la compra de materiales tenía una finalidad específica diferente a la que se le dio, pues de lo actuado se verifica más bien que dicho monto pertenece a un excedente que tenía la municipalidad agraviada y que podía ser utilizado en la realización de alguna obra, cuestionándose en el presente caso el hecho de haber sido mal utilizado, generándose perjuicio a la entidad edil, pero en modo alguno se acredita que se hayan malversado fondos.

En el R. N. N.° 1348-2012 Áncash, de 24 de enero del 2013, emitido por la Sala Penal Transitoria, se advirtió que no se probó, y esto corre a cargo

del Ministerio Público, qué obras habían sido afectadas por el desembolso de fondos para publicidad:

Quinto. Que si bien el dictamen pericial contable [...] estableció que el Gobierno Regional [...] efectuó pagos por concepto de “Spots Publicitarios” —prensa escrita, televisiva y radial—, cuyo importe total ascendió a 11.928.50 soles [...], y que fueron cubiertos con la fuente de financiamiento de canon y sobre canon minero, sin embargo no se indicó qué obras habrían sido afectadas, en consecuencia no precisó el perjuicio, elemento objetivo, cuya ausencia incide en un juicio negativo de tipicidad respecto al delito materia de imputación, por lo que es de mérito la admisión de la anotada decisión, y, por ende la absolución de los encausados se encuentra arreglada a ley.

El R. N. N.° 2194-2013 Lima, de 26 de febrero del 2014, emitido por la Sala Penal Permanente, refiere un caso donde se acreditó que no se había modificado el destino de los fondos y, por tanto, correspondía absolver al acusado:

Cuarto. El cuestionado desembolso se [...] desprende del Memorando [...] suscrito por el director general [...] y dirigido al acusado, [...] en el que le ordena suspender el pago por concepto de “compensación por trabajo extraordinario”; por tanto, se colige que los encausados [...], en su condición de director de administración y director de economía [...], respectivamente, dispusieron el pago en comento, previa coordinación, comunicación y aprobación de la dirección general, [...] lo que configura una causal de justificación de dichos desembolsos debido a una situación de obediencia jerárquica y, por ende, no se advierte una conducta dolosa tipificada como de malversación de fondos; por cuanto además, dichos pagos provenientes de la caja chica de la institución, guardan correlación con la directiva [...] Procedimiento para el otorgamiento de asignación de concepto de movilidad local, que [...] prescribe el pago de dichos conceptos. Quinto. Por lo tanto, no emerge actividad probatoria alguna que corrobore que el direccionamiento de los fondos desde la caja chica de la institución para el pago en cuestión haya causado un perjuicio definitivo a un servicio o prestación para el que inicialmente estaba previsto.

En el R. N. N.° 2702-2009 Lima Norte, de 7 de abril del 2010, emitido por Sala Penal Transitoria, se estableció que los funcionarios realizaron modificaciones administrativas a efectos de regularizar la situación de caos presupuestal que advirtieron en la entidad pública, por lo que no se demostró la malversación:

Sexto. En el caso *sub examine* no se advierte la afectación a la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, toda vez que las modificaciones presupuestales que se realizaron durante el periodo en el cual la encausada [...] desempeñó el cargo de directora [...] y el encausado [...] el cargo de jefe de área de Gestión Administrativa [...] no se llevaron a cabo de manera discrecional e informal por parte de dichos encausados, sino respondió a la necesidad que existía a efectos de regularizar la situación de caos presupuestal que estos advirtieron cuando asumieron sus cargos [...]; es más, dicha modificación presupuestal se hizo de acuerdo a [...] la Ley de Presupuesto del Sector Público [...].

El argumento de los acusados de que reconocían haber desviado recursos, pero que lo habían realizado invocando un estado de necesidad justificante, ya que la entidad se encontraba con serios problemas económicos, no fue acogido por la Corte Suprema en el R. N. N.º 4009-2011 Junín, de 23 de enero del 2013:

Quinto. Que la absolución se sustenta en la invocación del tipo negativo o causal de justificación prevista en el artículo 20, inciso 4, del Código Penal: estado de necesidad justificante. Es cierto que es posible alegar en delitos contra la Administración pública el estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor, pero la interpretación de sus alcances —por su excepcionalidad, más aún tratándose de agentes públicos— debe ser, en esta materia, restrictivamente contemplado; y, sus presupuestos, probados acabadamente. La simple alegación de falencia de liquidez de la municipalidad no es suficiente. Debe comprobarse con medios de prueba idóneos. [...] Empero, debe acreditarse la inevitabilidad del mal causado; esto es, que no quede otro recurso a la Administración municipal [...] que acudir a la comisión de un delito de malversación y no a otro medio lícito o ilícito —pero penalmente atípico a su alcance— para salvar el bien jurídico en peligro.

En el siguiente caso, el destino de los fondos no fue definitivo porque luego fueron deducidos del gasto que debió hacerse y además no hubo perjuicio. Así se indica en el R. N. N.º 91-2009 Apurímac, de 4 de marzo del 2010:

Quinto. Para que se configure el delito de malversación de fondos [...] no solo basta que el dinero sea destinado a fines distintos a los programados, sino que ese desvío debe ser definitivo y que afecte el servicio o función encomendada; que, en el presente caso, si bien los acusados usaron el dinero (14 mil soles) de la construcción de la carretera [...] para el pago de las planillas de los trabajadores; empero, después la municipalidad alquiló maquinarias para trabajos en dicha obra por el monto de más de 34 mil nuevos soles, cantidad de la que se dedujo el dinero que fue objeto de transferencia; que aunado a ello la construcción de la indicada carretera se realizó conforme al

proyecto inicial, es decir, se llegó a terminar y entregar sin inconvenientes, y fue recepcionada por las autoridades competentes sin ninguna observación; que, en tal sentido, el servicio encomendado —que fue la culminación de la carretera en mención— no llegó a alterarse, razón por la cual no se puede sostener que se haya configurado el delito de malversación de fondos.

Respecto de la duplicidad del plazo de prescripción, se advierte que en el R. N. N.º 1791-2012 Áncash, de 14 de enero del 2014, emitido por la Sala Penal Permanente, se estimó que no correspondía porque el patrimonio desviado sigue en la esfera de la Administración pública:

Con relación al delito de malversación de fondos, es criterio de este Supremo Tribunal —por mayoría— [...] que [...] no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la duplicidad del plazo prescriptorio, puesto que la finalidad de la norma es salvaguardar la eficacia, la buena marcha, la disciplina y organización en la ejecución del gasto y la utilización de los bienes, por parte de los servidores públicos, debiendo precisar que los fondos públicos permanecen dentro del ámbito del dominio de la Administración pública [...].

LEGISLACIÓN COMPARADA

Argentina

Artículo 260.- Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

España

Artículo 432

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 10 años.
2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.
3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.

Artículo 433

La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los 10 días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Guatemala

Artículo 447. - El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales. La sanción señalada se aumentará al doble, si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados.

Chile

Artículo 233. - El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

1. Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.
2. Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.
3. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

Costa Rica

Artículo 356. - Será reprimido con treinta a noventa días multa, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultara daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.

(Así reformado por la Ley N.° 6726 del 10 de marzo de 1982).

(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inc. a), de Ley N.° 7732 del 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 354 al 356).

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 573. - Malversación

1. El funcionario o servidor público que da a los caudales o efectos públicos que administra una aplicación pública definitiva y diferente de aquella a los que están legalmente destinados, afectando el servicio o la función encomendada, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.
2. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente afectando el servicio o la función encomendada, la pena es privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.

CAPÍTULO XXVI

REHUSAMIENTO A ENTREGA DE BIENES DEPOSITADOS O PUESTOS EN CUSTODIA

Artículo 391.- Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia

El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

1. DESCRIPCIÓN TÍPICA

En la Administración pública, los funcionarios o servidores públicos mediante mandatos administrativos o judiciales pueden ser designados o administradores o custodios de dinero, cosas o efectos, con la obligación de hacer la devolución cuando se les requiera formalmente. No hacer la devolución de forma dolosa puede ser el presupuesto para que sean procesados penalmente.

El bien jurídico que se tutela, estimamos, es la “correcta custodia o administración de bienes en poder del Estado”, que puede ser de la administración o de particulares sometidos a procedimientos de incautación y con posibilidad de devolución, si es que no hay decomiso.

El sujeto activo puede ser un funcionario o servidor público a quienes les han sido entregados dinero o bienes para custodia o administración. Por ejemplo, en el caso de bienes procedentes de procesos de extinción de dominio que son derivados al Programa Nacional de Bienes Incautados (Pronabi).

Es la negativa a entregar lo que se reprime en este delito, siempre que se le haya requerido la devolución con las formalidades respectivas. El delito se consuma con la negativa a devolver, sin razones; de allí que nos encontremos ante un comportamiento doloso.

En el R. N. N.° 1554-2007 Arequipa, de 8 de mayo del 2008, la Sala Penal Permanente considera que el delito de rehusamiento en la entrega de bienes a la autoridad es un ilícito de resultado instantáneo sin que su consumación típica sea afectada por el mayor o menor tiempo en que se desobedece el mandato judicial. La ejecutoria describe el comportamiento del sujeto activo de la siguiente manera:

Tercero. El delito previsto en el artículo 391 del Código Penal se perfecciona o satisface plenamente —consumación típica— con el simple rehusamiento (la negativa consciente) a entregar los bienes depositados, custodiados o administrados por parte del obligado, previo requerimiento por la autoridad competente; que, empero, el verbo rector empleado en el citado precepto penal (“rehusar”) no indica que cada momento en que se desobedece el mandato judicial sea una prórroga duradera de la fase de consumación del delito; que si bien la conducta puede implicar el transcurso de cierto tiempo en que el bien no se entrega a la autoridad, se trata de un elemento del que no depende la consumación típica del delito (la que está enlazada estrictamente al cumplimiento del verbo típico antes mencionado); que, desde este punto de vista, el delito se estructura como un ilícito de resultado instantáneo, cuya consumación acaece con el acto revelador de rehusamiento, sin que a su perfección afecte el mayor o menor tiempo en que se desobedece el mandato judicial.

Esta precisión es importante, puesto que quienes se rehúsan pueden alegar que no se les ha puesto un plazo para la entrega. Esto en todo caso queda en potestad de la autoridad competente, que en su requerimiento puede fijar razonablemente la entrega por la naturaleza del bien de tal forma que se pueda tener claro el momento consumativo.

CAPÍTULO XXVII

EXTENSIÓN DEL TIPO

Artículo 392.- Extensión del tipo¹⁸⁶

Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.*

*** Artículo modificado por la Ley N.° 28165, publicada el 10 de enero del 2004.**

1. DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES A LA AUTORIDAD Y EL DELITO DE PECULADO POR EXTENSIÓN

El delito de peculado por extensión o “peculado impropio” tiene como modalidades la apropiación o la utilización. Hay *apropiación* cuando el agente realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado, y que posee debido a su cargo para administración o custodia. La modalidad de *utilización* se refiere a servirse del bien como ejercicio de una ilícita “propiedad” sobre el mismo y que excluye de ella al Estado. En cambio, el delito de “rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad” supone una negativa a entregar dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, mediando previamente requerimiento de entrega. En el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad lo que hay es una voluntad específica de desobedecer el requerimiento de la autoridad competente, por lo que no puede considerarse delito de peculado.

186 Historial legal:

“Artículo 392.- Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, así como los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares” (1991).

“Artículo 392.- Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social”. (Artículo modificado por la Ley N.° 26198, publicada el 13 de junio de 1993).

2. PECULADO POR EXTENSIÓN

Para entender la naturaleza del delito de peculado por extensión, es necesario remitirnos a la definición del delito de peculado que se hace en el R. N. N.° 1118-2002 Lima, de 16 de abril del 2003:

[E]n el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa se sanciona la lesión sufrida por la Administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes, despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de tales bienes, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que ha de darse a tales bienes, permite que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal; que en consecuencia, para que se configure el delito de peculado, el sujeto activo debe apropiarse o utilizar para sí o para otro los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le haya sido confiada en razón a su cargo, de acuerdo con el tipo penal establecido en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal [...]¹⁸⁷.

El R. N. N.° 2212-04 Lambayeque, de 13 de enero del 2005, realiza la descripción del tipo penal de peculado impropio que se detalla a continuación:

Quinto. Que en el denominado delito de peculado por extensión o “peculado impropio”, los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee debido a su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita “propiedad” sobre el mismo y que excluye de ella al Estado¹⁸⁸.

Cuando son particulares a quienes se les ha delegado funciones de administración y custodia, se les extienden los efectos de los delitos de peculado (art. 387 del CP), peculado por uso (art. 388 del CP) y malversación (art. 389 del CP). Esto se describe en el art. 392 del CP.

187 PODER JUDICIAL, *Jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema Perú*. Lima, JUSPER, 2008.

188 PODER JUDICIAL, *Jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema Perú*, ob. cit.

En el R. N. N.° 422-2002 Tumbes¹⁸⁹, de 12 de marzo del 2003, se estableció que el sentenciado, como presidente del núcleo ejecutor del proyecto de construcción del Centro Educativo N.° 003—El Tablazo— en el departamento de Tumbes, dispuso la entrega a terceros del material de construcción que estuvo bajo su administración y que estaba destinado para la construcción de aulas. Con ello, contravino las normas establecidas y causó la demora en la entrega de la obra, pues esta circunstancia determinó otra ampliación de presupuesto y el consiguiente desmedro económico. Por ende, su conducta se encuentra debidamente tipificada en el art. 387 del CP, en concordancia con el art. 392 de la norma referida.

El R. N. N.° 2272-2002 Junín, de 16 de julio del 2003, ha establecido que para el acto de consumación del delito de *peculado por extensión* debe existir un incumplimiento del mandato judicial para entregar los bienes:

Si una persona es designada en un proceso civil sobre obligación de dar suma de dinero como depositaria judicial de un bien, y al ser requerida no cumple con el mandato judicial, debe ser denunciada por el delito de peculado por extensión. En el presente caso, sin embargo, se desprende que el procesado no fue notificado personalmente del requerimiento judicial, razón por la cual no pudo cumplir la orden de devolución impartida [...] ¹⁹⁰.

En el R. N. N.° 802-2004 Junín, de 12 de noviembre del 2004, se absuelve a la procesada porque acreditó haber entregado el bien que le fue dado en custodia:

[N]o ha sido posible acreditar la comisión del delito ni la responsabilidad penal de la encausada, pues en autos se tiene que la procesada puso a disposición del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huancayo el vehículo materia de controversia conforme se desprende de la resolución obrante [...], corroborado con el informe emitido por la Secretaría de dicho órgano jurisdiccional obrante a fojas [...]; aunado a ello, se tiene que el referido vehículo obra en poder de la Empresa Transportes y Servicios Múltiples “Land Tours” Sociedad Anónima Cerrada, administrada por Hilda Zárate Huaraca [...].

En el R. N. N.° 1716-04 Junín, de 9 de diciembre del 2004, se aprecia que el delito de peculado por extensión debe implicar no solo la negativa a entregar el bien, sino también el aprovechamiento de este, que constituye el núcleo de la acción típica, esto es, el apropiarse o utilizar el bien:

189 *Loc. cit.*.

190 *Loc. cit.*

[S]i bien es cierto el bien embargado [fue] puesto en custodia del inculpa-do, este nunca salió de la esfera de propiedad de su dueño, la Cooperativa de Consumo Minero Metalúrgica; es decir, no hubo aprovechamiento por parte del procesado Carlos Alberto Gómez Chávez para sí o tercero de dicho objeto, desvirtuando de esta manera el delito imputado¹⁹¹.

En el supuesto de deudor tributario, se tiene que si la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) trabó un embargo y lo nombró como depositario de bienes, él no puede disponer de ellos, por lo que se le debe sancionar como autor del delito de peculado por extensión, conforme al R. N. N.° 3000-2002 Lambayeque, de 27 de octubre del 2003.

Al tipo penal de peculado se le extiende los elementos típicos de los delitos de peculado, peculado impropio y malversación. La nota esencial de este delito supone que haya disposición de bienes del Estado para su aprovechamiento, este último es el elemento sustancial. El incumplimiento a entregar bienes por parte de un privado no encuadraría en los tres tipos penales por extensión y tampoco en el delito de rehusamiento de entrega de bienes cuyo agente es un sujeto especial, sea funcionario o servidor público. En consecuencia, podemos afirmar que el tipo penal con el que se puede imputar a un particular es el de desobediencia y resistencia a la autoridad, descrito en el art. 368 del CP:

Artículo 368.- Resistencia o desobediencia a la autoridad

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas. Cuando se desobedece o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

191 *Loc. cit.*

3. REHUSAMIENTO A ENTREGAR BIENES

El delito de “rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia” tipificado en el art. 391 del CP establece:

Artículo 391.- El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehusa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

En principio, la tipicidad objetiva describe la conducta del funcionario o servidor público que será sancionado si se rehúsa a entregar dinero, cosas o efectos depositados que tiene en custodia. Aquí lo que hay es un incumplimiento del mandato de autoridad, administrativa o judicial, que le ordena la entrega del dinero, cosas o efectos. No necesariamente implica que esos bienes sean aprovechados por el agente. Este es un tipo penal doloso. El agente tiene conocimiento del requerimiento, pero se niega a la entrega.

El R. N. N.º 2212-04 Lambayeque, de 13 de enero del 2005, realiza la descripción del tipo penal de rehusamiento de la siguiente manera:

Sexto. Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo trescientos noventa y uno del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente (Ver: Creus, Carlos, *Derecho Penal-Parte Especial*. Tomo II. Cuarta edición. Astrea. Buenos Aires, 1993, p. 307. Abanto Vásquez, Manuel A., *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Segunda Edición. Palestra Editores. Lima. 2003, p. 395. Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la administración pública*. Tercera edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. Dos mil tres, página cuatrocientos cinco). Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo *rem sibi habendi*¹⁹², sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado¹⁹³.

Una crítica formal a este tipo de ejecutorias es el uso de aforismos latinos sin la correspondiente traducción. Este uso es cuestionable desde una perspec-

192 Hacerse propietario de la cosa.

193 *Ibid.*

tiva de redacción de sentencias, ya que estas requieren claridad. Por ello, LEÓN PASTOR¹⁹⁴ recomienda restringir su uso a través del empleo del lenguaje en las acepciones contemporáneas, el uso de giros lingüísticos actuales y la no utilización de expresiones extremadamente técnicas o que estén en lenguas extranjeras como el latín.

En conclusión, y en concordancia con la doctrina, la Corte Suprema ha establecido correctamente la diferencia entre el rehusamiento de entrega de bienes, que en el fondo es la violación de un mandato de autoridad competente, y el delito de peculado por extensión, donde el agente, aparte de la renuencia de entregar bienes que se le han confiado, los usa o dispone ilegalmente.

4. EL PECULADO POR EXTENSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

En el R. N. N.° 3286-2008 Ucayali, de 26 de enero del 2010, la Sala Penal Permanente extiende el delito de peculado por extensión no solo a los comportamientos dolosos, sino también a los culposos. Veamos:

Tercero. El delito de peculado por extensión, previsto en el artículo 392 del Código Penal, constituye un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, pues comprende a sujetos activos que no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, ni por nombramiento o elección, a la vez que describe la conducta típica por remisión a los delitos de peculado doloso, culposo y de uso, a los cuales complementa.

En el R. N. N.° 1436-2010 Huánuco, de 24 de noviembre del 2011, la Sala Penal Permanente estima aplicable el delito de peculado por extensión a sujetos activos que no tienen la condición especial de funcionarios o servidores públicos:

Tercero. El delito de peculado por extensión, previsto en el artículo 392 del Código Penal constituye un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, que comprende como sujetos activos de este ilícito a quienes no tienen la condición de funcionario o servidor público, completando la descripción típica en base a una fórmula de remisión a los comportamientos y la penalidad de los delitos de peculado doloso, culposo y de uso, sancionando a tres distintos tipos de autores —según el objeto sobre el cual recae la acción del agente activo—, que son: i) los administradores o custodios de dineros de las entidades de beneficencia y similares; ii) los administradores o

194 LEÓN PASTOR, Ricardo, *Manual de redacción de resoluciones judiciales*, Lima: Academia de la Magistratura, 2008. p. 19.

depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; y iii) las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Cuarto. Teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos juzgados, debe concluirse que estos no se encuentran comprendidos en las hipótesis señaladas en los acápites i) y ii) del considerando anterior, expuesto así los hechos se puede determinar que la condición del procesado recurrente era la custodia de bienes o caudales públicos —tesorero—, que lo ubica en el presupuesto del tipo penal referido a “custodiar” a los que se alude en el acápite iii) ya mencionado.

En el f. j. n.º 3 del R. N. N.º 2162-2004 Lima, de 4 de febrero del 2005, la Segunda Sala Penal Transitoria precisa quién es la persona que puede ser sujeto activo en este delito:

Tercero. El sujeto activo en el delito de peculado por extensión es el particular asimilado a la condición de funcionario o servidor público para los efectos penales [...], por lo que de acuerdo con el artículo 392, segunda parte de dicha norma material, son sujetos activos del peculado por extensión los depositarios o custodios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezca a particulares encargados de guardar los bienes, esto es, que en el ejercicio de sus actividades custodian bienes privados que son encargados por un funcionario público.

En el R. N. N.º 3348-2009 La Libertad, de 27 de noviembre del 2010, la Sala Penal Permanente desarrolla el delito de peculado por extensión. En el caso, el dinero afectado no es público, por lo que el único agraviado es la entidad que recibió la donación del Banco Mundial, y el acusado es quien se apropió de una parte. Veamos:

Cuarto. Que el tribunal sentenciador calificó estos hechos como peculado y malversación impropia, y aplicó el artículo 392 del Código Penal. Esta norma equipara tanto (i) a los autores de los delitos de peculado y malversación para incorporar a personas que no son funcionarios públicos, como (ii) a los bienes para comprender los privados. El Banco Mundial es un organismo especializado de Naciones Unidas que se define como fuente de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo, cuya misión es combatir la pobreza —contribuir al desarrollo económico de los países menos desarrollados—. Entre otras actividades ofrece donaciones para diversos fines, tales como inversiones para el desarrollo del sector privado, la agricultura, y gestión ambiental y de los recursos naturales. La finalidad de asis-

tencia social que explica el Programa “Concurso Feria del Desarrollo 2002: Creadores de Cultura” del Banco Mundial y las condiciones de la donación efectuada, es evidente. El objetivo de esa donación (constitución y puesta en funcionamiento de un Bosque Eólico Piloto de tres MW en la comunidad campesina), compatible con la misión de Banco Mundial, y su destinatario: una Comunidad Campesina, cumplen la exigencia típica prevista en el primer punto del citado artículo 392 del Código Penal: administradores o custodios de dinero perteneciente a entidades de beneficencia o similares. El Banco Mundial y el Programa que puso en ejecución se adscribe o adecúa claramente a esa característica esencial de ser, para estos concretos fines, una entidad de asistencia social, de promoción del desarrollo. Los recursos que proporcionaron, bajo la forma de una “donación”, tenían un objetivo preciso y estaban sujetos a un control por el Banco. El imputado, a su vez, como presidente de la comunidad campesina, le correspondía la administración del recurso donado —facultad de disposición de los bienes para aplicarlo a determinadas finalidades—, parte del cual lo destino a fines de los convenidos y otra parte llanamente se lo apropió. La conducta atribuida y probada es típica y se subsume en el tipo legal del art. 392 del Código Penal. Los agravios del imputado carecen de virtualidad, salvo el supuesto en que se comprende como agravado al Estado, en tanto en cuanto el dinero afectado no es público. La única entidad agravada es la Comunidad Campesina.

En el R. N. N.º 870-2013 Ayacucho, de 6 de noviembre del 2013, la Sala Penal Transitoria determinó que el no rendir la liquidación financiera de la obra no encajaría en la conducta del delito de peculado agravado por extensión de tipo:

Quinto. Si bien materialmente está acreditado que el procesado no rindió la liquidación financiera de la obra, con su propia declaración [...], dicha conducta no encaja plenamente en la figura típica del peculado agravado por extensión de tipo; [...] el encausado, como residente de la citada obra habría incurrido en incumplimiento contractual, lo cual debe resolverse en vía extrapenal, y conforme con los términos del convenio [...] y el contrato de locación servicios del residente [...] se concluyó que no existe perjuicio económico al Estado, pues lo que se determinó fue la falta de rendición de cuentas [...].

La relación funcional con los bienes es un elemento que debe ser acreditado en el delito de peculado por extensión. En el R. N. N.º 37-2011 Huánuco, de 17 de mayo del 2012, emitido por la Sala Penal Transitoria, se sostiene este argumento para absolver:

Quinto. [...] El artículo 392 del Código Penal permite extender los alcances del delito de peculado a todas las personas o representantes legales de

personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, como lo constituyen en el presente caso los recursos asignados al Foncodes; sin embargo, la Fiscalía no ha podido establecer si el sujeto activo tenía un poder de vigilancia y control sobre el dinero o los bienes que han sido materia de apropiación y/o utilización indebida [...]; [...] tan solo se ha limitado a sustentar el vínculo del encausado [...] con los caudales públicos, [...] sin precisar cuál es el acto administrativo que le otorgaba facultades de disposición sobre los mismos o indicar la competencia funcional que tenía respecto a los fondos [...]; [...] si el Ministerio Público no objeta el pago efectuado al procesado sino únicamente la formalidad en el cobro, dicha circunstancia no es penalmente relevante pues corresponde a la vía administrativa analizar y de ser el caso sancionar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio o del contrato de locación de servicios firmado por el encausado.

En aplicación del derecho penal, en *ultima ratio*, el R. N. N.º 3374-2008 Ucayali, de 27 de noviembre del 2009, estableció que en caso de existir incompatibilidad en cómo se ha ejecutado el proyecto y los gastos efectuados, el Estado puede solicitar la restitución o indemnización, por lo que los hechos imputados no tienen contenido penal:

Segundo. Se atribuye a los encausados [...], integrantes del núcleo ejecutor haber celebrado un convenio con [...] Foncodes [...]; sin embargo, a la entrega de la obra, Foncodes emitió un informe de verificación, donde se da cuenta que dicha obra quedó inconclusa, existiendo incluso un monto que no fue invertido en la ejecución de la obra ni devuelto a la entidad agravada, de lo que se colige que estos se habrían beneficiado con dicho monto en perjuicio del Estado. [...]. Sexto, [...] Está acreditado que respecto a los dos pozos [...] solamente se logró excavar hasta una profundidad de trece metros y no los quince metros indicados en el expediente técnico, aunque no se logró excavar más, debido a que a la profundidad de trece metros se encontró agua, lo que impidió que se siguieran con los trabajos respectivos [...]. Sétimo. [...] Tampoco se ha podido acreditar que los encausados se hayan apropiado o utilizado para sí o para tercero, monto dinerario alguno [...]. Octavo. En caso de existir incompatibilidad en la forma como se ha ejecutado el proyecto y los gastos efectuados por los integrantes del Núcleo Ejecutor, el Foncodes tiene expedito su derecho para solicitar la restitución o indemnización correspondiente en la vía pertinente, ello porque se advierte que los hechos materia de análisis no revisten contenido penal, y más aún si se considera que el derecho penal es de *ultima ratio*, por tanto devienen en inatendibles los agravios expuestos tanto por el señor fiscal superior, cuanto por la parte civil.

Los delitos de bagatela o insignificantes de poca afectación a bienes deben ser examinados a la luz del principio de lesividad, pues no justifican la intervención del derecho penal. En el R. N. N.º 269-2013 Cajamarca, de 10 de diciembre del 2014, la Sala Penal Permanente argumenta correctamente:

Tercero. Es necesario precisar que la norma penal peruana no exige un monto mínimo para la configuración típica del delito, en la medida que el bien jurídico protegido es la Administración pública, sin embargo la configuración del delito por la apropiación de bienes públicos de exiguuo valor patrimonial resulta cuestionable, es por ello por lo que resulta pertinente evaluar cada caso en concreto, en base a los principios que orientan el derecho penal peruano: mínima intervención, *ultima ratio* y subsidiariedad. [...] Quinto. Toda imputación y proceso penal debe estar dentro del marco delimitado por las garantías constitucionales, entre las cuales encontramos al principio de lesividad y la presunción de inocencia. Respecto a la primera garantía, el principio de lesividad se puede afirmar que limita el poder punitivo del Estado a aquellos acciones consideradas ilícitas no solo por una realización forma, sino por una concreta puesta en peligro o lesión de un bien jurídico determinado. Debemos recordar que no solo el derecho penal puede intervenir exclusivamente en la protección de bienes jurídicos, sino otros medios de control social (por ejemplo, el derecho administrativo sancionador), en tanto el derecho penal ha de ser la *ultima ratio*, debe actuarse cuando han fallado todos los demás controles sociales, debido a las graves sanciones que se imponen. [...] B. [...] Séptimo. *Aunado a ello se aprecia que la imputación fiscal no ha considerado el principio de lesividad, vinculado asimismo con los principios de subsidiariedad u fragmentariedad que rigen el proceso penal; más allá de la configuración o no del delito imputado se tiene que la posible afectación del bien jurídico —mediante la apropiación de un aproximado de S/ 194 nuevos soles—, no resulta una afectación grave al bien jurídico Administración Pública, si se considera que el proyecto en cuestión se ejecutó y entregó satisfactoriamente, como se ha mencionado en considerandos anteriores; el control social que se realiza mediante el derecho penal solo se deberá dar en casos de graves afectaciones a bienes jurídicos tutelados.*

En la calificación de los hechos se puede confundir el delito de peculado por extensión con el delito de apropiación ilícita. En el R. N. N.º 3396-2010 Arequipa, de 21 de febrero del 2012, la Sala Penal Permanente aclara este problema describiendo sus semejanzas y diferencias:

Tercero. [...] i) En el delito de peculado por extensión o peculado impropio, sus verbos rectores alternativos de comportamiento típico son apropiarse y utilizar, por cuanto existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos

de disposición personal a los caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita “propiedad” sobre el mismo y que excluye de ella al Estado; al sujeto activo, además de exigirle que cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional, ineludible con los efectos y caudales del Estado objeto del delito, ii) Por otro lado, el delito de apropiación ilícita en su forma agravada, regulado en el inciso 2 del art. 190 del Código Penal, se refiere a que “si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial [...]”, es de indicar que en este caso el “depositario judicial” se trata de una persona, que inscrita en el listado respectivo, se constituye en guardador de bienes muebles, que son incautados y/o embargados en el marco de un proceso judicial, son por tanto nombrados por el juez de la causa. Que el “depositario judicial” ha de cumplir su actuación, en el ámbito de las medidas cautelares que se tramitan, dentro o fuera de un proceso, de forma específica, siendo en esta clase de delito el verbo rector la apropiación de forma definitiva del bien o cuando hace uso determinado de aquel; estado consumativo que ha de condecirse con ciertos actos de disposición que afecte el bien, que haya advertir ya la intención de ejercer un nuevo dominio sobre la cosa.

SECCIÓN IV

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

CAPÍTULO XXVIII

COHECHO PASIVO PROPIO

Artículo 393.- Cohecho pasivo propio¹⁹⁵

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho

195 Historial legal:

“Artículo 393.- Cohecho propio

El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años” (1991).

“Artículo 393.- Cohecho pasivo propio

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

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

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

(Artículo modificado por la Ley N.º 28355, publicada el 6 de octubre del 2004).

“Artículo 393.- Cohecho pasivo propio

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

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

años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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

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

* **Artículo modificado por el D. Leg. N.° 1264, publicado el 11 diciembre del 2016.**

1. DESCRIPCIÓN TÍPICA

El bien jurídico que se tutela en el caso de los delitos contra la administración pública es su correcto funcionamiento. Estos delitos impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones¹⁹⁶. Y todo lo que signifique menoscabo grave a la imparcialidad, transparencia y eficacia de la Administración debe ser conjurado por el derecho penal. El bien jurídico comprende el normal funcionamiento de los órganos de Gobierno, la regularidad funcional de los órganos de Estado o el correcto funcionamiento de la Administración pública.

El delito de corrupción de funcionarios previsto en el art. 393 del CP tiene como elemento descriptivo el término “aceptar” que se entiende como la acción del funcionario o servidor público de admitir voluntariamente lo que le ofrece un particular. El ofrecimiento puede ser un donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio. El funcionario o servidor público por ese ofrecimiento realiza u omite un acto en violación de sus obligaciones. La aceptación constituye la conducta típica de la corrupción o cohecho pasivo del funcionario o servidor

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa” (Artículo modificado por la Ley N.° 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013).

196 FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Fecat, 2002, p. 115.

público. La corrupción activa corresponde al *extraneus* que corrompe al funcionario o servidor.

El tipo objetivo establece claramente que el funcionario o servidor público acepte o reciba. El “aceptar” es una posibilidad potencial de recibir algún donativo mientras que el “recibir” es el acto directo, esto es, que ingresa a su esfera de dominio algún donativo, ventaja, beneficio o promesa. No necesariamente estamos ante una entrega de dinero o bienes, pues puede darse otro tipo de ventaja o beneficio para el agente. El sujeto activo viola sus obligaciones justamente para corresponder al donativo, puede ser un hacer o un no hacer, una acción o una omisión de sus obligaciones.

También se configura el delito de corrupción cuando el funcionario condiciona su obligación funcional al donativo, promesa o ventaja. Algo así como que quien dice si me das tanto entonces no voy a realizar lo que legalmente te corresponde. En este tipo de delito se aplica la pena de inhabilitación, que se impone en conjunto con la privativa de libertad.

Por otro lado, para fines de comparativos tenemos el tipo penal de cohecho pasivo impropio previsto en el art. 394 del CP, modificado por el art. 11 del D. Leg. N.º 1264, publicado el 11 diciembre del 2016, donde el funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En este caso hay una intervención de tercero quien es el que ofrece la dádiva al funcionario para que este cumpla con su obligación. El funcionario realiza lo que está obligado por ley, pero no en cumplimiento de sus deberes funcionales, sino motivado por dádivas.

En la modalidad establecida en el párrafo segundo del art. 394 del CP, el sujeto activo, el funcionario o servidor público, solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, y es una forma agravada, ya que la sanción es pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código Penal. Hay una conducta activa del agente para solicitar las dádivas y cumplir con sus obligaciones y la norma va

más allá, porque sanciona al agente cuando, luego de realizado el acto funcional legal, solicita la retribución.

Al hacer un recorrido por la jurisprudencia, tenemos al R. N. N.º 14-2001 Lima, de 16 de mayo del 2003, que define el tipo penal de “corrupción de funcionario” y el verbo rector “aceptación” como uno de sus elementos descriptivos:

[S]e encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, y la describe entendiéndosela como la aceptación hecha por un funcionario público, o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que se ejecuta, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características de dicho tipo penal, solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa, ni el acto indebido [...]¹⁹⁷.

En el R. N. N.º 880-2005 Arequipa, de 17 de junio del 2005, también se hace precisiones respecto al delito de corrupción de funcionarios:

[C]on relación al delito de corrupción de funcionarios, esta Sala Penal considera pertinente hacer las siguientes precisiones: a) que el delito de cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, establece como presupuesto para su configuración, que el funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o que las acepte como consecuencia de haber faltado a sus deberes [...]¹⁹⁸.

En el R. N. N.º 14-2001 Lima, de 16 de mayo del 2003, se advierte que el delito de corrupción de funcionarios se consuma con la concertación de voluntades, no siendo necesario el pago, la promesa ni el acto indebido. Este comportamiento, a nuestro parecer, sería en grado de tentativa y no consumado, tal y como sostiene la Sala:

197 PODER JUDICIAL, *Jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema Perú*. Lima, JUSPER, 2008.

198 PODER JUDICIAL, *Jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema Perú*, ob. cit.

[E]l delito de corrupción de funcionarios —cohecho pasivo propio— en agravio del Estado se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, y la describe entendiéndosela como la aceptación hecha por un funcionario público, o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que se ejecuta, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características de dicho tipo penal, solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa, ni el acto indebido [...] ¹⁹⁹.

El Acuerdo Plenario N.º 1-2005, de 30 de septiembre del 2005, estableció como precedente el cuarto considerando del R. N. N.º 1091-2004 Lima, de 22 de marzo del 2005, que indica lo siguiente:

[E]l 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.

La ejecutoria suprema vinculante establece que el núcleo de la conducta típica es el “aceptar”, que es la admisión voluntaria de lo que se le ofrece para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Además, hay una nota aquí y es que el funcionario se deja corromper por el corruptor considerado como un *extraneus*. Sobre esta última definición de *extraneus*, se tiene que esta calificación de extraño es para efectos de incorporar en calidad de cómplice o instigador a la persona sin deber funcional en el delito de corrupción ante la inexistencia de un tipo penal que reprima ese comportamiento. Esta línea juris-

199 *Ibid.*

prudencial es sostenida en ejecutorias supremas como el R. N. N.º 1268-2004 Cañete, de 16 de diciembre del 2004, que señala:

[E]l fiscal supremo en su dictamen opina porque se absuelva de la acusación fiscal (concusión y peculado) al acusado impugnante Quispe Sánchez bajo la tesis de que este no tuvo la calidad de funcionario o servidor público sino de contador particular sujeto a contrato de locación de servicios, es decir que no fue un “intraneus”; examinada esta opinión debe ser rechazada por basarse en una posición doctrinaria minoritaria, pues la doctrina dominante y la jurisprudencia uniforme han establecido que el “extraneus” sí puede actuar como cómplice o instigador de un “intraneus” en mérito a la ampliación del tipo especial, conforme lo tiene previsto la parte general del Código Penal (artículos 24 y 25)²⁰⁰.

Podemos afirmar, entonces, que el término “extraneus” no está bien empleado en el cuarto considerando vinculante, toda vez que el agente, el corruptor, tiene ya una descripción de su conducta prohibida en el art. 397 del CP, modificado por el D. Leg. N.º 1204, publicado el 11 diciembre del 2016, y que señala:

Artículo 397.- Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

A modo de conclusión, podemos señalar que la ejecutoria suprema unifica la jurisprudencia nacional y fija una regla jurídica respecto del delito de cohecho pasivo, conducta reprochable que corroe a la Administración pública. Sin embargo, el Tribunal Supremo pudo ser más escrupuloso en cuanto al uso preciso de los conceptos.

200 *Ibid.*

2. El cohecho pasivo propio en la jurisprudencia

En el R. N. N.° 1424-2010 Cusco, de 14 de julio del 2011, la Sala Penal Permanente desarrolla las características del cohecho pasivo propio en las que el agente acepta el elemento corruptor y realiza u omite un acto en violación de sus obligaciones. En general, tenemos que quien recibe un soborno por más que el hecho tenga circunstancias arregladas, si se consumó incumpliendo las obligaciones derivadas del deber funcional, no sirve para justificar o agravar la conducta, pues tiene la misma entidad que el delito de cohecho pasivo impropio.

Quinto. El delito de cohecho pasivo propio puede describirse como la acción por parte del funcionario o servidor público de aceptar un donativo, promesa o cualquier ventaja ofrecida a iniciativa de un particular, 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 (Acuerdo Plenario N.° 1-2005, R. N. N.° 1091-2004 Lima). Por tanto, la actividad típica consiste en recibir una dación, donativo o cualquier tipo de ventaja con el fin de favorecer a un particular en un caso concreto.

La necesidad de justificar una condena no debe obviar el deber de motivación como aparece en el R. N. N.° 1875-2015 Junín, de 12 de enero del 2016, donde la Sala Penal Transitoria argumentó que no era posible fundamentar la existencia de un acuerdo o la entrega de una dádiva, promesa o ventaja en el solo hecho de que el funcionario y el tercero se conocieron al momento de realizar el acto funcional, por ser un indicio débil.

Octavo. La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece. [...] Noveno. [...] ¿Es suficiente con tal finalidad, ante la inexistencia de prueba directa, la irregularidad del trámite y la rápida aceptación de la inscripción del título? ¿Solo se explica esta conducta por la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja? La patente irregularidad del trámite y de la inscripción consiguiente no es unívoca para concluir que si lo anterior se dio fue porque medió un donativo, promesa o ventaja. Muchas causalidades pueden determinarla. Es cierto que los imputados [...] aducen que no se conocían —lo que, empero, no tiene base para admitirla como cierta—, pero no existe otro indicio que

permita inferir que la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja. Ni siquiera se sabe en qué consistió el donativo, la promesa o la ventaja, ni cuál de ellas fue y en qué dimensión y características. Incluso ninguno de los imputados habló de un donativo, promesa o ventaja; y, tampoco, los testigos han declarado en ese sentido. Siendo así, por falta de pruebas o, en todo caso, duda razonable —en tanto equilibrio de pruebas de cargo y de descargo que impiden un juicio de condena—, debe dictarse sentencia absolutoria.

En el R. N. N.° 1406-2007 Callao, de 7 de marzo del 2008, la Segunda Sala Penal Transitoria establece que solo el acuerdo de voluntades conforma el delito de cohecho, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa o el acto indebido. La tentativa no se admite en el delito de cohecho por ser un delito de peligro:

Quinto. El delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe una para sí o para tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto a su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, como en “este caso, y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades, configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido, ya que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, y no es necesario que se produzca el perjuicio patrimonial al Estado. Sexto. Si bien la tentativa no se admite en los delitos de mera actividad, como el delito de cohecho en general, ya sea activo o pasivo, en tanto no se requiere resultado alguno, ni siquiera la aceptación de la propuesta; por lo que, todos los actos anteriores a la consumación del delito, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes [...].

En el R. N. N.° 4082-2006 Lima, de 26 de marzo del 2008, la Sala Penal Permanente sostiene que para la configuración del delito de cohecho propio se requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que además el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida. Estimamos incorrecta esta apreciación porque habría que preguntarse en mérito a qué el funcionario ha recibido dinero, hecho de por sí reprochable, pues se puede inferir que es por realizar alguna acción favorable para quien le dio el dinero.

Quinto. Para la configuración del delito de cohecho propio imputado igualmente a los encausados [...], se requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional ilegal —infracción de deberes funcionales—, en consecuencia, debe probarse que el agente solicitó o aceptó dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido, supuestos típicos que no se dan en el presente caso al no existir probanza alguna que compruebe aquello, por lo que al no haberse destruido la presunción de inocencia en este extremo es procedente absolverlos.

En el R. N. N.º 1923-2012 Piura, de 15 de enero del 2013, la Sala Penal Transitoria señaló que los miembros de un consejo universitario cometen cohecho pasivo cuando proporcionan las claves de las respuestas del examen de admisión, lo que, naturalmente, presupone una contraprestación en forma de donativos, promesas o dinero:

Segundo. Que, según los cargos materia de la acusación fiscal [...], el 6 de abril del 2008 se realizó en el campus de la universidad [...] el tercer examen de admisión del Instituto de Enseñanza Preuniversitaria de dicha casa de estudios, [...] ocasión en que se detectó que un postulante ocultaba una copia con las claves numeradas de las respuestas del examen. La investigación determinó que el encausado y alumno ALG, integrante del Consejo Universitario, se puso de acuerdo con el aludido postulante para proporcionarle las claves de las respuestas del mismo, para lo cual intervino el alumno consejero integrante de la Sub Comisión de Elaboración de Examen, GCA, contando además con la participación de VAT y CHV —también integrantes del Consejo Universitario y miembros de la Sub Comisión de Supervisión de examen— para consolidar la realización de los hechos. Tercero. Que el concepto penal de funcionario público es amplio. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado. [...] Los imputados ALG y GCA, así como CHV y VAT eran miembros del Consejo Universitario —art. 31 de la Ley Universitaria N.º 23733, que determina la integración del Consejo Universitario y su condición de órgano de gobierno universitario; y, en el caso concreto, desarrollaban funciones públicas con relación al examen de admisión de una universidad nacional—, que es un organismo del Estado, pese a lo cual vulneraron sus deberes institucionales mediante el pago de dinero y de este modo trataron de garantizar ilícitamente el ingreso a la Universidad Nacional de Piura, proporcionando a determinados postulantes las claves de las respuestas —art. 425, inciso 3, del Código Penal—. Cabe puntualizar que los imputados VAT y CHV, en concierto con ALG y GCA, intervinieron para consolidar esa conducta delictiva: venta de respuesta de un examen de admisión de la universidad agravada. Cuarto.

[...] En todos estos casos, la relación de los acusados con el ejercicio de funciones públicas y su deber de protección con el objeto jurídico del delito de cohecho los vincula con el delito en cuestión como sujetos activos.

En el R. N. N.º 2081-2012 Lima Norte, de 22 de enero del 2013, la Sala Penal Permanente hace una precisión interesante respecto de quiénes pueden ser considerados sujetos pasivos en el delito de cohecho, argumentando que no pueden considerarse como agraviados a las personas a las que se les solicita dinero.

Segundo, Que, según la acusación fiscal [...], se atribuye a los encausados E. M. C. U. y C. M. T. M., haberse coludido con la finalidad de solicitar dinero a los agraviados F. T. S. y C. T. S., a cambio de faltar a sus obligaciones, por cuanto, después, de una cuestionada intervención a los mismos, por posesión de droga, les solicitaron la suma de un mil nuevos soles a fin de no dar cuenta a la dependencia policial respectiva, finalmente fueron intervenidos en un operativo cuando recibían parte del dinero de los familiares de los agraviados [...]. Noveno. Que, conforme a lo solicitado por el señor Fiscal Supremo en lo penal [...], en este tipo de delitos el sujeto pasivo está constituido por el Estado en su condición de titular de todas las actuaciones que toman lugar en los diversos estamentos de la Administración pública; por tanto, al haberse considerado también como agraviados a F.T. S. y C. T. S., debe enmendarse dicha situación. *Décimo. Que, con respecto a la reparación civil, este Supremo Tribunal considera que aun siendo el agraviado únicamente el Estado, conforme a lo expuesto en el considerando anterior, el monto fijado por dicho concepto está conforme a ley, si se tiene en cuenta el grave daño irrogado a una institución del Estado como lo es la Policía Nacional del Perú, la cual tiene como finalidad brindar seguridad a los habitantes de la comunidad y conductas delictivas como la desplegada por los encausados no pueden dañar dicha labor ni la imagen de dicha institución. Por estos fundamentos: declararon NULA la sentencia [...], en el extremo que consideró a F. T. S. y C. T. S. como agraviados, en el proceso seguido contra E. M. C. U. y C. M. T. M. por delito cometido por funcionario público-corrupción de funcionarios en la modalidad de cohecho pasivo propio.*

LEGISLACIÓN COMPARADA

Argentina

Artículo 256.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 577.- Cohecho pasivo propio

1. El funcionario o servidor público que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del art. 42.
2. El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o consecuencia de haber faltado a ellas es reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor doce años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del art. 42.
3. El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o emplea a la entrega o promesa de donativo o ventaja es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de catorce e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del art. 42.

CAPÍTULO XXIX

SOBORNO INTERNACIONAL PASIVO

Artículo 393-A.- Soborno internacional pasivo²⁰¹

El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

*** Artículo modificado por el D. Leg. N.º 1264, publicado el 11 de diciembre del 2016.**

201 Historial legal:

“Artículo 393-A.- Soborno internacional pasivo

El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años”

(Artículo incorporado por la Ley N.º 29703, publicada el 10 de junio del 2011).

“Artículo 393-A.- Soborno internacional pasivo

El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”

(Artículo modificado por la Ley N.º 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013).

“Artículo 393-A.- Soborno internacional pasivo

“El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”

(Artículo modificado por el D. Leg. N.º 1243, publicado el 22 de octubre del 2016).

En este apartado explicaremos la naturaleza de la conducta de soborno transnacional y su relación con el derecho internacional penal, la recepción en el sistema jurídico peruano y su justificación desde una política criminal contra la corrupción.

1. ANTECEDENTES

El desarrollo de la economía mundial y la globalización han permitido que se abran grandes posibilidades de inversión en diversos países. Esto ha generado un escenario de corrupción más amplio, en los que intervienen empresas extranjeras y funcionarios corruptos, con la finalidad de beneficiarse con contratos de inversión en áreas diversas, energía, infraestructura, comercio, etc.

Según Transparencia Internacional, que publica todos los años un índice sobre los países cuyas empresas son más propensas a pagar sobornos a funcionarios extranjeros, en el 2011 las empresas de China, Rusia y México se posicionaron en los últimos lugares como las empresas que pagan sobornos a funcionarios extranjeros, mientras que las empresas de Países Bajos y Suiza, son las menos propensas a estos actos ilegales.

En épocas recientes tenemos el escándalo de Walmart de sobornos en México²⁰², a esta compañía no solo se le imputa que violó la legislación mexicana, sino también la Foreign Corrupt Practices Act estadounidense. Aquí están involucrados los partidos Revolucionario Institucional (PRI), Revolución Democrática (PRD) y el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), que presuntamente recibieron 2.1 millones de pesos por parte de la cadena de supermercados para obtener permisos y facilitar la apertura de tiendas, como las de Teotihuacán, en el estado de México. Otro caso es llevado por el Departamento de Justicia de los EE. UU., que investiga a la empresa Hewlett Packard por el probable pago de 10.9 millones de dólares en sobornos, entre el 2004 y 2005, al procurador general de Rusia para obtener una licitación pública.

Por conductas prohibidas ha tenido que responder a la justicia estadounidense Siemens AG, que sobornó en Argentina a funcionarios para ganar una licitación de impresión de documentos de identidad en 1996. Como consecuencia de una investigación realizada en los Estados Unidos que hacía peligrar

202 REDACCIÓN ARISTEGUI NOTICIAS, "Walmart-México pagó 2.1 mdp en sobornos al PRI, PRD e INAH: congresistas EU", en *Aristegui Noticias*, Ciudad de México: 10 de enero del 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/3nu7Yng>>.

sus negocios en ese país, Siemens AG reconoció en el 2008 que había realizado los referidos pagos ilegales e identificó a algunos de sus receptores, incluyendo al expresidente Carlos Saúl Menem y a su ministro del Interior Carlos Corach, ambos del Partido Justicialista. Los involucrados, como es obvio, negaron haber recibido los sobornos. Siemens AG tuvo que reconocer que esos pagos eran una práctica generalizada de soborno de funcionarios, pues lo había estado haciendo en otros países y con relación a casi trescientos contratos.

Halliburton es una corporación estadounidense de Texas dedicada a la prestación de servicios en yacimientos petroleros. Actualmente, desempeña su actividad en más de setenta países y posee cerca de trescientas empresas subsidiarias, afiliadas, sucursales, marcas y divisiones en todo el mundo. Además de sobrefacturación en Irak y corruptelas en Kuwait, afronta una denuncia que involucra a Richard Cheney²⁰³, exvicepresidente en la Administración George W. Bush. Cuando era CEO²⁰⁴ del grupo, habría pagado sobornos en Nigeria, uno de los países más corruptos a nivel mundial.

Monsanto es una empresa que provee productos químicos para la agricultura, como herbicidas, insecticidas y transgénicos. Su historia no es muy santa, pues, si bien es una empresa que opera desde inicios del siglo xx, fue contratada, junto con otras empresas químicas, por el gobierno norteamericano a fin de producir un herbicida llamado “agente naranja” para destruir la selva y las cosechas durante la Guerra de Vietnam, con lo cual se privó a los vietnamitas de alimentos y vegetación. Este químico provocó 400 000 mil víctimas y nacimientos posteriores de niños con malformaciones y cáncer.

Ante una investigación federal, Monsanto tuvo que admitir que un alto directivo de la empresa ordenó a una compañía consultora indonesia dar un soborno de USD 50 000 a un funcionario del Ministerio del Medio Ambiente de Indonesia en el 2002, con la finalidad de evitar la evaluación del impacto ambiental sobre su algodón genéticamente modificado. El soborno fue disfrazado con una factura como “costos de consultoría”.

Avon Products Inc., la empresa de cosméticos, es investigada por la Comisión de Valores y Bolsa y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, por violaciones de la Foreign Corrupt Practices Act, por haber pagado en China

203 Conocido también como “Dick” Cheney, es considerado como el vicepresidente más poderoso que haya existido en un gobierno de la Casa Blanca.

204 El *chief executive officer* es la máxima autoridad en gestión y administrativa de una corporación

a funcionarios que levantaron una prohibición de las ventas directas en el 2006 y Avon fue una de las primeras empresas en obtener una licencia para vender los productos directamente a los consumidores, lo que es el factor clave de su modelo de negocio. Actualmente, está negociando el pago de una multa que podría ascender a 132 millones de dólares²⁰⁵.

Estos casos nos plantean la necesidad de punir el comportamiento de las empresas que sobornan a funcionarios públicos en los países que operan.

2. POLÍTICA CRIMINAL, DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y TRATADOS

A diferencia del derecho penal internacional, que tiene como sistema de fuentes los tratados internacionales y el derecho consuetudinario, el *jus cogens* o la cláusula Martens, y sanciona los crímenes contra la seguridad, paz y bienestar²⁰⁶ de la humanidad, como genocidio, lesa humanidad, contra la paz y contra el derecho humanitario; el derecho internacional penal²⁰⁷ tiene como sus fuentes los tratados y las leyes nacionales; y aborda delitos que pueden ir desde el terrorismo, tráfico de drogas, criminalidad organizada, entre otros con características transnacionales. También se le da la denominación de “crímenes de trascendencia internacional”, respecto de los cuales el derecho internacional impondría únicamente obligaciones de implementación de la penalización de determinadas conductas conforme al derecho interno de cada Estado²⁰⁸.

Esto nos trae las siguientes interrogantes: 1) ¿hay necesidad de definir la política criminal teniendo como sustento la etiología de la corrupción transnacional?, 2) ¿es posible que los tratados internacionales sean la base para una política criminal internacional?

La relación entre criminología y política criminal tiene que ver con el acercamiento de lo empírico a la voluntad del legislador. SOLÍS ESPINOZA afirma que para lograr que la legislación penal cumpla funciones preventivas de la criminalidad debe recurrir a fuentes sólidas y realistas, que, como hemos visto,

205 BLOOMBERG, “Avon gastaría 132 mdd en investigaciones por soborno”, en *El Financiero*, Ciudad de México: 16 de febrero del 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/3tyXJiw>>.

206 WERLE, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 82.

207 MEJÍA AZUERO, Jean Carlo, “Diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho internacional pena”, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, n.º 22, Bogotá: julio-diciembre del 2008. Recuperado de <<https://bit.ly/2Xc3IO8>>.

208 MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “La política criminal de los tratados internacionales”, en *Gaceta Procesal & Procesal Penal*, n.º 25, Lima: julio del 2011, p. 357.

solo las pueden dar la investigación criminológica de cada realidad social. De este modo, para que la política criminal adquiriera rigor y solidez, debe partir de los conocimientos criminológicos que pueden dar indicios más objetivos de los factores de la criminalidad²⁰⁹. Esto nos permite responder afirmativamente la primera pregunta, pues una política criminal sin basamento empírico solo nos puede llevar al fracaso de esta, y más tratándose de políticos que en el Parlamento legislan demagógicamente para ganarse a la opinión ciudadana. Esta necesidad de estudios criminológicos a nivel internacional debe servir de fundamento para los tratados que, como respuesta a la segunda interrogante, deben servir de base para una política criminal internacional.

Si en una primera concepción, la política criminal es diseñada a partir del Estado, y concretamente por el Poder Legislativo, en el ámbito internacional esta puede construirse a través de los acuerdos entre los Estados que se concretan en tratados o convenciones internacionales. MILITELLO, al reflexionar sobre este tópico en la Unión Europea, afirma:

A tal propósito se muestra particularmente significativa la precisa asunción de responsabilidad en el campo de la política criminal, que se registra en el último decenio por parte de las instituciones europeas, en un primer momento con documentos programáticos y después con intervenciones destinadas a estimular respuestas adecuadas de los Estados miembros. Y se muestran las “acciones comunes” que el Consejo Europeo ha adoptado a finales de 1998 en tema de lucha a los beneficios del delito, de extensión de la punibilidad a la corrupción en el sector privado, y, sobre todo, de punibilidad de la participación en una asociación criminal²¹⁰.

En esta afirmación se reconoce que la política criminal también tiene una fuente de producción en las asociaciones internacionales conformadas por los Estados parte, y en un derecho escrito que se plasma en los tratados. La repercusión, generalmente desde una perspectiva dualista en los sistemas nacionales, se da a través de procedimientos de transposición o de cumplimiento de obligaciones internacionales de diversa intensidad²¹¹. Allí radica la trascendencia

209 SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, *Criminología. Panorama contemporáneo*, Lima: Eddili, 1984, p. 64.

210 MILITELLO, Vincenzo, *Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca: Universidad Castilla de La Mancha, 2003, p. 56.

211 Se reconoce que estas normas no son autoejecutables *Self execution*. Vid. MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “La política criminal de los tratados internacionales”, art. cit, p. 358.

de instrumentos contra la corrupción como el de las Naciones Unidas, OEA o de OCDE.

3. ANTECEDENTE DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN: LA LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO DE LOS ESTADOS UNIDOS

El fenómeno de los sobornos a funcionarios extranjeros no es de data reciente, ya que en la década de los setenta, durante la investigación *watergate*, una comisión del Congreso norteamericano descubrió más de trescientos sobornos que habían sido pagados por empresas estadounidenses a funcionarios de países foráneos. La administración del presidente Jimmy Carter promovió una ley para sancionar estas conductas. En 1977 se aprobó en el Congreso la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Esta ley tiene dos grupos de disposiciones:

- Las disposiciones anticorrupción a cargo del Departamento de Justicia.
- Las disposiciones contables a cargo de la Comisión de Valores.

Existen tres tipos de entidades a quienes se les prohíbe hacer pagos indebidos:

3.1. Empresas locales

Son las compañías que tienen valores registrados en los Estados Unidos y que deben consignar informes a la Comisión de Valores.

3.2. Empresa y ciudadanos extranjeros

También pueden tener responsabilidad legal sobre cualquier acto que promueva un pago corrupto dentro de los Estados Unidos. Las empresas y ciudadanos extranjeros no son responsables de actos cometidos fuera de los EE. UU.

3.3. Terceros y agentes

Los terceros o agentes que actúen en nombre de una entidad emisora o empresa o ciudadano extranjero tienen responsabilidad legal bajo los mismos términos que la entidad emisora, que les delegó representación.

Las conductas prohibidas y sancionadas son las siguientes:

Será ilegal para cualquier empresa local que tenga una clase de títulos registrada de acuerdo con la sección 781 de este título o al cual se le requiere registrar informes bajo la sección 780 (d) de este título, o para cualquier funcionario, director, empleado o agente de ese emisor o sus accionistas, actuando en nombre del emisor, hacer uso del correo u otros medios o conductos de comercio interestatal a fin de promover corruptamente el ofrecimiento, pago, promesa de pago o autorización de pago de cualquier moneda, u ofrecimientos, regalos promesas de entrega o autorización de entrega de cualquier cosa de valor a:

1. Cualquier funcionario público extranjero con el propósito de:
 - A) (i) influir sobre cualquier acto o decisión de tal funcionario extranjero en el ejercicio de su competencia oficial, o (ii) inducir a tal funcionario extranjero a hacer u omitir cualquier acto en violación de los deberes legales de tal funcionario, o
 - B) inducir a tal funcionario extranjero a usar su influencia con un gobierno u organismo extranjero a fin de modificar o influir sobre cualquier acto o decisión de tal gobierno u organismo, a fin de ayudar al citado emisor a obtener o conservar un negocio o dirigir un negocio hacia cualquier persona;
2. Cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o cualquier candidato para un cargo político extranjero con el propósito de:
 - A) (i) influir sobre cualquier acto o decisión propios de la competencia oficial de tal partido, funcionario o candidato, o (ii) inducir a tal partido, funcionario o candidato a hacer u omitir cualquier acto en violación de los deberes legales de tal partido, funcionario o candidato,
 - B) inducir a tal partido, funcionario o candidato a usar su influencia con un gobierno u organismo extranjero para afectar o influir sobre cualquier acto o decisión de tal gobierno u organismo, a fin de ayudar al citado emisor a obtener o conservar un negocio o dirigir un negocio hacia cualquier persona;

El acceso a la función pública se hace por dos vías, los concursos de méritos y los cargos de confianza a propuesta de los representantes de los partidos que han ganado la elección para dirigir los entes estatales, gobiernos regionales, municipalidades. Lo ideal es que esos cuadros partidarios propuestos tengan capacidad para realizar la función pública, pero esto no siempre es así. Entonces, la vía indirecta para llegar a los funcionarios son los partidos políticos que en muchos casos, bajo el pretexto de aportes para campañas, se convierten en instrumentos de corrupción. De allí que la FCPA considere un acto de corrupción a la entrega de dádivas a los dirigentes de los partidos políticos que impliquen decisiones para favorecerlos en negocios con Estados extranjeros. No solo está

prohibida la entrega de beneficios o dádivas a los partidos que ya están gobernando, sino a candidatos que potencialmente pueden llegar al poder. Esto trae la necesidad de controlar los aportes de campaña, máxime si en el país se ha detectado financiamiento de partidos políticos por organizaciones dedicadas al narcotráfico, lo que ha generado el fenómeno denominado narcopolítica. Los estadounidenses con la FCPA, por propia experiencia, estiman que los partidos pueden ser utilizados para actos de corrupción, por lo que sancionan las conductas de ofrecimientos de beneficios a aquellos.

La FCPA sanciona también a aquellas personas que conocen que todo o una parte del dinero será entregado a funcionarios, partidos o miembros de este, o candidato, con el propósito de obtener una decisión favorable en un negocio. El conocer sin adoptar una actitud de denuncia es sancionado. Estamos frente a una suerte de encubrimiento.

3. Cualquier persona, mientras esa persona sepa que todo o una parte del dinero o las cosas de valor serán ofrecidas, entregadas o prometidas, directa o indirectamente, a cualquier funcionario extranjero, a cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o a cualquier candidato para un cargo político extranjero, con el propósito de:
 - A) (i) influir sobre cualquier acto o decisión propios de la competencia oficial de tal funcionario extranjero, partido político, funcionario del partido o candidato, (ii) inducir a tal funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato a hacer u omitir cualquier acto en violación de los deberes legales de tal funcionario extranjero, partido político, funcionario del partido o candidato, o
 - B) inducir a tal funcionario extranjero, partido político, funcionario del partido o candidato a usar su influencia con un gobierno o con un organismo extranjero para afectar o influir sobre cualquier acto o decisión de tal gobierno u organismo, a fin de ayudar al citado emisor a obtener o conservar un negocio o dirigir un negocio hacia cualquier persona.

Frente a la imputación de prácticas corruptas, las empresas norteamericanas han ensayado como estrategia de defensa que más bien ellas son las víctimas de funcionarios corruptos que las han extorsionado, una suerte de concusión en su contra, y que por ello no les quedaba otra alternativa más que realizar el pago. Hasta antes de la FCPA, los pagos eran declarados ante el fisco norteamericano para la correspondiente deducción de impuestos.

Por último, un aspecto que nos parece ilustrativo del carácter contradictorio de esta ley es la excepción siguiente:

C) (b) Excepción para actos administrativos de rutina

La subsección (a) de esta sección no será aplicable a las autorizaciones o expediciones de pagos que sean hechos a un funcionario extranjero, partido político extranjero o funcionario de ese partido con el propósito de acelerar o asegurar la realización de actos administrativos de rutina por parte de un funcionario, partido político o funcionario de un partido político extranjero.

Podemos ver que, si bien hay conductas prohibidas señaladas con bastante claridad, se establece la excepción para los actos administrativos de rutina²¹², que se diferencian de los actos de decisión. Por ejemplo, si ya se realizó la prestación y hay demora en el pago, se faculta a las empresas para que puedan dar dinero a los funcionarios que tienen a su cargo el trámite. Esta figura en el Perú, por ejemplo, cae dentro de la figura del cohecho impropio, es decir cuando un funcionario recibe un soborno para cumplir con sus obligaciones. Aquí, se puede apreciar la doble moral de este instrumento de los Estados Unidos, que si bien sanciona los sobornos vinculados a la toma de decisiones, no los acepta cuando se trata de lo que eufemísticamente denominan “actos administrativos de rutina”, lo que son, a nuestro entender, simples actos de corrupción, siendo indiferente si ya se tomó la decisión principal sobre el negocio internacional.

3.4. Sanciones a los infractores

La FCPA ha previsto sanciones penales y pecuniarias, así como indemnizaciones. Solo recordemos las multas que actualmente negocia Avon con el

212 El término “acción administrativa de rutina” significa una única acción que ordinaria y comúnmente fue llevada a cabo por un funcionario extranjero para: “(i) obtener permisos, licencias u otros documentos oficiales para calificar a una persona para hacer negocios en el país extranjero; (ii) procesar papeles gubernamentales, tales como visas y órdenes de trabajo (iii) proveer protección policial, correo y entregas aceleradas u horarios de inspecciones vinculadas con la realización de contratos o bien inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes a través del país; (iv) proveer servicio de teléfono, energía eléctrica y servicios de agua, cargas o descargas o protección de productos perecederos o mercancías que puedan deteriorarse, o (v) acciones de similar naturaleza”

El término “acción administrativa de rutina” “no incluye ninguna decisión adoptada por un funcionario extranjero si esos términos implican otorgar un nuevo negocio o continuar negocios con un particular o cualquier acción adoptada por el funcionario extranjero involucra en el proceso de decisión promover una decisión para otorgar un nuevo negocio o continuar negocios con un particular”.

procurador federal de los EE. UU. Las multas, según los casos que hemos vistos, pueden ser objeto de acumulación con penas privativas de libertad en los casos de personas individuales. Cuando se trata de personas jurídicas, estas responden con multas y penalidades civiles.

(g) Penalidades

- 1.A) Cualquier empresa local que violare la subsección (a) de esta sección será multada hasta un máximo de \$ 2.000.000.
- B) Cualquier empresa local que violare la subsección (a) de esta sección quedará sujeta a una penalidad civil hasta un máximo de \$ 10.000 que será impuesta mediante una acción promovida por el procurador general.
- 2.A) Cualquier oficial o director de una empresa local o un accionista actuando en nombre de tal empresa local que deliberadamente violare la subsección (a) de esta sección, recibirá una sanción de multa hasta un máximo de \$ 100.000 o una pena de prisión de hasta 5 años, o ambas. B) Cualquier empleado o agente de una empresa local que sea ciudadano de los Estados Unidos, nacional, residente o que de cualquier manera esté sujeto a la jurisdicción de los Estados Unidos (que no sean funcionarios, directores o accionistas actuando en nombre de la empresa local) que deliberadamente violare la subsección (a) de esta sección, recibirá una sanción de multa hasta un máximo de \$ 100.000 o una pena de prisión de hasta 5 años, o ambas.
- C) Cualquier funcionario, director, empleado o agente de una empresa local, o un accionista actuando en nombre de tal empresa local que violare la subsección (a) de esta sección recibirá una penalidad civil de no más de \$ 10.000 que será impuesta en una acción promovida por el procurador general.
3. Cuando sea impuesta una multa bajo el párrafo (2) contra cualquier funcionario, director, empleado, agente, o accionista de una empresa local, tal multa no será pagada, directa ni indirectamente, por la empresa local.

En cuanto al pago, este es realizado directamente por la persona multada, pues el párrafo tercero prohíbe que sea asumido por la persona jurídica donde ha intervenido como accionista, gerente o apoderado. La idea es evitar que los corruptores tengan la posibilidad, si son descubiertos, que sea la empresa (beneficiaria de la práctica corrupta) la que asuma las responsabilidades de carácter civil. Deben responder con su patrimonio personal.

4. CONVENIO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES (OCDE 1997)

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es una institución de cooperación internacional compuesta por 34 Estados cuya finalidad es coordinar sus políticas económicas y sociales. La OCDE fue fundada en 1960 y su sede central se encuentra en París (Francia).

En la OCDE, los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de coadyuvar en su crecimiento económico y colaborar en su desarrollo con los países no miembros. La OCDE agrupa a países que suministran al mundo el 70 % del mercado mundial y representan el 80 % del PNB mundial. De América Latina, el único país parte es Chile. A Perú le falta cerrar dos brechas para poder ser considerado miembro de la OCDE: la institucionalidad y la provisión de servicios. El impacto de su ingreso sería el convertirse en un imán para las inversionistas que buscan una seguridad jurídica para sus capitales, y el potenciamiento de nuestra economía.

La brecha de fortalecimiento de la institucionalidad, como la estabilidad política, control de corrupción, estiman los analistas, requerirá una solución de largo plazo.

Asimismo, las tareas que el país tiene pendientes para su ingreso a la OCDE son darle mayor valor agregado a la manufactura, fuentes de agua mejorada, incremento del PBI per cápita, provisión de servicios como electricidad y agua; infraestructura portuaria, mejora de las exportaciones de bienes, servicios, carreteras.

Según el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (Ceplan), el país podría resolver en el corto plazo los problemas de valor agregado de la manufactura y las fuentes de agua mejorables, mientras que en el mediano se solucionarían las referidas al incremento del PBI per cápita y la provisión de servicios como electricidad y agua. La tarea es ardua y depende de que la clase política mantenga al país en una dirección de crecimiento sostenido y fortalecimiento institucional.

4.1. Fundamentos del convenio

Del preámbulo de este convenio, firmado en París en 1997, podemos extraer los bienes jurídicos que buscan ser tutelados.

La OCDE considera que la corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos 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.

4.2. Buen gobierno = correcto funcionamiento de la Administración pública

Este aspecto es coincidente en la doctrina; sin embargo, para algunos como KINDHAUSER el concepto de capacidad de funcionamiento de la Administración pública resulta, a su vez, demasiado amplio para abarcar de forma exacta el bien jurídico específico de los delitos de corrupción. Por ejemplo, a la capacidad de funcionamiento de la policía pertenece también un equipamiento técnico que le permita una eficiente defensa ante los peligros y una eficiente persecución penal. Por lo tanto, los delitos de corrupción protegen solamente un sector de la Administración pública, a saber, aquel que tiene por objeto el ejercicio jurídico-público del poder de decisión²¹³. No es que quien no tenga poder de decisión no pueda cometer delitos, pero puede encuadrarse en otros como el delito de tráfico de influencias o el de estafa.

4.3. Desarrollo económico

Es la capacidad de los países para crear riqueza y mantener el bienestar económico y social de sus ciudadanos. La calificación de países desarrollados tiene que ver con los avances en la economía a la que han llegado los países, mientras que los países pobres son calificados como en “vías de desarrollo”, como lo es el Perú. Este camino hacia el crecimiento económico es enturbiado por prácticas corruptas y, con ello, se erige como un bien de tutela jurídica.

4.4. Las condiciones competitivas internacionales o competencia leal

ROSE-ACKERMAN, estudiosa del fenómeno de la corrupción, indica que los incentivos surgen en los puntos de contacto entre el sector público y el sector privado, cuando los funcionarios públicos tienen el monopolio sobre la distribución de un valioso beneficio en tal área. El impacto de la corrupción no depende, solamente, de la magnitud del soborno, sino también de los efectos

213 KINDHÄUSER, Urs, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en *Política Criminal*, N.º 3, Talca: julio del 2007, p. 5.

distorsionantes de los sobornos sobre la economía. Las más usuales invitaciones a la corrupción aparecen cuando el Estado es un comprador de bienes y servicios, o un proveedor de beneficios limitados. También son comunes los pagos para evitar los costos de la regulación estatal, para reducir las cargas impositivas o aduanales y para agilizar los servicios²¹⁴. Las empresas que tienen acceso directo a los centros de decisión de manera ilegal ya no compiten bajo reglas de igualdad con las otras, lo que afecta la leal competencia. Consideramos que es el bien jurídico de real tutela de los países que tienen el mayor peso en la economía.

Los países firmantes de la Convención de la OCDE están sujetos a cuatro ejes temáticos:

- *Penal*: la convención establece la obligación de definir el soborno como delito y castigar el acto de soborno para obtener negocios internacionales.
- *Contable y financiero*: enumera una serie de recomendaciones a las empresas para prevenir el encubrimiento de ciertos gastos en sus estados contables, pues es usual encubrirlos como “costos” e incluso para la deducción de impuestos.
- *Asistencia legal mutua*: como se usan canales financieros internacionales para ocultar o realizar el cohecho internacional, la convención obliga al apoyo legal mutuo entre países y al intercambio de información en la línea de cooperación o asistencia judicial. Establece además reglas sobre la extradición.
- *Lavado de dinero*: se podrá aplicar la legislación relativa al lavado de dinero si se detecta el pago de un soborno en transacciones comerciales internacionales. Se sancionan los actos de lavado o blanqueo de dinero en las modalidades usuales como son la colocación, intercalación e integración, pero teniendo como delito previo o fuente el soborno.

4.5. Convención Interamericana contra la Corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y en ella se estableció como obligación de los Estados parte adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción y para facilitar la cooperación entre ellos. En

214 ROSE-ACKERMAN, Susan, “¿Una administración reducida significa una administración más limpia?”, en *Nueva Sociedad*, N.º 145, Caracas: septiembre-octubre de 1996, p. 1.

esta línea, la convención trae una propuesta de tipificación del delito de soborno transnacional en estos términos:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados parte que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, *en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.*

Observamos la exigencia de tipificar los actos de corrupción o, en su defecto, brindar asistencia o cooperación en la medida que lo permitan las leyes nacionales. Uno de los requisitos tradicionales de la extradición que es una forma de cooperación, es la doble incriminación por lo que existe la obligación de tipificar. Aunque la convención estima que aun cuando no haya tipificación nacional dentro de los límites que la legislación lo permita se puede realizar asistencia o cooperación entre los Estados parte, obviamente estos aspectos, así no haya tipificación, tienen que limitarse al envío de información o de asistencia en actos de investigación.

4.6. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Esta Convención fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre del 2003 y entró en vigor en diciembre del 2005. En el preámbulo se hace un recuento de todos los instrumentos internacionales sobre la lucha contra la corrupción y sus antecedentes como las normas emitidas por la OCDE y la OEA.

La finalidad de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es:

- a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;

- b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
- c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

También trae consigo una propuesta de tipificación del delito de soborno transnacional:

Artículo 167.- Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas

1. Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.
2. Cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Podemos observar que la convención recoge el núcleo central del delito de soborno transnacional, es decir, sanciona al sujeto activo que otorga dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas a funcionarios extranjeros para obtener una decisión en el ámbito de los negocios internacionales, con lo que atenta la libre competencia, y participa en una posición de ventaja en detrimento de sus competidores.

LEGISLACIÓN COMPARADA

España

Artículo 445. - Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos u promesas, corrompieren o intentasen corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con penas previstas en el art. 423.

El sujeto activo o el agente de este delito son los nacionales españoles que corrompen a funcionarios públicos o de organizaciones internacionales para obtener un contrato o conservarlo. Es un tipo eminentemente doloso.

La inclusión de este tipo penal se dio bajo la influencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Ley N.º 412 de 1997, que establece en el art. 433 lo siguiente:

Colombia

El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que este realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de seis a diez años y multa de cincuenta a cien salarios mínimos mensuales vigentes.

El sujeto activo en esta tipificación no solo es el nacional, sino también quien no siendo colombiano reside habitualmente en dicho país. Este delito tiene una concepción amplia del agente corruptor.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 581. - Cohecho pasivo internacional

El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para tercero a fin de realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales o en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

CAPÍTULO XXX

COHECHO PASIVO IMPROPIO

Artículo 394.- Cohecho pasivo impropio²¹⁵

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

*** Artículo modificado por el D. Leg. N.° 1264, publicado el 11 de diciembre del 2016.**

215 Historial legal:

“Artículo 394.- Cohecho impropio

El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años (1991)”.

“Artículo 394.- Cohecho pasivo impropio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código Penal” (Artículo modificado por la Ley N.° 28355, publicada el 6 de octubre del 2004).

“Artículo 394.- Cohecho pasivo impropio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”

(Artículo modificado por la Ley N.° 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013).

En el R. N. N.° 4130-2008 Santa, de 29 de enero del 2010, la Sala Penal Transitoria argumenta que para se configure el delito de cohecho pasivo impropio no es necesario que el receptor acceda o entregue lo solicitado, solo basta la promesa de que el donativo o ventaja se hará efectivo en un futuro determinado:

Tercero. El delito de cohecho pasivo impropio [...] es un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado [...] consiste en el correcto funcionamiento de la Administración pública, entendiéndose por solicitar al “acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de oficio”, no siendo necesario para que se configure el delito que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que, como se ha dicho, puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones; [...] “el comportamiento activo de solicitar, el delito se consuma con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o la ventaja”, por lo que esta modalidad delictiva no admite la tentativa.

En el R. N. N.° 05-02-2008 Lima, de 4 de mayo del 2009, se indica que la actual redacción del delito de cohecho pasivo impropio ha incorporado el denominado cohecho pasivo subsecuente, donde se recibe la dádiva con posterioridad a un acto ya realizado a favor de quien corrompe.

Cuarto. La actual y reformada redacción del cohecho pasivo impropio a diferencia de su versión original, además de desdoblarse el tipo penal en dos modalidades de cohecho pasivo impropio, mediante aceptación y solicitud directa o indirecta [...] incorpora el cohecho pasivo subsecuente (o como consecuencia del ya realizado) que no registraba el diseño original de 1991: se amplía el acto propio del cargo para incluir el acto de empleo; se utiliza al igual que en el cohecho pasivo propio la expresión directa o indirectamente, con la cual expresamente se trata de cubrir todas las posibilidades de comisión; no se regula el cohecho mediante condicionamiento; la pena privativa de la libertad ha sido incrementada ostensiblemente; y la pena de inhabilitación ha sido regulada expresamente en el tipo penal con remisión al art. 36 del Código Penal [...].

En el R. N. N.° 1781-2010 Lima Norte, de 11 de marzo del 2011, emitido por la Sala Penal Transitoria, se argumentó a favor de la condena de un regidor que había solicitado una suma de dinero al alcalde para votar por él. El “votar” configuraba el elemento “realizar un acto propio de su cargo”. Veamos:

Segundo. Se imputa al encausado [...] regidor de la municipalidad [haber solicitado ilegalmente al alcalde la entrega de 20 mil nuevos soles a fin de que su persona y otros regidores voten a favor [de] la conformación del comité [del vaso de leche], por lo que, ante dicho pedido ilegal, el alcalde [...] denunció los hechos, [montándose una operación de detención a cargo del personal policial y del Ministerio Público y al efectuar el correspondiente registro personal a este regidor se encontró en su poder la suma de dinero solicitada, por lo que fue puesto a disposición de las autoridades correspondientes. [...] Quinto. [...] La exigencia de la probanza del momento exacto en que se realizó este requerimiento ilegal no es, en sí misma, el elemento esencial a dilucidar en el presente juicio, puesto que el comportamiento sujeto a reproche es totalmente verificable con la aceptación del dinero que le fuera incautado, lo que a todas luces prueba que previamente existió una solicitud económica a fin de aprobar la propuesta del alcalde, función que por su condición de regidor en ejercicio era propia de su cargo [...].

LEGISLACIÓN COMPARADA

Paraguay

Artículo 300.- Cohecho pasivo

1. El funcionario que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio a cambio de una contraprestación proveniente de una conducta propia del servicio que haya realizado o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.
2. El juez o árbitro que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio como contraprestación de una resolución u otra actividad judicial que haya realizado o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.
3. En estos casos, será castigada también la tentativa.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 578.- Cohecho pasivo impropio

1. El funcionario o servidor público que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a su obligación o como consecuencia del acto ya realizado es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.
2. El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a su obligación o como consecuencia del acto ya realizado es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor diez años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.

CAPÍTULO XXXI

COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

Artículo 395.- Cohecho pasivo específico²¹⁶

El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de

216 Historial legal:

“Artículo 395.- El juez, árbitro, fiscal o miembro del Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas que se lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años” (1991).

“Artículo 395.- El juez, árbitro, fiscal, miembro del Tribunal Administrativo, perito o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa u otra ventaja, a sabiendas que se lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días de multa.

La inhabilitación que como accesoria de la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito será puesta en conocimiento del Colegio de Abogados del lugar en donde se encuentre inscrito para que la Junta Directiva, bajo responsabilidad, proceda en el plazo de cinco (5) días a suspender la colegiación respectiva”

(Artículo modificado por el D. L. N.° 25489, publicado el 10 de mayo de 1992).

“Artículo 395.- El juez, fiscal, miembro de Tribunal Administrativo, perito o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa u otra ventaja, a sabiendas que se lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del art. 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días de multa.

¡La inhabilitación que como accesoria a la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito será puesta en conocimiento del Colegio de Abogados del lugar en donde se encuentre inscrito para que la Junta Directiva, bajo responsabilidad, proceda en el plazo de cinco (5) días a suspender la colegiación respectiva”

(Artículo modificado por la Ley N.° 26572, publicada el 5 de enero de 1996).

“Corrupción pasiva

Artículo 395.- El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas que es hecha con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa .

quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa*.

* **Artículo modificado por el D. Leg. N.º 1264, publicado el 11 diciembre del 2016.**

1. ALCANCES TÍPICOS

El primer antecedente en nuestra legislación nacional es el Código Penal de 1863. El primer párrafo del art. 175 sancionaba el cohecho pasivo y el segundo párrafo comprendía la sanción cuando el soborno estaba dirigido para ejercer actos de justicia, es decir, estaba dirigido primigeniamente a los jueces.

Con mayor precisión, el art. 351 del Código Penal de 1924 sancionaba al juez que admitía regalos, promesas o cualquier otra ventaja a sabiendas de que se hacían para influir en la resolución o en el fallo de un asunto del que tenía conocimiento, y la sanción era de seis años de prisión, multa e inhabilitación.

La inhabilitación que como accesoria a la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito, será puesta en conocimiento del Colegio respectivo en donde se encuentra inscrito el agente, para que dentro de cinco (5) días proceda a suspender la colegiación respectiva, bajo responsabilidad” (*Artículo modificado por la Ley N.º 26643, publicada el 26 de junio de 1996*).

“Artículo 395.- Cohecho pasivo específico

El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa” (*Artículo modificado por la Ley N.º 28355, publicada el 6 de octubre del 2004*).

Si el donativo aceptado por el juez era para dictar sentencia en un determinado sentido en materia criminal, la pena penitenciaria era no mayor a doce años.

En el art. 395 del Código Penal actual tenemos que se ha ampliado el círculo de sujetos activos extendiéndose a fiscales, árbitros, peritos o miembros de Tribunal Administrativo. La inclusión de peritos se hizo mediante el D. L. N.º 25489 en 1996.

Según la doctrina, el bien jurídico tutelado es la imparcialidad en el desempeño de actividades funcionariales específicas: administración de justicia ordinaria, administrativa o privada. Podemos apreciar que estos funcionarios según su materia adoptan decisiones, el juez falla, el fiscal dictamina, el perito emite también dictamen como experto, el árbitro lauda, y el Tribunal Administrativo se pronuncia sobre controversias puestas en su conocimiento. Una garantía del correcto cumplimiento de sus deberes funcionales es la imparcialidad y la objetividad en su actuación. El cohecho lesiona ese deber de imparcialidad, promoviendo además la inseguridad jurídica.

ROJAS VARGAS²¹⁷, sobre el bien jurídico, refiere que lo que se busca es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo, así como los criterios de objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público. La objetividad es otro elemento que debe preservarse, en tanto que solo los hechos en controversias debidamente analizados son los que constituyen el sustento de una decisión jurisdiccional o administrativa.

El sujeto activo en este delito es un juez o fiscal, árbitro, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia.

El juez es el funcionario público que tiene la facultad de decisión, que proviene de la locución latina *jurisdictio*, y como función tiene una regulación específica en su ley orgánica y en la Ley de la Carrera Judicial N.º 29277. Esta norma en el art. I del título preliminar prescribe que los jueces ejercen sus funciones jurisdiccionales con independencia e imparcialidad, sujetos únicamente a la Constitución y a la ley. Esta última establece que la ética y la probidad son componentes esenciales de los jueces en la carrera judicial, por eso hay una alta

217 ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Nomos & Thesis.

exigencia de la sociedad en el buen comportamiento de los magistrados, por la naturaleza del cargo que ostenta.

Conforme a la Ley de Carrera Judicial hay prohibiciones muy claras como el de aceptar de los litigantes o sus abogados, o por cuenta de ellos, donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria en su favor o en favor de su cónyuge o conviviente y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. De igual manera, existe una prohibición que se aplica en caso de ofrecimiento de publicaciones, viajes o capacitaciones de cualquier institución nacional o internacional que tenga juicio en trámite contra el Estado.

El Ministerio Público, conforme a mandato constitucional y su ley orgánica (D. Leg. N.º 052), es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial. Conduce desde su inicio la investigación del delito. La PNP está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

Al igual que el juez, se le exige al fiscal un comportamiento ético en concordancia con su misión de persecución del delito. El art. 20.d de la Ley Orgánica del Ministerio Público también tiene como prohibición expresa aceptar obsequios o ser instituido heredero.

El perito es un profesional que tiene un saber especializado, por lo que se pronunciará sobre un tema de controversia en el proceso judicial.

En la administración pública existe diversas materias tribunales como Servir, a nivel laboral, o como el Tribunal Fiscal a nivel tributario, conformado por funcionarios que también tienen facultades para decidir recursos impugnatorios, agotando la vía administrativa. Los miembros de estos tribunales pueden ser susceptibles de ser corrompidos.

El árbitro también está comprendido como sujeto activo y forma parte de la jurisdicción excepcional arbitral, tal como lo establece la Constitución y su ley especial (D. Leg. N.º 1071).

El tipo objetivo establece que el sujeto activo, como el juez, fiscal, árbitro, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, que bajo cualquier modalidad acepte o reciba, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será sancionado penalmente.

Apreciamos que hay una situación agravada y que se refleja en la pena cuando el sujeto activo es quien directa o indirectamente solicita a una persona el donativo, promesa, ventaja o beneficio. Es el agente quien activa la relación corruptora con el tercero, mientras que en las otras modalidades debe haber un ofrecimiento previo de un tercero corruptor y el sujeto activo acepta dádiva o la promesa o el beneficio o ventaja.

Entonces, observamos tres verbos del delito de cohecho siendo:

- Aceptar: que es la admisión de recibir un medio corruptor para el futuro, que puede ser de entrega inmediata.
- Recibir: es la recepción o tenencia material de la dádiva, o cualquier ventaja o beneficio.
- Solicitar: se configura cuando el sujeto activo hace el requerimiento ilícito a los interesados.

Los medios corruptores son donativo, promesa, cualquier otra ventaja, beneficio para el sujeto activo de este delito de cohecho.

La modalidad de solicitar tiene mayor reproche. Esta diferencia se refleja en la pena, en el mínimo conminado y en la multa, pues en una la pena es no menor de seis ni mayor de quince años, en la agravada es no menor de ocho ni mayor de quince años, y en la multa en el primer caso es de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa en el otro es trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa. En ambas situaciones se aplica la inhabilitación.

El medio corruptor es para que, afectando el deber de imparcialidad, decidan en favor a lo solicitado por quien entrega el soborno. Debe tratarse de un asunto puesto en su conocimiento o su competencia. Esto hay que entenderlo como sinónimos porque el avocamiento sobre un asunto controversial trae consigo la radicación de la competencia en el sujeto decisor. La Corte Suprema, en el Recurso de Apelación N.º 3-2015 San Martín, ha asumido la postura doctrinal respecto al significado de “asunto” de ROJAS VARGAS²¹⁸:

El contexto del asunto sometido a decisión de los autores observa una extensa amplitud (juicios civiles, penales, administrativos, laborales, etc.). El tipo penal se refiere a la decisión de un asunto que deba de ser tomado por el autor del delito. ‘Un asunto’ alude tanto a la serie de actos que conforman el procedimiento, que pueden incluir resoluciones menores, como decisiones sustantivas: comparecencias, medidas de embargo, mandatos de detención,

218 ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit.

concesión de libertades provisionales apelaciones, inhabilitación, laudos arbitrales, dictámenes periciales, archivamientos de procesos, dictámenes fiscales, decisiones administrativas, resoluciones del tribunal constitucional.

Es un delito de dolo directo, pues el sujeto activo a sabiendas de que quebranta sus roles funcionales acepta, recibe o solicita dádivas u otros por casos que están en su conocimiento o competencia, que es lo mismo.

En la jurisprudencia suprema respecto a la actuación de sujetos activos del delito tenemos el recurso de apelación presentado por un exfiscal, en el Exp. N.º 10-2017 Puno, a quien se le había imputado que el 18 de febrero del 2011 solicitó a José Carlo Limache —hermano de Celestina Carlo Limache— entre treinta a cuarenta mil soles a fin de dejar en libertad a Celestina Carlo Limache —por estar próximos a la audiencia de cesación de prisión preventiva que ella solicitó—, y contra quien se dictó mandato de prisión preventiva y dispuso su internamiento en el Establecimiento Penal de Mujeres de la Provincia de Lampa, en la investigación seguida en su contra, por la presunta comisión del delito de trata de personas. El sentenciado fue grabado solicitando dinero y alegó que había sido en un contexto del proceso especial de terminación anticipada; sin embargo, esto fue rechazado, pues en el audio se hace referencia a una distribución del dinero a varias personas, y no a la parte agraviada.

Respeto de un perito como sujeto activo, en la jurisprudencia suprema tenemos el R. N. N.º 2773-2013 Huánuco, de 16 de enero del 2014, Sala Penal Transitoria, que refiere el caso de un perito que había recibido una dádiva por un dictamen favorable.

Tercero. El segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal propende una extensión de los posibles sujetos activos del delito de cohecho pasivo, comprendiendo también a los peritos y árbitros. En el primer caso, referido a los peritos, lo que interesa destacar es que este debe asumir tal calidad de manera oficial y, en dicha virtud, su aporte es valioso para la norma penal, pues lo que se trata de asegurar es la vigencia del principio de imparcialidad. Aun cuando no decidan directamente el caso sometido a controversia judicial o administrativo, por ser de competencia de un magistrado, fiscal o autoridad competente, su informe debe estar sometido, al principio de objetividad. [...] Quinto. El tipo penal en comentario se consuma con el acto de pedir, pretender, requerir una entrega, ventaja, beneficio o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario público a alguien determinado, con quien se halla vinculado por un acto propio de su oficio. Por lo tanto, el solo requerimiento es objeto de sanción penal, sin necesidad de que la entrega se haya realizado, como lo pretende objetar el procesado. En similar

sentido, debe meritarse el hecho de que se haya o no expedido el dictamen pericial favorable. Por tales razones, los agravios propuestos por el recurrente devienen en inatendibles; pues lo cierto es que está suficientemente probada la solicitud de dinero, a la cual el procesado pretende dar otra connotación, como lo es la ejecución de una pericia de parte, cuando tenía expreso conocimiento que desde meses antes había sido designado como perito por la autoridad fiscal, conforme se infiere del cargo de notificación [...] que data anterior a la fecha en que ocurrieron los hechos.

En esta ejecutoria suprema se puede observar que en el caso de los peritos se trata de preservar su objetividad frente al dictamen sobre algún asunto de controversia que requiere de sus conocimientos especializados. El perito trató de descargar indicando que la solicitud de dinero fue para un peritaje de parte, pero estaba probado que él ya formaba parte de la Fiscalía como perito oficial.

En realidad, como podemos ver, en este delito lo que cambian son los sujetos activos, por lo que bien se pudo hacer una redacción más sintética o introducirlos en los cohechos ya establecidos. El legislador decidió enredarse más.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Argentina

Artículo 257.- Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia,

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 579.- Cohecho pasivo específico

1. El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que, bajo cualquier modalidad, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del art. 42 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.
2. El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que, bajo cualquier modalidad, solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento es reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del art. 42 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días multa.

CAPÍTULO XXXII

COHECHO PASIVO PROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

Artículo 395-A.- Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36.

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36 del Código Penal.

El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 art. 36 del Código Penal.*

*** Artículo incorporado por el D. Leg. N.° 1351, publicado el 7 de enero del 2017.**

1. DESCRIPCIÓN TÍPICA

A la policía nacional, regulada por el D. Leg. N.° 1267, se le define como un órgano de carácter civil al servicio de la ciudadanía, que depende del Ministerio del Interior; con competencia administrativa y operativa para el ejercicio de la función policial en todo el territorio nacional, en el marco de lo previsto en el art. 166 de la Constitución Política del Perú (art. II).

Para el cumplimiento de la función policial, la Policía Nacional del Perú, según el art. III del título preliminar de la Ley de la Policía Nacional del Perú, hace lo siguiente:

- 1) Garantiza, mantiene y restablece el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana.
- 2) Presta protección, y ayuda a las personas y a la comunidad.
- 3) Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado.

- 4) Previene, investiga los delitos y faltas, combate la delincuencia y el crimen organizado.
- 5) Vigila y controla las fronteras.
- 6) Vela por la protección, seguridad y libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades de la población.
- 7) Presta apoyo a las demás instituciones públicas en el ámbito de su competencia.

Según el art. VII del título preliminar de la ley policial, D. Leg. N.º 1267, los principios que guían a la institución policial son:

- 1) Primacía de la persona humana y sus derechos fundamentales: La defensa y protección de la persona humana, el respeto a su dignidad y a las garantías para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, considerando los enfoques de derechos humanos, género e interculturalidad; tienen primacía en el ejercicio de la función policial;
- 2) Unidad de la función policial: La función policial se brinda a través de la Policía Nacional del Perú, como fuerza pública unitaria y cohesionada;
- 3) Unidad de comando: La Policía Nacional del Perú tiene Comando Único;
- 4) Acceso universal a los servicios: Los ciudadanos tienen derecho a acceder de manera gratuita, inmediata, oportuna y eficiente al servicio policial;
- 5) Orientación al ciudadano: La Policía Nacional del Perú orienta su gestión a partir de las necesidades ciudadanas, buscando agregar valor público a través del uso racional de los recursos con los que cuenta y con un estándar de calidad adecuado;
- 6) Transparencia y rendición de cuentas: La Policía Nacional del Perú es transparente en su actuación y promueve la rendición de cuentas de su gestión a la ciudadanía;
- 7) Legalidad: La función policial se brinda en el marco de la Constitución Política del Perú y las demás normas sobre la materia;
- 8) Eficiencia y eficacia: Toda actuación policial procura ser eficiente, eficaz, y se orienta a una permanente optimización de la calidad del servicio policial;
- 9) La articulación de las intervenciones en el territorio nacional: La Policía Nacional del Perú planifica y ejecuta sus acciones operativas y administrativas de manera coordinada y alineadas con las políticas nacionales, sectoriales y los intereses del Estado, gobiernos regionales y locales.

Los valores institucionales que están previstos en el art. VIII del título preliminar del D. Leg. N.º 1267 y que rigen al personal de la Policía Nacional del Perú son los siguientes:

- 1) Honor: Es el valor que asegura su prestigio y reputación; se cultiva mediante el cabal cumplimiento de la función policial, de los deberes ciudadanos y el respeto al prójimo y a sí mismo;
- 2) Honestidad: Actuar en todos los actos de la vida pública y privada con transparencia y verdad;
- 3) Justicia: Actuar con equidad e imparcialidad, fundada en la no discriminación y la protección de la dignidad de las personas, procurando el bien común y el interés general;
- 4) Integridad: El servicio policial demanda la actuación ética, proba y correcta;
- 5) Cortesía: Conducta respetuosa, amable, oportuna, deferente y predispuesta al servicio del ciudadano;
- 6) Disciplina: Acatar consciente y voluntariamente las órdenes impartidas con arreglo a ley, así como la normatividad institucional;
- 7) Patriotismo: Predisposición al sacrificio personal por la patria;
- 8) Pertenencia institucional: Identificación con un colectivo humano unido por lazos institucionales y de compañerismo, basados en valores y buenas prácticas que dignifican la función policial;
- 9) Vocación: Poseer de manera permanente la aptitud y disposición para desempeñar la función policial en beneficio de la comunidad, denotando capacidad para establecer relaciones humanas armoniosas y madurez emocional, así como las condiciones físicas necesarias para el cumplimiento de la labor policial; y,
- 10) Servicio: Servir a la institución policial, cuya doctrina, organización y práctica son propias de la Policía Nacional del Perú, destinada a proteger y garantizar el libre ejercicio de los derechos y las libertades de las personas, prevenir y controlar toda clase de delitos y faltas, así como a mantener la paz interna, la tranquilidad, el orden interno, el orden público y la seguridad ciudadana.

La labor de la Policía Nacional es importante dentro del Estado de derecho y más aún cuando estamos frente a fenómenos que afectan a la seguridad ciudadana, como el crimen callejero o la criminalidad organizada. En ese sentido, la preservación de los valores institucionales es fundamental para el fortalecimiento y vigencia de nuestra policía.

Ver en la prensa que se han detenido efectivos policiales que conforman organizaciones criminales es desalentador y deplorable. De ahí que por cuestiones de política criminal debemos considerar la razón por la que se incluyeron estos tipos penales específicos cuando podían encuadrar en delitos de cohecho activo y pasivo cometido por funcionario público. Esta es una incorporación de esas que ya nos tiene acostumbrado el legislador agregándole una letra más para diferenciar.

El bien jurídico específico tutelado en este delito es la confianza de la ciudadanía en la actuación de la policía nacional.

El sujeto activo es un miembro de la Policía Nacional y los verbos rectores son el aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. La distinción de cohecho propio e impropio es irrelevante porque tenemos la actuación de un agente de la ley que realiza un comportamiento movido por un elemento corruptor.

El efectivo policial es sancionado si acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas. Hemos señalado que el verbo “aceptar” implica que el efectivo policial va a conseguir en un futuro la dádiva o el beneficio mientras que el “recibir” significa que ya tiene en su poder el medio corruptor.

En la segunda modalidad se reprime al policía que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. A diferencia de la anterior, la percepción del donativo o promesa es del propio sujeto activo, y no solo para otros. El policía realiza u omite un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas. Estos comportamientos han estado asociados a la seguridad de tránsito o vial, cuando un efectivo policial solicita al chofer infractor el pago de una coima, por pasarse una luz roja, por no contar con licencia de conducir, o seguro contra accidentes de tránsito, o revisión técnica. Es lo que se ha venido a llamar la microcorrupción, pues los montos no son elevados pero suficientes para erosionar a la institución policial en los que también hay responsabilidad de los que aceptan pagar el soborno. Esto alimenta el imaginario ciudadano con la idea de que cualquier transgresión de tránsito detectada por la Policía Nacional puede ser evadida con una coima. La sanción es pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación.

Una tercera modalidad es cuando el sujeto activo condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio. La sanción es pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación. Esta figura tiende acercarse a la concusión porque el condicionamiento puede darse en un contexto de *vis* compulsiva.

Poner condición implica que para el cumplimiento de sus funciones el sujeto activo debe recibir la dádiva o la promesa de donativo o cualquier otra ventaja. Se le considera, según Hugo ÁLVAREZ, como un delito de propósito o finalidad específica cometido por un policía. El reproche a esta conducta es mayor, pues la penalidad va de los ocho a doce años de pena privativa de libertad.

La actuación del agente policial es con dolo directo, pues con conciencia está quebrantando sus roles funcionales, lesionando los valores institucionales; vende sus funciones al agente corruptor.

El delito es de mera actividad, pues no es exigible que cumpla o no con las funciones si es que ya ha aceptado o recibido o ha solicitado o condicionado la entrega de dádivas, promesas u otras ventajas.

CAPÍTULO XXXIII

COHECHO PASIVO IMPROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

Artículo 395-B. - Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

*El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 *.*

** Artículo incorporado por el D. Leg. N.º 1351, publicado el 7 de enero del 2017.*

Hemos resaltado la importancia de la Policía Nacional para la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica en un periodo en que la criminalidad se ha desbordado. El cohecho propio e impropio del funcionario policial fue incorporado por el D. Leg. N.º 1351 desde una perspectiva político criminal donde fundamentó la necesidad de realizar ajustes normativos que fortalezcan la censura penal de algunas circunstancias conflictivas que atentan gravemente al bienestar de las personas y la convivencia social, para lo cual es necesario generar nuevos espacios de sanción penal, siempre respetando su carácter excepcional.

El bien jurídico tutelado es la confianza que debe tener la ciudadanía con respecto a la actuación de la policía como fuerza pública. Con esa confianza quebrada, se desmerece la imagen institucional de la Policía Nacional.

En la primera modalidad tenemos que el sujeto activo es un miembro de la Policía Nacional que puede aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido. El sujeto pasivo es el Estado.

El verbo de esta primera modalidad es “aceptar”, esto es, el policía ante un ofrecimiento de un donativo u otro beneficio muestra su intención de hacerlo. Es un asentimiento a un ofrecimiento.

El donativo es equivalente a dádivas obsequio o regalo, que es el medio corruptor empleado para comprar la función policial.

La ventaja o beneficio es un concepto que no necesariamente engloba algo patrimonial en estricto, pues es mucho más amplio, un contrato de seguridad en sus tiempos libres, favores sexuales, un reconocimiento que se otorga como contraprestación a su función.

La promesa es una contraprestación futura que se condiciona al cumplimiento de lo que se le pide al policía.

Lo que le da sentido a la fórmula de cohecho impropio es que el agente realiza u omite un acto propio de su función, sin faltar a su obligación que es el núcleo de la conducta impropia. Debemos recalcar que, a pesar de este tecnicismo del cumplir con su obligación, mientras haya contraprestación de por medio es un cumplimiento falso.

Como ejemplo podemos plantear el caso de un efectivo policial que elabora el informe de una investigación encomendada por el Ministerio Público. El informe conforme al art. 332 del nuevo CPP establece:

1. La policía en todos los casos en que intervenga elevará al fiscal un informe policial.
2. El informe policial contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades.
3. El informe policial adjuntará las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas, las recomendaciones sobre actos de investigación y todo aquello que considere indispensable para el esclarecimiento de la imputación, así como la comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados.

A diferencia de los antiguos atestados donde la policía concluía con responsabilidad penal del investigado, en el informe policial actual esto ya no es posible. Regresando al ejemplo, tenemos que el policía puede elaborar el informe minuciosamente con objetividad y en un plazo razonable. Es decir, está cumpliendo con su obligación; sin embargo, por hacer esto acepta o recibe un soborno.

En el caso de una conducta omisiva cumpliendo sus funciones lo vemos algo contradictorio, aunque podríamos plantear la hipótesis que el policía deriva

la investigación a otro investigador, y este acto omisivo está permitido por el reglamento, y acepta o recibe donativos por eso.

La aceptación o recepción del soborno puede ser antes o después de haber realizado u omitido el acto. En esta situación aun cuando hubiese cumplido sus obligaciones y posterior a esto acepta o recibe un soborno ya es un delito de cohecho.

Es un delito doloso, pues el policía por sus valores institucionales, por las obligaciones legales sabe que su función solo puede ser remunerada por el Estado y no puede recibir ningún beneficio que no provenga de esa fuente estatal. No se admite un dolo eventual en esta clase de delito.

La penalidad es no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incs. 1 (privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado), 2 (incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público) y 8 (privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito) del art. 36 del CP.

En la segunda modalidad el sujeto activo sigue siendo un miembro de la Policía Nacional que solicita, pide o requiere al beneficiado con su acción dolosa, directa o indirectamente (esto es por intermedio de terceros donativo), promesas o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido. El núcleo de esta conducta es la solicitud, por lo que, sin justificar la conducta de quienes corrompen a la Policía Nacional, en este caso es el mismo funcionario policial el que solicita la dádiva por lo que el injusto siendo de mayor intensidad se refleja en la pena, pues el policía será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36 del CP.

CAPÍTULO XXXIV

CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES

Artículo 396.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales²¹⁹

Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

** Artículo modificado por el D. Leg. N.º 1264, publicado el 11 de diciembre del 2016.*

1. ALCANCES TÍPICOS

En este caso tenemos que el sujeto activo puede ser cualquier persona que dirige su conducta corruptiva a secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo. Con la incorporación de la oralidad en el proceso penal, civil y laboral, también han ingresado otras especialidades análogas en el marco de una nueva estructura organizacional en el Poder Judicial. Por ejemplo, hay asistentes de audiencias, asistentes de notificaciones, que son nuevos puestos creados por la reforma procesal penal y que pueden ser destinatarios del delito de corrupción.

219 Historial legal:

“Artículo 396.- Corrupción de auxiliares jurisdiccionales-Corrupción pasiva atenuada
Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial o auxiliar de justicia o desempeña algún cargo similar, la pena será privativa de libertad no mayor de cuatro años” (1991).

“Artículo 396.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”

(Artículo modificado por la Ley N.º 28355, publicada el 6 de octubre del 2004).

“Artículo 396.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”
(Artículo modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013).

ROJAS VARGAS cuestiona esta figura advirtiéndole que no todos los componentes típicos del art. 395 encuadran en los sujetos activos previstos en el art. 396:

Estamos frente a una extensión de tipicidad del art. 395 dirigida al secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo. Demás está enfatizar lo imperfecto de la técnica legislativa empleada en el texto en estudio. En efecto, los componentes típicos del art. 395 no pueden ser en conjunto aplicados al ámbito de competencia de un auxiliar de justicia o de quien desempeñe un cargo similar, pues en estos sujetos no se concentra la potestad de decidir un asunto de índole judicial, litigioso, administrativo o técnico especializado. Igualmente, la equiparación de auctoridad de funcionarios o servidores públicos hecha a quien desempeñe cargo análogo o similar a la de los auxiliares jurisdiccionales resulta discutible²²⁰.

Los sujetos activos son los auxiliares jurisdiccionales de la administración de justicia como relatores, secretarios, especialistas, auxiliares jurisdiccionales y otros análogos.

Según el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D. S. N.º 017-93-JUS), los auxiliares tienen un conjunto de funciones y obligaciones. Por su acercamiento laboral con los jueces, se constituye el escenario para realizar actos de corrupción.

El relator es un servidor que labora en las Salas y, conforme al art. 263 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tiene las siguientes obligaciones:

- 1.- Concurrir a las Cortes antes de que comience el despacho;
- 2.- Guardar secreto de lo que ocurre en la Sala;
- 3.- No dar razón del despacho antes de que las resoluciones hayan sido autorizadas;
- 4.- Recibir, bajo constancia, los procesos que deben ser tramitados o resueltos durante las horas de despacho, dando cuenta a la Sala el mismo día;
- 5.- Hacer presente a la Sala y al vocal ponente en su caso, las nulidades y omisiones que advierta en los autos y las insuficiencias de los poderes;
- 6.- Hacer presente a la Sala, antes de empezar la audiencia, si de autos resulta que alguno de los vocales está impedido;
- 7.- Hacer relación verbal de las causas en el acto de su vista;

220 ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit.

- 8.- Escribir las resoluciones que expide la Sala;
- 9.- Cuidar que no quede ninguna resolución sin ser firmada por los magistrados, el mismo día que se dicta;
- 10.- Cuidar que la nominación de los vocales, al margen de las resoluciones corresponda exactamente a los miembros de la Sala que las hayan dictado, bajo responsabilidad que les es exclusiva y que hace efectiva la misma Sala aplicando la medida disciplinaria que corresponda;
- 11.- Devolver los expedientes a la Secretaría, el mismo día en que son despachados bajo cargo firmado en el libro respectivo;
- 12.- Registrar en los libros respectivos, con el visto bueno del presidente de la Sala, la distribución de las causas entre los ponentes y su devolución, así como los votos en caso de discordia;
- 13.- Llevar un registro en que se anota diariamente, con el visto bueno del vocal menos antiguo de la Sala, las partidas relativas a los autos y sentencias que se dicten, extractando la parte resolutive e indicando los nombres de los litigantes objeto de la causa y los nombres de los Magistrados;
- 14.- Comunicar de palabra a los magistrados llamados a dirimir discordia, el decreto por el que se les llama y poner en autos la constancia respectiva;
- 15.- Presentar semanalmente al presidente de la Sala una razón de las causas que hayan quedado al voto, con indicación de la fecha en que se vieron;
- 16.- Concurrir a las audiencias e informes orales y leer las piezas del proceso que el presidente ordene;
- 17.- Llevar un libro en que se anote el día y hora señalados para las audiencias o informes orales, con indicación del nombre de las partes, su situación procesal, del fiscal que debe actuar, si fuera el caso, y de los defensores designados, así como el Juzgado del que procede la causa; y,
- 18.- Las demás que correspondan conforme a la ley y al Reglamento.

Los secretarios que cumplen funciones en diferentes órganos jurisdiccionales, desde un juzgado de paz letrado hasta la misma Corte Suprema, tienen las siguientes obligaciones (art. 266):

- 1.- Actuar únicamente en su Juzgado y residir en la localidad donde aquel funciona
- 2.- Cumplir estrictamente el horario establecido y atender personalmente a abogados y litigantes
- 3.- Guardar secreto en todos los asuntos a su cargo, hasta cuando se hayan traducido en actos procesales concretos;

- 4.- Vigilar se coloque al margen de los escritos y recursos el día y hora en que se reciben, firmando la constancia respectiva cuando no existe control automático de recepción;
- 5.- Dar cuenta al juez de los recursos y escritos a más tardar dentro del día siguiente de su recepción, bajo responsabilidad;
- 6.- Autorizar las diligencias y las resoluciones que correspondan según la ley y el reglamento;
- 7.- Actuar personalmente en las diligencias a que están obligados, salvo en los casos en que por disposición de la ley o mandato del juez pueda comisionarse a los oficiales auxiliares de justicia u otro personal de auxilio judicial;
- 8.- Vigilar que se notifique la resolución al día siguiente de su expedición, salvo el caso de sentencia en que la notificación se debe hacer dentro de dos días de dictada,
- 9.- Emitir las razones e informes que ordene su superior;
- 10.- Facilitar el conocimiento de los expedientes a las partes y a sus abogados, y a las personas que tienen interés legítimo acreditado, con las respectivas seguridades. En el caso de expedientes archivados, pueden facilitar el conocimiento a cualquier persona, debidamente identificada, que los solicite por escrito;
- 11.- Vigilar la conservación de los expedientes y los documentos que giran a su cargo, siendo responsables por su pérdida, mutilaciones o alteraciones, sin perjuicio de las responsabilidades del personal auxiliar;
- 12.- Llevar los libros o tarjetas de control que establece el Consejo Ejecutivo Distrital, debidamente ordenados y actualizados;
- 13.- Expedir copias certificadas, previa orden judicial;
- 14.- Remitir los expedientes fenecidos, después de cinco años, al archivo del Juzgado;
- 15.- Admitir, en casos excepcionales, consignaciones en dinero efectivo o cheque certificado a cargo del Banco de la Nación, con autorización especial del Juez, que contiene al mismo tiempo, la orden para que el Secretario formalice el empoce a la entidad autorizada, el primer día útil;
- 16.- Cuidar que la foliación de los expedientes se haga por orden sucesivo de presentación de los escritos y documentos, y que las resoluciones se enumeren en orden correlativo;
- 17.- Guardar los archivos que por orden judicial reciban de otros Secretarios;
- 18.- Atender con el apoyo de los Oficiales Auxiliares de Justicia del Juzgado, el despacho de los decretos de mero trámite y redactar las resoluciones dispuestas por el juez;

- 19.- Confeccionar trimestralmente la relación de los procesos en estado de pronunciar sentencia, colocando la tabla de causas cerca de la puerta de la Sala de actuaciones del juzgado;
- 20.- En los juzgados penales, confeccionar semanalmente una relación de las instrucciones en trámite, con indicación de su estado y si hay o no reo en cárcel. Dicha relación se coloca también cerca de la puerta de la Sala de actuaciones del Juzgado;
- 21.- Confeccionar trimestralmente la relación de las causas falladas y pendientes, con las referencias que sirven para distinguirlas, a fin de que oportunamente sean elevadas por el Juez al Consejo Ejecutivo Distrital;
- 22.- Compilar los datos necesarios para la formación de la estadística judicial, en lo que respecta al juzgado, con indicación del número de causas ingresadas, falladas y pendientes; de las sentencias que hayan sido confirmadas, revocadas o declaradas insubsistentes por la Corte Superior y de aquellas en las que la Corte Suprema interviene conforme a ley, consignando el sentido de las resoluciones;
- 23.- Cuidar que los subalternos de su dependencia cumplan puntualmente las obligaciones de su cargo, dando cuenta al juez de las faltas u omisiones en que incurran en las actuaciones, y de su comportamiento en general, a fin de que aquel imponga, en cada caso, la medida disciplinaria que corresponda; y,
- 24.- Cumplir las demás obligaciones que impone la ley y el reglamento.

El término “especialista” es un uso a partir de las reformas procesales que se han venido desarrollando en el país, mientras que la expresión “auxiliar jurisdiccional” engloba a todos los servidores que prestan servicios a la función jurisdiccional.

El bien jurídico tutelado en este caso es la confianza en la administración de justicia en la medida que ellos forman parte de esta, y quebrantan con sus comportamientos la imagen de la misma.

Las conductas de los auxiliares jurisdiccionales tienen que encuadrarse hasta lo que corresponda en lo previsto en el art. 395 del Código Penal.

El auxiliar jurisdiccional que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia. Esto nos trae un problema puesto que el auxiliar no decide, el asunto lo tiene el juez y es él quien va a ejercer la *jurisdictio*. En estas situaciones

estaríamos ante una suerte de venta de humo al agente corruptor, o destinatario de las decisiones. Lo importante es recalcar que el delito se consumaría con el hecho que el auxiliar acepte o reciba donativo por algún acto procesal del órgano jurisdiccional así él no haya decidido el mismo.

La otra modalidad es cuando el auxiliar jurisdiccional solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento. En este caso tenemos que la lógica del reproche en los delitos de cohecho ha sido por reconocer mayor entidad al injusto donde se solicita donativo expresada en la pena; sin embargo, la sanción es igual para el aceptar, recibir y solicitar, según la descripción del artículo comentado.

La corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales es un delito doloso, pues el auxiliar jurisdiccional abiertamente quebranta sus funciones al aceptar, recibir o solicitar un medio corruptor. Es un delito de mera actividad, pues no es necesario que el destinatario del acto procesal lo haya recibido, esto es el agente corruptor.

En la jurisprudencia podemos ver un ejercicio de remisión a las conductas establecidas en el art. 395 del CP y que son descritas en el R. N. N.º 4582-2007 Piura, de 10 de abril del 2008, Segunda Sala Penal Transitoria, como elementos configurativos del delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales.

Quinto. El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales [...] tiene como elementos configurativos los siguientes: a) agente activo del delito: el relator, secretario judicial, especialista y auxiliar jurisdiccional o quien desempeñe cargo análogo, b) verbo rector y medio corruptor: solicitar un donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, c) finalidad del medio corruptor o fin corruptor; con el fin de decidir o influir en un asunto de su conocimiento o competencia, debiendo entenderse esta circunstancia por la gravedad de la penalidad a imponerse, como una “[...] influencia negativa, esto es, referirse necesariamente a decisiones contra el derecho de una de las partes y con beneficio de la otra [...]” [...], y d) se requiere que actúe con “dolo” el agente del delito; además del elemento subjetivo “a sabiendas”, que implica que el agente actúa convencido de la injusticia de sus actos y con conocimiento pleno de las pretensiones implícitas en los medios corruptores.

En el R. N. N.º 3146-2001 Cono Norte, de 19 de octubre del 2001, lamentablemente se narra un hecho que pone en una situación de desprestigio al

Poder Judicial, pero gracias a la denuncia de los afectados y la intervención de los órganos de control, se pudo evitar la impunidad:

Aparece de lo actuado que el encausado, en su condición de secretario de Juzgado de Paz Letrado, fue intervenido por personal de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, en circunstancias que recibía de la quejosa un billete de cien nuevos soles, suma que solicitó a fin de llevar a cabo una diligencia de embargo en un proceso de alimentos; que, aun cuando el citado justiciable primigeniamente negó los hechos tratando de justificar su conducta, manifestando haber sido inducido por su coprocesada, sin embargo ante la flagrancia del delito y del mérito de las pruebas actuadas, su responsabilidad se encuentra suficientemente acreditada en autos.

Estas modalidades de cohecho pudieron ser incluidas en el art. 395, pero el legislador se decidió por esta norma de remisión.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 580.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

Si, en caso del artículo 566, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, este es reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.

CAPÍTULO XXXV

COHECHO ACTIVO GENÉRICO

Artículo 397.- Cohecho activo genérico²²¹

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

* **Artículo modificado por el D. Leg. N.º 1264, publicado el 11 de diciembre del 2016.**

221 Historial legal:

“Artículo 397.- El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años (1991)”

Aprovechamiento indebido de cargo

Artículo 397.- 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años” (*Artículo modificado por la Ley N.º 27074, publicada el 26 de marzo de 1999*).

“Artículo 397.- Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”. (*Artículo modificado por la Ley N.º 28355, publicada el 6 de octubre del 2004*).

“Artículo 397. Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”

(*Artículo modificado por la Ley N.º 30111 publicada el 26 noviembre 2013*).

1. DESCRIPCIÓN TÍPICA

El cohecho activo genérico puede ser cometido por cualquier persona, que se convierte en un sujeto corruptor de funcionarios o servidores públicos.

Este delito, que originariamente describía el delito de negociación incompatible, tiene su antecedente en el art. 176 del CP de 1863, que decía: “Los que sobornen o cohechen, y los que sirvan de agentes intermediarios para la dádiva u oferta serán castigados con arresto mayor en segundo grado”.

Otro referente histórico es el art. 353 del CP de 1924, que establecía: “El que tratare de corromper a un funcionario con dádivas promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita un acto relativo a sus funciones será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de treinta a sesenta días”. Tenía una fórmula agravada cuando el corruptor del funcionario era otro funcionario, pues se aplicaba adicionalmente la inhabilitación.

El bien jurídico tutelado es la rectitud, legalidad e imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas. ROJAS VARGAS indica:

Además del bien jurídico genérico que es común al objeto de tutela en el cohecho pasivo (es decir, el correcto funcionamiento, y la imparcialidad en la administración pública), el objeto específico de la tutela penal en el cohecho activo genérico radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas preservándola, preventiva y conminatoriamente, de los actos de corrupción de sujetos diversos inescrupulosos o, en otros términos, garantizar a través de la conminación penal el respeto que se debe al desarrollo funcional de la administración pública²²².

“Artículo 397.- Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

Artículo 397. Cohecho activo genérico

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”

(Artículo modificado por el artículo 2 del D. Leg. N.º 1243, publicado el 22 octubre del 2016).

222 ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, ob. cit.

En puridad la afectación se da en la imparcialidad y objetividad, que son deberes de los funcionarios públicos, y que al recibir un soborno las quebrantan.

El primer párrafo establece que el agente bajo cualquier modalidad ofrece, esto es, propone, o da que está referida a la entrega o promete a futuro a un funcionario o servidor público un donativo de tinte material, una promesa que puede ser un donativo a futuro, una ventaja o beneficio que traspasa el contenido material, puede ser un ascenso, favores sexuales para que el funcionario o servidor realice u omita actos en violación de sus obligaciones.

El propósito del sujeto activo está encaminado a corromper al funcionario o servidor, con el ofrecimiento o entrega de dádivas. El delito se consuma solo con el ofrecimiento sin necesidad de que el funcionario o el servidor lo acepte. Es el caso de un policía que en una carretera le recibe la coima al infractor de tránsito, aquí la realización del delito es clara, pero solo basta que el sujeto activo le haya ofrecido entregar un soborno para que se consuma el cohecho. Así también se sostiene en la jurisprudencia, el R. N. N.º 321-2011 Puno, de 7 de marzo del 2021, Sala Penal Transitoria, describe la manera de cómo se consuma el delito de cohecho activo genérico.

Undécimo. El delito de cohecho activo genérico es un delito que para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal. En tal sentido, el comportamiento delictivo [...] se consuma con la sola propuesta venal que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público.

En esta misma línea, en el R. N. N.º 3778-2003 Lima, de 14 de junio del 2004, emitido por la Sala Penal Permanente, se califica como cohecho activo genérico el actuar de un abogado sobre fiscal, cabe señalar que estos tienen un tipo penal autónomo actualmente, el cohecho activo específico previsto el art. 398 del CP. Veamos en todo caso los argumentos en la ejecutoria.

Primero. Que el delito de cohecho activo de abogado sobre fiscal [...], por ser de concurrencia necesaria, presupone la convergencia ineludible del fiscal, esto es, importa que el abogado haya acordado con el fiscal la “compraventa” de la función pública y precisamente por ello hace la entrega o la promesa; que, por consiguiente, la presencia del acuerdo o pacto es propia de este tipo penal. Segundo. Que, en el caso de autos, no medió pacto o acuerdo

previo con la fiscal adjunta, quien precisamente al notar un sobre en su escritorio, abrirlo y advertir que contenía cuatro billetes de cincuenta soles, levantó el acta correspondiente y puso el hecho en conocimiento de la fiscal provincial; que el imputado no conversó con ella para que decida en un sentido determinado la denuncia que se encontraba pendiente de calificar ni en momento alguno se pactó tal entrega de dinero, consecuentemente, el hecho objeto del proceso penal no constituye el delito en mención. Tercero. Sin embargo, el delito [...] de cohecho activo genérico [...] solo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a “comprar” la función pública, no hace falta —aun cuando lo incluya— un acuerdo previo; que el tipo penal en mención requiere que el agente, a través de dádivas, promesas o ventajas, trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario involucrado, esto es, genere en él un estado de disposición para la “venta” de la función pública [...].

Como se puede apreciar, solo basta el comportamiento finalista del agente que busca corromper al funcionario o servidor para que se consume el delito.

En el R. N. N.º 695-2012 Lima, de 10 de enero del 2013, emitido por la Sala Penal Transitoria, no fue aceptado el descargo de un imputado que señalaba desconocer la prohibición normativa que no puede sobornar a un funcionario. Este argumento de defensa no es viable, pues es evidente para cualquier persona que dar dinero a un efectivo policial para que lo favorezca en una investigación a su cargo es una conducta delictiva.

Sexto. Que la alegación de desesperación u ofuscación para aceptar el requerimiento policial y la de ignorancia de la criminalidad de la conducta perpetrada es inaceptable. El acto de solicitud y posterior entrega del dinero, así como la devolución del mismo, no revela un estado emocional que lo exima de sanción por exclusión de culpabilidad. Asimismo, el agravio referido al desconocimiento de la prohibición normativa carece de viabilidad, pues es evidente para una persona media, incluso con estudios inconclusos de la carrera profesional de educación, que dar dinero a un efectivo policial para que lo favorezca en una investigación a su cargo es una conducta delictiva. La regla de experiencia así lo determina. El juicio de culpabilidad por la comisión como autor del delito de cohecho activo genérico —art. 397, primer párrafo, del Código Penal—, la necesidad de una sanción penal y reparación civil son inobjetables.

Si realiza el acto corruptor puede ser reprimido con “pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corres-

ponda, conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36 del CP; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

En el segundo párrafo se describe la conducta que genera un delito de cohecho pasivo impropio. En este caso, el sujeto activo puede ser cualquier persona que bajo cualquier modalidad, que puede ser directa o indirecta, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación. Venimos sosteniendo que en la forma propia o impropia hay una compraventa de la función pública, por lo que existe un quebrantamiento del principio de imparcialidad y de probidad de parte del funcionario o servidor. Sin embargo, el legislador ha estimado que la modalidad impropia tiene un menor injusto, que se refleja en la pena privativa de libertad que es no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36 del CP; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Paraguay

Artículo 302.- Soborno

1. El que ofreciera, prometiera o garantizara un beneficio a un funcionario a cambio de un acto de servicio ya realizado o que realizará en el futuro, y que dependiera de sus facultades discrecionales, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.
2. El que ofreciera, prometiera o garantizara un beneficio a un juez o árbitro a cambio de una resolución u otra actividad judicial ya realizada o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 582.- Cohecho activo genérico

1. El que, con cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 2 y 14 del art. 42.
2. El que, con cualquier modalidad ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a su obligación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 2 y 14 del art. 42.

CAPÍTULO XXXVI

COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

Artículo 397-A.- Cohecho activo transnacional²²³

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o 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

223 Historial legal:

“Artículo 397- A.- Cohecho activo transnacional

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o 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”

(Artículo incorporado por el art. 1 de la Ley N.º 29316, publicada el 14 de enero del 2009 y modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013).

“Artículo 397-A. Cohecho activo transnacional

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o 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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa (De conformidad con el artículo 3 de la Ley N.º 30424, publicada el 21 de abril del 2016 y el artículo 5 de la Ley N.º 30424, publicada el 21 de abril del 2016).

“Artículo 397-A. Cohecho activo transnacional

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o 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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 ; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”

(Artículo modificado por el art. 2 del D. Leg. N.º 1243, publicado el 22 de octubre del 2016).

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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

*** Artículo modificado por el D. Leg. N.° 1264, publicado el 11 de diciembre del 2016.**

1. ALCANCES TÍPICOS

Este tipo penal surge a raíz del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, y dentro de las leyes que se aprobaron estuvo la Ley N.° 29316, que incorporó el delito de cohecho activo transnacional con la obligación internacional de transparentar la lucha contra la corrupción.

En el diario de debates del Congreso de la República podemos apreciar la exposición de la ministra de Justicia de la época sosteniendo la necesidad de incorporar el delito no solo por el TLC con los Estados Unidos, sino también por la necesidad de cumplir con las obligaciones asumidas a nivel internacional con la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. La primera convención fue ratificada el 6 de octubre del 2003 y la segunda, el 16 de noviembre del 2004.

La fuente de este delito es el art. 16 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción:

1. Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito el soborno transnacional, cuando se cometan intencionalmente [dolosamente], la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública para un beneficio indebido que redunde en su propio provecho, en el de otra persona o en una entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.
2. Cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio

indebido que redunde en su propio provecho, en el de otra persona o en una entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.

La Convención, en una suerte de política criminal internacional, requiere a los Estados que la han suscrito que introduzcan en sus legislaciones estos delitos en el contexto del comercio internacional. En la misma dirección que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

El art. VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que también ha sido fuente inspiradora del delito de cohecho activo transnacional, establece lo siguiente:

Artículo VIII.- Soborno transnacional

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Apreciamos que este tipo penal sirva para sancionar a los nacionales en casos de actos de soborno o cohecho en actividades económicas internacionales. Implica necesariamente, desde el punto de vista empírico, determinar si tenemos la suficiente solidez empresarial como para realizar grandes inversiones en el extranjero o hacer negocios por esos lares. Ese estudio está pendiente. Por ejemplo, hemos crecido en el área de exportaciones, y se debe determinar cuántas actividades de estas requieren permisos o licencias en países extranjeros, o determinar si empresas peruanas han participado en licitaciones públicas. No somos una potencia como los Estados Unidos o la Unión europea. Ni qué decir de países sudamericanos como Brasil o Chile que sí tienen grandes inversiones

en otros países. Es más, en estos campos la competencia se da entre empresas de gran envergadura.

Siendo realistas, creemos que lo práctico está en el lado de nuestros funcionarios o servidores proclives a la corrupción y que pueden ser cubiertos con tipos genéricos de cohecho pasivo (propio e impropio). Sin perjuicio de convertirnos en el futuro en una potencia económica ya tenemos el tipo penal incorporado en la legislación nacional que en el futuro sancione dichas conductas.

Debemos aclarar que no existe una relación mecánica, es decir, a mayor capacidad de inversión, más soborno transnacional. Solo que donde haya capacidad de inversión es posible que emerjan estas conductas ilícitas; sin embargo, dependerá de la actitud de nuestra clase empresarial que está obligada a combatir estas prácticas delictivas.

El bien jurídico tutelado es la imparcialidad de funcionarios internacionales en las actividades comerciales.

El sujeto activo puede ser cualquier persona que bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público.

Los verbos que se utilizan son el ofrecimiento de un beneficio al funcionario extranjero que es para futuro, el otorgamiento que es trasladar a dominio del sobornado alguna ventaja y la promesa de darle algún beneficio para que el funcionario incumpla sus obligaciones. Estas acciones pueden realizarla directa o indirectamente, esto es, por medio de terceros.

El destinatario del soborno es el funcionario extranjero. En el caso de un funcionario que trabaje para un organismo internacional, eventualmente la nacionalidad del funcionario puede ser extranjera o nacional.

El sujeto activo ofrecerá donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido, misma dinámica corruptiva que en los delitos de cohecho. El agente con el acto de corrupción buscará que esto redunde en su propio provecho o en el de otra persona, que serían los beneficiarios.

El funcionario que ha sido corrompido deberá realizar u omitir actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación (las figuras de cohecho propio e impropio).

La finalidad del sujeto activo es obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacio-

nales. Es un delito de dolo directo y, como los delitos de cohecho en general, se consuma con el ofrecimiento o la promesa sin necesidad de la aceptación por parte del funcionario extranjero a quien se quiere sobornar.

Este tipo penal si bien se originó con el TLC con Estados Unidos también debe servir para que el país pueda en el futuro ser acogido en la OCDE, y es condición de este organismo internacional garantizar que las leyes del mercado no sean distorsionadas con prácticas corruptas. Como refiere HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS: “La OCDE dirige sus esfuerzos para nivelar las condiciones de competencia leal en transacciones internacionales, luchando por eliminar el cohecho de funcionarios públicos cuando se compite por contratos”.

Este delito, que por ahora es de escasa existencia, reprime al que lo comete con “pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años; inhabilitación [...]; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

LEGISLACIÓN COMPARADA

España

De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales
Artículo 445

1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indevido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33

3. A los efectos de este art. se entiende por funcionario público extranjero:
 - a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.
 - b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.
 - c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Corrupção ativa em transação comercial internacional

Brasil

Art. 337-B.- Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 583.- Cohecho activo internacional

El que con cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o 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, comerciales o de cualquier otra índole de carácter internacional, es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 2 y 14 del art. 42.

CAPÍTULO XXXVII

COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO

Artículo 398.- Cohecho activo específico²²⁴

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa*.

* **Artículo modificado por el D. Leg. N.º 1243, publicado el 22 octubre del 2016.**

224 Historial legal:

“Artículo 398.- El que hace donativos, promesas o cualquier otra ventaja a un juez, árbitro, fiscal o miembro de tribunal administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años”. (1991).

“Artículo 398.- El que hace donativos, promesas o cualquier otra ventaja a un juez, fiscal o miembro de tribunal administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años”

(Artículo modificado por la tercera disposición modificatoria de la Ley N.º 26572, publicada el 5 enero de 1996).

“Corrupción activa

Artículo 398.- El que hace donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un magistrado, árbitro, fiscal, miembro de Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de ocho años. Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años”

(Artículo modificado por la Ley N.º 26643, publicada el 26 junio de 1996).

1. DESCRIPCIÓN TÍPICA

El antecedente legislativo de este delito está en el art. 352 del Código Penal de 1924:

El que hacia donativos o promesas a un juez con el objeto de influir en la resolución de una causa pendiente del fallo de este será reprimido con prisión de tres años y multa. La forma agravada se daba cuando se daba el donativo o promesa con el fin de obtener sentencia favorable o adversa en causa penal. La pena era de penitenciaria no mayor a seis años o prisión no menor de un año y multa de treinta a sesenta días.

“Artículo 398.- Cohecho activo específico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3, y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”

(Artículo modificado por la Ley N.º 28355, publicada el 6 octubre del 2004).

“Artículo 398.- Cohecho activo específico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”

(Artículo modificado por la Ley N.º 30111, publicada el 26 noviembre del 2013).

Podemos apreciar que en el art. 352 del CP de 1924 solo es el juez el destinatario del soborno. La legislación actual ha incorporado más funcionarios o servidores que pueden ser sobornados: fiscales, peritos, árbitros, miembros de tribunales administrativos, secretarios, relatores, especialistas, auxiliares jurisdiccionales, testigos, traductores o intérpretes.

El sujeto activo puede ser cualquier persona. Si se trata de procesos judiciales, el interesado es un litigante o un familiar de este o cualquiera que tenga interés en el resultado del proceso. El sujeto activo lo que hace es ofrecer un donativo, entrega, beneficio, promesa a futuro o una ventaja a un juez, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo, como podría ser a un miembro del tribunal de los Registros Públicos o del Tribunal Fiscal, por ejemplo. El sujeto activo con este soborno busca influir en la decisión de un asunto sometido al conocimiento de dichos funcionarios, quienes van a dictar una resolución o emitir un dictamen, en el caso de fiscales y peritos, o laudos, cuando se trate de árbitros.

En el R. N. N.° 561-2011 Lima, la Sala Penal Transitoria describe al sujeto activo y el vínculo que establece con el funcionario juez, fiscal, perito, árbitro o miembro de Tribunal Administrativo, que tienen en común facultad de decisión:

[L]a descripción típica presupone un acuerdo bilateral entre el funcionario con poder de decisión y el sujeto activo que hace entrega o promesa de donativos o ventajas; que el núcleo fundamental del delito reside en la obtención de un “acuerdo injusto”, momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional. El delito de cohecho se caracteriza por consistir en un acuerdo o intento de acuerdo entre un funcionario público y un particular dirigido al intercambio de prestaciones recíprocas: las dádivas o presentes, por un lado, y el acto propio del cargo, por otro (de manera tal que el pago o donación del particular por una conducta que el funcionario público haya realizado, no es el delito de cohecho porque no obedece al “pacto”), vi) En consecuencia, siendo el cohecho un delito contra la administración pública que constituye un acto bilateral que ataca a la rectitud y buen proceder propios del funcionario o servidor público en el cumplimiento de sus funciones, corrompiéndole a base de dinero, dádiva o promesa, para obtener el cohechador un beneficio justo o injusto a través de la acción u omisión de dicho funcionario, el interés jurídico tutelado es el que tiene la administración pública de que el desarrollo o funcionamiento de la actividad estatal discurra en todos sus ámbitos –legislativo, ejecutivo, electoral, judicial, etc.– por un cauce de honradez sin ser cohechado; y del mismo modo, también se considera que la lealtad es afectada y el respeto a la administración pública.

Esta ejecutoria fija una relación bilateral cuando el funcionario acepta la dádiva; sin embargo, esto, que sería considerado como delito de resultado, en la doctrina se ha establecido que no hay necesidad que se establezca la relación bilateral entre el sujeto activo y el destinatario, pues el delito se consuma con el simple ofrecimiento. No es exigible la aceptación de parte del funcionario con capacidad de decisión.

Es un delito doloso, pues el agente actúa con el conocimiento de que el soborno es ilegal, pero la acción final es influir en la decisión que tienen en su competencia los funcionarios hacia quienes van dirigidos los beneficios o donativos ilícitos. Se consuma este delito con el mero ofrecimiento, sin necesidad de la aceptación del funcionario a quien se desea sobornar.

Está prevista como sanción una “pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

Otra situación respecto al que se dirige el acto de soborno es cuando el sujeto activo utiliza como medios corruptores donativo, promesa, ventaja o beneficio y que ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, que son parte del sistema de administración de justicia.

También se ha considerado al testigo como sujeto corruptible, quien es una persona que por medio de sus sentidos ha podido captar hechos que deben ser puestos en conocimiento de la autoridad judicial o fiscal.

Respecto a este caso puede generarse un concurso ideal de delitos con lo descrito por el art. 409-A del CP, que sanciona a quien mediante la concesión de un beneficio indebido induce a un testigo que preste falso testimonio. Se podría diferenciar si es que el testigo es sobornado para que brinde un testimonio cierto. El falso testimonio está previsto como conducta ilícita en el art. 409 del CP, que hace extensiva la represión penal al perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, emite dictamen, traducción o interpretación falsa, por lo que serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Se sanciona al testigo cuando hace una falsa declaración sobre los hechos del proceso.

El traductor es la persona que conociendo uno o varios idiomas puede traducir cualquier documento al idioma que se le solicita. Generalmente, en los procesos judiciales, es la traducción de documentos en lengua extranjera al

castellano, mientras que el intérprete es también un conocedor de idiomas que asiste a los órganos jurisdiccionales cuando se trate de interrogar a un acusado o un testigo con lengua extranjera. También si se trata de ciudadanos de lenguas originarias: quechuahablantes, aymaras u otros que no tengan dominio del castellano.

El traductor y el intérprete pueden ser sobornados para que incumplan sus obligaciones y sus traducciones o interpretaciones no sean fidedignas, y distorsionen el sentido de la justicia. El accionar corruptor de estos auxiliares de la justicia es de dolo directo y se consuma con el mero ofrecimiento, sin necesidad que haya aceptación de los sujetos pasibles de ser corrompidos.

La sanción de “pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, conforme a los incs. 1, 2, 3 y 4 del art. 36 del CP; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

El rol del abogado es ser auxiliar de la Administración de justicia, por ello, cuando interviene en un soborno, subvierte sus obligaciones. La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en el art. 284 que la abogacía es una función social al servicio de la justicia y el derecho, la coloca en elevado rango. Por otro lado, la Ley Orgánica señala cuáles son los deberes del abogado que con su actuación ilícita puede quebrantar:

Artículo 288.- Son deberes del abogado patrocinante:

- 1.- Actuar como servidor de la justicia y como colaborador de los magistrados;
- 2.- Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe;
- 3.- Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional;
- 4.- Guardar el secreto profesional;
- 5.- Actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice;
- 6.- Desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para el que se le ha designado;
- 7.- Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso;
- 8.- Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente;
- 9.- Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga;

- 10.- Consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se acepta el escrito;
- 11.- Denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía; y
- 12.- Ejercer obligatoriamente, cuando menos una defensa gratuita al año, según el reporte que realice el respectivo Colegio de Abogados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 de esta ley.

“Defendemos causas justas” indica el lema del abogado, quien está obligado a actuar de forma neutra o estandarizada, es decir debe actuar conforme a las obligaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del estatuto del Colegio de Abogados al que pertenece, la llamada *lex artis*. La abogacía es una profesión noble que puede ser afectada con el comportamiento de no ganar las causas con su conocimiento y habilidad, sino con el uso de medios ilícitos. Esto genera una situación de desigualdad con su contraparte.

En el tercer párrafo del art. 398 del CP se considera como sujeto activo al abogado, si lo hace en forma individual o como parte de un estudio. Lo que hace el abogado es ofrecer, dar o prometer donativo, ventaja o beneficio a un juez, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento en el cual tenga un interés como abogado litigante. Además, puede dirigir su conducta corruptora hacia secretarios, relatores, especialistas, auxiliares jurisdiccionales, testigos, traductores o intérpretes.

Su comportamiento es doloso, máxime si es una persona profesionalizada en el campo del derecho, por lo que no puede atribuir desconocimiento de la prohibición. Se consuma con el ofrecimiento sin necesidad de la aceptación de los funcionarios o servidores a quienes busca corromper.

La penalidad es prisión de cinco a ocho años, inhabilitación y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. En realidad, la conducta reflejada en la penalidad es similar a la de los otros sujetos activos no abogados, por lo que consideramos que tiene una redacción defectuosa en mérito al principio de proporcionalidad, situación común en el Código Penal peruano.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 580.- Cohecho activo específico

El que, mediante cualquier modalidad, directa o indirectamente, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, inhabilitación conforme literales b, c, d y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena es privativa de libertad es no menor de cuatro ni mayor de seis años, inhabilitación conforme a los literales b, c, d, y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena es privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación conforme a los literales b, c, d, y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

CAPÍTULO XXXVIII

COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

Artículo 398-A. - Cohecho activo en el ámbito de la función policial

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

*** Artículo incorporado por el artículo 3 del D. Leg. N.º 1351, publicado el 7 enero del 2017.**

1. ALCANCES TÍPICOS

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial es otro agregado propio del populismo legislativo, en el que se reprime a cualquier persona que corrompe a la policía, haciendo la distinción de realizar actos u omitir actos en violación de sus obligaciones (propio) y el de hacer los actos u omitir sin faltar a sus obligaciones (impropio). En este delito también existe un elemento corruptor (beneficio, donativo o cualquier otra ventaja) que mueve el accionar de la policía.

La redacción de este tipo penal pudo ser incluida en otro artículo sobre cohecho, agregando “miembros de la Policía Nacional” para evitar esta pésima manera en la que se encuentra establecida en nuestro deformado Código Penal, pues con esta lógica podemos crear una infinidad de tipos penales atendiendo al funcionario sobornado, lo que nos parece un absurdo.

Es probable que el impulso del legislador haya sido la cantidad de cohechos vinculados a los policías que laboran en tránsito. Esto debido a que, bajo el escenario de la informalidad, tenemos choferes que circulan sin cumplir con los requisitos necesarios, por lo que acuden al recurso de sobornar a la policía.

Los casos más graves son cuando se destinan dádivas a policías para entorpecer investigaciones o modificar los resultados del trabajo, lo que no solo

atenta contra el deber de persecución del delito, sino eventualmente coadyuva con la impunidad en el delito.

El bien jurídico tutelado es la confianza que le brinda la ciudadanía a la policía, en el cumplimiento de sus deberes funcionales de preservar la seguridad y prevenir el delito.

El tipo objetivo describe al sujeto activo como cualquier persona que, bajo cualquier modalidad o medio, directa o indirectamente, ofrece —propone— un beneficio, o da o entrega el beneficio o le promete a futuro que lo recibirá a un miembro de la Policía Nacional.

El medio corruptor es un donativo que es de naturaleza patrimonial, dinero o bienes, o cualquier ventaja, un favorecimiento laboral, o beneficio para que el policía realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial. Aquí estamos como efecto colateral si el policía acepta la coima ante el delito de cohecho pasivo propio, porque el policía viola sus obligaciones funcionales para favorecer al sobornador.

El comportamiento del sujeto activo es con dolo directo, pues con conocimiento de la prohibición busca sobornar al policía para obtener algún beneficio, como evitar que le coloquen una papeleta de infracción a las reglas de tránsito o la omisión de una denuncia cuando es intervenido en flagrante delito, por ejemplo, con la comercialización de drogas. Es un delito de mera actividad, pues basta el ofrecimiento del sujeto activo para que se consume el delito.

Ahora se realizan los operativos de tránsito y estos son filmados por la policía para documentar el soborno y se pueda tener la prueba necesaria para poder procesar al sujeto activo. Este será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

En el segundo párrafo se establece que el sujeto activo, bajo cualquier forma, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, lo que origina en el caso del policía que aceptó la coima un cohecho pasivo impropio, porque no faltó a sus obligaciones para favorecer a su sobornador.

El legislador considera que este es un injusto de menor intensidad que el anterior, por lo que la sanción será una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

CAPÍTULO XXXIX

INHABILITACIÓN

Artículo 398-B.- Inhabilitación

En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio sus funciones, siempre que estas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36*.

* **Artículo incorporado por el D. Leg. N.° 1351, publicado el 7 enero del 2017.**

1. COMENTARIO

Para ZAFFARONI, la pena de inhabilitación consiste en la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las penas de prisión y multa. La inhabilitación en el Código Tejedor estaba bajo el título de *penas privativas del honor y humillantes*²²⁵. Para PEÑA CABRERA, consiste en la privación y restricción de ciertos derechos del delincuente, sean políticos, económicos y sociales, como consecuencia de la realización de un delito, y su carácter es infamante que es el sentido que se le quiso dar a esta pena originalmente, y cita al Código Penal español de 1822, que en su art. 74 indicaba que a quien se le imponga la pena de infamia perderá, hasta obtener la rehabilitación, todos los derechos de ciudadano²²⁶.

Respecto a la descripción de la inhabilitación en el Código Penal español, MUÑOZ CONDE señala que esta figura es un tanto farragosa. Esta apreciación, en mi concepto, también le alcanza a la que ha realizado el legislador peruano en nuestro Código Penal. MUÑOZ CONDE menciona que puede sistematizarse de la siguiente forma:

- a) Inhabilitación absoluta que consiste en *privación definitiva* de honores, empleos y cargos públicos; *privación temporal* del derecho a obtener los mismos u otros honores, cargos, empleos y empleos públicos e incapacidad para ser elegido para cargo público.

225 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, vol. I, Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 935.

226 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 1999. p. 617.

- b) Inhabilitación especial para: *i)* cargos y empleos públicos, *ii)* derecho al sufragio pasivo, *iii)* para profesión, oficio o *iv)* para el ejercicio de la patria potestad, *v)* privación de la patria potestad.
- c) Suspensión temporal del empleo²²⁷.

El autor refiere que “la diferencia entre inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para cargo público radica en que la primera recae sobre todos los honores, cargos y empleos públicos, mientras que la segunda lo hace sobre el concreto cargo que tuviera el penado y otros análogos”²²⁸. Sobre esto, tenemos que decir que no se puede inhabilitar sobre lo que no se tiene en cuanto a cargo o empleo público. Por ello, la diferencia de “cargo concreto” es insuficiente para explicar la distinción, como lo hace el profesor español MUÑOZ CONDE. Además, tiene que ver con esa apreciación que él realiza que es farragosa, situación en la que él también cae cuando trata de sistematizar esa división. De lo que puedo extraer es que la diferencia podría darse en los títulos y honores genéricos y los que devienen de un cargo o empleo presente, más la propia inhabilitación del cargo. La inhabilitación se puede aplicar tanto a funcionarios o servidores públicos como a particulares, dependiendo de la naturaleza del delito cometido.

En el art. 398-B se ha previsto la inhabilitación como sanción a quien ha sobornado a un policía que cumple funciones en tránsito o seguridad vial. Esto nos grafica el interés del legislador de combatir este fenómeno real en la sociedad peruana, pero que bien pudo ser incorporado en otros delitos de cohecho.

La inhabilitación está referida a los sujetos activos responsables de sobornar a los policías de tránsito y se concreta en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener licencia de conducir, siendo aplicable las disposiciones contenidas al inc. 7 del art. 36 del CP.

Consideramos que la inhabilitación referida al soborno de efectivos policiales se pudo remitir al art. 36 del CP para no crear una figura autónoma, que por lo demás es repetitiva.

227 Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y Mercedes, GARCÍA ARANA, *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 586.

228 *Loc. cit.*

CAPÍTULO XL

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo²²⁹

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

** Artículo modificado por la Ley N.° 30111, publicada el 26 noviembre del 2013.*

1. ALCANCES TÍPICOS

1.1. Bien jurídico

Según la doctrina, se considera que el bien jurídico protegido es preservar la relación justa entre el funcionario público y los particulares²³⁰. Desde nuestra posición, estimamos que se le debe agregar el deber de imparcialidad que debe tener el funcionario frente a intereses privados. Por su parte, HUGO ÁLVAREZ señala que no se resguarda el patrimonio del Estado, sino la rectitud, probidad y prestigio de los actos de la función pública²³¹. Lo señalado por este autor puede complementarse a los bienes jurídicos que hemos mencionado anteriormente.

A continuación, veremos cómo la jurisprudencia suprema ha desarrollado este tópico. En el R. N. N.° 1318-2012 Lima, de 29 agosto del 2012, emitido por la Sala Penal Transitoria, se señaló lo siguiente:

229 Historial legal:

“Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”

(Artículo modificado por la Ley N.° 28355, publicada el 6 de octubre del 2004).

230 CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, “La configuración del delito de negociación incompatible en el marco de procesos de contrataciones públicas informales”, en AA. VV., *Delitos contra la administración Pública*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 426.

231 HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, ob. cit., p. 439

Décimo segundo. El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En ese sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente —no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración pública— y en sujeción a los intereses públicos tienen un deber especial y la infracción de este los hace merecedor del reproche penal. El tipo penal para su perfección no demanda la concurrencia de un perjuicio potencial o real para el Estado, pues como se anotó *“ut supra”*, el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial, quien no puede actuar en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses. Esto significa que en algunos casos la propia Administración pública puede ser beneficiada con la irregular intervención del funcionario servidor público es un delito de simple actividad y peligro.

Esta ejecutoria se concentra en el principio de imparcialidad que debe respetar todo funcionario y/o servidor público en los contratos u otras operaciones. El interesarse indebidamente quiebra este deber, pues hace que la Administración pública actúe de forma sesgada frente a una pluralidad de intereses legítimos que concurren en la contratación pública.

En el R. N. N.º 4096-2009 Junín, de 19 octubre del 2010, la Sala Penal Permanente desarrolla un interesante concepto vinculado al bien jurídico: incompatibilidades o no conformidad en la actuación del agente con las normas que rigen la contratación pública o cualquier otra operación similar.

Tercero. Que el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal, conforme a su descripción típica sanciona al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo; que en este tipo de delitos el funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función a las prerrogativas de su cargo o empleo en la Administración pública; que el acto de intervenir es legítimo, el interés particular puesto de manifiesto es ilícito y se inscribe en el contexto del régimen de incompatibilidades del agente activo; que para que se produzca el delito de negociación incompatible debe producirse un conflicto de incompatibilidades; que en buena cuenta se puede afirmar que: “El funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado; sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal, tornándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional”.

1.2. Sujeto activo e infracción de deber

En la jurisprudencia suprema se admite que el funcionario o servidor público se encuentra en la esfera de los delitos de infracción de deber positivo. Esto porque al desarrollar los elementos típicos del delito de negociación incompatible, van directamente contra sus deberes como empleados de la Administración pública.

En el R. N. N.° 722-2013 Tacna, de 1 de agosto del 2013, la Sala Penal Transitoria desarrolla esta postura:

Tercero. Que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, exige como conducta típica que el sujeto activo debe interesarse por un contrato u operación en que interviene en razón o por su cargo, siendo este interés de manera directa o indirecta; sin embargo, [...] 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 como cometido de sus funciones por razón del cargo. Cabe precisar, además, que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminem laede*, 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 tienen un contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, son titulares de un estatus especial.

El interesarse tal como está descrito en el tipo penal implica que estamos en un delito de acción, por lo que no es admisible considerar que el delito de negociación incompatible se pueda cometer por omisión. Esta posición es desarrollada correctamente por la Sala Penal Permanente en el R. N. N.° 661-2009 Lima, de 10 de marzo del 2010:

En el presente caso, [...] ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación, sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado. Quinto. Para decidir si una

conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible.

En la jurisprudencia suprema tenemos al R. N. N.° 832-2010 Piura, de 17 de mayo del 2011, que realiza la descripción típica de este delito haciendo referencia a que los sujetos activos son funcionarios y/o servidores públicos que, usando su cargo en la administración, se interesan directa o por tercero en forma simulada en algún aspecto de un contrato u operación similar (fórmula más abierta) que realiza el Estado.

En el siguiente caso hubo un problema de tipificación porque no se estaba frente a un contrato, sino frente a un proceso judicial cautelar como puede advertirse del texto a continuación:

Tercero. [Respecto] al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, debemos relieves que la descripción típica de este delito se configura cuando un funcionario o servidor público, aprovechando de su cargo, se interesa 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 [...].

El R. N. N.° 1328-2011 Puno, de 9 de mayo del 2012, emitido por la Sala Penal Permanente, nos trae el problema de si el tipo penal exige que el sujeto activo tenga como móvil para poder interesarse un provecho económico. Consideramos que este puede estar subyacente en el agente, pero que no se encuentra

de manera expresa en la descripción típica, por lo que es indistinto el móvil por el cual el sujeto activo se interese indebidamente. De ahí que estimamos que este aspecto no está bien desarrollado en la ejecutoria siguiente:

Sexto. Que, en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, el agente —siempre es funcionario o servidor público— de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros; en este sentido, concurren como elementos de la tipicidad objetiva los siguientes: el verbo rector “interesar” significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria o ejecución del contrato u operación; en provecho propio o de terceros, es decir, que el provecho que pretende obtener el agente del contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales, no siendo posible que sean extraños a él; cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible, comprende aquellas situaciones en las que la Administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero —sea este una persona natural o jurídica—, mientras que la operación, se entiende como aquellos actos unilaterales que se producen entre la Administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos, tengan un contenido económico; en consecuencia, es de recibo lo que señala SALINAS SICCHA, en el sentido que, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica.

En el mismo error incurre la Sala Penal Permanente en el R. N. N.º 578-2011 Junín, de 29 de febrero del 2012:

Cuarto. Que, en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, el agente —siempre funcionario o servidor público— de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros.

La ejecutoria suprema recaída en el R. N. N.º 2770-2011 Piura, de 12 de septiembre del 2012, tiene un interesante desarrollo de los elementos típicos del delito *in comento*, abarca sus aspectos objetivos y subjetivos:

Tercero

3.1. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 397 del Código Penal (vigente al momento de los hechos), es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las, exigencias del tipo penal, los cuales pasamos a detallar: a) intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la Administración pública, ello supone que: i) es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; ii) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; b) indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero, el interesarse indebidamente es 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, admitiendo tres modalidades de comisión directa (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), indirecta (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por acto simulado (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la Administración pública cuando en realidad son particulares o personales); c) el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y d) requiere el dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la Administración pública.

1.3. Verbo rector “interesarse”

En el delito de negociación incompatible, el verbo “interesar” denota inclinarse, simpatizarse, dirigirse, encaminarse en un contrato u operación similar. La inclinación puede ser directa o indirectamente. La Sala Penal Permanente, en el R. N. N.º 253-2012 Piura (13 febrero del 2013), desarrolla otros verbos sinónimos de “interesarse”:

Segundo

2.2. El delito materia de análisis tiene como verbo rector del tipo penal el término “interesar”, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo,

es decir, este importar o interesar es en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros.

El interés, según la descripción típica, es indebida, ilegal, por lo que, razonando a contrario, tenemos que puede existir un interés debido si es que tiene que ver más con funciones, por ejemplo, de fiscalización o de información que se solicita, sin significar esto actuar con parcialidad a favor de intereses particulares. En lo indebido, como señala el R. N. N.º 373-2007 Lima (4 julio del 2007), entran a tallar intereses privados:

Sobre el término “indebidamente se interesa”. El interesarse indebidamente debe entenderse como un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en la que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la Administración pública; pero a la vez representa intereses particulares, con el cual pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último, lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la Administración pública; por lo tanto, es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido.

1.4. Acto simulado

El interés directo o indirecto puede hacerse de forma manifiesta o simulando algún acto, una suerte de artificio para esconder que detrás hay un interés directo. El contenido del acto simulado es desarrollado correctamente por la Sala Penal Permanente en el R. N. N.º 3281-2011 Junín, de 24 de enero del 2013:

Acto simulado es aquel que se realiza aparentando que se trata de intereses de la Administración pública cuando en realidad son particulares o personales. En suma el conjunto probatorio de cargo precedentemente analizado, revela actuación interesada del encausado WV, quien no negó en el decurso del proceso haber conocido y participado en la adquisición y contratación de los bienes y servicios materia de proceso, sin embargo, conforme se desprende del contenido del aludido dictamen pericial, dicho encausado orientó su actuación funcional al momento de realizar las adquisiciones de bienes y de servicios, simulando una formalidad con postores que carecían de capacidad de contratación (por no estar registrados con RUC o ante la Sunat o en el Registro de Proveedores), o poseer idoneidad para proveer el bien o servicio que requería la institución edil, logrando con ello elegir predeterminedamente a algunos proveedores quienes se vieron favorecidos con la contratación de sus referidos bienes o servicios.

En el R. N. N.° 2641-2011 Lambayeque, de 10 de agosto del 2012, la Sala Penal Transitoria, apoyándose en la doctrina argentina del profesor CREUS, desarrolla de forma amplia tanto el interés directo o indirecto como el acto simulado:

Tercero. En este tipo penal el verbo rector viene a ser “interesarse”, el cual es entendido como la “injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o junción y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés)”; complementaremos este concepto con lo señalado por el maestro argentino Carlos CREUS, para quien “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. Ahora bien, las modalidades de comisión de este ilícito pueden ser: i) *directamente*, cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares indebidas al participar como funcionario en un contrato u otra operación estatal; ii) *indirectamente*, cuando el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos; y iii) *por acto simulado*, en este supuesto los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas a este; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la Administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares.

Esta ejecutoria coincide con la anterior respecto a la idea de simular: aparentar que son actos de la Administración pública, pero detrás de ese aparente acto se encuentran intereses privados. Es un asunto probatorio acreditar este elemento del tipo objetivo del delito de negociación incompatible.

2. CARACTERÍSTICA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

2.1. Delito de peligro

El delito de negociación incompatible es de peligro o de mera actividad, pues basta que el agente despliegue los actos de interés sin necesidad de que concluya en alguna situación de favorecimiento o no. Esta característica es desarrollada por la Sala Penal Transitoria en el R. N. N.° 2068-2012 Lima, de 19 abril del 2013:

El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración pú-

blica, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal —importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública—. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración pública.

Al haber establecido que es un delito de peligro, tenemos que el momento consumativo es antes de cualquier resultado que concrete el interés indebido. Así se sostiene en el R. N. N.° 3281-2011 Junín, de 24 de enero del 2013:

Es un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro. No se requiere que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de este sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la Administración pública.

3. PRUEBA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Un aspecto probatorio central es que el sujeto activo se interese directa o indirectamente. Si esto no se acredita, la conducta se convierte en atípica o, aplicando *in dubio pro reo*, se debe absolver al imputado. Así se razona en el R. N. N.° 3866-2007-Puno, de 17 de junio del 2008:

Tercero. Para la configuración del delito de negociación incompatible, se requiere que el funcionario o servidor público, indebidamente de manera directa o indirecta o por acto simulado se interese por cualquier contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo; [...] no se cuenta con elementos de prueba que acrediten que tales procesados se hayan interesado en forma directa —poniendo de manifiesto sus pretensiones particulares, o en forma indirecta o acto simulado—; que tampoco se ha establecido con suficiencia que el proveedor [...] esté ligado a los procesados [...].

En el R. N. N.° 3635-2013 Junín, de 1 de agosto del 2014, emitido por la Sala Penal Transitoria, se acreditó el interés del funcionario en los contratos porque existía incompatibilidad legal expresa (Ley Orgánica de Municipalidades).

Cuarto. Si bien el encausado no ha aceptado los cargos imputados, estos están debidamente probados, ya que en su condición de regidor de la municipalidad [...], en el periodo del 1 de enero del 2007 al 31 de diciembre del 2010, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades, [...] tenía el deber de abstenerse a intervenir en la celebración de contratos, más aún si existía un convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito entre la municipalidad [...] y las instituciones educativas agraviadas, al ser la referida municipalidad quien aportaba el cincuenta por ciento de los aportes; por lo tanto, sí se aprovechó indebidamente del cargo.

El R. N. N.° 3911-2009 Huancavelica, de 3 de julio del 2010, trae el caso de un director municipal que suscribió un contrato de locación de servicios con fecha posterior a la renuncia de su cargo, demostrando interés directo en la contratación:

Quinto. El procesado admite [...] haber presentado su renuncia al cargo de director municipal [...], sin embargo, suscribió en representación de la entidad agraviada —como director municipal— el contrato de locación de servicios profesionales [...] con su coencausada [...] sin que existan documentos que avalen el ejercicio del cargo en mención con posterioridad a la fecha de su renuncia.

En el R. N. N.° 1024-2013 Ica, de 23 de octubre del 2013, se consideró que la absolución en calidad de autores y cómplices sustrajo al encausado de la imputación conjunta por el delito de negociación incompatible, porque no puede ser autor cualquier funcionario a servidor público, si es que no posee facultades de decisión a manejo de las negociaciones u operaciones. Aunque los argumentos más fuertes fueron: 1) el condenado lo fue a título de cómplice, y los autores estaban absueltos; y 2) no se había probado que el condenado se interesara directa o indirectamente.

Tercero. Que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, exige coma conducta típica que el sujeto activo se interese por un contrato u operación en que interviene, en razón a por su cargo, el cual puede ser de manera directa a indirecta; sin embargo: “[...] no podrá ser autor cualquier funcionario a servidor público, si es que no posee facultades de decisión y manejo de las negociaciones u operaciones cometido de sus funciones por razón del cargo”. Cabe precisar, además, que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminem laedere*, 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 otros 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 tienen un contenido positivo y específico, y como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial; es decir, son titulares de un estatus especial.

Cuarto. [S]e advierte que [...] los demás imputados comprendidos en la presente causa, en calidad de autores y cómplices, han sido absueltos; lo cual sustrae al encausado de la imputación conjunta al respecto, pues una imputación aislada, a título de cómplice, es insostenible fáctica y jurídicamente, pues la participación criminal (cómplice o instigador) debe estar sujeta a la preexistencia de la intervención de un autor, máxime si esta absolución se remite a que no se ha acreditado de manera indubitable el interés, de manera directa o indirecta, de los encausados absueltos, dentro del contrato u operación con el contratista, con el consecuente beneficio indebido a su favor o de tercero.

El aporte necesario del cómplice debe ser en la fase ejecutiva del delito, si se hace después de la consumación no puede estimarse la complicidad. En el siguiente caso, se estableció que la cómplice *sí* había contribuido con los autores del delito de negociación incompatible, por lo que estaba justificada la condena. En el R. N. N.° 4276-2008 Lima, de 4 de febrero del 2010, se verifica lo que sostenemos:

Cuarto. El auto impugnado señala que el Ministerio Público ubica los hechos de aporte causal al hecho principal interesarse en el contrato en un momento posterior a los actos atribuidos a los encausados en calidad de autores, lo que contraviene las reglas de complicidad en el delito de negociación incompatible, en tanto esta no puede darse después de consumado el delito, sino en la etapa de preparación y de ejecución [...]; sin embargo, de la formalización de denuncia [...] y auto apertorio de instrucción [...] se advierte que la imputación contra la encausada OVA —a título de cómplice— recae en que como integrante del Comité Especial incurrió —con los otros integrantes— en irregularidades durante los procesos de selección y contratación, como la indebida adjudicación de puntajes que no les correspondía a JFH y RRE, quienes finalmente resultaron ganadores de dicho proceso, por lo que su participación no se habría concretado a un acto posterior a la de los atribuidos a los autores del delito de negociación incompatible [...].

En el R. N. N.° 4259-2008 Tumbes, de 9 de abril del 2010, emitida por la Sala Penal Transitoria, se argumenta la absolución del acusado porque si bien era socio de la empresa a la que se otorgó la buena pro, él se desempeñaba en mantenimiento de computadoras y no tuvo injerencia ni en la licitación ni en el otorgamiento de la buena pro:

Quinto. En lo atinente a que existe un conflicto de compatibilidades, entre la función del procesado y el otorgamiento de la buena pro a la empresa de la cual era socio, pues está acreditado que el acusado desempeñaba funciones técnicas de mantenimiento y reparación de equipos de cómputo e impresoras y otros afines, sin tener injerencia en la ejecución de la licitación y mucho menos en el otorgamiento de la buena pro, conforme se advierte del informe emitido por el jefe del área de Logística en el cual se describen las funciones que cumplió el procesado como trabajador [...]. Es correcta la absolución del procesado.

4. LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN CASOS DE CONTRATACIÓN POR EMERGENCIA (CAS. N.° 841-2015 AYACUCHO)

4.1. La contratación por emergencia y proceso de regulación

La Corte Suprema determinó que debía pronunciarse sobre tres aspectos para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial: i) ¿se configura el delito de negociación incompatible en casos de contratación por emergencia que inicialmente es defectuoso, pero que posteriormente puede ser regularizado?; ii) ¿el tercero interviniente responde como instigador o cómplice en el art. 399 del CP?, y iii) ¿es necesario determinar la finalidad especial —provecho— en el comportamiento ilícito del imputado?

Un primer asunto para examinar es respecto de los contratos que se realizan de forma excepcional por causal de situación de emergencia. Las obras pueden ser adjudicadas a una empresa de forma directa, sin concurso, justamente por la urgencia de resolver un problema de alto impacto social, lo que no impide que por la premura, que es un elemento intrínseco en la emergencia, se pueda regularizar el procedimiento:

Décimo segundo: Las contrataciones realizadas en el marco de una situación de emergencia son realizadas de forma directa, lo cual se explica en la necesidad inmediata de tomar acciones de prevención o de mitigación de la situación de emergencia acaecida. Por ejemplo, es el caso de que se presentara un terremoto y se requiriera de material para auxiliar a los damnificados.

La compra de ese material, dada la urgencia de contar con el mismo, hace que las formalidades normales cedan, para posibilitar la adquisición rápida del bien y ayudar a los damnificados.

Por ello, dada la necesidad de realizar la compra de forma inmediata para la atención o prevención de la situación de emergencia, es que —de todos los procesos exonerados— solo la contratación en situaciones de emergencia puede ser regularizada. En ese sentido se encuentra redactado expresamente en el artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado (D. L. N.° 1017).

La Corte Suprema, en una hermenéutica sistemática, acude a la Ley de Contrataciones para extraer conceptos que complementen la dogmática penal:

Décimo tercero: En los casos de contratación en situación de emergencia, existe un control *ex post* de las compras realizadas, el cual tiene como presupuesto que sea realizada la regularización. En ese sentido, el artículo 128 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D. S. N.° 184-008-EF), vigente en la fecha de los hechos señala:

Artículo 128.- Situación de emergencia

En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.

Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones.

Como puede observarse la obligación de regularizar el procedimiento se mantiene, y establece el deber de que la misma sea realizada dentro del plazo de 10 días. Ellos comienzan o computarse desde el momento de la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o el inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra. Asimismo, a

efectos de realizar el control sobre el proceso, es necesaria la remisión de la información pertinente a la Contraloría General de la República.

El concepto de regularización no es un invento, sino que se encuentra previsto expresamente en la normativa de contrataciones, y la información se debe remitir a la Contraloría General.

4.2. Trascendencia penal de la regularización

Al reconocer la Corte Suprema que los contratos en situación de emergencia pueden ser regularizados y que son propios del derecho administrativos, estos *per se* no tienen relevancia penal, salvo que haya un elemento adicional que trascienda esta regularización para que dé una connotación penal, como un acuerdo colusorio.

Décimo cuarto: El derecho penal tiene como función la protección de determinados intereses sociales, los cuales se encuentran normativizados a través de tipos penales. Solo son objetos de protección aquellos intereses que resultan vitales para la existencia en sociedad. Su existencia no depende del arbitrio libre del legislador, sino que depende de su existencia —directa o derivada— de una norma que forma parte de nuestra Ley Fundamental.

Décimo quinto: La contratación estatal, requiere específicamente que sea llevada a cabo conforme se encuentra dispuesto en la normativa de la materia, siendo protegida a través de distintas normas del Código Penal; sin embargo, el origen del deber de proteger este interés reside en nuestra Constitución Política, la cual señala en su artículo 76 que:

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.

Décimo sexto: Conforme al mandato constitucional antes señalado, la ley realiza las excepciones en las cuales la normativa de la materia no es aplicable. En ese sentido, como señalamos anteriormente, la Ley de Contrataciones con el Estado establece como una excepción a la aplicación de sus reglas normales el caso de la contratación en caso de situación de emergencia. Este tipo de contratación tiene como principal característica el eximirse del proceso de selección, con el objeto de que sea realizada la contratación de forma directa, contratación que puede —posteriormente— regularizarse.

Décimo sétimo: A diferencia de la contratación normal, la cual se encuentra obligada a seguir un procedimiento predeterminado en la ley, sin posibilidad de ser regularizada, la contratación de emergencia autoriza la exención de dicho procedimiento. La razón es la situación de emergencia misma.

Detrás de una situación de emergencia existe una situación que requiere una pronta atención, ya que estamos frente a un hecho grave producido, o, ante un grave riesgo de que sea generado. Por ello, se realiza un ejercicio de ponderación entre el normal cumplimiento de la normativa administrativa, y el objeto de protección, en el cual se favorece este último.

Décimo octavo: La regularización tiene efectos en el ámbito del derecho administrativo. Su función es que aquella situación irregular pueda ser llevada a un cauce normal. La norma dispone las formas y los plazos que se deben cumplir para que un acto administrativo pueda ser considerado regularizado, para lo cual se subsanan los defectos administrativos de la misma.

En el caso específico de la contratación en situación de emergencia, esta debe hacerse a los 10 días de entregado el bien. A través de ella, aquellos defectos que puedan ser objeto de subsanación, como es el caso del cumplimiento de ciertos requisitos no solicitados o no verificados cabalmente al momento de la contratación o la entrega del bien, respectivamente.

Décimo noveno: Los defectos administrativos, que tornan un contrato en irregular, por sí solas, carecen de relevancia para el derecho penal. Solo cuando ellas tienen como significado el quebrantamiento de un deber que compete a esta rama del derecho, entonces es que ellas adquieren un sentido comunicativo en este plano.

En el caso de los contratos en situación de emergencia, los defectos administrativos pueden ser subsanados a través del proceso de regularización. Para ello, se requiere la realización de dicho proceso dentro de un plazo de 10 días desde producida la satisfacción del objeto del contrato.

Vigésimo: En ese orden de ideas, los defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa, carecen —por sí solos— de relevancia para el derecho penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados.

La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de los casos de contrataciones del Estado, es que —en el marco de una contratación en una situación de emergencia— sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa.

Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia.

Vigésimo primero: Esta premisa sustantiva trae a su vez consecuencias de índole procesal. Si nos encontráramos frente a un proceso normal de contrataciones con el Estado y se presentaran los defectos administrativos, los cuales no pueden ser regularizados, podría ser entendible como una prueba del quebrantamiento de un deber penal.

Distinta es la situación en el caso de que se trate de una contratación en una contratación de emergencia, dentro de la cual la comisión de defectos administrativos es posible. En este supuesto, debido a la justificación legal y material de los mismos, es posible que el realizar estos defectos carezca —por sí sola— de relevancia para el derecho penal. No será el supuesto si, anexo a dichos defectos administrativos, se presenta un elemento que da un sentido delictivo a los mismos, como es el acuerdo colusorio o el pago de una dádiva.

Hubiese sido importante que la Corte Suprema establezca cuáles son estas regularizaciones de carácter administrativo que son un límite para la intervención penal.

La Corte Suprema admite tácitamente que los actos administrativos que pueden ser regularizados según la imputación serían las siguientes:

[L]a declaración de la situación de emergencia y exoneración de los procesos de selección las adquisiciones y contrataciones N.º 007-2011-GRA-SEDE CENTRAL, el procesado Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, director del sistema administrativo de la Oficina de Abastecimiento y Patrimonio Fiscal, cursó invitaciones a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A. para participar como postores el día 28 de diciembre del 2011, fecha en la que aún no se había notificado la aprobación de las bases administrativas de dicha exoneración dicha aprobación de bases fue aprobada y comunicada mediante memorando N.º 2475-2011-GRA/PRES-GG, de 29 de diciembre del 2011.

¿La invitación a las empresas cuando no están fijadas las reglas con antelación puede regularizarse? Según la Ley N.º 27444, los actos administrativos tienen validez si han sido emitidos por autoridad competente, su objeto sea lícito, tenga una finalidad pública no de privados, tenga motivación y siga un

procedimiento regular. Si falta de uno de estos elementos, el acto es nulo; la excepción para conservar el acto es cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora. Estas pautas permiten fijar con mayor nitidez en qué situaciones corresponde la regularización y en cuáles no.

Ahora, ¿los actos administrativos irregulares *per se* permiten establecer responsabilidad penal? Consideramos que son elementos indiciarios, pero deben tener corroboraciones probatorias con mayor consistencia para sancionar penalmente:

Vigésimo segundo: La Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho ha considerado que los defectos administrativos señalados evidenciarían la comisión del delito de negociación incompatible por parte de los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza.

Vigésimo tercero: De forma coherente con los postulados anteriormente mencionados, para evaluar el valor probatorio de los defectos administrativos, primero debemos verificar en qué tipo de contratación nos encontramos. En el presente caso, nos encontramos frente a una contratación en una situación de emergencia, por lo que la valoración de los mencionados defectos es más rigurosa que en un supuesto normal de contratación.

En un supuesto normal de contratación, estos defectos podrían ser tomados como indicios para construir la prueba indiciaria que acredite la comisión de un delito. En un supuesto de contratación de emergencia, ello requiere no solo de los defectos administrativos, sino que se haya acreditado —adicionalmente— un elemento externo al proceso de contratación.

La Corte Suprema establece que las irregularidades no pueden por sí solas generar convicción de comisión de delitos.

4.3. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

La Corte Suprema determina la finalidad especial en el comportamiento ilícito de los procesados:

Trigésimo cuarto: El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio

o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.

Trigésimo quinto: Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la Administración pública.

El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la Administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero).

La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

Trigésimo sexto: El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.

Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, pueda ser el beneficiado.

El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.

Trigésimo séptimo: Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirlos, sino que al tratarse de elementos que configuran la conducta incriminada, constituye un deber del magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados.

Queda claro que el elemento objetivo es que el funcionario se interesa por un contrato y el provecho para un tercero sería, según la Corte Suprema, el elemento subjetivo de trascendencia interna. Como es conocido, la trascendencia interna es un elemento distinto del dolo, y no explica cuál es el dato que acredita este dolo. Desde una perspectiva cognitiva del dolo, podemos sostener que el sujeto activo conoce que al realizar un interés indebido está quebrantando su rol de funcionario público, que está quebrantando prohibiciones normativas.

El mérito de esta casación es detectar la orfandad de motivación en las instancias inferiores para justificar la condena por negociación incompatible.

LEGISLACIÓN COMPARADA

España

Artículo 439.- La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

Costa Rica

Artículo 347.- Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo o el funcionario público que participe en una negociación comercial internacional para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero. Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales.

En igual forma será sancionado el negociador comercial designado por el Poder Ejecutivo para un asunto específico que, durante el primer año posterior a la fecha en que haya dejado su cargo, represente a un cliente en un asunto que fue objeto de su intervención directa en una negociación comercial internacional. No incurre en este delito el negociador comercial que acredite que habitualmente se ha dedicado a desarrollar la actividad empresarial o profesional objeto de la negociación, por lo menos un año antes de haber asumido su cargo.

(Así modificado por el artículo 11 de la Ley N.º 8056 del 21 de diciembre del 2000).

(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso "a", de Ley N.º 7732 del 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 345 al 347).

Argentina

Artículo 265.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Chile

Artículo 240. - El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio. Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias.

Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción.

Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 581. - Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

CAPÍTULOXLI

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Artículo 400.- Tráfico de influencias²³²

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

*** Artículo modificado por el art. 2 del D. Leg. N.° 1243, publicado el 22 octubre del 2016.**

232 Historial legal:

“Tráfico de influencias

Artículo 400.- 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”. (1991).

“Artículo 400.- Tráfico de influencias

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un 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 incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”

(Artículo modificado por la Ley N.° 28355, publicada el 6 octubre del 2004).

“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”

(Artículo modificado por la Ley N.° 29703, publicada el 10 junio del 2011).

1. ALCANCES TÍPICOS

En el Exp. N.º 06-2006-A.V., de 21 de mayo del 2007, emitido por la Sala Penal Especial, se desarrolla de forma sistemática los elementos típicos del delito de tráfico de influencias:

9. El citado delito, previsto y sancionado por el artículo 400 del Código Penal, tiene como elementos típicos (a) al traficante de influencias —que incluso, como en el presente caso, es un funcionario público— [sujeto activo]: (b) al Estado, en tanto los comportamientos descritos en el tipo legal tienen que ver con el funcionamiento de la Administración pública, con la necesidad de que esta goce de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades en aras de la afirmación de la garantía constitucional de igualdad [sujeto pasivo]: (c) la invocación de influencias del sujeto activo en cuanto se tiene capacidad para demandar ayuda a un funcionario público, entendida como la capacidad- posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada [medio delictivo]; (d) el ofrecimiento de influir en funcionarios que han conocido o están conociendo un caso judicial o administrativo, esto es, realización sucesiva o simultánea de actos de intercesión o de intermediación, [prestación del

“Artículo 400.- Tráfico de influencias

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un 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 incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.”

(Artículo modificado por la Ley N.º 29758, publicada el 21 julio del 2011).

“Artículo 400.- Tráfico de influencias

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un 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 incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”

(Artículo modificado por la Ley N.º 30111, publicada el 26 noviembre del 2013).

agente]; y (e) la obtención de beneficios, sean patrimoniales o no patrimoniales (contraprestación por la influencia).

Este tipo penal puede desprenderse en varias modalidades o hipótesis. El sujeto activo es la persona que invoca influencias reales o simuladas (no hay a quien invocar). La invocación de influencias simuladas puede estar relacionada más con el delito de fraude o estafa. Estas figuras han sido mantenidas por el legislador peruano.

El sujeto activo recibe o hace dar o prometer, para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Estamos ante un delito donde hay un intercambio, y esto es importante puesto que, si se invoca influencias y no hay recepción de donativo u otro, la conducta no sería reprochable penalmente.

El delito de tráfico de influencias puede ser cometido por cualquier persona, incluso por el propio funcionario o servidor público, lo que sería una suerte de modalidad agravada por la condición del agente. Estos aspectos son examinados en el R. N. N.º 1280-2011 Huancavelica, de 10 de mayo del 2012:

La naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias

Cuarto. [...] El modelo peruano de tráfico de influencias es una expresión jurídico-penal de corrupción sin vinculación funcional que contempla el esquema de la modalidad de corrupción relevantes, por tanto respecto a la vinculación funcional, la norma penal no requiere que el autor del delito, en este caso de ser este funcionario o servidor público, se halle en una especial colocación con la Administración pública, por lo que permite extender el círculo de autores a cualquier funcionario o servidor público que invoque influencia reciba cualquier medio corrupto de ofrecimiento de interceder, la cual el traficante no viola obligaciones en función al cargo o sus atribuciones, sino que está simplemente buscando una posición de ventaja [...]. Por tanto, es de indicar que el delito en estudio es uno de mera actividad en la cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir la ejecución de su conducta, sin importar el resultado material, ni el hecho que las influencias sean reales o simuladas.

El agente ofrece interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. El ámbito del ofrecimiento de la influencia es la Administración pública, donde supuestamente el sujeto activo utilizará a un funcionario o servidor. En ese escenario, tenemos que las influencias van dirigidas a influenciar en un caso

judicial o administrativo. Si bien la influencia en estricto se puede cerrar ante la posibilidad de que se conozca al funcionario o servidor y que este por algún tipo de relación como la amistad pueda favorecer al vendedor de influencias, existe la posibilidad de que en aras de conseguir que se efective el apoyo de aquellos se puedan desarrollar otros delitos como el cohecho. Es decir, su efecto puede ser multiplicador.

El bien jurídico tutelado está en función de las hipótesis que plantea este delito y que ha sido resumido por HURTADO POZO²³³ así:

- i) Recibir... invocando influencias reales y ofreciendo interceder ante funcionario que conoce proceso.
- ii) Recibir... invocando influencias reales y ofreciendo interceder ante funcionario que ha conocido proceso.
- iii) Recibir... invocando influencias simuladas y ofreciendo interceder ante funcionario que conoce proceso.
- iv) Recibir... invocando influencias simuladas y ofreciendo interceder ante funcionario que ha conocido proceso

La determinación de qué bienes jurídicos específicos son los concernidos es a partir de las hipótesis o modalidades de este delito. De ahí que HURTADO POZO refiera que cuando el sujeto activo sí tiene influencias reales, conoce al funcionario que puede ser corrompido, entonces el bien será el de la toma de decisiones:

Si el agente invoca influencias reales, significa que tiene la capacidad, es decir, el poder efectivo de influir sobre el funcionario; si, además, su ofrecimiento de interceder ante este es serio, se puede admitir que este comportamiento podría afectar el funcionamiento de la Administración pública, en particular si el funcionario o servidor público conoce el caso. El aspecto estrictamente concernido sería el proceso de la toma de decisiones por parte de los órganos de la Administración pública²³⁴.

233 HURTADO POZO, José, "Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias", en *Anuario de Derecho Penal*, 2005, p. 273. Recuperado de <<https://bit.ly/38VPtZW>>.

234 HURTADO POZO, "Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias", art. cit., p. 287.

En el caso de que el funcionario o servidor ya no conozca el proceso judicial o administrativo y, por tanto, ya no tenga la posibilidad de interceder por pedido del vendedor de influencias, HURTADO POZO sostiene lo siguiente:

No se puede sostener lo mismo en el caso de que el funcionario o servidor público haya conocido el caso, pues ya no depende de él cómo continuará desarrollándose el proceso judicial o administrativo. Esta hipótesis supone, más bien, que quien otorga la ventaja o la promete ignora realmente el estado en que se encuentra su caso, o que haya sido engañado por el agente. En ambas situaciones, no es más la marcha o el funcionamiento de la Administración pública (el proceso de tomar decisiones) lo que es comprometido, salvo que se suponga que dicho funcionario puede aún, de alguna manera, influir sobre los actos del funcionario que en su lugar tendrá a su cargo el proceso. De lo contrario, tendría que pensarse que el objetivo del legislador, en cuanto a esta hipótesis, es proteger el prestigio del funcionario y, por tanto, el de la administración a la que pertenece²³⁵.

En el caso de influencias simuladas es más complicado porque en concreto no hay forma de que se influencie algún funcionario porque este es una suerte de engaño o fraude. De ahí que HURTADO POZO sostiene que es poco verosímil que la influencia simulada sea la adecuada para perjudicar²³⁶ a la Administración pública. Pese a esto, estimamos que el “vendedor de humo”, como también se le conoce a quien ofrece influencias simuladas, pone en tela de juicio el prestigio de la Administración pública y sus funcionarios y servidores, pues los coloca como corruptibles.

En el R. N. N.º 1692-2013 Lima, de 24 de febrero del 2014, la Sala Penal Permanente realiza una interpretación sobre el bien jurídico protegido, apoyándose en doctrina nacional:

3.2. No toda la Administración pública es protegida en este tipo penal, porque no toda esta institución es puesta en peligro, ya que nuestro modelo no ha extendido —como sí lo hacen otras legislaciones— el destino de la acción ilícita a todo el contexto de los funcionarios, sino solamente a los taxativamente contemplados en la norma penal. El objeto de tutela penal es así preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la Administración pública específicamente en sus ámbitos jurisdiccional y de justicia administrativa, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descrédito con el comportamiento típico del agente [...]. Al

235 *Loc. cit.*

236 *Loc. cit.*

tratarse de un delito de peligro, es coherente señalar que el objeto de tutela penal se haya puesto en una posición de riesgo con el accionar del sujeto activo (ROJAS VARGAS).

3.3. El bien jurídico específico u objeto del bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser ningún prestigio o el buen nombre de la Administración pública, pues este concepto no armoniza con un Estado social democrático de derecho, [...]. Aquí más bien, también existe un atentado, aunque lejano, contra la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función; y en el supuesto de la influencia simulada, el patrimonio individual. Por cierto que, en relación con los dos primeros objetos el tipo penal peruano presupone en realidad un peligro [que según el caso puede ser abstracto o concreto]; mientras que en el caso de patrimonio individual [en la modalidad de influencia simulada] podría existir una lesión en la modalidad de recibir o hacer dar, y un peligro en la modalidad de hacer prometer [...].

La protección de los bienes jurídicos específicos en la influencia real dista de los bienes afectados en cuanto a las influencias simuladas. Siendo un delito de peligro, la afectación del patrimonio se daría en el supuesto en donde la influencia sea simulada, no en los otros casos. Es verdad que habría una afectación lejana, pero creo que más allá del patrimonio del particular beneficiado por la influencia y por tanto partícipe del delito, lo que se lesiona es la Administración pública.

Por otro lado, la punibilidad del tercero lo podemos apreciar en el R. N. N.º 1692-2013 Lima, de 24 febrero del 2014, que sostiene lo siguiente:

3.1. Autor solo puede ser el intermediario; el interesado es partícipe necesario, pero nunca coautor, pues no es él quien invoca ni ofrece interceder. El funcionario público, en caso de conocer y querer estos elementos, sería inductor del delito y, en caso de recibir efectivamente el soborno, autor de cohecho pasivo, al igual que en este caso el interesado sería, además, autor de cohecho activo. El interesado que compra la influencia no responderá usualmente como partícipe de este delito. Esto tiene su razón de ser en que el tipo penal sanciona el tráfico y los actos que colaboran en este tráfico, es decir, la parte de la venta de la influencia; para la parte de la compra de la influencia no se ha previsto nada específico. Sin embargo, su contribución rebasa el mínimo necesario [...].

Respecto a la persona invocada —es decir, el funcionario o servidor público—, se debe acreditar su competencia con el proceso judicial o administrativo, en los casos de influencias reales, tal como lo sostiene el R. N. N.º 11 -2003 Lima, de 23 de julio del 2003:

Solo es relevante la conducta cuando el funcionario o servidor público se halle en vinculación funcional. Cuando el tipo penal del artículo 400 del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo [...] indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas —jueces— o amplias —fiscales— respecto del caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo.

Se ha establecido que este delito es de mera actividad o de peligro abstracto, pues basta que el sujeto activo invoque influencias en proceso judicial o administrativo para que el delito se consume. No requiere que el funcionario o servidor público invocado tenga conocimiento del hecho. Al respecto, el R. N. N.º 4097-2008 Santa, de 28 de enero del 2010, señala lo siguiente:

Cuarto. [...] Corresponde puntualizar que la no verificación de lo afirmado, ostentado y prometido por el encausado no permite concebir los hechos resultantes como atípicos, pues recuérdese que el delito de tráfico de influencias previsto en el artículo 400 del Código Penal, [...] es un delito de peligro abstracto, pues no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo; es pues un delito de mera actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material; de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas.

2. LA ACTUACIÓN DEL ABOGADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS (CAS. N.º 374-2015 LIMA)

¿Un abogado puede ser instigador de tráfico de influencias o autor de este delito? En la Cas. N.º 374-2015 Lima, de 13 de noviembre del 2015, se desarrolla la actuación del abogado defensor. Se fija el marco de actuación del abogado y su relación con el tráfico de influencias:

Trigésimo tercero. El abogado desde el punto de vista legal debe actuar con sujeción a ley, y desde lo ético, a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe. Contenido básico que permite el ejercicio de la abogacía. Frente a ello, el tipo penal de tráfico de influencias se opone a la actividad del abogado, toda vez que algunas conductas no tienen respaldo jurídico. Se debe precisar, de conformidad con el considerando décimo segundo, que el acto que se analiza para establecer la tipicidad y antijuridici-

dad de la conducta de tráfico de influencias es la que ocurre desde los actos ejecutivos hasta la consumación, es decir, los actos de ofrecer las influencias y recibir un beneficio o promesa a cambio; por ende, los posteriores del abogado no podrán ser evaluados respecto a este delito, pero sí de conformidad con otros tipos penales, como el cohecho.

Trigésimo cuarto. Según los actos graves que tipifica y sanciona el Código de Ética, como se ve del considerando vigésimo noveno, y la lesividad del delito de tráfico de influencias, a modo de ejemplo, el abogado que ofrezca sus servicios para dar una dádiva al funcionario o servidor público no podrá alegar que se encuentra protegido por su actividad profesional. Tampoco el hecho de ofrecer tratar su asunto con la autoridad que conoce de estos, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley. Ni que el abogado ofrezca influenciar ante alguna autoridad que implique una injerencia para su ejercicio imparcial e independiente, lo que significa el ofrecimiento que recoge el tipo penal de tráfico de influencias reales. En sentido similar, cuando el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 3833-2008-AA/TC, al analizar el inciso 4 del artículo 286 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que no puede patrocinar el abogado que ha sido destituido de cargo judicial o público, señala que esta norma tiene por finalidad evitar una colusión ilegal, favorecimiento indebido u otros delitos de naturaleza análoga, que pongan en peligro los fines constitucionales del sistema de administración de justicia y la confianza ciudadana en la judicatura. Lo que evidencia una postura por evitar del ordenamiento jurídico por evitar conductas graves que afecten intensamente el bien jurídico correcta administración pública.

La Corte Suprema fija los parámetros para poder evaluar la imputación de un abogado por tráfico de influencias:

Trigésimo sexto. Por ello, y en atención a que existen diversos grados de afectación al bien jurídico, debe analizarse la forma en que se cometió el ilícito, la modalidad típica utilizada, la alarma social, entre otros criterios; de ahí que el profesional en derecho podría alegar que actuó dentro del ejercicio de sus funciones, si es que las influencias simuladas que ofrece implican el uso legal de los medios y recursos para defender un derecho o permitir una actuación, pues la afectación será mínima al prestigio de la Administración pública, por lo que, ante esta lesión menor, el interés que contiene el ejercicio de la abogacía recogido por la Constitución Política del Estado y la libertad de trabajo, que no tiene por fin vulnerar el ordenamiento jurídico, prevalecerá. Lo que concuerda con la actividad profesional que se adecúa a los cánones expuestos en el considerando trigésimo.

Trigésimo séptimo. La justificación elimina el injusto, sin perjuicio de lo que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial [VILLA STEIN, Javier, ob. cit., p.

428] y el Código de Ética citado, que, al no tener contenido penal, no será materia de pronunciamiento y deberá verse en la vía legal correspondiente, pues el derecho penal al ser de *ultima ratio* solo analiza conductas que afectan considerablemente bienes jurídicos (principios de subsidiariedad y lesividad).

El abogado no tiene patente de corso para poder hacer lo que crea para su cliente, pues tiene el Código de Ética como norma que orienta su comportamiento. Si el abogado conduce su actuar conforme a los cánones de su profesión, no tendrá ningún inconveniente para poder defenderse de una acusación por tráfico de influencias. El Ministerio Público tendrá que demostrar todos los elementos típicos del delito de tráfico de influencias en el que habría incurrido el abogado; caso contrario, el abogado debe ser exonerado de los cargos.

3. ANÁLISIS DEL ACUERDO PLENARIO N.º 3-2015/CIJ-116

El 2 de octubre del 2015, la Corte Suprema discutió la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas.

3.1. Aspectos problemáticos

Se delimitó el problema de la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias, previsto en el art. 400 del CP. La Corte Suprema señaló:

6. [E]ste precepto ha originado diversas interpretaciones materializadas en opiniones académicas que califican la participación del tercero interesado en dicho delito ya como un supuesto de complicidad primaria, ya como un supuesto de instigación; no obstante, adolecen de una explicación clara respecto de sus fundamentos, y, por ello, aquí se pretende determinar cuál es el título de imputación que corresponde a aquel.

Para poder darle una correcta interpretación a la participación del tercer interesado, la Corte Suprema considera que debe aplicarse el principio de accesoriedad de la participación, exponiendo su contenido así:

7. El análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, el autor. La doctrina ampliamente mayoritaria conviene en la necesidad de exigir ciertos elementos del delito cometido por el autor para admitir la punibilidad de la participación,

tales como que el hecho principal sea típico y antijurídico (limitada) [VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara Editores, 2014, pp. 390 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 499].

En el segundo párrafo del considerando séptimo, la Corte Suprema enfatiza que el cómplice siempre es un facilitador de la ejecución del delito y no es ejecutor ni dueño del hecho:

[E]n ese sentido, ha de quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone su involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos [JAKOBS, Günther, “*Intervención delictiva*”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.º 5, Lima: 2004, pp. 228 y ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons Editores, 2003, pp. 215 y ss.]. Esta consideración básica resulta de suma importancia para el problema abordado en la medida en que permite delimitar *prima facie* el ámbito de la intervención delictiva y, en consecuencia, sienta las bases para definir el título de imputación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias.

En el siguiente considerando, el Supremo Tribunal sustenta normativamente cómo opera la complicidad y las interpretaciones que considera erróneas:

8. El primer párrafo del artículo 25 del CP prevé la regla general de la complicidad primaria, en los siguientes términos: “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”. De igual forma, el artículo 24 del mismo cuerpo de normas regula el instituto de la instigación con el siguiente tenor: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

A partir de una interpretación literal de ambos preceptos, hay quienes consideran que no existe inconveniente alguno para que el solicitante de las influencias, esto es, el comprador de estas responda penalmente tanto a título de cómplice (primario), como a título de instigador [SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2009, pp. 573 y ss.]. Sin embargo, aunque una interpretación ceñida al texto de la ley es lo más acorde con el principio de legalidad, el entendimiento trazado en el párrafo anterior sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias es demasiado estrecho, ya que no valora la real dimensión de

los institutos dogmáticos de la complicidad y la instigación. El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad [por ejemplo, “A” tiene un proceso civil en el despacho del juez “B”; “C” le dice a “A” que tiene gran amistad con “B”, y, por tanto, puede influir en este, pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene “D” que reafirma la amistad entre “B” y “C” y la influencia de este sobre aquel. En el ejemplo citado, se advierte, pues, que “C” es autor y “D” cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por “C”]; sin embargo, el “comprador o solicitante de influencias” [en este caso, “A”] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25 CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al “vendedor de influencias” en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

La posición jurídica de quien promete o entrega donativo no puede estimarse como de cómplice del delito de tráfico de influencias:

9. En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero del 2014 (R. N. N.º 1692-2013)]. En sentido estricto, el “comprador o solicitante de influencias” no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito —o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal—, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración “necesaria”, o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, Lima, 2001, p. 472]. Aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias.

El Supremo Tribunal descarta que el tercero interesado responda en calidad de cómplice; sin embargo, considera punible su conducta calificándolo como instigador:

10. Es por esta razón que la instigación, entendida como una forma de intervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito (término empleado por el artículo 24 del CP), se erige en la condición sin la cual el evento delictivo no habría tenido lugar. En otros términos, el instigador es quien, mediante su influjo psíquico, determina a otro a cometer un delito, de manera que de no existir tal influencia el ilícito no se cometería. En esa línea de argumentación debe precisarse que a la conducta del instigador debe ser posible imputarle objetivamente la determinación dolosa del instigado a cometer el delito. Por lo tanto, no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador debe ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador hacia al instigado, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo [JAKOBS, *Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, § 22, núm. marg. 22].

En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesoria que, por ende, únicamente es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, la actuación del tercero interesado se erige claramente en una instigación. La conducta típica del autor (es decir, el vendedor de las influencias) responde única y sustancialmente al influjo psicológico del tercero interesado, quien lo determina dolosamente a llevar a cabo el hecho principal consistente en ofertar las influencias con el fin de favorecer a este último.

Por lo tanto, siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso, permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriedad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias.

En consecuencia, el “comprador solicitante de influencias”, o “el interesado” en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya conven-

cido a este a cometer el delito. En este caso, como el “comprador solicitante de influencias” habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al “comprador o solicitante de influencias”, pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor.

Si bien la Corte Suprema estima que el tercero interesado es instigador, este debe cumplir ciertas condiciones. En los actos en fase previa a la ejecución del delito, debe reforzar, mediante una instigación psíquica, la conducta delictiva de quien vende las influencias. Si no se acreditan las condiciones, la intervención del tercero interesado no es punible.

11. En síntesis, el “comprador solicitante de influencias”, es decir, “el interesado” en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el “vendedor de influencias” mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

En la Corte Suprema ya existía un antecedente de considerar al tercero como instigador, lo que se consolidó con el acuerdo plenario analizado. Este antecedente es el R. N. N.º 1401-2003 Lima, de 23 de julio del 2003, que desarrolló cómo el tercero interesado podía instigar al intermediario:

Tercero interesado. Desvirtuando los alegatos de inocencia de la procesada y su coprocesado, en el sentido de no haber recurrido a su coprocesado para beneficiarse con la obtención de resoluciones judiciales que terminaron favoreciendo al hermano de la primera para acceder al beneficio penitenciario de semilibertad y al segundo en el proceso civil sobre ejecución de garantía seguido con el Banco de Crédito del Perú; argumentos que no resultan creíbles, como se verifica de autos, ya que el procesado ha relatado detalladamente en su declaración instructiva, la forma y circunstancias como los anteriores le solicitaron su intervención e influencia ante las autoridades que conocían dichos casos, versión ratificada con la declaración prestada por la testigo; que resulta obvio que conviviendo la procesada con el jefe del SIN durante aproximadamente seis años, conocía las actividades de este último, a quien además conoció en el

propio Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde ella trabajó, y, por ende era imposible que no estuviera al tanto de la reputación de dicha persona, y como era de conocimiento público de que era el jefe de facto de la referida entidad estatal, es por ello, que aprovechando la especial situación en que se encontraba, al ser conviviente del poderoso traficante de influencias, dolosamente lo determina o instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtener resoluciones judiciales favorables a su hermano y a su tío político y coencausado, lo que en efecto así sucedió.

3.2. La modalidad de “influencias simuladas”

En la doctrina se discute si hay la necesidad de la influencia simulada, ya que, como sostiene HURTADO POZO, no hay posibilidad de afectación a la Administración pública. Además, esta conducta puede tranquilamente emparentarse con la estafa, por lo que el bien afectado sería el patrimonio de la víctima. Estas divergencias doctrinarias son desarrolladas en el AP N.º 3-2015:

12. La legitimidad de la intervención penal en el caso del tráfico de influencias simuladas atraviesa una encendida discusión doctrinaria. Así, hay quienes consideran que tal supuesto no significa una extralimitación del legislador penal en su rol de titular del establecimiento del concreto modelo de política criminal [SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2009, pp. 556 y ss.]; otros, por su parte, estiman que la criminalización de los supuestos de influencias simuladas constituye un exceso del legislador penal de su libertad de configuración normativa [RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: “El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune!”, en *Ius et Veritas*, n.º 33, 2006, p. 262]. Siendo este el contexto, compete a la máxima autoridad jurisdiccional establecer pautas que permitan determinar si quien invoca influencias irreales supera el nivel de riesgo jurídico-penalmente permitido y, con ello, trasgrede bien jurídico alguno.

13. Un delito para ser tal debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del título preliminar del Código Penal, cuya literalidad señala: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. En estricto, el sentido de relevancia penal de la conducta se concreta en el tipo penal como una conducta que en el caso concreto comunica el significado de haber superado el riesgo permitido, o de haber rebasado los límites de la libertad general de acción [CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima: Ara Editores, pp. 29 y ss.]. Obviamente, esta materialización de la superación del riesgo permitido se da mediante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.

14. Dados estos presupuestos, se tiene que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la Administración pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la Administración pública [MIR PUIG, Carlos, *Delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, en ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4.^a ed., Lima, 2007, p. 783], que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la Administración pública. Con ello, se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva solo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la Administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces.

La Corte Suprema para justificar la presencia del tráfico de influencias simulado se apoya en pronunciamientos del Tribunal Constitucional y en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción:

15. En un Estado donde no se criminaliza la conducta de alguien que afirma que sus poderes son corruptos, es un Estado inviable. De hecho, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que “en modo alguno [...] necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando estas sean simuladas resulte inconstitucional” [Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, de 3 de mayo del 2012, f. j. n.º 36]. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala en su artículo 18 que “cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido”.

Con esto se evidencia que con la criminalización del tráfico de influencias, no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad

en un Estado de derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú. Asimismo, en la medida que el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con la persecución penal del tráfico de influencias simulado, se entiende que su punición es deseable en tanto optimiza la lucha contra la corrupción.

La Corte Suprema concluye que el delito de tráfico de influencias simuladas es legítimo y justificado, pues considera que se afecta, como bien jurídico específico, el prestigio y buen nombre de la Administración, que garantizan la credibilidad institucional. Coincidimos con esta postura porque le da sustento a esta modalidad de tráfico de influencias.

16. No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400 del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva *ex ante* en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la Administración pública, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la Administración pública. Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad [DOVAL PAÍS, Antonio, “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 36, 1994, p. 46; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, pp. 67 y ss.; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3.ª ed., Valencia, 2011, p. 197].

17. En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la Administración pública. Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad.

Podemos concluir, luego de analizar el AP N.º 3-2015, señalando que la participación del tercero interesado nunca es a título de cómplice por no ser un aportante al autor, sino que debe ser considerado como instigador, pero para ello este debe reforzar la resolución criminal del instigado mediante influjo

psicológico. Si el presunto instigado ya estaba decidido, la conducta del tercer interesado es impune.

LEGISLACIÓN COMPARADA

España

Artículo 428.- El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevalendose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, 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 prevalendose de cualquier situación derivada de su relación personal con este 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 dos años, 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 dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 431.- En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso.

Francia

Artículo 432-11.- Será castigado con diez años de prisión y multa de 1.000.000 francos el hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública, encargada de una misión de servicio público, o investida de un mandato público de carácter electivo, de solicitar o aceptar, sin tener derecho a ello y en cualquier momento, directa o indirectamente, ofertas, promesas, dádivas, regalos u otras ventajas cualesquiera:

1. Bien para realizar o abstenerse de realizar un acto de su función, de su misión o de su mandato o facilitado por su función, su misión o su mandato;
2. Bien para abusar de su influencia real o supuesta con el fin de obtener de una autoridad o de una Administración pública distinciones, empleos, contratos o cualquier otra resolución favorable.

Argentina

Artículo 256 bis.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, este será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Argentina

Artículo 258 bis.- Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Venezuela

Artículo 232.- El que dándose valimiento o relaciones de importancia e influencia con algún funcionario público, o miembro de la Asamblea Nacional, reciba o se haga dar o prometer, para sí o para otro, dinero u otras ventajas, bien como estímulo o recompensa de su mediación con aquella persona, bien a pretexto de comprar favores o remunerar beneficios, será castigado con prisión de seis a treinta meses.

Chile

Artículo 240 bis.- Las penas establecidas en el artículo precedente serán también aplicadas al empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en este para obtener una decisión favorable a sus intereses.

Las mismas penas se impondrán al empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos tercero y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses.

En los casos a que se refiere este artículo el juez podrá imponer la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 582.- Tráfico de influencias pasivo

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor ocho años, inhabilitación conforme a los literales b, d y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, o abogado es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Artículo 583.- Tráfico de influencias activo

El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para este o para un tercero, con la finalidad de que este en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ella es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa.

Si el agente es funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación conforme a los literales b, d y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

CAPÍTULO XLII

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito²³⁷

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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio 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.*

*** Artículo modificado por el D. Leg. N.° 1243, publicado el 22 octubre del 2016.**

237 Historial legal:

“Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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”

(Párrafo incorporado por la Ley N.° 27482, publicada el 15 junio del 2001).

“Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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 e inhabilitación conforme a 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.

1. ALCANCES TÍPICOS

El enriquecimiento ilícito afecta el funcionamiento de la Administración pública y los deberes de probidad del funcionario o servidor que usa el cargo que ostenta para beneficiarse económicamente. La siguiente ejecutoria desarrolla sobre el bien jurídico tutelado:

Lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal “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. Este es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista incremento patrimonial significativo y contrastante no sustentado, en la medida que el mismo 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 periodo 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 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.

(Sala Penal, R. N. N.° 09-2001 Lima del 16 de mayo del 2003)²³⁸.

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”

(Artículo modificado por la Ley N.° 28355, publicada el 6 octubre del 2004).

“Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio 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

Antes de continuar con el análisis de este delito, es menester mencionar que el fenómeno denominado populismo legislativo —como la emisión de leyes o modificaciones sin mucho fundamento político-criminal— se ha manifestado en este delito, que ya se ha modificado seis veces, lo que ha originado problemas de temporalidad en la aplicación de la norma cuando se da el supuesto de retroactividad benigna o al momento de interpretar sus componentes típicos. En la Cas. N.º 343-2012 Lima, de 16 abril del 2013, se advierte este fenómeno, y en aras de uniformizar la hermenéutica judicial se ha desarrollado los siguientes criterios:

Noveno. A partir del año 2001, se introdujo otro elemento importante del tipo penal del artículo 401 del Código Penal —esto es, a través de

emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”

(Artículo modificado por la Ley N.º 29703, publicada el 10 junio del 2011).

“Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio 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”

(Artículo modificado por la Ley N.º 29758, publicada el 21 julio del 2011).

“Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio 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”

(Artículo modificado la Ley N.º 30111, publicada el 26 noviembre del 2013).

238 Vid. CARO JOHN, Antonio, *Summa Penal*, Lima: Nomo & Thesis, 2016, p. 706.

la Ley N.º 27482, de 15 de junio del 2001—, que establece que para efectos de determinar la ilicitud del enriquecimiento, el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, debe ser “notoriamente superior” al que normalmente haya podido tener; incorporación que si bien en buena cuenta hace una precisión legal del tipo penal, no lo desnaturaliza ni modifica de modo alguno. Asimismo, se tiene que en el transcurso del tiempo, este tipo penal también establece entre otros de sus elementos, que el funcionario o servidor público actúe “por razón de su cargo —como se prescribe en el texto original— o “abusando de su cargo” —previsto en el texto actual—; al respecto, debe entenderse que el legislador no está cambiando el verbo lector del tipo penal, sino que solo está haciendo referencia tanto al momento en que debe producirse el enriquecimiento ilícito como al vínculo [funcional] que debe existir con el cargo para enriquecerse. Décimo. [...] [Las sucesivas] modificatorias [que ha sufrido el artículo 401 del CP] no han variado el núcleo esencial del injusto típico, ni tampoco han incorporado elementos típicos nuevos, sancionando la misma conducta de enriquecimiento patrimonial injustificado legalmente, efectuando únicamente precisiones a los elementos objetivos del tipo penal. Undécimo. [Para] este Supremo Tribunal, las cuatro modificaciones que ha tenido el artículo 401 del Código Penal, en lo que respecta a la conducta típica, más allá de la literalidad empleada, no ha variado necesariamente el contenido de la prohibición. Finalmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, se tiene que de la revisión de todas las modificatorias que ha tenido en el tiempo el tipo penal en cuestión, han sido uniformes en fijar como pena principal de la conducta del tipo base del enriquecimiento ilícito, la pena privativa de libertad no menos de cinco ni mayor de diez. Duodécimo. En definitiva, de los fundamentos jurídicos precedentes, se colige fehacientemente que el apartamiento del Acuerdo Plenario N.º 2-2006/CJ-116, que efectuó *la Sala Penal de Apelaciones al momento de dictar la sentencia recurrida, no vulneró* de forma alguna el principio constitucional de aplicación de la norma más favorable al procesado, prevista en los artículos 139 numeral 11, y en el artículo 103 de la Constitución Política²³⁹.

El sujeto activo es el funcionario o servidor público. El medio comisivo es el abuso del cargo, pues este es el origen para que el agente incremente ilícitamente su patrimonio o de forma injustificada con relación a sus ingresos legítimos. La vinculación funcional con una entidad estatal es fundamental como elemento

239 Vid. CARO JOHN, *Summa Penal*, ob. cit., p. 707.

típico de este delito, ya que de allí proviene la fuente de patrimonio ilícito, como se acordó en el Pleno Jurisdiccional Nacional del 2008:

1. ¿Para la determinación del tipo penal de enriquecimiento ilícito, es necesaria la existencia de una relación causal entre el enriquecimiento y la posición funcional del funcionario público? Ponencia aprobada: Sí es necesaria la configuración de una relación de causalidad, toda vez que, por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio.
2. ¿Quién tiene la carga de la prueba en la determinación de la existencia o no de un enriquecimiento ilícito? Ponencia aprobada: El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición²⁴⁰.

Los funcionarios tienen la obligación de presentar al inicio de su designación una declaración jurada de bienes y rentas que son remitidas a la Contraloría de la República y publicada en el diario oficial *El Peruano*. Los funcionarios deben declarar los bienes y rentas que poseen al momento de iniciar sus actividades, y tienen que ser remitidos periódicamente cada año. Esta es una herramienta de control, pero es insuficiente cuando el patrimonio es escondido para las instituciones financieras. Será la investigación la que determinará con otra información los signos exteriores de riqueza que no se condicen con los ingresos como funcionario. En el R. N. N.º 589-2008, de 15 de abril del 2008, la Corte Suprema ha delimitado los elementos de enriquecimiento ilícito:

Cuarto. [...] elementos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito, los siguientes: *i)* incremento en el patrimonio del encausado que no se encuentre justificado lícitamente; *ii)* exista un contraste ostensible entre el patrimonio económico *ex ante* y el patrimonio económico *ex post* del sujeto público, es decir que el contraste sea excesivo o, también se puede decir, “notoriamente superior”; *iii)* no se cumpla el deber de justificación por parte del agente del delito; *iv)* exista una relación funcional del enriquecimiento con el cargo; y *v)* el agente actúe dolosamente²⁴¹.

En el caso de servidores no existe la obligación de la declaración jurada anual, pero por prevención podría extenderse a ellos. La sanción es pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, pena de inhabilitación en

240 Vid. *Ibid.*, p. 705.

241 Vid. *Ibid.*, p. 706.

aplicación de los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, y también la pena pecuniaria que va de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En el sector público mientras mayores son las responsabilidades y el poder que ostenta, aumenta el abuso del cargo. Así, se ha establecido que se agrava la conducta por la ubicación de poder en el Estado que posee el agente y que le facilita el aumento ilícito de su patrimonio. Por esa razón si el sujeto activo es funcionario público y ha tenido cargos en la alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejui-cio y la acusación constitucional como ministros de Estado, congresistas, jueces supremos, entre otros, serán sancionados con privación de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, la pena de inhabilitación, que es la privación del cargo público o la prohibición de ejercer en el futuro como funcionario público, además de la sanción de multa, conforme a los incs. 1, 2 y 8 del art. 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Hay que considerar que el agente ya no está en el sector público y ha incrementado sospechosamente su patrimonio, por lo que si no hay otro hecho delictivo conocido para determinar cuál es la fuente para el incremento de su patrimonio, el delito de enriquecimiento tiene un papel residual para evitar la impunidad. Asimismo, la investigación no solo se realiza cuando el agente ya salió de la Administración, también se le puede investigar durante el ejercicio de su cargo en la Administración si hay indicios de aumento injustificado de patrimonio.

El incremento patrimonial ilícito se genera desde la posición de poder que tiene el funcionario, y el origen puede ser de los fondos del Estado, como un peculado donde el agente se apropia de bienes del Estado, o de un soborno que puede provenir de particulares, y que, si bien no es patrimonio público, se obtiene abusando del cargo. Así se ha reconocido en el R. N. N.º 5318-2006 Junín, de 6 de septiembre del 2007:

El delito de enriquecimiento ilícito no requiere que el incremento del patrimonio del agente debe provenir necesariamente de fondos del Estado. El delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 401 del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, incrementa su patrimonio en forma indebida. Este ilícito penal no requiere que el incremento del patrimonio del agente debe provenir necesariamente de fondos del Estado que los administra o maneja o si el mismo es producto de dinero que recibe de particulares en procura de un beneficio. Para que se configure el delito, solo

se requiere que el funcionario o servidor público incremente su patrimonio ilegalmente por razón de su cargo²⁴².

Es evidente que, si la fuente del enriquecimiento es directamente el patrimonio estatal, es posible fijar la afectación del patrimonio del Estado para la restitución del monto. Si se trata de dinero de privado es claro que no hay una afectación patrimonial al Estado, pero este dato para la configuración del tipo penal no es obligatorio o irrelevante, como se sostiene en la siguiente ejecutoria suprema:

[E]l perjuicio económico *concreto a la entidad agraviada resulta irrelevante para la acreditación del delito de enriquecimiento ilícito, pues la acción típica se centra en el incremento patrimonial ilícito no justificado de los encausados*. Cuarto. [...] [Es] necesario [...] la realización de [...] una pericia contable respecto al patrimonio de los encausados en el periodo de imputación, a efectos de establecer con certeza si tenían la capacidad económica suficiente o necesaria para adquirir los inmuebles materia de cuestionamiento; debiéndose determinar en dicha pericia, las fechas en que fueron adquiridas las propiedades, los pagos realizados y por cancelar con posterioridad a la compra, los financiamientos respectivos, los ingresos y egresos de los encausados por todo concepto, y todo dato contable que resulte necesario a efectos de esclarecer los hechos investigados [...]. Quinto. [Si] bien la [...] Corte Suprema [ordenó realizar en un] nuevo juicio oral, “la pericia contable con el objeto de determinar el desbalance o desmedro económico sufrido por la entidad perjudicada”; también es, que como se ha referido anteriormente, para efectos del esclarecimiento de los hechos materia de la presente investigación, resulta necesario la pericia contable respecto al patrimonio de los encausados; [...] “[...] el perjuicio económico concreto a la agraviada, resulta irrelevante para la acreditación del delito, pues la acción típica se centra en el incremento patrimonial ilícito no justificado [...]”

(R. N. N.º 4923-2007 Arequipa, de 28 de mayo del 2009, Primera Sala Penal Transitoria)²⁴³.

La participación en este delito en calidad de cómplice (*extraneus*) ha permitido que la Corte Suprema emita pronunciamientos para determinar criterios de imputación. En el caso de que un tercero se encargue de poseer u ocultar los bienes que son parte del incremento patrimonial del agente de enriquecimiento,

242 *Vid. Ibid.*, p. 707.

243 *Loc. cit.*

por ser posteriores no puede ser imputado como cómplice. Así se ha pronunciado la Corte Suprema en la siguiente ejecutoria:

Participación *del extraneus* o del tercero que se presente con posterioridad (realizando actos de ocultación) no constituyen actos de complicidad o colaboración. Tercero. [...] E. La participación del *extraneus* o del tercero que se presente con posterioridad a los hechos descritos y que constituyan concretamente actos de ocultación del patrimonio ilícito del agente especial —cuando se coloquen como propietarios de bienes muebles o inmuebles provenientes del delito de enriquecimiento ilícito de un funcionario o servidor público— no constituyen actos de complicidad o colaboración para la ejecución del delito examinado, pues este ya se consumó, y en todo caso la aportación posterior entrará como delito autónomo independiente de recepción, encubrimiento o lavado de, según sea el caso.

(R. N. N.º 1051-2011 Lima, de 7 de diciembre del 2011, f. j. n.º 3, Sala Penal Transitoria) ²⁴⁴.

No es que quede exonerado de la comisión de delito, pues, si bien al tenedor de bienes de procedencia ilícita no se le puede imputar el delito de enriquecimiento ilícito, él sí puede ser procesado por delito de lavado de activos.

No puede responder en calidad de cómplice si el comportamiento es regular, estandarizado o neutro según sea su profesión, es decir, conforme a su *lex artis*. Si la persona se ha visto involucrada objetivamente en la circulación de bienes de un procesado por enriquecimiento ilícito, es exonerado de responsabilidad penal, desde la teoría de la imputación objetiva que asume la Corte Suprema en el siguiente caso:

Atipicidad de complicidad delictiva por el obrar conforme a un oficio (jefe de banca personal). Segundo. Que el tipo de participación requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte con causal —psíquico, o por medio consejos, y/o material, mediante la ejecución de los hechos concretos—, según las reglas de la imputación objetiva, respecto del hecho del autor principal, y que lo haga en la etapa de preparación o, según el caso, en la etapa de ejecución del delito; y subjetivamente, que su actuación se dolosa, esto es, que conozca que presta aporte a la realización de un hecho punible; que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es tener presente, como anota la doctrina jurídico penal, que existe un ámbito de actuación de este último que es inocua y cotidiana, y que solo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga

244 *Loc. cit.*

a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo; que, como explica Günther JAKOBS uno de los casos en que a pesar de la actuación conjunta del participante con el autor decae la responsabilidad del primero se da cuando “[...] nadie responde por las consecuencias del cumplimiento puntual de una obligación” (*Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 842-845). Tercero. Que, en el caso de autos, las cuatro operaciones cuestionadas, en lo que respecta a la intervención del encausado CVP [funcionario bancario], se relaciona con las prácticas bancarias que están en el ámbito de actuación del citado procesado y que no importaron, en sí mismas, vulneración de la legislación bancaria ni una realización de actos fuera de lo cotidiano de atención a un cliente de un banco; que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían, según la comunicación [...]; que, en efecto, mandar recoger o, en su caso recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio Banco del entonces presidente regional [también encausado], aun cuando procedan de bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del jefe de Banca Personal I y, en sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito; que esa conducta —la propiamente delictiva realizada por el autor en función al plan criminal adoptado— en todo caso es exclusiva de quien entregó el cheque al funcionario Bancario y quien impuso su depósito a una determinada cuenta personal del banco del que era funcionario el encausado CVP. Cuarto. Que, siendo así, la conducta que se imputa al indicado procesado, tal como parece descrita en la denuncia formalizada y en el auto de apertura de instrucción, no se encuentra comprendida en el tipo penal de complicidad del delito de enriquecimiento ilícito [...].

(R. N. N.º 2270-2004 La Libertad, de 16 de septiembre del 2004, ff. jj. n.ºs 2-4, Sala Penal Permanente)²⁴⁵.

El delito ha incluido una regla procesal al establecer como indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto activo, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos, emolumentos percibidos, incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita. Como hemos sostenido, esta es una herramienta de control necesaria que permite abrir una vía de investigación, pero insuficiente por *sí* sola para el esclarecimiento del delito.

245 Vid. *Ibid.*, p. 708.

La jurisprudencia suprema ha establecido que en el caso de incremento patrimonial debe acreditarse la licitud de este. Si el Ministerio Público ya tiene como prueba desbalance patrimonial, le corresponde al imputado acreditar que el enriquecimiento proviene de fuentes lícitas, como se afirma en la siguiente ejecutoria suprema:

El enriquecimiento por sí mismo no constituye una acción irreprochable, no es ilícito, sino que la ilicitud radica en no justificar dicho enriquecimiento, esta situación no cambia por el hecho de que el tipo penal no exija expresamente al funcionario demostrar la ilicitud del origen de los bienes que generan el incremento patrimonial, pues su naturaleza reside precisamente en la necesidad de demostrar que el incremento del patrimonio es legítimo. En ese sentido, “luego de probado el enriquecimiento inexplicable por las investigaciones de la autoridad, el acusado tiene que demostrar que el enriquecimiento provenía de fuentes lícitas; recién entonces podrá hablarse de un injusto penal; es por ello que para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento se produce una inversión de la carga de la prueba” [...]; que, la referida inversión de la carga de la prueba no se opone ni contradice al mandato constitucional, toda vez que, el desbalance producido se genera por la propia actuación del funcionario, consecuentemente, al ostentar tal calidad, tiene el deber de rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos, tanto más que el artículo cuarenta y uno de la Constitución Política del Estado de 1993, establece taxativamente que todos los funcionarios y servidores públicos deben efectuar su declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar del mismo, mandato que incluso estuvo vigente en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado de 1979.

(R. N. N.º 1076-2011 Lima, de 13 de junio del 2012, f. j. n.º 8. Sala Penal Permanente).²⁴⁶

2. ANÁLISIS DE LA CAS. N.º 782-2015 DEL SANTA

2.1. El caso

La imputación contra Amelia Victoria Espinoza García es que, en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010, se enriqueció valiéndose de una relación o núcleo familiar, y en la cuenta de su esposo Wilmer Agapito Vásquez por la cantidad de S/ 1 028 703.44.

²⁴⁶ Vid. *Ibid.*, p. 706.

2.2 Itinerario

Este fue un recurso de casación concedido de oficio para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa —incs. 3 y 11 del art. 139 de la Const. Pol. y arts. 26 y 401²⁴⁷ del CP—, respecto de la sentencia del veintidós de septiembre de 2015, que confirmó la sentencia apelada del 2 de junio de 2015, que condenó a los procesados como autora y cómplice primario, respectivamente, del delito contra la Administración pública-enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, y se les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública y fijó en S/ 1 028 703.44 el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

El Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia del Santa dictó sentencia el 2 de junio del 2014 condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la Administración pública-enriquecimiento ilícito —art. 401 del Código Penal— en agravio del Estado, y les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública y fijó en S/ 1 028 703. 44 el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

La Sala Penal de Apelaciones del Santa dictó sentencia de vista declarando fundados los recursos de apelación interpuestos por los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez y revocaron la sentencia del 2 de junio del 2014.

247 Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito.

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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuiicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio 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. Modificado por la Ley N.º 30111, publicada el 26 noviembre del 2013.

2.3. Motivo casacional

El motivo casacional fue verificar si existe infracción normativa de los incs. 3 y 11 del art. 139 de la Constitución Política del Estado y de los arts. 26 y 401 del Código Penal.

La casación toma como antecedente la Cas. N.º 343-2012, de 16 de abril del 2013, que desarrolló entre sus temas el enriquecimiento ilícito, como parte de sus conclusiones, y estableció que el contenido de la prohibición del delito de enriquecimiento ilícito del art. 401 del Código Penal no ha variado en su núcleo esencial a lo largo del tiempo, pese a haberse variado la terminología empleada en sus sucesivas modificatorias y la norma de conducta penal ha permanecido en el tiempo.

Un problema fue cuando se abordó la locución introducida por la última modificatoria de 26 de noviembre del 2013, esto es, el “abusando de su cargo”. A primera vista, pareciera que se ha condicionado el enriquecimiento ilícito a un uso indebido del cargo de funcionario público. Sin embargo, una interpretación a ultranza de esto podría concluir en que el supuesto de hecho ahora no se limita al patrimonio del funcionario o servidor público incrementado de modo injustificado.

La Cas. N.º 343-2012 abordó ese tema y, haciendo un análisis histórico del tipo penal del art. 401, determinó que la locución “abusando de su cargo” era el equivalente a “por razón de su cargo”. Ambos términos hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente cuando sucede el delito. A su vez, dicha casación expone los siguientes puntos:

6. Esta explicación se ve reforzada al hacer un análisis teleológico del delito de enriquecimiento ilícito. Así tenemos que dicha figura es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación con sus ingresos lícitos. De allí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso —uso indebido— del cargo que ostenta.

7. Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura —a excepción de la primera redacción del artículo— un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patri-

monio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público.

8. A simple vista parecería que todo es claro. Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito no se configura. Sin embargo, una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que, si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros.

9. En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testaferro.

En el caso de la Cas. N.º 782-2015 Del Santa, el patrimonio incrementado no estaba en manos de quien había sido funcionaria, sino en su esposo; por lo que el pronunciamiento debía girar también sobre el grado de intervención de este, que sería una especie de testaferro.

La Corte Suprema, para analizar la responsabilidad del testaferro, tuvo que considerar los arts. 25 y 26 del CP:

10. El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que, en los delitos especiales, el *status* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

11. Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con estatus puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la

norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.

En la redacción del art. 401 del CP se introdujo el término “indicio” para el “aumento del patrimonio” o “gasto del funcionario público”, la Corte Suprema estima que esto se refiere a la prueba indiciaria, pero que deberá cumplir con todas las reglas que se derivan de aquella.

12. Finalmente, llama la atención que en la redacción actual del artículo 401 del Código Penal, se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del funcionario público son indicios de enriquecimiento ilícito. Esta parte del tipo penal no configura la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el gasto del funcionario. Sin embargo, de la literalidad de esta norma, se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria.

13. Cabe precisar al respecto, que el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predicen de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio, no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de imputación. Ello debido a que el derecho constitucional a la presunción de inocencia se mantiene imponiendo la carga de la prueba al Ministerio Público. Este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con el funcionario o servidor público investigado por el delito de enriquecimiento ilícito.

De lo anterior se tiene que siendo el indicio un hecho conocido que nos permite arribar a un hecho desconocido, tenemos que en este caso se empleó la información de que el esposo de la imputada tuvo un incremento patrimonial, a partir de ahí se realizó la inferencia que estos provenían del enriquecimiento de la exfuncionaria pública cuando ejercía cargos. Existe una sospecha, pero según la interpretación de la Corte Suprema, en este caso en específico, la conducta del testaferro no podría encuadrarse en enriquecimiento ilícito por ser un delito especial. Al testaferro se le podría atribuir posiblemente el delito de lavado de activos.

En la Cas. N.º 782-2015, la Corte Suprema, con base en la interpretación desarrollada del delito de enriquecimiento ilícito, absuelve a los imputados:

15. El caso que nos ocupa presente una imputación fáctica relativamente simple, Amelia Victoria Espinoza García habría incrementado su patri-

monio abusando de su cargo como regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa, pero habría disimulado dicho superávit empleando a su pareja sentimental Wuilmer Agapito Vásquez a quien habría utilizado a modo de testaferro. Por tanto, corresponde determinar, desde la verdad judicial ya establecida en el presente proceso, si los hechos se subsumen o no en el artículo 401 del Código Penal y si se puede atribuir intervención delictiva a los procesados.

16. A la luz de lo expuesto hasta ahora, la respuesta al caso ya se vislumbra. El uso de testaferros para configurar el delito de enriquecimiento ilícito es un tema probatorio, que en el presente caso se llegó a postular tal como se aprecia de la imputación fáctica recogida por la sentencia de vista. El problema es que como la misma reconoce, no se ha podido probar que la procesada Amelia Victoria Espinoza García haya transferido los bienes (sobre todo dinero) que figuraban en el patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez.

17. La tesis que se ha esgrimido para condenar a estos procesados es que su relación, de la cual como fruto tuvieron una hija, nos permite inferir que el incremento injustificado del patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez es en realidad de Amelia Victoria Espinoza García. Una propuesta así supone un enorme riesgo para la seguridad jurídica del país en tanto de los vínculos que tienen los funcionarios y servidores públicos no se puede inferir todo lo negativo.

18. En el caso que nos ocupa los procesados tenían una relación sentimental y de allí es que la Sala Superior entiende que el desbalance patrimonial de quien no es funcionario público proviene de un abuso del cargo de quien sí fue funcionaria pública. Las relaciones entre las personas, y ello incluye las amicales, no prueban nada distinto el vínculo mismo. Deducir otra cosa a partir de ellas es un salto lógico que vulnera las reglas de la sana crítica en su manifestación de reglas de la lógica.

19. En consecuencia, la verdad judicial que se ha alcanzado, esto es, que Agapito Vásquez incrementó su patrimonio injustificadamente, no es el supuesto de hecho criminalizado en el artículo 401 del Código Penal. Y en la medida en que no se ha probado que el mismo haya sido testaferro de Amelia Victoria Espinoza García, no existe otra posibilidad de subsumir los hechos en la norma penal imputada. Por lo tanto, no es posible atribuir responsabilidad a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez.

20. En relación con la reparación civil fijada, se debe señalar que la misma tiene como fundamento, en el caso concreto, el daño causado a la Administración pública producto del enriquecimiento ilícito. Esto significa que la conducta ilícita de los procesados era lo que permitía sostener la existencia de un daño indemnizable. Al haberse descartado el carácter ilícito de su

proceder, debe también descartarse la posibilidad de que se genere responsabilidad civil a partir del mismo.

En la imputación tal como está detallada en la acusación fiscal, primero se debió acreditar, como paso previo, que el incremento del patrimonio del esposo tenía como origen el enriquecimiento de la funcionaria, y a partir de esto, probar que procedía del abuso de su cargo en el Estado. Aun si así se hubiese establecido, solo responde por enriquecimiento ilícito la funcionaria, mientras que el testamento puede ser encausado por lavado de activos. Esta posición es desestimada posteriormente por el Acuerdo Plenario N.º 3-2016, de 12 de junio del 2017.

3. ACUERDO PLENARIO N.º 3-2016/CJ-116: LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS. EL CASO DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO²⁴⁸

3.1. Planteamiento del problema

La Corte Suprema trajo una antigua discusión que se dio en el escenario de los actos de corrupción cometidos durante el régimen del expresidente Alberto Fujimori, donde hubo una activa intervención de civiles coadyuvando en la consumación de delitos funcionariales. También es una respuesta a la Cas. N.º 782-2015 Del Santa, que consideró que el delito de enriquecimiento ilícito es de mano propia, y que un particular no puede ser cómplice de dicho delito.

3.2. Antecedentes doctrinarios

La discusión sobre la autoría y participación no es de reciente data, pues es parte de la discusión dogmática contemporánea, y además por el desarrollo del fenómeno de la corrupción en la Administración pública. Así lo reconoce la Corte Suprema en el siguiente considerando:

6. La clásica discusión teórica sobre la autoría y la participación en delitos especiales propios ha motivado complejos debates en el derecho penal contemporáneo. Sobre todo, a partir de los enfoques y planteamientos que califican a estos delitos como delitos de infracción de deber y delitos de infracción de deber por competencia institucional (Cfr. ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, t. II, Lima: Grijley, 2016, p. 305 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona: Atelier, 2005, pp. 65 y ss.).

248 Acuerdo plenario de 12 de junio de 2017.

7. En el derecho penal nacional hasta antes de la promulgación del Decreto Legislativo N.° 1361, la regulación legal de las formas de autoría en el artículo 23 y de la instigación y complicidad en los artículos 24 y 25 del Código Penal, respectivamente, no desarrollaron reglas particulares en relación a los delitos especiales propios (Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manual A., *Dogmática penal. Delitos económicos y delitos contra la Administración pública*, Lima: Grijley, 2014, pp. 405 y ss.). De allí que su conexión con los aludidos debates teóricos solo se fue asimilando a partir de su reflexión por la doctrina o de su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República como bien lo ha destacado MONTROYA VIVANCO (Cfr. MONTROYA VIVANCO, Yván, *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, Lima: IDEHEPUCP, 2015, p. 54).

3.3. Acerca del *intraneus* y del *extraneus*

Los delitos de funcionarios públicos son considerados como delitos de infracción de deber, es decir de colisión con normas de conducta del sujeto activo para con el Estado, como el de tutelar su patrimonio. En la realidad tenemos que hay personas que, no siendo funcionarios o no teniendo deberes para con el Estado, han contribuido fácticamente en la realización del delito. Al no tener la cualidad especial, surge, pues, el problema si responden por tipos penales especiales y en qué calidad. A estas personas se les denomina en la doctrina *extraneus*, y así lo desarrolla la Corte Suprema:

8. Ahora bien, la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios de infracción de deber, que cometen los funcionarios públicos competentes contra la Administración pública, ha promovido también distintas posiciones teóricas sobre su punibilidad o no punibilidad. Al respecto, el tema controvertido se relaciona con el señalamiento de las implicancias y consecuencias dogmáticas o prácticas, que conlleva el admitir la eficacia sobre dicha materia de la categoría de los delitos de infracción de deber especial. En efecto, actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen tipos legales que se configuran y forman solo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. Fundamentalmente, porque el hecho

punible está construido por la posición o estatus en relación con el deber estatal que solo incumbe al funcionario, cual es conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo para con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia.

9. Sin embargo, en lo que concierne a la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos (Cfr. PEÑA CABRERA, Alonso R., “La punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito especial propio. La unidad del título de imputación”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 89. Lima: noviembre del 2016, pp. 104 y ss.). El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos *intraneus* y *extraneus* ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el *intraneus* responderá, como autor de un delito especial; mientras que el *extraneus* responderá como partícipe o autor de un delito común (RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “Reflexiones sobre la participación de los *extraneus* en los delitos contra la Administración pública”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, Madrid: 2001, p. 157). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26 del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraría la exigencia de impedir que la imputación del *extraneus* se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del *intraneus* al *extraneus*. Y que solo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al *extraneus* la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los *extraneus* solo la autoría o la participación de los delitos comunes (Cfr. Ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2628-2006 Ucayali, de 25 de abril del 2008; ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 18-2008 Huancavelica, de 5 de junio del 2008; Casación N.º 782-2015 Del Santa, de 6 de julio del 2016).

La Corte Suprema identifica las ejecutorias supremas que han sostenido la tesis de que el *extraneus* no puede responder ni como autor ni como cómplice

del tipo penal especial por carecer de la cualidad de funcionario público. La casación más relevante es la N.º 782-2015 Del Santa, de 6 de julio del 2016, que una Sala Suprema estableció como doctrina jurisprudencial y que, valgan verdades, hace más de quince años fue una posición minoritaria. La que ha tenido un mayor peso y desarrollo es la que unifica el título de imputación como se desarrolla en el siguiente considerando:

10. La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el *extraneus* si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien solo colabora, no hay ningún impedimento para que los *extraneus* respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad (PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid: Civitas, 1999, pp. 22 y ss.]. En tal sentido, el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcional que infringe el deber especial. Sobre todo, porque la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (Cfr. Ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 375-2004 Ucayali, de 11 de octubre del 2004). Esto es, no posee una autonomía o configuración delictiva propia aún en aquellos casos donde aquel toma parte directa en la realización de la conducta punible.

3.4. Crítica al sustento de la ruptura de la imputación

Quienes postulan la ruptura de la imputación, en donde un partícipe no puede responder por delito especial, han utilizado las reglas establecidas por el art. 26 del CP, que indica que las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de los autores o partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible. Esto se conoce como la regla de incommunicabilidad. La Corte Suprema sostiene que es incorrecta la interpretación que señala que un partícipe no responde por el delito especial.

11. Ha sido frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia nacional atribuir al contenido del artículo 26 del Código Penal la función dogmática de justificar el tratamiento del *extraneus* en delitos especiales propios de naturaleza funcional. En ese contexto, el mismo dispositivo legal ha sido utilizado

coyunturalmente para afirmar o negar la validez de la teoría de la unidad del título de imputación y posibilitar o impedir el tratamiento de un tercero como partícipe de aquellos delitos especiales propios que colocan en su tipificación como autor exclusivo y excluyente a un funcionario público, vinculado con deberes específicos y no transferibles del cargo o posición funcional que desempeña u ocupa en la Administración pública. Es así como tanto en el Acuerdo Plenario N.º 2 – 2011/CJ-116, de 6 de diciembre del 2011 (Cfr. fundamento jurídico n.º 12), como en la Casación N.º 782-2015 procedente del Santa del 6 de julio del 2016 (Cfr. fundamento jurídico n.º 10), se ha hecho evidente una contradictoria aplicación operativa del artículo 26 del Código Penal. Resulta, por tanto, necesario, establecer cuál es la condición dogmática y el rol normativo que realmente posee y cumple el citado artículo en la legislación penal vigente. Especialmente, porque la discusión teórica y práctica sobre dicha disposición legal adquiere particular relevancia, cuando se recurre con frecuencia a ella para justificar decisiones jurisdiccionales sobre la autoría o la participación en una modalidad relevante de delito funcional contra la Administración pública, cual es el de enriquecimiento ilícito. A este nivel, pues, resulta pertinente precisar también si en esta modalidad de delito especial propio y funcional es posible admitir la participación de tercero *extraneus*; así como identificar hasta que momento de la ejecución de dicho ilícito penal se debe admitir la materialización de actos de complicidad o instigación.

12. Según el texto legal del artículo 26 del Código Penal de 1991: “Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de los autores o partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”. El antecedente legislativo e inmediato de dicha disposición lo encontramos en el artículo 104 del Código Penal de 1924. La fórmula normativa utilizada por este precedente legal era muy similar a la actual, destacando también que “las circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad y la penalidad de alguno de los autores o cómplices no modifican las de los demás autores o cómplices de este hecho punible”. Sin embargo, en otro texto legal histórico, el Código Penal de 1863, la redacción empleada por un dispositivo equivalente, el artículo 56, fue mucho más precisa al establecer el rol dogmático de dicha norma, señalando de modo específico que “las circunstancias agravantes o atenuantes que resulten del estado moral o intelectual del reo, o de sus relaciones con el ofendido, solo atenúan o agravan las penas de los delincuentes en quienes concurren”.

Resulta, por tanto, evidente, que en el devenir del tiempo las normas legales citadas han tenido un mismo propósito y función, cual es disponer la incommunicabilidad de circunstancias modificativas de la punibilidad que solo concurrían en determinados autores o partícipes de un mismo delito. Ello significa que su eficacia operaba únicamente en torno a la determinación conminada o concreta de la penalidad de un mismo hecho punible en

cuya realización concurrirán varias personas, sea como ejecutores o como partícipes. Se trataba, pues, de circunstancias antecedentes, concurrentes o posteriores que incidían en la configuración de la posibilidad punitiva de un determinado delito sea este común o especial, de infracción de deber o de dominio, pudiendo ellas ejercer una eficacia agravante o atenuante; así como de incremento o disminución de punibilidad únicamente sobre los intervinientes, autores o partícipes, en quienes se dieran sus presupuestos de configuración. Siendo así, el artículo 26 y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitarla calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada.

Cabe destacar, además, que las circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial. Solo de manera excepcional en la parte especial del Código Penal peruano, ellas se integran o fusionan con un tipo penal básico para permitir la construcción de tipos penales derivados (elementos típicos accidentales). Lo cual ocurre en los casos de los denominados homicidios calificados o privilegiados que derivan del delito de homicidio simple (Cfr. artículos 106, 108, 112). Sin embargo, en ninguno de los diferentes tipos penales que describen delitos funcionariales contra la Administración pública se ha empleado dicha técnica legislativa. Por el contrario, en la descripción de tales tipos penales que tratan de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de la estructura típica. Y al él se refiere la ley como un funcionario público o titular de un deber especial derivado o asignado por las competencias o facultades que ejerce. Tal condición funcional, no es, pues, una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar.

En consecuencia, pues, los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales no reproducen circunstancias específicas, sino a un modelo específico de autor. No tienen, por tanto, ninguna conexión dogmática o político criminal con lo regulado por el artículo 26 del Código Penal

Lo expuesto, pues, permite señalar que el artículo 26 no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriedad de la intervención de un tercero *extraneus* como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que solo puede ejecutar el funcionario público (teorías de ruptura del título de imputación). La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma, se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circuns-

tancia genérica, específica o cualificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad (Cfr. REAÑO PESCHIERA, José, “La participación del *extraneus* en el delito especial. Punibilidad o no punibilidad. Tratamiento sustantivo”, en *Actualidad Penal*, n.º 29, Lima: noviembre del 2016, pp. 75 y 76), sobre la valoración y medición punitiva concreta del proceder delictivo del autor o partícipe de un mismo hecho punible —sea cual fuere la naturaleza de dicho delito—, afecte o privilegie en igual medida a las demás personas intervinientes que interactuaron con aquel.

La Corte Suprema señala que cuando el art. 26 del CP se refiere a circunstancias incommunicables, esta regla desde sus orígenes no estuvo orientada a establecer la división entre autor o partícipe, sino a circunstancias que aumentan y disminuyen la punibilidad. Que la cualidad de funcionario público no es una circunstancia genérica, específica ni cualificada, sino es un elemento sustancial del tipo penal que fundamenta la autoría.

3.5. El enriquecimiento ilícito como delito especial propio

La Corte Suprema delinea el enriquecimiento ilícito como un delito especial funcional y de infracción de deber. El sujeto activo incrementa su patrimonio en el lapso de ejercicio de cargo en la Administración pública, es un aumento no justificado. Este tipo penal es residual, pues se aplica si no se puede determinar que ese patrimonio tiene como origen los delitos de peculado o colusión u otros.

13. El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra tipificado en el artículo 401 del Código Penal. Según esta disposición legal es punible “el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos”.

Sujeto activo de este delito debe serlo necesariamente un funcionario o servidor público, en cualquiera de las categorías que registra el artículo 425 del Código Penal. Se trata, por tanto, de un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido (Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Delitos y penas. Una Aproximación a la parte especial*, Limas: Ideas, 2017, p. 195). Como esclarece la doctrina especializada, este delito consiste en “enriquecerse sin causa justa. Lo justo de un enriquecimiento es el poder explicar los orígenes de un incremento patrimonial económico, según la ley y conforme a la ética que son los dos patrones que medirán

esta justicia”. Por tanto, “el que el enriquecimiento no sea justificable, es parte estructural del delito de enriquecimiento ilícito y no una mera condición para hacer punible tal enriquecimiento” (FERREIRA DELGADO, Francisco, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá: Temis, 1985, p. 118). En consecuencia, pues, el delito se va materializando de modo continuado y acumulativamente, mediante un conjunto conexo de actos dolosos irregulares que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos del funcionario público. Sin embargo, es pertinente destacar que tales acciones se encuentran siempre vinculadas entre sí por el mismo designio lucrativo antijurídico (producir el enriquecimiento ilícito).

Ahora bien, tal potenciación patrimonial no debe corresponder al incremento o reducción ordinaria, regular y probable que produjesen los ingresos o rentas personales que el funcionario genera, obtiene y posee lícitamente. Lo punible, entonces, está referido, exclusivamente, al efecto y beneficio lucrativo que deriva de aquellas “conductas anormales mediante las cuales el funcionario incrementa ilícitamente su patrimonio” (PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 1996, p. 229). Por ende, toda modificación positiva o enriquecimiento patrimonial que sean justificados carecen de relevancia penal. “Lo importante es que el enriquecimiento o incremento patrimonial del funcionario sea el fruto de actividades ilícitas o injustas” (CANCINO, Antonio José y MARUJA TOSCANO DE SÁNCHEZ, *El delito de enriquecimiento ilícito*, Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1986, p. 36).

Cabe precisar, también, que el enriquecimiento ilícito puede ser paulatino. El, sin embargo, debe acontecer y concretarse necesariamente durante el período de gestión o competencia funcional que ejerce el funcionario público. Esto es, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales sucesos formales será posible practicar o imputar un acto de enriquecimiento ilícito (MONTROYA VIVANCO, Yván, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*, Lima: IDEHPUCP, 2012, p. 64 y ss.).

No obstante, el enriquecimiento ilícito debe derivarse de la comisión de modalidades innominadas pero idóneas de abuso funcional, las cuales no deben constituir otros delitos funcionales, como los actos de corrupción pasiva, peculado o colusión. Este presupuesto material negativo del enriquecimiento ilícito lo convierte en un delito de carácter subsidiario o residual (Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 4.^a ed., Lima: Grijley, 2016, p. 707). Por tanto, solo en la medida en que el enriquecimiento ilegal no sea efecto o derive de la

realización de otro delito funcional, como los antes mencionados, será posible subsumirlo en la tipicidad del artículo 401 del Código Penal. Se trata, pues, de un presupuesto negativo implícito en la construcción legal y sistemática de dicho tipo penal.

Un problema adicional que plantea la estructuración formal y material del delito de enriquecimiento ilícito se relaciona con el monto económico que aquel representa. La discusión gira en torno a determinar si cabe considerar un componente cuantitativo mínimo de incremento en los activos o de disminución de los pasivos del funcionario público para poder imputar la realización del delito. Al respecto, en el derecho comparado hay varias alternativas legales. Por ejemplo, se ha destacado que el enriquecimiento patrimonial tiene siempre que ser “apreciable” (artículo 268 del Código Penal argentino). Siguiendo similar orientación legislativa, el párrafo tercero del artículo 401 del Código de 1991, establece que constituye un indicio de enriquecimiento ilícito “cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de sus bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente hubiera podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”. Un criterio análogo se aprecia en el artículo 41 de la Constitución de 1993. Siendo así, no cabe exigir un monto dinerario específico para identificar el enriquecimiento ilícito, pero sí una valoración razonable de su magnitud como desbalance notorio y apreciable en el patrimonio personal o familiar del funcionario, para, en base a ello, inferir e imputar su presencia.

Una forma de controlar al funcionario público respecto de su patrimonio es la obligación de presentar anualmente su declaración jurada de ingresos, bienes y rentas, que será una herramienta para detectar algún cambio sospechoso en el patrimonio. Esta obligación es de carácter constitucional, pues se deriva del primer y segundo párrafo del art. 41 de la Carta Magna, que indica: “Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este debe 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. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial”.

Según la Ley N.º 27482, la entidad encargada de archivar las declaraciones juradas es la Contraloría de la República y además hay la obligación de que se

publiquen en el diario oficial, de tal forma que la ciudadanía pueda conocer. Ahora, hay que considerar que este mecanismo de control puede ser burlado por el funcionario corrupto cuando deriva los bienes del enriquecimiento ilícito a terceros que fungen de testaferros.

3.6. El *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito

La participación de terceras personas que contribuyen en la consumación u ocultamiento de los bienes del funcionario público que se ha enriquecido ilícitamente es un elemento que no se descarta en la casuística. Estos son los que pueden tener en su poder el patrimonio para evitar el descubrimiento del comportamiento criminal del funcionario público. El problema es determinar si este responde a título de cómplice de este delito especial o simplemente comete un delito distinto. La posición mayoritaria de la Corte Suprema de unidad de la imputación permite concluir que un tercero, responde como partícipe del delito especial, diferenciando respecto de la punibilidad respecto a que no es el sujeto que tiene el deber especial de tutelar los bienes estatales. En los siguientes considerandos, la Corte Suprema examina la doctrina legal sobre la actuación del *extraneus*:

14. La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional. Por ejemplo, BRAMONT ARIAS comentando la regulación de este delito en el artículo 361 del Código Penal de 1924, consideraba que ella debía ser sancionada conforme a las “disposiciones generales relativas a la participación en hechos punibles” (BRAMONT ARIAS, Luis A., *Temas de derecho penal*, t. 4, Lima: SP Editores, 1988, p. 81). Ella, por tanto, debe ser sancionada, según los casos, con los mismos estándares de penalidad conminados en el artículo 401 y en concordancia con lo dispuesto al respecto en los artículos 24 y 25 del Código Penal. Esta opción hermenéutica ha sido, además, ratificada plenamente por la doctrina penal nacional más caracterizada. Por ejemplo, ROJAS VARGAS ha sostenido que “los terceros responden a título de cómplices en el delito de enriquecimiento ilícito. Nuestra legislación penal no tiene una figura propia de enriquecimiento ilícito de particulares, que, si la observamos, por ejemplo, en la legislación penal especial colombiana (Decreto 2266 de 1991). Pero cómplices no solo son los terceros interpuestos sino también quienes con diversidad de aportes contribuyen al enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos” (ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley, 1999, p. 437). Similar posición ha sido asumida por SALINAS SICCHA al afirmar, que “los terceros que partici-

pan en la comisión del delito responden por el mismo delito, pero a título de cómplices” (SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 718). Igualmente, la línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia ha sido recurrente a favor de dicho razonamiento dogmático y existen antecedentes de ello desde el año 2004. Es así que en el voto en discordia de una ejecutiva suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2976-2004, procedente de Lima, fue sumadamente expreso sobre esta materia, al señalar que “aun 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 calidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo 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 penal asume—; accesoriedad que en todo caso no 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 cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es autor, sino un simple partícipe” (Cfr. Ejecutoria suprema del 30 de diciembre del 2004. Voto de los señores vocales supremos César Eugenio San Martín Castro, Adolfo Barrientos Peña y José Luis Lecaros Cornejo. Considerando Segundo).

Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, lo accesorio de la participación de aquel lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25 del Código Penal, por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1361, que expresamente señala: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”. Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador *extraneus* de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24 del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional (Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima: IDEMSA, 2001, p. 185).

Si antes era una toma de postura por la tesis de unidad de la imputación, ahora con la modificación del art. 25 del CP se ha consagrado positivamente la

misma, pues en ella se señala que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

La Corte Suprema también aborda el problema sobre la delimitación temporal de la colaboración del *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito, estableciendo que la intervención del *extraneus* estará sujeto al mismo tiempo en donde el funcionario ejerce la función pública para incrementar su patrimonio de forma ilegal.

15. Sin embargo, subsiste un conflicto hermenéutico y práctico cuando lo que se pretende es fijar una delimitación temporal que determine la oportunidad de la intervención del *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito. Especialmente cuando ella tiene lugar durante las postrimerías de la gestión funcional del *intraneus* o, incluso, luego del cese formal de este último en el cargo funcional que desempeñaba. Al respecto, es pertinente destacar que el delito de enriquecimiento ilícito, según la estructura típica que él posee en el artículo 401 del Código Penal peruano es de naturaleza combinada o mixta. En efecto, la norma citada lo regula como de ejecución continua y de consumación permanente (Cfr. MONTAÑA VIVANCO, Yván, *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, Lima: IDEHEPUCP, 2015, p. 125; BRAMONT ARIAS, Luis A., *Temas de derecho penal*, t. 4, ob. cit., p. 81). El agente, por tanto, debe realizar mientras ostenta su condición funcional una secuencia de actos provenientes de la misma resolución criminal (producir su enriquecimiento ilícito); pero, además, la mejora acumulativa de su patrimonio que va obteniendo debe él mantenerla hasta el fin del periodo que ejerce su cargo funcional, sea este por cese o destitución. Lo cual posibilita que la intervención del tercero *extraneus* pueda ocurrir durante todo el tiempo que el funcionario *intraneus* se mantenga en el ejercicio de su posición y competencia funcional. Sea, pues, como instigador cuando motive o induzca a la realización de actos idóneos para el enriquecimiento; o como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos los bienes, créditos o réditos que van produciendo el enriquecimiento ilícito del *intraneus*, el tercero deberá siempre de intervenir mientras el mal funcionario conserve su cargo y condición. Por consiguiente, si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del estatus funcional del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya la continuidad de la actividad delictuosa y cese la permanencia, la conducta que desplegó aquel ya no será accesorio sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de lavado de activos.

La delimitación temporal del partícipe permite que también se resuelva el problema de identificar cuál sería la conducta delictiva del cómplice con posterioridad a la finalización del cargo público, y la Corte Suprema indica que dicha conducta ya no será accesoria del delito de enriquecimiento ilícito y se tratará bajo la tipificación de lavado de activos en sus modalidades de conversión, transferencia o integración.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Costa Rica	Artículo 346.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: [...] 4) No justifiare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público. <i>(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso "a", de Ley N.º 7732, de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 344 al 346).</i>
Argentina	Artículo 268 (1). Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo. Artículo 268 (2). Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justifiare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.
Chile	Artículo 241-bis.- El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio. Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito. La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público. Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este código.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Artículo 150**Cuba**

1. La autoridad, funcionario o empleado que, directamente o por persona intermedia, realiza gastos o aumenta su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcional a sus ingresos legales, sin justificar la licitud de los medios empleados para realizar los gastos u obtener tal aumento patrimonial, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.
2. A los declarados responsables del delito previsto en este artículo se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes.
3. Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad.

Comentarios a la legislación comparada en el delito de enriquecimiento ilícito

El art. 346 del Código Penal de Costa Rica regula varias modalidades de conductas prohibidas como cohecho; asimismo, en el numeral 4, regula el enriquecimiento ilícito que sanciona al funcionario que no justifique el incremento patrimonial posterior al ejercicio del cargo conferido.

En la legislación argentina, el art. 268 del el Código Penal reprime con privación de libertad, inhabilitación perpetua o multa equivalente a un porcentaje del incremento patrimonial no justificado. No solo se sanciona el incremento de patrimonio, sino también la cancelación de deudas de manera injustificada. La sanción se extiende a la persona que contribuye con la disimulación del incremento patrimonial.

En el Código Penal chileno, el enriquecimiento ilícito, regulado en el art. 241, se sanciona con multa equivalente al total del incremento injustificado y la pena de inhabilitación absoluta.

El Código Penal cubano trae como sanción la confiscación de los bienes materia del incremento patrimonial. Si el delito que origina el incremento patrimonial es de una pena más grave, tiene prevalencia frente al delito de enriquecimiento ilícito.

PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2016

Artículo 588.- Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que ilícitamente se enriquece respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones y no pueda justificarlo, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación no menor de cinco ni mayor de diez años conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Si el agente es un funcionario que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena es privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio 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.

**SELECCIÓN DE
JURISPRUDENCIAS**

COBRO INDEBIDO O EXACCIÓN ILEGAL (ART. 383 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N.º 3325-2010

ICA

Lima, siete de noviembre del dos mil once.

VISTOS; interviniendo como ponente el señor SANTA MARÍA MORILLO; el recurso de nulidad interpuesto por la encausada Virginia Aurora Mateo Fuentes contra la sentencia de fojas trescientos y cuarenta y cinco, del veintiséis de agosto del dos mil diez, que la condenó como autora del delito de cobro indebido en agravio del Estado, a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de un año; de conformidad con el dictamen del señor fiscal adjunto supremo en lo penal; y

CONSIDERANDO

Primero: Que la encausada Mateo Fuentes en su recurso formalizado de fojas trescientos sesenta y cinco sostiene que: **i)** no existen medios probatorios que sustenten la condena en su contra, pues el Tribunal Juzgador realizó una inadecuada valoración de las testimoniales de Iliana Teófila Quispe Vicerrel y Feliciano Teófila Torres Grimaldo, quienes en un primer momento sindicaron a Robería Moquillaza Salvador (jefa de la División de Medicina Legal de Chincha), sin embargo, con el objeto de favorecer a esta última variaron sus dichos para perjudicarla; **ii)** su condición de técnico necropsiadora no le permitía tener la disposición del Protocolo de Necropsia, siendo que la entrega de dicho documento fue ordenada por la médico Moquillaza Salvador, sin embargo, por dicha entrega las testigos no efectuaron pago alguno.

Segundo: Que, según el dictamen acusatorio de fojas doscientos treinta y nueve, en los primeros días del mes de junio del dos mil ocho, la encausada Mateo Fuentes aprovechó su condición de servidora pública de la División Médico Legal el Hospital “San José” de Chincha para procurarse un beneficio económico indebido, pues exigió a Iliana Teófila Quispe Vicerrel y Feliciano Teófila Torres Grimaldo (familiares del fallecido Dany Alexis Hernández Torres) que se le entregue la suma de noventa nuevos soles para la expedición del Protocolo de Necropsia, no obstante que la tarifa legal por este concepto solo ascendía a la suma de cincuenta y ocho nuevos soles y el pago debía realizarse en el Banco de la Nación, mas no así directamente a ella.

Tercero: Que si bien la encausada Mateo Fuentes señala que no obligó ni indujo a las testigos Quispe Vicerrel y Torres Grimaldo para que le entreguen una ventaja

económica, sin embargo, la testigo Quispe Vicerrel (declaraciones a nivel preliminar, fojas dieciocho y cuarenta y nueve, y confrontación con la encausada Mateo Fuentes de fojas sesenta y tres) señaló que junto con su suegra, la testigo Torres Grimaldo, se dirigieron al Departamento de Medicina Legal y fueron atendidas por la encausada Mateo Fuentes, quien le solicitó la suma de noventa nuevos soles a cambio de entregarle el Protocolo de Necropsia, documento que incluso les fue entregado en copia simple, pues al momento de presentarlo la Fiscalía lo rechazó (es inusual que una persona tenga una copia de un Protocolo de Necropsia) porque los departamentos médicos de Medicina Legal están obligados a remitir directamente a la Fiscalía los Protocolos de Necropsia, por lo que ambas efectuaron la respectiva denuncia; que esta imputación en contra de la encausada Mateo Fuentes fue reiterada a nivel sumarial (véase a fojas ciento setenta y cuatro) y en sede plenarial en la sesión de audiencia de fecha diecinueve de agosto del dos mil nueve, obrante a fojas trescientos veintitrés; que, asimismo, la testigo Torres Grimaldo tanto a nivel preliminar (véase a fojas veinte y confrontación de fojas sesenta y uno) como judicial (testimonial de fojas ciento setenta y dos y en sede plenarial, sesión de fecha diecinueve de agosto del dos mil nueve, obrante a fojas trescientos veintinueve) refirió que en un primer momento entregó la suma de treinta nuevos soles para que la encausada Mateo Fuentes agilice los trámites en la elaboración del Protocolo de Necropsia y, luego, esta le cobró a su nuera (la testigo Quispe Vicerrel) la suma de noventa nuevos soles por la expedición del referido Protocolo, a lo que accedió y le entregó el dinero en efectivo, pero no se le expidió ningún comprobante de pago.

Cuarto: Que estas testimoniales que fueron brindadas tanto a nivel policial como judicial permiten concluir que la encausada Mateo Fuentes, abusando de su cargo, exigió el pago de noventa nuevos soles para expedir el Protocolo de Necropsia, pese a que dicho pago se debe realizar en el Banco de la Nación; que si bien la referida encausada ostentaba el cargo de técnico necropsiadora, sin embargo, dicha condición no fue óbice para tener la disposición del referido Protocolo, como lo han referido las testigos; que, por último, es de tenerse en cuenta que las testimoniales guardan coherencia (corroboradas de manera periférica) y están libres de incredibilidad subjetiva, por lo que son pruebas idóneas para enervar la presunción de inocencia de la encausada Mateo Fuentes.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos cuarenta y cinco, del veintiséis de agosto del dos mil diez, que la condenó como autora del delito de cobro indebido en agravio del Estado, a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de un año; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

S.S.

LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / PRÍNCIPE TRUJILLO / SANTA MARÍA MORILLO / VILLA BONILLA

COBRO INDEBIDO O EXACCIÓN ILEGAL (ART. 383 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N.º 2121-2010

CUSCO

Lima, veintiséis de mayo del dos mil once.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Abisay César Morante Ángeles contra la sentencia de fojas setecientos noventa y seis, de fecha cinco de mayo del dos mil diez; interviniendo como ponente la señora jueza suprema BARRIOS ALVARADO; con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal; y

CONSIDERANDO

Primero: Que, el impugnante en su recurso de nulidad fundamentado a fojas ochocientos veintiuno, alega lo siguiente: **a)** que el hecho de haber aceptado y recibido el pago de una remuneración por su cargo de presidente ejecutivo del Consejo Transitorio de Administración Regional del Cusco no se encuadra en ningún tipo penal de nuestro sistema punitivo; **b)** que el Informe número ocho de Control Interno que obra en autos demuestra que no manejó, administró, ni condujo dinero proveniente del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo —en adelante, PNUD—, sino que dichas acciones eran efectuadas por la Comisión Administradora y Fiscalizadora integrada por el viceministro de Economía, el viceministro de Infraestructura del Ministerio de la Presidencia, el presidente del Banco de la Nación y un representante del PNUD; **c)** que el Informe número ocho de Control Interno solo señala como recomendación que se implementen medidas administrativas en su contra; **d)** que el Colegiado Superior no ha realizado un juicio de tipicidad respecto de la conducta que se le imputa; **e)** que se ha vulnerado el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política del Estado, pues no se puede investigar, denunciar, juzgar y menos condenar a una persona por un hecho que no está expresa e inequívocamente tipificado en una norma penal vigente; **f)** que su conducta no es delictiva, no constituye un ilícito penal ni resulta sancionable penalmente; y, **g)** que no se ha demostrado que exigió, conminó, obligó o violentó para que se entregue el plus proveniente del PNUD.

Segundo: Que, fluye de la acusación fiscal obrante a fojas quinientos diecinueve que con fecha quince de octubre del dos mil uno, mediante Resolución Suprema número

doscientos veintinueve guión dos mil uno guión PRES, el procesado Abisay César Morante Ángeles fue designado como Presidente Ejecutivo del Consejo Transitorio de Administración Regional del Cusco, razón por la cual entre el diecinueve de octubre del dos mil uno hasta el veinte de noviembre del dos mil dos percibió la suma total de diecinueve mil doscientos diez nuevos soles con ochenta y tres céntimos; de otro lado, mediante contratos número once mil doscientos cinco y veinte mil trescientos nueve suscritos por el procesado y el Fondo de Apoyo Gerencial Fase II percibió como remuneración la suma del dos mil dólares americanos mensuales por las mismas funciones, haciendo un total de veintiocho mil novecientos treinta y tres dólares americanos, para lo cual el encausado presentó declaraciones juradas donde señaló que no tenía relación laboral con ninguna entidad del Estado, pues ello era una exigencia del PNUD.

Tercero: Que, en el caso de autos, la conducta imputada al encausado Abisay César Morante Ángeles fue enmarcada por el Ministerio Público en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal que sanciona al “funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidades que exceden a la tarifa legal”. Conforme a la descripción típica citada, destacan para el análisis del presente caso los siguientes elementos del tipo penal: **i)** El sujeto activo solo puede ser el funcionario o servidor público que posea atribuciones para exigir o hacer pagar o aquel que, sin tener dichas facultades, abuse de su cargo para realizar la exigencia indebida: **ii)** El abuso del cargo debe concretizarse por el agente valiéndose del cargo que tiene para inducir, engañar o sorprender a la víctima -de manera arbitraria- a dar o prometer indebidamente: y, **iii)** el requerimiento que efectúa el agente mediante las conductas “exigir” y “hacer pagar o entregar” debe tener sustento en la fuerza de la autoridad propia del cargo del agente, por lo cual, resulta necesaria una intimidación o coacción contra la víctima aunque sea en mínima intensidad.

Cuarto: Que, en ese orden de ideas, se advierte que la conducta que se atribuye al procesado Abisay César Morante Ángeles no configura el delito de exacción ilegal, pues si bien se encuentra acreditado que firmó declaraciones juradas señalando falsamente que no tenía vínculo laboral con ninguna entidad del Estado y que no percibía renta proveniente de recursos del Estado —habiendo sido condenado por tales hechos como autor del delito contra la fe pública-falsedad genérica, en agravio del Estado, mediante sentencia de fojas seiscientos siete, de fecha veinticinco de mayo del dos mil nueve, confirmada por Ejecutoria Suprema de fojas seiscientos cincuenta y dos, de fecha veinte de octubre del dos mil nueve, Recurso de Nulidad número tres mil veinticuatro guión dos mil nueve—, ello no constituye en modo alguno una exigencia o requerimiento para procurarse un pago indebido, del mismo modo, no se evidencia en lo absoluto que el recurrente haya actuado abusando del

cargo de presidente ejecutivo del Consejo Transitorio de Administración Regional del Cusco, que en ese entonces ostentaba, por el contrario, de la propia hipótesis fiscal se advierte que lo que pretendía el encausado era ocultar su calidad de funcionario público, lo cual le permitió iniciar una relación contractual con el PNUD, percibiendo como remuneración la suma del dos mil dólares americanos mensuales, haciendo un total de veintiocho mil novecientos treinta y tres dólares americanos, pero ello no tuvo como causa un accionar arbitrario del procesado Abisay César Morante Ángeles vinculado a su condición especial de funcionario público, sino únicamente el cumplimiento de los contratos número once mil doscientos cinco y veinte mil trescientos nueve, obrantes a fojas doscientos setenta y tres y doscientos sesenta y cuatro, respectivamente, los cuales se concretaron debido a la información falsa dada por el encausado, hechos que ya han sido materia de procesamiento y fallo condenatorio, tal como se ha indicado. En consecuencia, constatándose la incorrección de la sentencia recurrida, dada la atipicidad de los hechos imputados respecto del delito de exacción ilegal, corresponde revertir el fallo de condena dictado contra el recurrente y disponer su absolución.

Por tales fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas setecientos noventa y seis, de fecha cinco de mayo del dos mil diez, que condenó a Abisay César Morante Ángeles como autor del delito contra la Administración Pública - exacción ilegal, en agravio del Estado, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Gobierno Regional del Cusco, a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de un año bajo el cumplimiento de reglas de conducta, al pago de un mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados, e inhabilitación por el plazo de un año para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público: y **REFORMÁNDOLA** lo absolvieron de la acusación fiscal formulada en su contra por el citado delito en perjuicio de los referidos agraviados: en consecuencia, **MANDARON** se anulen los antecedentes policiales y judiciales generados por estos hechos imputados al aludido encausado, y dispusieron que los autos se archiven definitivamente conforme a ley: con lo demás que contiene; y lo devolvieron.

S.S.

LECARON CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / **BARRIOS ALVARADO** / PRÍNCIPE TRUJILLO / VILLA BONILLA

COBRO INDEBIDO O EXACCIÓN ILEGAL (ART. 383 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.º 669 - 2012

AMAZONAS

Lima, diecisiete de octubre del dos mil trece.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia del trece de diciembre del dos mil doce, obrante a fojas trescientos ochenta y siete; interviniendo como ponente el señor juez supremo PARRIONA PASTRANA, con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal; y

CONSIDERANDO

Primero: El representante del Ministerio Público fundamenta su recurso de nulidad —fojas cuatrocientos cuatro—, alegando que la Sala Superior no valoró debidamente los hechos ni compulsó las pruebas aportadas durante el proceso, las cuales, a su parecer, acreditan la responsabilidad penal del encausado Fernández Uceda en el delito de exacciones ilegales.

Segundo: Según acusación fiscal —fojas doscientos veintiocho—, el once de abril del dos mil cinco, el denunciante Ronald Wilfredo Tello Rojas, graduado como profesor de la especialidad del nivel secundario, ciencias naturales del Instituto Superior Pedagógico Público “José Santos Chocano”, presentó su expediente a fin de que se realicen los trámites correspondientes en la Dirección Regional de Educación de Amazonas y, de ese modo, obtener su lo profesional. Al no obtener respuesta, optó por conversar con el director de dicha Institución, quien le manifestó que su expediente estaba en poder del encausado Fernández Uceda, secretario académico de la referida institución; que había sido retenido porque adeudaba trescientos nuevos soles por concepto de asesoramiento técnico y no sería tramitado que cumpla con cancelar dicho monto, obligando al denunciante Tello Rojas a cumplir con el pago, sin que conste en el citado Instituto deuda alguna de parte de su persona.

Tercero: El derecho a la presunción inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación

del acusado en ellos, conforme lo recalca la doctrina consolidada de esta Suprema Instancia, mediante el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre del dos mil cinco. Expuestas estas consideraciones, la cuestión que se nos presenta es la relativa a que se ha de entender por prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba, y que la prueba haya sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal penal, y que esta actividad y comportamiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia.

Cuarto: Debe precisarse que en autos obra sentencia del doce de diciembre del dos mil ocho —fojas doscientos ochenta y ocho—, que absuelve al procesado Francisco Martín Fernández Uceda de la acusación fiscal por delito de exacción ilegal; no obstante, dicha sentencia fue declarada nula por Ejecutoria Suprema del veinte mayo del dos mil diez —fojas trescientos uno—, cual ordenó se compulsen debidamente los medios probatorios actuados —tales como la declaración de Pedro Osorio Armas, Oficio número cien guión dos mil cinco y data de la formulación de denuncia efectuada por el denunciante Tello Rojas y la del inicio de los trámites de titulación efectuada por el procesado— a fin que se determine si se efectuó o no una indebida retención; en consecuencia se emitió la sentencia recurrida del trece de diciembre del dos mil doce —fojas trescientos ochenta y siete— que absolvió al encausado Fernández Uceda del delito imputado.

Quinto: El tipo penal de exacciones ilegales previsto en el artículo 383 del Código Penal precisa “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido...”, en ese sentido, analizado los medios probatorios actuados, se advierte que estos no acreditan la configuración de los elementos objetivos del referido tipo penal, así, en principio se advierte que el encausado Fernández Uceda no exigió algún tipo de pago al denunciante Tello Rojas, sino únicamente se limitó a informar al director del Instituto “Santos Chocano”, vía informe respectivo, el monto que este adeudaba a la institución, así, se advierte del informe número cero cero dos guión dos mil cinco —fojas dieciocho—, el cual acredita que el encausado Fernández Uceda comunicó, al director de dicho instituto, que el denunciante Tello Rojas adeudaba el pago por asesoramiento de tesis; por tanto, no se advierte la configuración de verbo rector exigir o hacer pagar o entregar contribuciones o elementos no ‘ debidos; lo cual se corrobora con el oficio número cinco guión dos mil cinco, del treinta y uno de marzo del dos mil cinco —fojas treinta y cinco—, emitido por el Director de dicho instituto, quien comunicó al denunciante Tello Rojas que todo asesoramiento de tesis fuera de la jornada laboral tiene un costo, previo acuerdo con los integrantes del grupo de investigación.

Sexto: Aunado a lo referido precedentemente, se advierte que según resolución de Dirección Regional Sectorial número cero dos cinco dos guión noventa y nueve guión CTAR guión Amazonas oblicua ED, del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y nueve —fojas trescientos sesenta y seis—, se indica que el procesado tiene la calidad de servidor público al haber sido nombrado como docente del Instituto Superior Pedagógico Público “José Santos Chocano” de Bagua Grande; informe número cero cero dos guión dos mil cinco, de marzo del dos mil cinco —fojas dieciocho— suscrito por el -encausado Fernández Uceda, dirigido al director del ISPP “José Santos Chocano” Bagua Grande - Amazonas, a través del cual le hace conocer que el denunciante Tello Rojas adeudaba el pago por asesoramiento de su tesis, por lo que, de no cancelar no podría realizar trámite administrativo alguno; solicitudes de inscripción y entrega de título profesional por parte del denunciante —fojas treinta y seis y treinta y siete—, dirigido al director de dicha institución, Pascasio Osorio Armas, en los cuales el denunciante solicita que se le otorgue su título profesional; acta de titulación para optar el título profesional —fojas treinta y ocho—, el cual indica que el citado denunciante está apto para obtener su título profesional.

Sétimo: Además, se advierte que el denunciante Tello Rojas entró en contradicciones respecto a la forma en que se enteró del pago que tenía que realizar por concepto de asesoría de tesis, pues a nivel preliminar, en presencia del representante del Ministerio Público —fojas ocho—, refirió: “...El día veintitrés de mayo del dos mil cinco (...) Conversé con el director del ISPP, Pedro Pascasio Osorio Armas, (...) quien me manifestó que mi expediente se encontraba en poder del profesor Francisco Martín Fernández Uceda (...) que había sido retenido porque yo le debía una deuda de trescientos nuevos soles por concepto de asesoramiento técnico, por lo tanto mi expediente no había sido tramitado: sin embargo en su declaración preventiva —fojas noventa—, refirió que primero se enteró de dicha deuda directamente por el secretario académico, el encausado Fernández Uceda “al preguntarle a la secretaria porque no figuraba en la relación me dijo que pasaba al secretario académico del pedagógico cuyo encargado el señor Francisco Martín Fernández Uceda y al reclamarle me dijo que tenía que pagar trescientos nuevos soles y porque no le quise pagar me dijo que iba a retener mi título por lo que procedí a hablar con el director del Instituto por lo que procedió a hablar con el director del Instituto pedagógico (...)” quien me dijo que el responsable era el profesor Martín; advirtiéndose que dichas declaraciones no son uniformes y, que tienen como finalidad buscar responsables por la demora en la tramitación de su título, lo cual no es una problemática de relevancia penal sino administrativa.

Octavo: De otro lado, se advierte que el encausado Fernández Uceda, a nivel preliminar, en presencia del representante del Ministerio Público —fojas doce— refirió que curso un oficio al director del Instituto “José Santos Chocano” señalando que el denunciante le adeudaba la suma de doscientos nuevos soles por concepto de ela-

boración del informe final de investigación, mas no para que se le retenga su título y que por ello firmó con el alumno coordinador César Ulises Delgado Fernández un contrato para dicho asesoramiento; versión que se corrobora con la manifestación preliminar de César Ulises Delgado —fojas catorce—, quien en presencia del representante del Ministerio Público, refirió “no existe documento alguno donde mi compañero de estudios Wilfredo Tello Hojas, se comprometía a pagar la suma de doscientos nuevos soles, pero aclaro que los cuatro compañeros dentro de los cuales se encuentra el denunciante, acordamos en dicha cantidad para los fines antes mencionados, para lo cual me nombran como coordinador del grupo, sin embargo el denunciante no ha cumplido con cancelar dicha deuda”; lo que se acredita además, con el contrato de servicios —fojas diecinueve— celebrado entre el encausado Fernández Uceda y coordinador del grupo de alumnos, Cesar Ulises Delgado Fernández; versión ratificada por el citado encausado y quien en su declaración instructiva —fojas ciento cincuenta y seis—, agrega que fue el director quien envió un documento a la secretaría académica a fin que se retenga el título del denunciante Tello Rojas; de lo referido, se advierte que el citado denunciante, representado por su coordinador Delgado Fernández, se comprometió a pagar al asesor por sus servicios prestados la suma doscientos nuevos soles y, fue ello lo que motivo a que el encausado Fernández Uceda dirigiera oficio al director poniéndole en conocimiento la deuda del denunciante. En ese sentido, como se refirió en el considerando precedente, no se advierten problemas de relevancia penal sino de índole administrativo, los cuales deben ser solucionadas en dicha vía, por cuanto, los medios probatorios actuados no permiten concluir que el encausado Fernández Uceda haya exigido pago indebido alguno, mucho menos de manera directa, al denunciante Tello Rojas.

Noveno: En ese sentido, revisado los actuados se advierte que no existen suficientes elementos probatorios que vinculen al procesado Fernández Uceda al delito de exacción ilegal, conforme acusación formulada por el representante del Ministerio Público, máxime si por Ejecutoria Suprema —fojas trescientos uno— se declaró nula la sentencia absolutoria recaída contra este, ordenándose la actuación de medios probatorias necesarios para generar certeza respecto de la responsabilidad o irresponsabilidad del citado procesado, no obstante aun cuando se realizó un nuevo juicio oral, no se actuaron medios probatorios suficientes que permitan acreditar el comportamiento típico del encausado Fernández Uceda.

Décimo: Por tanto, es de precisarse que el representante del Ministerio Público no logró acreditar los extremos de su acusación fiscal para el delito de exacción ilegal, siendo de aplicación el artículo ocho punto dos de la Convención americana de los Derechos Humanos, que preceptúa “...toda persona inculpada de delito tiene derecho a pie se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”, en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

precisado que el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla, pues “la consagración en el ámbito constitucional de la presunción de inocencia se explica por razones histórico-políticas, por la reacción contra regímenes totalitarios en los cuales correspondía al imputado aportar la prueba de su inocencia...” —TARUFFO, Michele, *Teoría de la prueba*, Lima: ARA Editores, 2012, p. 280.— en ese sentido debe precisarse que dicho principio ha sido recogido a Constitución Política del Perú como garantía del ciudadano en un debido proceso.

Décimo Primero: Además, se advierte que el procesado lleva más de ocho años sujeta a un proceso penal —pues los hechos acaecieron el veintiséis de marzo del dos mil cinco—, no habiéndose podido destruir su estado de inocencia ni acreditar su responsabilidad en el delito de exacción ilegal, vulnerándose su derecho a ser juzgado en un plazo razonable, lo cual no resulta, acorde con lo establecido en el artículo ocho punto uno de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente. Sobre este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho al plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente —ver fundamento setenta de la sentencia sobre el fondo de la Corte interamericana de Derechos Humanos, / Caso Suarez Rosero contra Ecuador—; criterio compartido por el Tribunal Constitucional del Perú, que estima que el derecho a un plazo razonable en la duración de todo proceso constituye una de las manifestaciones del debido proceso reconocido por nuestra Constitución en los términos antes expuestos...” (Exp. N.º seis mil trescientos noventa guión dos mil seis-PA/TC LIMA - MARGARITA DEL CAMPO VEGAS).

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del trece de diciembre del dos mil once, obrante a fojas trescientos ochenta y siete, que absolvió a Francisco Martín Fernández Uceda de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en su figura jurídica de exacción ilegal, en agravio del Estado; con lo demás que contiene, y los devolvieron. Interviene el señor juez supremo Morales Parraguez por vacaciones de la señora juez suprema Tello Gilardi.

S.S.

VILLA STEIN / **PARIONA PASTRANA** / BARRIOS ALVARADO / NEYRA FLORES / MORALES PARRAGUEZ

COLUSIÓN (ART. 384 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA PENAL PERMANENTE****CAS. N.º 9-2018****JUNÍN****SENTENCIA DE CASACIÓN**

Lima, veintiséis de junio del dos mil diecinueve

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación por vulneración a la garantía de motivación interpuesto por José Severo Camocho Galván contra la sentencia emitida el treinta de octubre del dos mil diecisiete por los señores jueces que integraron la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Huancayo, que confirmó la sentencia de primera instancia que lo declaró como autor de la comisión del delito contra la administración pública- colusión, en perjuicio del Estado-EPS Mantara S. A.; en consecuencia, le impuso la pena de siete años de privación de libertad, inhabilitación por el periodo de tres años conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y determinó en S/ 7000 (siete mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil a favor del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

FUNDAMENTOS DE HECHO**Primero. Fundamentos de la impugnación**

La materia declarada de interés casacional está referida a la determinación de la naturaleza jurídica del delito de colusión, esto es, si se trata de un delito de mera actividad o resultado, dado que de ello dependerá la evaluación del perjuicio como elemento constitutivo del tipo regulado en el artículo 384 del Código Penal, correspondiente a la Ley número 26713.

El accionante afirma que el tipo penal objeto de imputación es de resultado e indica que la sentencia de vista no ha sido motivada —incumpliendo así el inciso 4 del artículo 429 del nuevo CPP—, debido a que no absolvió sus agravios postulados en su apelación sobre:

- i. La inexistencia de una pericia contable a efectos de determinar el concreto perjuicio patrimonial que padeció la entidad estatal.
- ii. El delito de colusión es de resultado.
- iii. Por la cuantía del monto contractual, los contratos suscritos entre Camacho Galván y sus coimputados no estarían regulados bajo la Ley de Contrataciones del Estado.

Segundo. Imputación fáctica

Se imputa a José Camacho Galván que, en su condición de gerente zonal de la EPS (Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento) Mantaro S. A., concertó con James Pierre Lavado Reymundo y Marco Antonio Marín Solazar para defraudar al Estado en la ejecución de trabajos para la obra “Mejoramiento red de agua potable del anexo de Alayo del barrio Atasahua-Concepción” —en adelante, la obra—.

El acto de defraudación radica en que Lavado Reymundo, por la suma de S/ 5980 (cinco mil novecientos ochenta soles), debía efectuar diversos trabajos —mano de obra— y Marco Antonio Marín Salazar, a cambio de S/ 1200 (mil doscientos soles) debía desempeñar funciones como residente en la realización de trabajos para la ejecución de la citada obra. Empero, las obligaciones contraídas no fueron cumplidas porque los trabajos necesarios a los que se comprometió la EPS Mantaro S. A. en el Convenio número 003-2011-EPSMSA/GZC —celebrado entre la Municipalidad Provincial de Concepción, la EPS Mantaro S. A. y los beneficiarios, pobladores de la localidad de Alayo— no fueron realizados por el personal que Lavado Reymundo debía proveer, sino por trabajadores de la EPS Mantaro S. A. —personas no contratadas ni destinadas a ejecutar la obra—. Asimismo, Marco Antonio Marín Salazar no efectuó labores como residente de obra; sin embargo, los pagos antes mencionados se otorgaron conforme a lo pactado.

Tercero. Itinerario del procedimiento

- 3.1. El veinte de mayo de dos mil quince el representante del Primer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín formuló requerimiento de acusación contra José Severo Camacho Galván como presunto autor de la comisión del delito contra la administración pública-colusión y otros a título de complicidad primaria.
- 3.2. Superada la etapa intermedia y el juicio de primera instancia, el veintitrés de marzo de dos mil diecisiete el señor juez del Juzgado Penal Unipersonal de Concepción de la Corte de Junín sentenció a José Severo Camacho Galván como autor del delito de colusión; en consecuencia, le impuso la pena de siete años de privación de la libertad, lo inhabilitó por el periodo de tres años y fijó

en S/ 7180 (siete mil ciento ochenta soles) el monto de pago por concepto de reparación civil. Contra la mencionada decisión, la defensa de Camacho Galván interpuso recurso de apelación, el cual determinó que el treinta de octubre de dos mil diecisiete los integrantes de la Sala de Apelaciones y Liquidadora de Huancayo emitiera la decisión que confirmó la condena antes descrita.

- 3.3. La sentencia de vista fue cuestionada vía recurso de casación y concedida a nivel superior —ff. 815 a 817— Elevados los autos a la Corte Suprema, nos avocamos al conocimiento de esta causa los señores jueces que emitimos el auto de calificación el seis de abril de dos mil dieciocho, en el que declaramos bien concedido el recurso antes formulado por la causa prevista en el inciso 4 del artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante nuevo CPP).
- 3.4. Cumpliendo con lo estipulado en el inciso 1 del artículo cuatrocientos 4312 del Código Procesal Penal, mediante decreto del pasado trece de mayo, esta Sala Suprema fijó fecha para la vista de la causa para el miércoles doce de junio, en la cual intervino únicamente el abogado del ahora sentenciado. Culminada esta, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión privada, en la que se produjo el debate, en virtud del cual, tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Respecto a la naturaleza jurídica del delito de colusión

- 1.1. Las sentencias emitidas tanto en primera como en segunda instancia dan cuenta de que la imputación contra Camacho Galván fue por la comisión del delito de colusión, previsto en el artículo 384 del Código Penal, correspondiente a la Ley número 26713, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 384.- 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.

- 1.2. La interpretación del mencionado tipo penal debe efectuarse conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que en el inciso 2 de su artículo 3 establece: “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”.

- 1.3. A partir de lo expresado, vía control convencional, resulta válido afirmar que el término “defraudar al Estado” no tiene una connotación patrimonial; por ello, no es una exigencia objetiva de punibilidad para determinar la configuración del tipo la acreditación de un perjuicio material o económico contra el Estado.
- 1.4. El bien jurídico protegido en el delito de colusión —tipo penal de infracción— no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. El agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales.
- 1.5. En la elección del proveedor de bienes o servicios, el funcionario lico tiene el deber de optimizar las adquisiciones. Así, deberá realizar un juicio ponderado respecto del precio, la calidad y la garantía de cumplimiento de las cláusulas contractuales ofrecidas por los postores que estime convenientes. Durante los procesos de adquisición, el Estado debe tener una adecuada representación -nadie compra bienes de mala calidad para perjudicarse o paga su dinero para que le incumplan un contrato-; y es el quiebre doloso de dicho deber para realizar una adquisición defectuosa o para favorecer a un proveedor específico la conducta que fundamenta el injusto de colusión.
- 1.6. En el delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en un sentido económico —menoscabo cuantitativo en términos contables—, sino la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional¹.
- 1.7. Como consecuencia de lo mencionado, el principio de lesividad permite aseverar que el tipo penal no es uno de resultado, sino uno de mera actividad que se configura cuando el agente delictivo se confabula con un particular para efectuar una contratación estatal —sea a favor o contra el Estado—.
- 1.8. Se descarta la protección exclusiva al patrimonio del Estado y el concurso necesario de un perjuicio para la configuración típica del delito de colusión, por cuanto el pacto colusorio podría importar un beneficio para el Estado. Sin embargo, la obtención de dicha gracia implicaría justificar la confabulación del funcionario público con un privado para concederle determinada contratación en desmedro de la optimización de calidad que podrían ofrecer libremente

1 GUIMARAY MORI, Erick y Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, “Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y los presidentes regionales”, en *Revista Ius Et Veritas*, n.º 21, Lima: diciembre del 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/3kGgEEh>>.

otras personas naturales o jurídicas —limitando la proposición de potenciales mejores ofertas—.

- 1.9. Entonces, conforme a lo antes descrito, resulta válido afirmar que el término defraudación previsto en el tipo cuyo texto legal se imputa no es equivalente al perjuicio económico material.

Segundo. Análisis respecto a la falta de motivación

- 2.1. En el caso juzgado la Sala Superior, consonante con la determinación antes realizada, afirmó que el tipo penal de colusión no es de resultado, sino de mera actividad, esto es, se configura con la simple concertación —fundamento 4.18. de la sentencia de vista—. Tal ratificación, conforme a la materia concedida para el recurso de casación, no varía la determinación asumida en sede ordinaria, y la fundamentación antes empleada por la Sala Superior es coherente con la declarada naturaleza. Ella también permite descartar las exigencias de falta de absolución de agravios en segunda instancia. Por tanto, esta causa no se configura. La Sala Superior expresó su juicio y la causa de su convicción por los que ratificó la condena de primera instancia.
- 2.2. Resulta necesario precisar que los hechos que fueron materia de juzgamiento muestran un proceder indebido de José Severo Camacho Galván, quien aprovechando su condición de gerente zonal de la EPS Mantaro S. A. dispuso que personal de dicha entidad labore en la realización de empalmes a las redes existentes de agua potable de la obra “Mejoramiento red de agua potable del anexo de Alayo del barrio Atasahua- Concepción”, y por tales labores cobró por la mano de obra que efectuaron los empleados de la EPS Mantaro S. A. como si terceros la hubieran realizado. No hay un nexo causal de eficiencia entre el dinero empleado y el trabajo realizado.
- 2.3. Ante la evidente conducta colusoria para efectuar contratos, la conformidad y el pago de los servicios no prestados, no es necesaria la realización de una pericia a efectos de determinar el perjuicio del Estado, toda vez que ello resulta evidente y muestra el desmedro de funciones en la realización del acto colusorio. Por estas razones, corresponde ratificar la sentencia recurrida e imponer al accionante el pago de las costas procesales por interposición del recurso sin éxito, conforme lo estipula el inciso 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación por vulneración a la garantía de motivación, promovido por José Severo Camacho Galván contra la sentencia emitida el treinta de octubre de dos mil diecisiete por los señores jueces que integraron la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Huancayo, que confirmó la sentencia de primera instancia que lo declaró como autor de la comisión del delito contra la administración pública-colusión, en perjuicio del Estado-EPS Mantaro S. A.; en consecuencia, le impuso la pena de siete años de privación de libertad e inhabilitación por el periodo de tres años; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista antes mencionada.
- II. CONDENARON** al encausado recurrente al pago de costas por la desestimación del recurso de casación.
- III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas en esta sede Suprema, y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte. Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por licencia del señor juez supremo Figueroa Navarro.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO / PRÍNCIPE TRUJILLO / CASTAÑEDA ESPINOZA / SEQUEI-
ROS VARGAS / CHÁVEZ MELLA

COLUSIÓN (ART. 384 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA PENAL PERMANENTE****CAS. N.º 1626-2018****SAN MARTÍN****SENTENCIA DE CASACIÓN**

Lima, diecinueve de agosto del dos mil veinte

VISTOS: en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación interpuesto por el sentenciado José Gerardo Garrido Garrido contra la sentencia de vista del veinticinco de septiembre del dos mil dieciocho sentencia del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho en el extremo que lo condenó por la comisión del delito contra la administración pública-colusión, en agravio del Estado, y revocando el extremo que le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, lo reformó y le impuso cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad. Se comprendió al sentenciado en la condición de instigador; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo FIGUEROA NAVARRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO**I. Itinerario del proceso en etapa intermedia**

Primero. La Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima formuló requerimiento de acusación fiscal (foja 51), integrado y aclarado por los requerimientos respectivos (fojas 288, 291, 351, 380 y 423), en contra de José Gerardo Garrido Garrido (entre otros coprocesados), como autor de los delitos contra la administración pública en las modalidades de peculado y colusión (previstos y penados en los artículos 384 y 387 del Código Penal), en agravio del Estado. En este orden de ideas, las imputaciones se refieren a lo siguiente:

- 1.1. Peculado.** Apropiación de la suma de S/ 169 947.48 (ciento sesenta y nueve mil novecientos cuarenta y siete soles con cuarenta y ocho céntimos) de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú (EOFAP)¹.

1 Delito por el que fue absuelto por sentencia del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho

- 1.2. **Colusión.** Irregular adquisición de equipos de la empresa Comercial Luz para la implementación de la orquesta Operación Bondad, por la suma de S/ 75 981.80 (setenta y cinco mil novecientos ochenta y un soles con ochenta céntimos).
- 1.3. **Colusión.** Irregular adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa inversiones Joval S. R. L., por la suma de S/ 274 082.16 (doscientos setenta y cuatro mil ochenta y dos soles con dieciséis céntimos).

Así, solicitó quince años de pena privativa de libertad e inhabilitación por dos años, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal. Es de precisar que en la audiencia de control de acusación del dieciséis de noviembre del dos mil quince (foja 357) se determinó la vigencia de la acusación fiscal contra José Gerardo Garrido Garrido, por los delitos de peculado y colusión. En tanto que en el auto de enjuiciamiento del veintidós de febrero del dos mil diecisiete (foja 550) se atribuyó al acusado la comisión en concurso real homogéneo, en calidad de autor, de los delitos de peculado doloso y colusión (previstos en los artículos 384 y 387, primer párrafo, del Código Penal, conforme al texto de los tipos penales vigentes al tiempo de los hechos), en agravio del Estado.

Segundo. Itinerario en primera instancia

- 2.1. Mediante auto de citación a juicio oral contenido en la Resolución número 1, del doce de mayo del dos mil diecisiete (foja 572), se citó al encausado a la audiencia de juzgamiento, que se instaló el doce de octubre del dos mil diecisiete, en que se continuó con las diligencias correspondientes, y la sesión de audiencia de lectura de sentencia se llevó a cabo el treinta y uno de enero del dos mil dieciocho.
- 2.2. Mediante la sentencia de primera instancia (Resolución número 09) del treinta y uno de enero del dos mil dieciocho (foja 747), el Primer Juzgado Unipersonal de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima absolvió a José Gerardo Garrido Garrido como autor del delito de peculado y lo condenó, como autor del delito de colusión, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años, sujeta al cumplimiento de reglas de conducta, e inhabilitación por un año y cuatro meses (conforme al inciso 2 del artículo 36 del Código Penal), así como al pago de S/ 40 000 (cuarenta mil soles) a favor de la parte agraviada.
- 2.3. La sentencia fue apelada por el Ministerio Público (foja 806) respecto al *quantum* de la pena impuesta al sentenciado Garrido Garrido; por el actor civil (foja 815),

(foja 747), la cual se encuentra consentida por Resolución número 10 del nueve de febrero del dos mil dieciocho (foja 844); no fue objeto de recurso alguno.

sobre el monto de la reparación civil, y por el sentenciado Garrido Garrido (foja 822), sobre la condena impuesta.

Tercero. Itinerario en segunda instancia

- 3.1. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, cumplido el traslado de la apelación, convocó a audiencia de apelación de sentencia, por resolución del once de abril del dos mil dieciocho, que se inició el seis de julio del dos mil dieciocho y se extendió en las sesiones cuyos términos obran en las correspondientes actas que obran en autos (fojas 872, 877, 886, 892, 901, 907, 971 y 973).
- 3.2. La referida Primera Sala Penal de Apelaciones emitió la sentencia de vista del veinticinco de septiembre del dos mil dieciocho (foja 982), que confirmó la sentencia de primera instancia del treinta y uno de enero del dos mil dieciocho, en el extremo que condenó a José Gerardo Garrido Garrido, por la comisión del delito contra la administración pública, colusión, en agravio del Estado, y revocó la misma sentencia en los extremos del título de imputación como autor y la pena de cuatro años de privación de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, sujeta al cumplimiento de reglas de conducta, y reformándola estableció como título de imputación el de instigador y le impuso la pena de cuatro años y ocho meses de privación de libertad; con lo demás que contiene.
- 3.3. Notificada la sentencia de vista emitida por la Sala Superior, el sentenciado José Gerardo Garrido Garrido interpuso recurso de casación (foja 1047) contra la sentencia de vista, el cual fue concedido mediante Resolución número 13 (foja 1069), del diecisiete de octubre del dos mil dieciocho.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1. Elevado el expediente a esta Sala Suprema, se corrió traslado a las partes y se señaló fecha para calificación del recurso de casación, mediante decreto del veinte de noviembre del dos mil dieciocho (foja 84 del cuadernillo de casación). Así, mediante auto de calificación del veintiséis de abril del dos mil diecinueve (foja 102 del cuadernillo de casación), se declaró inadmisibile el recurso de casación por las causales 3 y 4, y bien concedido por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal, de acuerdo con lo señalado en el quinto considerando de la presente sentencia.
- 4.2. Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación (fojas 91, 92 y 93 del cuadernillo de casación), mediante resolución del veinte de julio del dos mil veinte, se señaló

el cinco de agosto del dos mil veinte como fecha para la audiencia de casación, que se realizó mediante el aplicativo Google Hangouts Meet con la presencia del representante del Ministerio Público y la defensa del recurrente. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura se fijó en el día de la fecha, con las partes que asistan, en concordancia con lo estipulado en el artículo 431, inciso 4, del Código Procesal Penal, el diecinueve de agosto del dos mil veinte.

Quinto. Motivo casacional

Como se establece en el fundamento jurídico décimo del auto de calificación del recurso de casación y de acuerdo con su parte resolutive, se admitió el recurso de casación por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal, esto es, por inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa, así como por la inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad. Se trata de un delito cuya pena abstracta mínima no supera el límite de la casación ordinaria y plantea una casación excepcional, por lo cual postuló los siguientes temas para desarrollo de doctrina jurisprudencial:

1. Si la intervención del funcionario o servidor público, como instigador en ejecución del acto de concertación y, por ende, la consumación del tipo penal de colusión cumple con los requisitos de tipicidad de este delito [sic].
2. ¿Puede la sentencia de vista cambiar la imputación fiscal de autor del delito de colusión a instigador, a pesar de que en la primera instancia se le condenó como autor del delito de colusión [sic]?

II. Agravios expresados en el recurso de casación

Sexto. Los fundamentos planteados por el recurrente José Gerardo Garrido Garrido en su recurso de casación (foja 601), vinculados a las causales por las que fue declarado bien concedido, se refieren a:

- 6.1. La identificación de la participación de los funcionarios o servidores públicos en el acto de concertación resulta ser una circunstancia fundamental frente a la imputación individual de las conductas, mientras que el delito de colusión se configura con el acto de concertación y la conducta del funcionario es a título de autor.
- 6.2. El Colegiado reconoció que no hay prueba material ni documental que acredite la participación del recurrente como autor del delito de colusión que le

imputó el Ministerio Público; además, no fundamentó cuáles fueron los actos de instigación que supuestamente realizó.

- 6.3. Se inobservó la garantía constitucional del principio de legalidad (errónea aplicación de la ley penal: artículos 24 y 384 del Código Penal), en razón de que se condenó al recurrente por el delito de colusión a título de instigador, pero no se fundamentaron dichos actos, lo que revela la atipicidad de su conducta en la comisión del referido delito.
- 6.4. Se inobservó la norma legal de carácter procesal sancionada con nulidad —prevista en el artículo 397 del Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario número 04-2007/CJ-116— porque el Colegiado de la Sala Penal de Apelaciones cambió, sin motivo, la condición jurídica del ex director de la EOFAP, de autor del delito de colusión a partícipe como instigador. Así, se infringieron los derechos de defensa, de contradicción e información de la acusación y los principios de congruencia e imputación necesaria.

III Hechos materia de imputación

Séptimo. De acuerdo con los hechos referidos al delito de colusión (en razón de que el cargo imputado por el delito de peculado no es objeto del recurso de casación), se imputa al procesado José Garrido Garrido, en su calidad de director de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú, los siguientes hechos.

1. Irregular adquisición de Equipos de la empresa “Comercial Luz”, para la implementación de la orquesta “Operación Bondad”, por la suma de S/ 75 981.80 (setenta y cinco mil novecientos ochenta y un soles con ochenta céntimos) [sic].
2. Irregular adquisición de Equipos de Cómputo y Accesorios a la empresa “Inversiones Joval S. R. L.” (Por la suma de S/ 274 082.16 (doscientos setenta y cuatro mil ochenta y dos soles con dieciséis céntimos) [sic].

7.1. Circunstancias precedentes

7.1.1. Entre los años 2000 y 2001, el recurrente mayor general FAP José Eduardo Garrido Garrido ostentaba el cargo de director de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú, EOFAP, y tenía entre SUS funciones: “Ejercer el mando y la administración de la EOFAP y administrar mancomunadamente con el jefe del departamento de Economía y Finanzas los fondos asignados a la Escuela”. En el mismo periodo, la Jefatura del Departamento de Economía y Finanzas de la EOFAP estaba a cargo del comandante FAP Oscar Raúl García Valderrama (sentenciado), según el MOF de la EOFAP vigente 1997-2000. La EOFAP tenía asignado como presupuesto para el Periodo Fiscal 2000, la suma ascendente a S/ 3 380 877 (tres millones trescientos ochenta mil ochocientos setenta y siete soles).

7.1.2. Según Ordenanza FAP número 14-23 del tres de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por Resolución número 0108-CGFAP de la Comandancia General de la FAP, se estableció la organización de la Junta de Régimen Administrativo [en adelante JURA]; en el año 2000, esta Junta estaba conformada por: a) el coronel FAP Juan Zúñiga Campodónico (presidente), b) el comandante FAP Oscar García Valderrama (primer vocal), c) el mayor FAP Jorge Ruiz Díaz (segundo vocal) y d) el capitán FAP Carlos Bringas Maraví (secretario). Entre las funciones que tenía la JURA, estaba: “Recomendar la buena pro luego de analizar las propuestas, recomendar la nulidad del proceso de adjudicación directa, de adquisición y/o contrato y solicitar las sanciones para los proveedores que hubieran incurrido en infracciones”.

7.2. Circunstancias concomitantes

7.2.1. Respecto de la irregular adquisición de equipos de la empresa Comercial Luz, para la implementación de la orquesta Operación Bondad

En el mes de junio del dos mil, en el proceso de adquisición de equipos de sonido para implementar la orquesta Operación Bondad, por un monto de S/ 75 981.80 (setenta y cinco mil novecientos ochenta y un soles con ochenta céntimos), se habrían presentado irregularidades para favorecer a la empresa ganadora de la buena pro; así, se habría producido una concertación delictiva en perjuicio al Estado, al emitirse 4 facturas por el servicio sin: 1) haberse observado las normas que regulan la adquisición de bienes, tales como: a) las órdenes de compra no tienen como respaldo las cotizaciones realizadas a las empresas que supuestamente participaron en la convocatoria y b) la empresa Comercial Luz, de Richard Morón Ponciano, es un negocio unipersonal dedicado a la comercialización de bienes y servicios generales; 2) las cotizaciones se solicitaron a proveedores cuyos giros no corresponden al rubro de los bienes requeridos; asimismo, 3) las fechas de las órdenes de compra y las fechas de facturación de Comercial Luz fueron emitidas el mismo día, evidenciando un proceso irregular, y 4) según las guías de remisión del proveedor y las pegas por la recepción y entrega, la entrega de lo adquirido se habría efectuado en su totalidad; sin embargo, según órdenes del día y en el inventario físico efectuado, solo figuran parte de los bienes adquiridos.

De otro lado, no existe evidencia documentaria que informe que los integrantes de la JURA evaluarán las cotizaciones, toda vez que las órdenes de compra ya estaban generadas a favor de la empresa Comercial Luz. En el texto de las actas de la JURA se hace mención a las órdenes de compra, a fin de simular un proceso transparente para viabilizar la emisión de los cheques, pero entre las fechas de emisión de los facsímiles, las fechas de las actas de la JURA y las fechas de las órdenes de compra se evidencia un proceso irregular.

7.2.2. Respecto de la irregular adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Jovai S. R. L.

En el año 2000 se habrían adquirido equipos de cómputo y accesorios mediante compras irregulares, producto de una concertación defraudatoria realizada entre el recurrente José Garrido Garrido y sus coprocesados Oscar García Valderrama, Jorge Ruiz Díaz, Carlos Bringas Maravi y Jesús Jiménez Hernández (representante legal de Inversiones Jovai S. R. L.); entre las normas que regulan la adquisición de bienes se observa que: 1) se habría realizado a precios superiores a los del mercado local (sobrevaloración de precios); 2) se emitieron facturas del proveedor en forma forzada, para que coincidan con los montos pagados según comprobantes de pago; 3) se emitieron facturas por parte de la proveedora Inversiones Jovai S. R. L., en las que las fechas son anteriores a las que se consignan en las órdenes de compra y/o prestación de servicios; 4) el proceso de adquisición se habría realizado entre empresas cuyo giro comercial no era la venta de equipos de cómputo, con la finalidad de favorecer a la empresa ganadora de la buena pro, y 5) los cheques que se emitieron en algunos casos, se giraron a la orden del Banco de Comercio, pese a que las adquisiciones se efectuaron a Inversiones Jovai S. R. L.

Del mismo modo, no existen documentos que evidencien que los integrantes de la JURA evaluaran las cotizaciones, de lo que se desprende que los integrantes de la JURA ya tenían conocimiento de las órdenes de compra emitidas a favor de la indicada empresa, que simulaban un proceso de evaluación de cotizaciones y viabilizaron la emisión de cheques a nombre al representante de la empresa inversiones Jovai S. R. L., por lo que dejaron constancia de la supuesta evaluación en las actas, en las que también se dejó constancia de la existencia de orden de compra o de servicio, con fecha posterior o contemporánea a las actas de la JURA.

7.3. Circunstancias posteriores

7.3.1. Respecto de la adquisición de equipos musicales de la empresa Comercial Luz, para la implementación de la orquesta Operación Bondad

Una vez que el jefe de Almacén, Roberto Mendoza Rojas, recibió los originales de las órdenes de compra, por parte del Departamento de Economía y Finanzas, le informó al jefe de Abastecimiento, Jorge Ruiz Díaz, que dichos materiales no habían ingresado por el almacén del área de Abastos; por lo que este ordenó que se verifique si los equipos estaban conformes a la documentación correspondiente, luego de revisar se verificó que los equipos estaban conformes en cantidad, pero no en su estado de nuevo, pues se trataba de material usado.

7.3.2. Respecto de la adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Jovai S. R. L.

En el año 2003, el técnico inspector FAP Luis Munayco Gonzales informó al presidente de una comisión *ad hoc*, que la adquisición de los equipos de cómputo y accesorios realizada en el año 2000 a la empresa Inversiones Joval S. R. L. fue irregular, debido a que las transacciones comerciales con dicha compañía las realizaron directamente los jefes de los departamentos de Finanzas e Informática del año 2000; no se tramitaron por el departamento de Abastecimiento, cuyo jefe era el mayor FAP Jorge Ruiz Díaz y fueron las divisiones de Adquisiciones y Almacén las que regularizaron dichas adquisiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

IV. Motivación de resoluciones judiciales

Octavo. La debida motivación de las resoluciones judiciales es la garantía que tiene el justiciable frente a una eventual arbitrariedad judicial. El debido proceso implica que las decisiones judiciales estén justificadas externa e internamente de manera suficiente, esto es, que lo que se decida como consecuencia del proceso esté sustentado en razones coherentes, objetivas y acabadas, explicitadas en la resolución. Esta garantía se encuentra expresamente reconocida en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, según el cual es principio de la función jurisdiccional: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. Queda claro, entonces, que la motivación de las resoluciones judiciales: **a)** se aplica a todos los casos en que se deciden cuestiones de fondo, **b)** es un mandato dirigido a todos los jueces de las diversas instancias, **c)** implica la obligatoriedad de fundamentar jurídica (fundamentos de derecho) y tácticamente (fundamentos de hecho) la decisión y **d)** la motivación de decisiones judiciales de fondo debe hacerse por escrito².

Noveno. La determinación de la voluntad delictiva en la instigación

9.1. Conforme al uso común del lenguaje, instigar significa inducir a alguien a una acción, generalmente considerada como negativa³. En sentido técnico, se señala en el artículo 24 del Código Penal que instigador es: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible [...]”. Así descrita, la instigación es una conducta eminentemente activa que implica hacer surgir en el autor la decisión, la resolución de realizar un delito doloso concreto. Por ello, no es admisible hablar de una instigación culposa a un delito doloso o culposo⁴.

2 Casación N.º 1382-2018 Tumbes, Lima: 10 de abril del 2019, fundamento jurídico octavo.

3 Diccionario de la Real Academia Española

4 VILLAVICENCIO TERRONES, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª reimp., Lima: Grijley,

- 9.2. En efecto, inducir es determinar a otro a la realización del hecho punible. El que induce hace nacer en otro una voluntad delictiva de la que carecía. La incitación llevada a cabo sobre quien, de todos modos, se hallaba resuelto a cometer el delito (omnímodo facturas) no es instigación⁵. El desvalor de acción del instigador se evidencia en la creación de una voluntad delictiva en el tercero, no en la ratificación de una voluntad delictiva preexistente.
- 9.3. En general, la configuración de la instigación como forma de participación distinta a la autoría, en cualquiera de sus modalidades, se rige por sus propios elementos; esto es:
- 9.3.1. *Un elemento objetivo*, consistente en la causación objetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de generarle la decisión, de realizar un tipo doloso de autoría. El instigador debe haber aumentado el riesgo al bien jurídico protegido, generando en el instigado la voluntad criminal de realizar el hecho punible. No existe tal aumento del riesgo, si ya determinación delictiva ya existía en el realizador de la conducta descrita en el tipo penal. El tipo objetivo de la inducción puede descomponerse en las dos partes: la causación de la resolución criminal y la realización del tipo de autoría.
- 9.3.2. *Un elemento subjetivo*, que el influjo generador de la voluntad delictiva sea de carácter doloso. La inducción implica necesariamente que el instigador tenga plena conciencia del hecho en el cual participa, tiene que ser necesariamente dolosa.
- Por eso, no puede haber una inducción a un hecho culposo, pues si quien ha concebido el hecho es el inductor, frente a un autor culposo que no tiene un dominio de lo que realiza, será el inductor el que tiene el dominio del hecho y, por tanto, será autor mediato⁶. Pero en este caso, la fundamentación de la autoría —mediata— no se rige por los elementos típicos de la instigación sino del tipo penal que realiza a través del intermediario material.
- 9.4. En este sentido, la Corte Suprema ha establecido que: **a)** la acción del instigador debe hacer surgir la resolución delictiva del autor principal —provoca en el autoría resolución delictiva: la causación de la conducta delictiva debe ser imputable objetivamente al inductor o instigador—; y, **b)** que esa conducta debe

2017, p. 513.

5 COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomas Salvado VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 686.

6 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Ara, 2004, p. 1086.

estar dirigida tanto a un hecho determinado como a un autor determinado; en este último elemento objetivo se exige que el círculo de personas al que se dirige la acción del inductor debe ser individualizable, debe dirigirse a personas concretas⁷.

Décimo. Alcances de la concertación en el delito de colusión

- 10.1. El delito de colusión consiste en la concertación de un funcionario o servidor público (que intervenga por razón de su cargo o comisión especial), en el contexto de un proceso de adquisición o contratación de bienes o servicios, con un particular participante en su desarrollo. El carácter fraudulento del acuerdo reside en la “privatización” de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe representar y cautelar los intereses de la administración pública y no, por el contrario, beneficiar ilícitamente a los particulares; en ese sentido, el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la “concertación”.
- 10.2. En sentido amplio, concertar significa pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio⁸. A su vez, el pactar implica acordar algo entre dos o más personas o entidades obligándose mutuamente a su observancia⁹. En su sentido típico el concierto o pacto es de naturaleza ilegal, pues está destinado a defraudar los intereses patrimoniales del Estado en un proceso de adquisición y contratación públicas. De allí que resulte una tautología hablar de “colusión o concertación” llegar para referirse a este delito, pues la esencia del acuerdo tiene siempre esta connotación negativa.
- 10.3. La concertación, de acuerdo con su contenido semántico, implica siempre un acuerdo sobre algo, entre dos o más personas. Para su configuración requiere de bilateralidad, entre el o los funcionarios o servidores públicos, con poder funcional en el proceso de contratación, y el o los particulares interesado[s] favorecidos por aquel[los]. Esta bilateralidad no significa que el pacto o la concertación requiera para su conformación que todos los participantes de una parte tomen contacto directo con su contraparte. La concertación con el o los interesado[s] puede efectivizarse indirectamente a través de cualquiera de los otros funcionarios o servidores participantes en el proceso de contratación. Lo relevante para este efecto es que el funcionario o servidor público intervenga directa o indirectamente, por razón del cargo, en cualquier etapa del proceso de

7 Véase la Casación N.º 842-2015 Lambayeque, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del veintiuno de diciembre del 016, fundamento de derecho sexto.

8 Diccionario de la Real Academia Española

9 Diccionario de la Real Academia Española

adquisición de bienes o servicios públicos. Lo decisivo para el involucramiento en la concertación es su conocimiento de la concertación con el particular y su intervención en la concreción del pacto o concertación.

- 10.4.** La intervención de una pluralidad de funcionarios o servidores públicos, con poder funcional, en la concreción del pacto o concierto con el particular interesado supone que cada uno de aquellos responda como autor del delito de colusión. En la medida en que cada uno tiene un deber especial que cumplir en el proceso de adquisición o contratación, su infracción no es susceptible de compartimentarse. En otros términos, en los delitos de infracción de deber no cabe hablar de coautoría. Cada uno responde por la flagrante violación del deber inherente al cargo desempeñado. La infracción de dicho deber es lo que lo convierte en autor¹⁰, de manera acabada y sin que sea admisible la coautoría con otros funcionarios o servidores o particulares, “puesto que es status de los obligados personalísimos no sé comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento”¹¹.

Decimoprimer. Cambio del título de imputación en sentencia de segunda instancia

- 11.1.** El juzgamiento y, por consiguiente, la sentencia se realizan sobre la base de la acusación fiscal (artículo 356 del Código Procesal Penal). Esta correlación genera límites en los alcances de la sentencia, en cuanto al hecho objeto del proceso y la pena postulada (artículo 397, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal). Sin embargo, deja abierta la posibilidad de una variación de la calificación jurídica de los hechos objeto del debate, por parte del órgano jurisdiccional (artículos 374 y 397, inciso 2, del Código Procesal Penal). En este caso, la recalificación jurídica debe cumplir determinados requisitos: **a)** que el órgano jurisdiccional advierta la posibilidad de una calificación jurídica distinta a la planteada por el fiscal en su acusación, **b)** que se realice antes de la culminación del debate probatorio, **c)** que haya advertido a las partes de esta posibilidad, **d)** que las partes se hayan pronunciado al respecto y **e)** que, de ser el caso, se les permita proponer las pruebas que correspondan (en la presentación de las pruebas).
- 11.2.** Ahora bien, la recalificación jurídica durante el debate y/o en la sentencia no solo se limita al ámbito del juicio de tipicidad del hecho imputado, entre tipos

10 Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116, del 12 de junio del 2017, fundamento jurídico octavo.

11 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 202.

penales en sentido estricto. La recalificación jurídica puede abarcar igualmente la modificación del título de imputación, en particular: a) de autor a partícipe b) de partícipe a autor y c) de una modalidad de participación a otra. Por las particularidades en la configuración táctica de la autoría y la participación es posible que la recalificación jurídica planteada implique en la práctica una mutación del hecho, con las restricciones y exigencias que esto significa. Como fuera, en la modificación de la calificación jurídica, en cualquiera de sus formas, en segunda instancia se debe cumplir los requisitos señalados en el acápite precedente y debe hacerse dentro del ámbito de las pretensiones impugnatorias (causa de pedir).

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimosegundo. En el caso analizado, en primera instancia, el Juzgado Unipersonal estableció la materialidad del delito de colusión, así como la responsabilidad penal del sentenciado José Gerardo Garrido Garrido respecto de los cargos imputados. En este sentido y dentro del ámbito de lo que es la finalidad de la casación, este Supremo Tribunal advierte que el juzgador motivó suficiente y coherentemente, el objeto del proceso con relación al recurrente; llegó a tales conclusiones con una valoración válida y pertinente, evaluando suficientes elementos de prueba de naturaleza personal como documental; que demostraron que: **a)** el sentenciado, en su condición de director de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú en el año 2000, ostentaba el cargo de mayor jerarquía que le permitía administrar mancomunadamente con el jefe de departamento de Economía y Finanzas los fondos asignados a la Escuela, lo que le daba injerencia en las contrataciones tanto a nivel de la JURA, como a nivel de adquisiciones de menor cuantía; **b)** se fundamentó que el sentenciado intervino para orientar la adquisición de equipos de música y de cómputo habiendo concertado previamente con sus coprocesados —también sentenciados— Oscar García Valderrama, Jorge Alberto Ruiz Díaz, para favorecer a las empresas Comercial Luz e Inversiones Jovai, representadas por los también sentenciados Richard Morón Ponciano y Jesús Jiménez Hernández; **c)** se defraudó los intereses del Estado, concretizados tanto en los pagos realizados por equipos musicales de segunda que se cotizaron cual si fueran equipos nuevos como por equipos de cómputo, cuando no se pudo obtener una mejor oferta entre los proveedores de estos bienes, que hubiera posibilitado una mejora en la transacción; tales adquisiciones irregulares ingresaron al patrimonio de Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú de modo igualmente irregular, sin que se pueda determinar las condiciones óptimas en que lo hicieron, y **d)** las compras realizadas se regularizaron documentalmente después de su realización, entre otras irregularidades explicadas acabadamente en la sentencia de primera instancia. Esta decisión fue objeto de impugnación por el sentenciado, respecto de la declaración

de responsabilidad, y por el Ministerio Público, con relación a la pena impuesta al recurrente.

Decimotercero. Sin embargo, al resolver las apelaciones planteadas, el Colegiado Superior varió el título de imputación del sentenciado —de autor a instigador del delito de colusión—, aumentó la pena impuesta de cuatro años suspendida en su ejecución y reformándola le impuso cuatro años con ocho meses. Al respecto, la Sala de Apelaciones sostuvo lo siguiente:

13.1 Respecto a la adquisición de equipos musicales de la empresa Comercial Luz, tanto de lo actuado en la audiencia de apelación como de lo valorado en la recurrida se evidencia la concertación colusoria entre los sentenciados García Valderrama, Ruiz Díaz y Morón Ponciano (*extraneus*). Advierte también que el procesado Garrido Garrido tenía conocimiento de la adquisición de equipos de música de propiedad de García Valderrama, pero afirma que no existe prueba personal ni documental que acredite su participación como autor de la colusión imputada y concluye que su participación delictiva no fue en condición de autor, sino como instigador, al haber determinado dolosamente a Ruiz Díaz a la comisión del hecho punible, para que participe en la adquisición de los equipos de música mencionados con el fin de favorecer a García Valderrama, toda vez que lo estaba apoyando en su gestión. Al afirmar el conocimiento de la concertación de sus subordinados y negar su participación en la colusión con el proveedor, la Sala de Apelación asume un concepto restringido de la configuración de la concertación.

13.2. Respecto a la adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Jovai S. R. L., de lo actuado en juicio oral y en la audiencia de apelación, así como de los testimonios recibidos y valorados en primera instancia, más los documentos leídos en juicio oral, se tiene que el proceso de adquisición de los equipos de cómputo y accesorios se produjo a iniciativa del sentenciado Garrido Garrido, conforme ha reconocido, y también a instancia suya se reprogramaron las metas para proceder a la adquisición de los equipos de cómputo cuestionados. El representante de Inversiones Jovai S. R. L. llegó por recomendación de la ingeniero teniente Mendoza, quien hizo el requerimiento y recabó las cotizaciones; por su parte, el testigo impropio García Valderrama (jefe del departamento de economía y Finanzas) declaró que Garrido le indicó que debían darle prioridad a este asunto. En tal sentido, los bienes se adquirieron sin cumplir el procedimiento que correspondía, de conformidad con las normas aplicables, tal como se indica en el informe número 026-2001 Examen Especial a la EOFAP al treinta y uno de diciembre del dos mil, y el Informe Pericial número 34-2013, efectuado por Inspectoría General

de la FAP; además, los equipos estaban sobrevaluados e, incluso, no consta si dichos equipos ingresaron o no, conforme a lo declarado por el encargado del Almacén General. Adicionalmente, el sentenciado García Valderrama refirió que Garrido Garrido le indicó que firme las actas de la JURA, lo que confirma la participación dolosa de este encausado en los hechos de autos, pero no en la condición de autor sino en calidad de instigador.

Decimocuarto. En ambos supuestos, la posición del Colegiado Superior, de variar el título de imputación del procesado de autor a instigador, resulta errada, porque el argumento de determinación de la conducta que habría efectuado el recurrente Garrido Garrido, como instigador, a los sentenciados García Valderrama y Ruiz Díaz, como supuestos instigados, no se configura, en razón de que estos últimos no son ajenos a las conductas colusorias imputadas; en primer lugar, porque el recurrente Garrido Garrido, de acuerdo con lo fundamentado in extenso en la sentencia de primera instancia, si observó una conducta colusoria en la adquisición irregular de los equipos musicales para favorecer intencionalmente al sentenciado García Valderrama y evidenció, como se explica en la sentencia primigenia, su interés de adquirir equipos de cómputo soslayando los procedimientos que lo regulan y sobrevalorando precios, con intervención de entidades que no proveían los bienes requeridos, como inversiones Jovai S. R. L. En segundo lugar, los sentenciados Oscar Raúl García Valderrama y Jorge Alberto Ruiz Díaz no eran personas que desconocían los actos colusorios, sino que por el contrario, de acuerdo con la justificación de la sentencia de primera instancia, tenían interés y participación activa a título de autores en los acuerdos colusorios imputados, al punto que reconocieron su responsabilidad penal en la sentencia conformada.

Decimoquinto. Por el contrario, en la sentencia de vista no se explica acabadamente que el recurrente haya determinado psíquicamente a los sentenciados Oscar Raúl García Valderrama y Jorge Alberto Ruiz Díaz a realizar la concertación con los *extranei*, máxime si de la propia narración de la sentencia de primera instancia se tiene que el primero ya tenía una voluntad colusoria formada (numeral 24, foja 757), en efecto, recogiendo el testimonio verificado en la audiencia de diez de noviembre del dos mil diecisiete (foja 641), señala respecto a la adquisición de los equipos de música a la empresa La Luz, que aproximadamente en el mes de marzo se acercó el comandante García Valderrama, quien le indicó que tenía unos equipos de música que quería vender, y que el general Garrido ya tenía conocimiento; por lo que se acercó a la oficina de este, y le dijo que sí, que tenía que apoyarlo a García, ya que lo estaba apoyando en su gestión, y agregó que el general Garrido le dijo que compre los equipos de música; así, en el mes de abril, lo llamó García Valderrama y le dijo que le ordenaba que se acerque a la escuela para firmar unos documentos, entonces le entregó dos expedientes uno de equipo de música y otro de equipos de cómputo,

los cuales contenían cotizaciones, cuadros comparativos, acta de la JURA y orden de compra, y que por orden firmó los expedientes; que nunca se reunieron para ver esos dos casos, que Abastecimientos debió haber entregado y convocado a la reunión, y que no se siguió el procedimiento para estas dos adquisiciones. Igualmente, en la sentencia se indica: que en casi todos los cheques que le giraba el sentenciado García Valderrama ya las compras estaban realizadas, que se reunió con el señor Morón Ponciano (representante de la empresa La Luz) para que pueda darle la lista de bienes sobre los que debería hacer sus proformas, que no obtuvo ningún beneficio por la compra de los equipos de música, que los cheques y memorándums tenían un monto y estaban firmados tanto por Garrido Garrido (director de la escuela) como por García Valderrama y que todos estos cheques eran irregulares.

Decimosexto. Como se indicó precedentemente, no existe impedimento normativo que restrinja la posibilidad de variar el título de imputación indicado en la acusación fiscal, pero esta modificación de la calificación jurídica debe realizarse de acuerdo con los límites procesales establecidos. En el presente caso, la modificación de la calificación jurídica de autor a instigador fue errada, pero esto no implica un vicio procesal de tal entidad que acarree la nulidad de la sentencia de vista, ya que los hechos fijados y la prueba que sustentan la imputación fiscal no fueron afectados. Así, la mayor pena impuesta al recurrente Garrido Garrido quedó habilitada por la impugnación en este extremo por parte del representante del Ministerio Público, por lo que no importa una reforma en peor.

Decimoséptimo. Advertido el error jurídico de la Sala Penal de Apelaciones y en tanto estas no influyan en la parte dispositiva y no causan nulidad, se procede a corregir el fundamento 9.3.b, último párrafo, de la sentencia de vista del veinticinco de septiembre del dos mil dieciocho, y por comisión del delito contra la administración pública-colusión, en agravio del estado.

DECISIÓN

[...]

2. **REVOCARON** la misma sentencia el extremo que le impone al referido sentenciado cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, sujeta al cumplimiento de reglas de conducta; y **REFORMÁNDOLA** le impusieron cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad [...].
3. **IMPUSIERON** al recurrente Garrido Garrido el pago de las costas del recurso, al haberse desestimado su pretensión impugnatoria.

4. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas y se publique en la página web del Poder Judicial.
5. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Suprema Corte. Hágase saber,

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO / **FIGUEROA NAVARRO** / CASTAÑEDA ESPINOZA / SEQUE-
ROS VARGAS / COAGÜILA CHÁVEZ

PECULADO (ART. 387 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA PENAL ESPECIAL****AV. N.º 08 - 2008**

Lima, once de febrero del dos mil once.

VISTA; en audiencia oral y pública, el juzgamiento incoado contra José Oriol Anaya Oropeza por delitos: i) contra la Administración de justicia - falsa declaración en procedimiento administrativo, en agravio del Estado; ii) contra la fe pública - falsificación de documentos en agravio del Estado y de la empresa "Ida Service" S.A.C. y, iii) contra la Administración pública - peculado, en agravio del Estado.

PARTE PRIMERA**ANTECEDENTES****CAPÍTULO I****ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO****I. Sede parlamentaria**

1. Mediante Resolución número cero cero tres guión dos mil ocho guión dos mil nueve guión P/CR, de fojas quince, el presidente del Congreso de la República, señor Javier Velásquez Quesquén, autorizó al procurador público encargado de los asuntos judiciales del Poder Legislativo para que en representación del Congreso de la República formule ante la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales la denuncia constitucional respectiva contra el congresista de la República José Oriol Anaya Oropeza.

2. En base a ello, el acusado José Oriol Anaya Oropeza fue objeto de la denuncia constitucional de fojas uno, del quince de agosto del dos mil ocho, formulada por el procurador público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo, por la comisión de los delitos contra la administración de justicia —falsa declaración en procedimiento administrativo, contra la fe pública— falsificación de documentos y contra la administración pública - peculado, en agravio del Estado. Esta denuncia constitucional dio inicio al procedimiento parlamentario y para ello el informe de calificación de denuncia constitucional número ciento trece de fojas cuarenta y cinco, la declaró procedente.

3. Del informe de calificación de la citada denuncia constitucional se desprende que se solicitó a la Comisión Permanente del Congreso de la República el plazo reglamentario para realizar las investigaciones pertinentes. El documento fue suscrito por los miembros de la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, los señores Martha Moyano Delgado, Carlos Bruce Montes de Oca, Luis Galarreta Velarde, Cayo Galindo Sandoval y José Carrasco Távara.

4. La Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República aprobó el informe final de fojas doscientos tres el mismo que concluyó acusar constitucionalmente al señor José Oriol Anaya Oropeza, congresista de la República, por existir indicios razonables que permiten evidenciar la comisión de los delitos contra la administración de justicia - falsa declaración en proceso administrativo, contra la fe pública - falsificación de documentos y contra la administración pública - peculado, delitos tipificados en los artículos cuatrocientos once, cuatrocientos veintisiete y trescientos ochenta y siete del Código Penal, respectivamente.

5. El Congreso de la República, con fecha veinticinco de septiembre del dos mil ocho, declaró haber lugar a la formación de la causa y dispuso suspender al congresista denunciado. Finalmente, el presidente del Congreso de la República remitió a la señora fiscal de la Nación, el expediente de acusación originada por la denuncia constitucional número ciento trece y la Resolución Legislativa del Congreso de la República signada con el número cero cero uno guión dos mil ocho guión CR.

II. Sede fiscal

1. La citada resolución legislativa del Congreso de la República, conforme a la exigencia contenida en el artículo cien de la Constitución Política del Perú, mereció la denuncia formalizada de la señora fiscal de la Nación de fojas doscientos setenta y siete, del once de noviembre del dos mil ocho; en ella se presentaron cargos contra José Oriol Anaya Oropeza por los delitos contra la Administración de justicia - falsa declaración en procedimiento administrativo, contra la fe pública - falsificación de documentos y contra la administración pública peculado en agravio del Estado, para cuyo efecto se invocó los artículos cuatrocientos once, cuatrocientos veintisiete y trescientos ochenta y siete del Código Penal.

2. Para formalizar la citada denuncia fiscal se invocó como sustento legal el artículo cien de la Constitución Política del Perú, el artículo ochenta y nueve del Reglamento del Congreso de la República en concordancia con el artículo sesenta y seis, inciso dos, de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

3. A fojas ochocientos doce el representante del Ministerio Público amplía su denuncia fiscal para comprender como parte agraviada a "Ida Service" S.A.C. con relación al delito contra la fe pública - falsificación de documentos.

III. Sede jurisdiccional

1. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, luego de recibir la denuncia de la señora fiscal de la Nación, mediante auto de fojas doscientos ochenta y seis, del diecinueve de noviembre del dos mil ocho, remitió los de la materia al señor juez supremo instructor, quien por auto de fojas trescientos dos, del quince de diciembre del dos mil ocho, asumió íntegramente los términos de la denuncia formalizada por la señora fiscal de la Nación, en consecuencia, abrió instrucción contra José Oriol Anaya Oropeza, por los delitos contra la administración de justicia - falsa declaración en procedimiento administrativo, contra la fe pública - falsificación de documentos y contra la administración pública - peculado en agravio el Estado.

2. A fojas ochocientos catorce la Vocalía Suprema de Instrucción amplió el auto apertorio de instrucción para comprender como parte agraviada a “Ida Service” S.A.C. por delito contra la fe pública - falsificación de documentos.

3. Que al respecto es de precisar que a tenor de lo dispuesto en el último párrafo del artículo cien de la Constitución no le es permitido al Ministerio Público y al Poder Judicial modificar o rectificar los alcances de la resolución acusatoria del Congreso, la misma que establece que: términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso”.

4. Seguida la causa con arreglo al proceso que le corresponde y concluida la etapa de investigación judicial, el señor fiscal supremo mediante dictamen de fecha nueve de agosto del dos mil diez, de fojas mil trescientos noventa y tres, formuló acusación contra José Oriol Anaya Oropeza como autor de los delitos contra la administración de justicia - falsa declaración en procedimiento administrativo en agravio del Estado, contra la fe pública - falsificación de documentos en agravio del Estado y de la empresa “Ida Service” S.A.C., y contra la administración pública - peculado, en agravio del Estado, invocando los artículos cuatrocientos once, cuatrocientos veintisiete y trescientos ochenta y siete del Código Penal y, solicitó se le imponga ocho años de pena privativa de la libertad, inhabilitación conforme a los incisos primero y segundo del artículo treinta y seis del cuerpo sustantivo, trescientos sesenta y cinco días - multa a favor del Estado, cincuenta mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado y cinco mil nuevos soles a favor de la empresa “Ida Service” S.A.C., sin perjuicio de proceder a la devolución de lo indebidamente cobrado.

5. Seguidamente la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República dictó el auto de enjuiciamiento de fecha dos de setiembre del dos mil diez, de fojas mil cuatrocientos treinta y nueve, fijándose día y hora para realizarse el juicio oral.

CAPÍTULO II

HECHOS IMPUTADOS Y CARGOS ATRIBUIDOS

I. Actos parlamentarios de imputación

1. El informe final de fojas doscientos tres, el mismo que relata los cargos referidos a la denuncia constitucional número ciento trece, precisa los siguientes elementos tácticos y jurídicos:

- i) Que existen indicios suficientes que acreditan que el congresista José Oriol Anaya Oropeza presentó al Departamento de Tesorería y Contabilidad del Congreso el memorando número cero diecisiete guión dos mil siete guión JOAO/CR a través del cual presentó como medio de prueba del gasto correspondiente al boleto aéreo a Italia, la boleta de venta de la firma “Ida Service” S.A.C., comprobante de pago que ha ido cuestionado durante las investigaciones, presumiéndose su falsedad.
- ii) Que existen indicios razonables que acreditan que el congresista José Oriol Anaya Oropeza habría presentado documentación irregular para efectos de sustentar su rendición de gastos operativos de los meses de abril, mayo y junio del dos mil siete, precisándose que la responsabilidad de la presentación de los documentos sustentatorios de la rendición de cuentas por gastos operativos es una obligación *intuitu personae* y la delegación para gestiones menores y no sustanciales a terceras personas no enerva el grado de responsabilidad del congresista.
- iii) Que el congresista José Oriol Anaya Oropeza no ha dado razones satisfactorias respecto al origen de la boleta de venta del restaurante “Yorlas” por la suma de cuatrocientos veintiocho nuevos soles y de cómo esta llegó a sus manos para ser presentada como anexo de su escrito de descargo, máxime si negó tácitamente conocer el origen de tales comprobantes de pago.

II. Actos de Imputación de la fiscalía

1. La señora fiscal de la Nación en su denuncia formalizada de fojas doscientos setenta y siete sostiene que el encausado José Oriol Anaya Oropeza incurrió en la comisión de los delitos de falsa declaración en procedimiento administrativo, falsificación de documentos y peculado. Los fundamentos de hecho que relata son: i) haber presentado en su rendición de cuentas de gastos operativos por los meses de abril y mayo del año dos mil siete, a la Oficina de Tesorería y Contabilidad del Congreso de la República, boletas de venta presumiblemente adulteradas para su reembolso, por consumos no efectuados en el restaurante “Yorlas” ubicado en el distrito de La Victoria, por sumas ascendentes a trescientos sesenta y nueve nuevos soles, cuatrocientos veintiocho nue-

vos soles y trescientos noventa y siete nuevos soles respectivamente. La propietaria del citado local comercial Laura Lozano Vargas, a través del medio de comunicación que hizo público el hecho “negó haber emitido tales comprobantes por dichos montos, precisando que le resulta inusual percibir tales ingresos por consumos diarios”, razón por la que se presume la falsedad o adulteración de los citados comprobantes de pago y que el denunciado nunca efectuó los consumos por los conceptos que allí se precisan; ii) haber presentado dos boletas de venta —pasajes— por concepto de transporte interprovincial con idénticas fechas, esto es, el primero de junio del dos mil siete, a dos lugares distintos, una emitida por la empresa “Z Buss” con destino a la ciudad de Huaraz, y la otra, por la empresa “Cruz del Norte” con destino a la ciudad de Chimbote, las mismas que presentarían indicios de adulteración o falsedad; y, iii) haber solicitado a la Oficina de Tesorería y Contabilidad de la Dirección General de Administración del Congreso de la República, a través del memorando número cero diecisiete guión dos mil siete guión JOAO/CR, de fecha veintiuno de junio del dos mil siete, un reembolso de dinero por la suma de cuatro mil quinientos setenta y cuatro nuevos soles con noventa céntimos, por concepto de compra de un pasaje aéreo de ida y vuelta a Italia —viaje que se habría efectuado del cuatro al doce de mayo del dos mil siete— adjuntando para tal efecto, una boleta de venta emitida por la empresa “Ida Service S.A.C.”, de fecha cuatro de junio del dos mil siete, sin embargo, el costo del citado boleto aéreo habría sido asumido en su integridad por la Liga Parlamentaria de la Amistad Perú - Europa, con lo que se demostraría que el referido denunciado solicitó la devolución de una suma de dinero que nunca habría gastado. La falsedad o adulteración del documento se presume con las declaraciones de Antonio Suárez —propietario de la citada firma—, quien a través de los medios periodísticos, precisó que “el giro de su negocio es ajeno a la venta de pasajes aéreos, señalando que sus actividades empresariales son la comercialización de inyectables y autopartes, por lo que es factible que su comprobante de pago haya sido clonado”. La señora fiscal de la Nación calificó estos hechos como delitos de falsa declaración en procedimiento administrativo, falsificación de documentos y peculado, previstos y sancionados en los artículos cuatrocientos once, cuatrocientos veintisiete y trescientos ochenta y siete del Código Penal.

2. Agotada la etapa judicial de instrucción, el señor fiscal supremo en su dictamen acusatorio número mil quinientos diez guión dos mil diez, de fojas mil trescientos noventa y tres, precisó lo siguiente:

A. Delito contra la administración de justicia - falsa declaración en procedimiento administrativo: i) en cuanto al cargo formulado al procesado José Oriol Anaya Oropeza de haber solicitado a la Oficina de Tesorería y Contabilidad del Congreso de la República, a través del memorando número cero diecisiete guión dos mil siete

guión JOAO/CR de fecha veintiuno de junio del dos mil siete, un reembolso de dinero por la suma de cuatro mil quinientos setenta y cuatro nuevos soles con noventa céntimos, por concepto de compra de un pasaje aéreo de ida y vuelta a Italia —viaje que se habría efectuado del cuatro al doce de mayo del dos mil siete— adjuntando para tal efecto una boleta de venta emitida por la empresa “Ida Service” S.A.C., de fecha cuatro de junio del dos mil siete, a pesar que el costo del citado boleto aéreo habría sido asumido en su integridad por la Liga Parlamentaria de la Amistad Perú - Europa, se han recabado suficientes elementos probatorios que evidencian la materialidad del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo. Que ello se acredita con el informe de la empresa KLM que prueba que el citado encausado no sufragó con su propio peculio el citado boleto aéreo sino que lo efectuó el Congresista Alvaro Gutiérrez Cueva, mediante transferencia efectuada a la cuenta de la empresa KLM en Citibank, el día veinticinco de abril del dos mil siete, por nueve mil dólares americanos; con la declaración testimonial de Lucía Bravo Roncal quien aseveró que el procesado fue el único congresista que solicitó el reembolso del costo de pasaje de ida y vuelta a Italia, y para ello presentó, primero, copia del pasaje aéreo, que al ser observado por encontrarse deteriorado, obligó a que adjuntara al memorándum número cero diecisiete guión dos mil siete guión JOAO/CR de fecha veintiuno de junio del dos mil siete, la boleta de venta número cero cero uno ocho ocho ocho con el membrete “Ida Service” S.A.C., la misma que resultó falsificada conforme se colige de la declaración del representante legal de la citada empresa al sostener que su empresa no vende pasajes aéreos y no expide boletas; ii) con la finalidad de sustentar sus gastos operativos de los meses de abril y mayo del dos mil siete, presentó ante la Oficina de Tesorería y Contabilidad del Congreso de la República comprobantes de pago con características de haber sido adulterados para su reembolso, por consumos no efectuados en el restaurante “Yorlas” por las sumas de trescientos sesenta y nueve nuevos soles, cuatrocientos veintiocho nuevos soles y trescientos noventa y siete nuevos soles; que trató de negar dicho accionar pese a que en su informe de descargo presentado ante la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales acompañó otra copia de la boleta de venta por la suma de cuatrocientos veintiocho nuevos soles, lo que implica que el citado congresista mantiene en su poder los originales de las tres boletas y que sí las presentó, en su oportunidad, como sustento de sus gastos; y, iii) cuando presentó para su reembolso, dos boletas de venta —pasajes— con signos de adulteración, por concepto de transporte interprovincial con idénticas fechas —primero de junio del dos mil siete—, pero a dos lugares distintos, una emitida por la empresa “Z Buss” con destino a la ciudad de Huaraz, y la otra, por la empresa “Cruz del Norte” con destino a la ciudad de Chimbóte, causando un perjuicio al Estado.

B. Delito contra la fe pública - falsificación de documentos: i) la boleta de venta emitida por la empresa “Ida Service” S.A.C. que fue presentada por el encausado con el

memorando número cero diecisiete guión dos mil siete guión JOAO/CR solicitando el reembolso del precio del boleto aéreo a Italia, la cual resultó falsa, conforme a la declaración de los accionistas y representantes de la citada persona jurídica, quienes no reconocieron como emitido dicho documento, precisando además, que la empresa no vende boletos aéreos, dedicándose al giro de captación de personal, traducciones y otros servicios; documento que estaba destinado a probar un hecho falso y que fue utilizado por el encausado como si fuera legítimo con el evidente perjuicio para el Estado y la empresa “Ida Service” S.A.C. al afectar la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico; ii) respecto a la adulteración y falsedad de los comprobantes de pago por consumos no efectuados en el restaurante “Yorlas” por las sumas de trescientos sesenta y nueve nuevos soles, cuatrocientos veintiocho nuevos soles y trescientos noventa y siete nuevos soles, se tiene los testimonios de Laura Lozano Vargas y su conviviente Próspero Rojas Rodríguez quienes reconocieron las referidas instrumentales sólo en lo que respecta al membrete, logotipo, más no su contenido y que la letra que se consigna no les pertenece; y, iii) en el caso de las dos boletas de venta —pasajes— por concepto de transporte interprovincial con idénticas fechas —primero de junio del dos mil siete—, pero a dos lugares distintos, su procedencia ilícita se establece con los informes remitidos por las empresas “Z Buss” y “Cruz del Norte” en los que comunican que sus representadas no prestan servicios en las rutas Chimbote y Huaraz.

C. Delito contra la **administración pública - peculado**: Al respecto debe tenerse presente el inciso “g” del artículo veintitrés del Reglamento del Congreso; que el procesado ostenta facultades de percepción, administración y custodia al contar con libre disponibilidad y control de gasto de fondos públicos, lo que se refleja cuando en su rendición de cuentas de gastos operativos, por distintos conceptos, presentó comprobantes de pago por consumos que nunca efectuó, lo que evidencia que dichos montos ingresaron a su patrimonio personal como un beneficio económico ilícito.

CAPÍTULO III

PLANTEAMIENTO DE TACHAS Y EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

1. PRIMERA TACHA

i) Mediante recurso de fojas cuatrocientos cuarenta y seis el imputado formuló tacha contra los testigos Guillermo Carlos Lizarzaburu Pafma y Laura Lozano Vargas, sin embargo, este Colegiado mediante auto de fojas mil quinientos cincuenta la declaró infundada.

2. SEGUNDA TACHA

i) Mediante escrito de fojas cuatrocientos ochenta y dos el encausado formuló Tacha contra las boletas de venta expedida por el restaurante “Yorlas”, de fojas

ciento cuarenta y dos, doscientos cincuenta y ocho y doscientos cincuenta y nueve, para ello sostiene que no los reconoce y que se trata de documentos fedateados. Así mismo formuló tacha contra el memorando número cero diecisiete guión dos mil siete guión JOAO/CR, de fojas ciento sesenta y seis, para ello argumentó que no lo reconoce y no lo presentó. También formuló tacha contra la factura número cero cero cero cero noventa y dos y la boleta de venta número cero cero uno ocho ocho ocho, ambas de la empresa “Ida Service” S.A.C, de fojas ciento sesenta y siete y doscientos cincuenta y cuatro, respectivamente, al respecto afirmó que la primera de ellas es un documento en blanco y la segunda no la presentó. Finalmente, formuló Tacha contra los boletos terrestres sin mayor argumentación.

ii) De lo expuesto se evidencia claramente que lo que cuestiona el encausado es la falta de autenticidad de dichos documentos y que además no los presentó como sustento de reembolso de viáticos, al respecto es de precisar que el hecho de que no figuren los originales de los documentos que se le atribuye presentó ante la Oficina de Tesorería y Contabilidad del Congreso de la República, no lo convierte automáticamente en un documento falso, pues, será a través de las respectivas pericias grafotécnicas que expida el órgano especializado que se determinará su autenticidad y/o falsedad, así como con la valoración de los demás medios de prueba que en su conjunto determinen o no su validez; y, con relación a su falta de presentación, será también a través de la valoración respectiva que se evidenciará si los mismos se utilizaron o no.

iii) Es más no resulta congruente que cuestione la boleta de venta de fojas ciento cuarenta y dos cuando dicho instrumento lo ofreció el propio acusado como medio probatorio cuando presentó su descargo ante el Congreso de la República —véase fojas cincuenta y tres—. Por lo que siendo ello así la presente tacha debe ser desestimada.

3. TERCERA TACHA

i) Mediante escrito de fojas novecientos veintidós el imputado formuló tacha contra el oficio número ciento dos guión dos mil nueve guión DTC guión DGA/CR, de fojas ochocientos ochenta y ocho, para ello afirmó que es falsa la afirmación que el mismo contiene; al respecto debe dejarse establecido que dicho oficio fue expedido por la testigo Lucía Bravo Roncal en su condición de jefa de Departamento de Tesorería y Contabilidad del Congreso, a solicitud de la Vocalía Suprema de Instrucción, y si la información que ella contiene a su entender resulta falsa, ello no convierte a dicho documento en un instrumento falso, pues, será a través de la actividad probatoria a desplegarse que se determine si las afirmaciones ahí vertidas resultan contrarias a la verdad. Por lo que la presente tacha debe desestimarse.

4. CUARTA TACHA

i) Mediante recurso de fojas mil quinientos nueve el encausado formuló tacha contra alguno de los documentos que se especificaron en la segunda tacha, por lo que carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto.

5. QUINTA TACHA

i) Mediante escrito de fojas mil novecientos cincuenta y dos el imputado formuló Tacha contra la pericia grafotécnica de fojas mil ochocientos noventa en el extremo que concluyó que la firma atribuida a José Anaya Oropeza —en el memorando número cero diecisiete guión dos mil siete guión JOAO/CR—, proviene del grafismo de su titular, porque dicha pericia se efectuó en una copia fotostática; al respecto debe valorarse lo expuesto en el juicio oral por los peritos autores de la citada pericia cuando sostuvieron que: “en dicho instrumento no se advierte características que permitan deducir montajes o alteraciones de alguna naturaleza...; que se verificó que la copia era fiable por lo que se procedió a efectuar su análisis”, es decir, no existía imposibilidad alguna de practicarse una pericia grafotécnica sobre una fotocopia si se determina previamente que esta no sufrió alteraciones, lo que en definitiva verificaron sus autores. Por lo que la presente Tacha debe desestimarse.

EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

- i) El abogado defensor del encausado cuando formuló sus alegatos finales dedujo la excepción de naturaleza de acción relativa y para ello sostuvo que la conducta que se le atribuye como delito de peculado a su patrocinado resulta atípica porque la misma no se ajusta a los verbos rectores que el tipo penal exige; que no necesitó permiso del Congreso para viajar a Italia porque estaba ejerciendo funciones parlamentarias y justamente lo que se le reembolsó fueron gastos por dicha función.
- ii) Ante todo se debe precisar que en una primera oportunidad el recurrente planteó una excepción de naturaleza de acción -cori relación a los tres ilícitos penales que se le atribuye-, la que en primera instancia fue declarada infundada y posteriormente confirmada por la Segunda Sala Penal Especial de ese entonces —véase fojas ciento ochenta y dos y doscientos treinta y uno del respectivo cuaderno incidental—.
- iii) Para amparar dicha articulación debe determinarse si los hechos atribuidos al encausado cumplen con los elementos constitutivos del tipo penal de peculado, más no efectuarse valoraciones sobre si le correspondía o no, en su condición de Congresista, viajar a la ciudad de Italia a ejercer funciones propias de su cargo -conforme lo pretende su abogado defensor-, pues ello no constituye el

fin para el cual se estatuyó dicho mecanismo de defensa, por lo que la citada excepción debe declararse infundada, máxime si no aporta mayores elementos de convicción para ampararla.

PARTE SEGUNDA FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Al encausado se le atribuye concretamente tres hechos relevantes:

A) CON FECHA VEINTIUNO DE JUNIO DEL DOS MIL SIETE MEDIANTE MEMORANDO NÚMERO CERO DIECISIETE GUIÓN DOS MIL SIETE GUIÓN JOAO/CR SOLICITÓ A LA OFICINA DE TESORERÍA Y CONTABILIDAD DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA EL REEMBOLSO DE CUATRO MIL QUINIENTOS; SETENTA Y CUATRO NUEVOS SOLES CON NOVENTA CÉNTIMOS POR LA COMPRA DE UN PASAJE AÉREO IDA Y VUELTA A ITALIA, ACOMPAÑANDO PARA TAL EFECTO UNA BOLETA DE VENTA SUPUESTAMENTE FALSIFICADA EMITIDA POR LA EMPRESA “IDA SERVICE” S.A.C.

- i) Dicho ilícito penal se encuentra acreditado con la declaración sumarial, ratificada en el juicio oral, de la testigo Lucía Bravo Roncal quien, en su condición de jefa de Departamento de Tesorería y Contabilidad del Congreso de la República, afirmó que el procesado solicitó el reembolso de un pasaje a Italia, empero, como el documento sustentatorio que presentó se encontraba deteriorado y no se podía distinguir el nombre y las cantidades consignadas, posteriormente presentó el memorando número cero diecisiete guión dos mil siete guión JOAO/CR, adjuntando para tal efecto la boleta de venta de “Ida Service” S.A.C. —véase fojas quinientos veintiuno y mil ochocientos once, respectivamente—, generando con ello el reembolso indebido.
- ii) A tenor del informe realizado por la mencionada testigo a fojas ciento sesenta y dos se concluye que tanto el memorando como la boleta de venta fueron devueltas en original al congresista procesado, sin embargo, pese a que este niega la existencia de tales documentos, a fojas ciento sesenta y seis corre el referido memorando fedateado, con sello de recepción de la Dirección de Tesorería y Contabilidad del Congreso de la República, su fecha veintidós de junio del dos mil siete; y a fojas doscientos cincuenta y cuatro obra la boleta de venta número cero cero uno ocho ocho ocho correspondiente a “Ida Service” S.A.C. —que adjuntó al citado memorando— su fecha cuatro de junio del dos mil siete, con sello del congresista José Anaya Oropeza, la que a tenor del informe se evacuó la citada empresa no la emitió —véase fojas setecientos treinta y siete— lo que

se refuerza con lo expresado en la declaración preventiva de fojas ochocientos cincuenta y tres, así como en el plenario a fojas mil seiscientos ochenta y nueve.

- iii) Que, es más, Guillermo Carlos Lizarzaburu Palma —en su condición de asesor ⁿ del congresista procesado— sostuvo en el plenario que dichas instrumentales las llevó a la Tesorería del Congreso, con la firma del acusado y que le fueron proporcionadas por este —véase fojas mil novecientos veintiuno—.
- iv) Que la negativa del encausado se encuentra desvirtuada con la pericia grafotécnica de fojas mil ochocientos noventa que concluye que: “el citado memorando no registra adulteraciones, la firma atribuida a José Anaya Oropeza proviene del grafismo de su titular y el estampado de sello con las expresiones Congreso de la República Dirección de Tesorería y Contabilidad proviene de la matriz del estampado de sello de comparación perteneciente a la citada Dirección”; dicha pericia se encuentra debidamente ratificada por sus suscriptores en el juicio oral, ocasión en la que precisaron que era factible efectuar la referida pericia en una fotocopia porque dicho instrumento es fiable ya que proviene de un original —véase fojas mil novecientos catorce—.
- v) Efectivamente, del análisis del citado dictamen pericial se desprende que para su práctica se tuvo como muestras de comparación ocho documentos entre ellos: una solicitud de reembolso, rendición de cuentas por viáticos y otros correspondiente al diecinueve de junio del dos mil siete conteniendo firmas del imputado; comprobantes de pago cero siete seis uno cero del veinticuatro de agosto del dos mil siete y cero ocho cero siete cuatro del diez de setiembre del dos mil siete; declaraciones juradas de gastos y documento de rendición de cuentas por viáticos y otros conceptos para el desempeño de la función congresal de fecha veintiuno de setiembre del dos mil siete; documentos coetáneos que sirvieron para el análisis grafológico, sustentándose además en el fundamento doctrinario del maestro francés Sollange Pellat que enuncia las leyes del grafismo que rigen al gesto gráfico, cuyos fundamentos son: i) el gesto gráfico está determinado por la influencia del cerebro; ii) cuando uno escribe el Yo está en acción-; iii) La escritura solo puede ser modificada voluntariamente; iv) cuando el acto de escribir se torna más difícil, el escritor traza instintivamente las formas que le son más fáciles de ejecutar; y, v) cada persona posee una escritura que le es propia y que se diferencia de las demás.
- vi) Que, además, debe valorarse que el reembolso del citado pasaje aéreo no le correspondía al encausado pues conforme se verifica de la diligencia de exhibición que efectuó el representante de la Compañía KLM a fojas setecientos cuarenta y dos —ante la Vocalía Suprema de instrucción—, el valor del boleto aéreo emitido a nombre del congresista José Oriol Anaya Oropeza se abonó a

la cuenta del Banco Citybank, por parte del señor Alvaro Gutiérrez Cueva, lo que se desprende de la instrumental de fojas setecientos cuarenta y seis así como del informe de fojas mil ciento ochenta y dos, no existiendo prueba alguna de que el encausado Anaya Oropeza haya entregado dicho importe a la secretaria del congresista Gutiérrez, como lo ha sostenido en el plenario.

B) EN LA RENDICIÓN DE GASTOS OPERATIVOS CORRESPONDIENTE A LOS MESES DE ABRIL Y MAYO DEL DOS MIL SIETE ADJUNTÓ TRES BOLETAS POR CONSUMO DE AUMENTOS NO EFECTUADO

- i) Que dicho cargo se encuentra acreditado con la declaración testimonial de Laura Lozano Vargas, quien en su condición de propietaria del establecimiento de Pollos a la Brasa “Yorlas”, manifestó que nunca expidió las boletas de venta por las sumas de trescientos sesenta y nueve, cuatrocientos veintiocho y trescientos noventa y siete nuevos soles —véase fojas quinientos diez—, versión que incluso sostuvo en el juicio oral, ocasión en la que además aseveró que en un día sólo vende un promedio de ciento veinte nuevos soles —véase fojas mil seiscientos cuarenta y uno—. Dicha afirmación se ve reforzada con la declaración testimonial de su conviviente Próspero Rojas Rodríguez, quien no reconoce el contenido de las referidas boletas de venta —véase fojas ochocientos ochenta y uno—, versión que incluso sostuvo en el plenario —véase fojas mil seiscientos cuarenta y siete—.
- ii) Las citadas instrumentales corren fedateadas a fojas doscientos cincuenta y ocho, ciento cuarenta y dos y doscientos cincuenta y nueve, respectivamente, las mismas que fueron reconocidas por Guillermo Carlos Lizarzaburu Palma —en su condición de asesor li del congresista procesado y encargado de realizar el trámite de reembolso ante la Dirección de Tesorería y Contabilidad del Congreso de la República- como los documentos que sirvieron de sustento para la rendición de gastos operativos del encausado -véase fojas quinientos veintisiete—.
- iii) Es del caso precisar que el fedatario Hugo Cortez Torres en la diligencia de exhibición de documentos, si bien afirmó que no puede exhibir los originales, reconoce haberlos fedateado —véase fojas quinientos ochenta y cinco—; que, es más, en el plenario aseveró que las copias lutostáticas que fedateó eran copias fotostáticas exactas del expediente original de la acusación constitucional del encausado —véase fojas mil setecientos noventa y tres—.

C) EN EL SUSTENTO DE GASTOS OPERATIVOS CORRESPONDIENTE AL MES DE JUNIO DEL DOS MIL SIETE ADJUNTÓ DOS BOLETAS DE PASAJES INTERPROVINCIALES QUE APARENTEMENTE EFECTUÓ EL MISMO DÍA, A DIFERENTES LUGARES Y A TRAVÉS DE EMPRESAS DISTINTAS

- i) Que conforme se verifica del informe final que emitió el congresista de la República Carlos Bruce Montes de Oca a fojas doscientos diecinueve precisó que: “respecto a los pasajes de transporte terrestre interprovincial lamentablemente no se pudo contrastar la versión del congresista denunciado con la información solicitada a las empresas de transporte interprovincial, en el sentido que dicho gasto habría sido efectuado por personal de confianza del congresista y no obviamente que él haya utilizado los dos pasajes”.
- ii) En base a ello la señora fiscal de la Nación, mediante documento de fojas doscientos sesenta y ocho, devolvió el expediente de acusación constitucional porque advirtió algunas imprecisiones y contradicciones, entre ellos, que: “respecto a los pasajes de transporte terrestre interprovincial que habría adquirido el denunciado no se llegó a una conclusión que permita determinar si por ese hecho se declaró haber lugar a causa...”, sin embargo, a tenor de lo resuelto por el Congreso de la República a fojas doscientos sesenta y seis, en el sentido de que no corresponde al Ministerio Público la devolución de la acusación constitucional porque ya se emitió un pronunciamiento al respecto, fue que la señora fiscal de la Nación formuló denuncia penal.
- iii) Sin embargo, del informe evacuado por la empresa de transporte “Cruz del Norte” por medio del cual asevera que el uno de junio del dos mil siete no figura el procesado en los manifiestos emitidos en el traslado desde la ciudad de Lima a Chimbote —véase fojas mil setecientos siete—; así como de la instrumental de fojas mil setecientos sesenta y cuatro cuando la empresa de transporte “Z Buss” informó que es imposible verificar el manifiesto de pasajeros así como el talonario de los boletos emitidos el día uno de junio del dos mil siete porque lo desecharon e incineraron, nos permite concluir que este cargo no se encuentra debidamente acreditado y consecuentemente debe desestimarse.

FUNDAMENTOS DE DERECHO - SUBSUNCIÓN TÍPICA

I. El delito de peculado.

1. El delito de peculado es un delito especial o de infracción de deber. El objeto genérico de la tutela penal es proteger el normal desarrollo de las actividades de la administración pública. Por tratarse el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: i) garantizar el principio de no lesividad de los bienes o intereses patrimoniales de la administración pública, y ii) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad¹.

1 Establecido en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del treinta de septiembre del dos

2. El delito de peculado se encuentra contemplado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, tipo penal que subsume dos conductas típicas y una agravante. La conducta dolosa se encuentra regulada en el primer párrafo del citado artículo: “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...”. La conducta culposa —comportamiento negligente del sujeto activo— se encuentra tipificada en el último párrafo del citado artículo y es cuando: “El agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos...”. Finalmente, el tercer párrafo incluye una agravante específica referida a la importancia especial de la finalidad de los bienes y caudales objeto del delito.

3. 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. Por el contrario, 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, que son los siguientes:

- i) 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.
- ii) 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.
- iii) Apropriación 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), excluyendo a la Administración Pública del disfrute de los mismos.
- iv) 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

mil cinco. En iguales términos se pronunció la Ejecutoria Suprema N.º 3630-2001 Uca-yali, del veintitrés de enero del dos mil uno.

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.

4. La consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. El tipo no requiere que necesariamente se produzca, para consumir el delito, provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero².

5. De los hechos imputados, materia de acusación fiscal escrita, se tiene, que efectivamente, el encausado José Anaya Oropeza ostentó facultades de percepción, administración y custodia al contar con libre disponibilidad y control de gasto de fondos públicos, lo que se refleja cuando el mencionado congresista, en su rendición de cuentas de gastos operativos por distintos conceptos, presentó comprobantes de pago por consumos que nunca efectuó, lo que evidencia que ingresó vía reembolso tales montos a su patrimonio personal como un beneficio económico ilícito. Que tal conducta ilícita la efectuó distorsionando lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de la República, cuando en su artículo veintidós, inciso “f”, prescribe que: “Los congresistas tienen derecho... a contar con los servicios de personal, asesoría y apoyo logístico para el desempeño de sus funciones. *Los congresistas perciben una asignación por el desempeño de la función congresal, la misma que no tiene carácter remunerativo. Dicha asignación no es pensionable ni homologable* y está afecta al pago del Impuesto a la Renta”, es decir, nos remite a un ingreso distinto a la remuneración que le corresponde por el ejercicio de sus funciones y que se encuentra establecida taxativamente en el acápite “g” del citado artículo.

6. Es de considerar al respecto que la Segunda Disposición Final del citado Reglamento hace referencia a que: “para todo efecto legal, la rendición de cuentas de los montos destinados a cubrir los conceptos establecidos en el inciso “f” del artículo veintidós del Reglamento del Congreso de la República, entregados con anterioridad a la vigencia de la presente norma, se sustenta únicamente, con la declaración presentada ante la Oficina de Tesorería del Congreso”, es decir, nos habla de una rendición de cuentas que le corresponde efectuar al congresista por montos distintos a su respectiva remuneración, esto es, concepto de viáticos y/o gastos similares.

7. Que el argumento sostenido al respecto en el sentido de que la responsabilidad de su rendición de viáticos recaía en la persona de Guillermo Carlos Lizarzaburu

2 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4.^a ed., Lima: Grijley, p. 500.

Palma —sustento que lo ampara en la carta de fojas ochenta y ocho—, no reviste mayor sustento debido a que las rendiciones de cuentas le corresponde efectuar personalmente a cada responsable de su uso, más no al que gestiona el trámite, conforme lo expresó el propio encausado en el citado instrumento cuando afirmó que aquél “realizará el trámite de rendición de viáticos”.

8. Aunado a ello, se tiene que en la Segunda Adenda de la Vigésimo Cuarta sesión del Consejo Directivo del Congreso de la República, celebrada el veintinueve de mayo del dos mil siete —obranste a fojas setecientos cuatro— se acordó con relación “al procedimiento de reembolsos y rendición de cuentas de viáticos y/u otros conceptos para el desempeño de la función congresal de los señores congresistas” que la Directiva de Tesorería y Contabilidad una vez revisada la documentación sustentatoria respectiva *debía devolver* la documentación original a los señores congresistas —extremo este que es afirmado uniformemente por Lucía Bravo Roncal quien en su condición de jefa de Departamento de Tesorería y Contabilidad del Congreso refirió que los documentos originales que presentó el congresista procesado le fueron entregados a dicho funcionario en cumplimiento del Acuerdo del Consejo Directivo—. Que es más conforme se verifica de la constancia que corre a fojas ciento sesenta y cuatro dicha testigo entregó al congresista José Oriol Anaya Oropeza los documentos originales que presentó para el reembolso de viáticos que correspondían de abril a junio del dos mil siete, en cumplimiento del referido Acuerdo; constancia que el encausado reconoció en el plenario —véase fojas mil ochocientos veintidós—. Sin embargo, en el punto cinco de dicho Acuerdo se estipuló expresamente que: “Los congresistas mantendrán la posesión y custodia de la documentación indicada”, consecuentemente, era obligación del congresista conservarlos y custodiarlos pues, dicha documentación constituía el sustento del reembolso que pretendía.

9. Que el argumento que sostuvo al respecto en el sentido de que presentó una denuncia por hurto de documentos con fecha dieciocho de agosto del dos mil ocho, precisando que el encargado de los mismos era su ex asesor Guillermo Carlos Lizaraburu Palma —véase fojas ciento sesenta y nueve—, no resulta amparable porque la denuncia fiscal al respecto no prosperó —véase fojas mil doscientos cincuenta y tres—.

10. Que con lo expuesto se concluye que la conducta del encausado vulneró el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, así como también abusó del poder que ostentaba por su condición de congresista para quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad ocasionando con ello un perjuicio al Estado.

II. El delito de falsa declaración en procedimiento administrativo

1. Este delito está regulado en el artículo cuatrocientos once del Código Penal vigente, tipo legal que establece: “El que, en un procedimiento administrativo, hace una

falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

2. El falso testimonio es un delito puramente procesal, siendo el bien jurídico protegido la seguridad en la administración de justicia. Para que se configure este ilícito penal, se requiere que el agente realice declaraciones falsas en relación a hechos y circunstancias que le corresponden probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley³ en el marco de un proceso de carácter controvertido o litigioso que demanda celeridad probatoria. Que el procedimiento de rendición de cuentas no tiene dicha naturaleza. Es decir, el tipo penal descrito en el presente artículo requiere como presupuesto objetivo un procedimiento de carácter contencioso donde el agente realice una falsa declaración en relación a los hechos controvertidos.

3. De los hechos imputados, materia de acusación fiscal escrita, se tiene que el encausado José Oriol Anaya Oropeza solicitó a la Oficina de Tesorería y Contabilidad del Congreso de la República un reembolso de dinero por concepto de un pasaje aéreo a Italia —adjuntando para ello una boleta de venta emitida por la Empresa “Ida Service” S.A.C—, a pesar que el costo del citado boleto aéreo no fue costado por su persona, así como el reembolso de consumos no efectuados en el restaurante “Yorlas”. Que tal conducta si bien expresa un acto de falsedad no se adecúa al presupuesto de litigiosidad, controversia o incertidumbre que exige el aludido tipo penal, por lo que tal comportamiento carece de tipicidad.

III. El delito de falsificación de documentos

1. El delito de falsificación de documentos está previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal vigente, tipo legal que señala en su primer párrafo: “El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento...”, y en su segundo párrafo: “El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio...”.

2. Como se puede apreciar, este tipo penal contempla dos conductas. En su primer párrafo admite que el comportamiento se puede realizar de dos maneras: i) *Hacer, en todo o en parte, un documento falso*: Que consiste en la realización en general de un documento falso. Por realizar un documento falso se entiende la creación de un documento que no existía anteriormente, en donde hacen constar derechos, obligaciones o hechos que no corresponden con el contenido cierto que el documento debería constar; y ii) *Alterar uno verdadero*: A diferencia del comportamiento anterior, aquí

3 ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 748.

es necesaria la previa existencia de un documento verdadero. El comportamiento se realiza cuando se adultera, esto es, se altera dicho documento. En ambas conductas el delito se consumará ya sea con la realización de un documento falso o con la adulteración de uno verdadero, respectivamente. Por tanto, no se requiere que el sujeto activo emplee dicho documento, es decir, que lo introduzca en el tráfico jurídico, siendo suficiente con que tenga dicho propósito.

3. Asimismo, el tipo penal descrito precedentemente también prevé en su segundo párrafo lo que se denomina falsedad de uso en el cual, a diferencia del primer párrafo, el comportamiento consiste en hacer uso de un documento falso o falsificado. Debe entenderse que por hacer uso de un documento se entiende emplear, utilizar el documento falso o falsificado como si fuese legítimo, es decir, para los fines que hubiera servido de ser un documento auténtico o cierto. Al igual que en el primer párrafo se requiere el dolo, es decir, conocimiento y voluntad de utilizar un documento falso o falsificado, abarcando además la intención de emplearlo como si fuera legítimo, circunstancia esta que constituye elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo. En este caso, el delito se consuma con el uso o empleo del documento falso o falsificado, esto es, con la introducción del mismo en el seno del tráfico jurídico. La posesión del documento, previo al uso, ya sería constitutiva de tentativa⁴.

4. De los hechos imputados, materia de acusación fiscal escrita, se tiene que la imputación atribuida al encausado se subsume plenamente en el segundo párrafo del citado artículo, pues el encausado José Anaya Oropeza utilizó la boleta de venta emitida por la Empresa “Ida Service” S.A.C. —por la suma de cuatro mil quinientos setenta y cuatro nuevos soles con noventa céntimos—, así como las boletas de venta emitida por Pollos a la Brasa “Yorlas” —por las sumas de trescientos sesenta y nueve, cuatrocientos veintiocho y trescientos noventa y siete nuevos soles, respectivamente— para sustentar su rendición de gastos, las mismas que resultaron falsas en mérito a los considerandos expuestos en los fundamentos de hecho de la presente sentencia; utilización de documentos privados que en definitiva causó un perjuicio al Estado por que ello motivó el reembolso de una suma de dinero que no le correspondía.

5. Efectivamente, al introducir dichas instrumentales al Departamento de Tesorería del Congreso y obtener posteriormente un reembolso a través de los cheques cuyo cobro el congresista encausado efectivizó, nos lleva a la conclusión que se causó un perjuicio al Estado y consecuentemente la conducta típica desplegada por el imputado se halla debidamente acreditada.

4 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Lima: Editorial San Marcos, 2006, p. 624.

DETERMINACIÓN DE LA PENA Y DE LA REPARACIÓN CIVIL

1. Determinación judicial de la pena

1. Una vez establecida la existencia de un hecho delictivo y estando vigente el interés del Estado por sancionar plenamente dicho ilícito resulta necesario determinar la consecuencia jurídico-penal que le corresponde aplicar a su autor o partícipe. Al respecto, la determinación judicial de la pena tiene por función identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales.

2. Cada delito tipificado en la Parte Especial del Código Penal o en Leyes especiales o accesorias a él tienen señalado, por regla general, una o más penas a partir de extremos de duración o realización mínimos o máximos. En consecuencia, la realización culpable y comprobada judicialmente de un delito, conlleva la determinación de la pena entre ambos límites punitivos.

3. Las circunstancias son factores objetivos y subjetivos que permiten al juez identificar en el caso concreto la magnitud del injusto y de la culpabilidad de su autor a fin de definir la extensión y naturaleza de la pena que debe imponérsele.

4. Que son circunstancias de efectividad agravante las que por indicar un mayor desvalor del comportamiento antijurídico ejecutado o un mayor reproche de culpabilidad sobre su autor, generan como efecto la imposición de una pena más severa.

5. La determinación de la pena debe partir, de conformidad con el artículo cuarenta y seis del Código Penal, de los límites fijados por los tipos penales realizados por el imputado. En el presente caso, tales límites de pena conminada para el delito contra la fe pública es de dos a cuatro años de pena privativa de libertad, además de ciento ochenta a trescientos días multa; y para el delito de peculado entre dos a ocho años de pena privativa de libertad. Sobre esa base punitiva ha de valorarse la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho cometido. También debe tenerse en cuenta que resulta aplicable al caso lo dispuesto en el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal que establece una pena conjunta de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo treinta y seis, incisos uno y dos del citado código.

6. Por consiguiente, a efectos de determinar la pena concreta que corresponde imponer en el caso *sub judice*, es de tener en cuenta las siguientes circunstancias agravantes conforme a lo estipulado en los incisos uno y tres del artículo cuarenta y seis del Código Penal:

- i) **La importancia de los deberes infringidos:** En efecto, el procesado actuó ilícitamente en su condición de Congresista de la República. Esto es, desde uno

de los niveles más altos que puede desempeñar un ciudadano a nombre de la Nación. Tal posición exige probidad, honestidad, diligencia, lealtad, transparencia funcional, todo lo cual fue infringido por el procesado para favorecer su beneficio personal indebido.

- ii) **La naturaleza de la acción:** Que, en el presente caso, se expresó en un *modus operandi* fraudulento que abusó de las posibilidades legales que se otorgan a los Congresistas de la República para solicitar reembolsos por los gastos ocasionados por su función de representación congresal mediante la utilización de declaraciones juradas.

7. Igualmente para cuantificar la pena a imponer se debe considerar que los actos punibles realizados por el procesado, constituyen una pluralidad de delitos independientes, lo que configura un concurso real de delitos, por lo que se debe observar el procedimiento regulado en el artículo cincuenta del Código Penal. Es decir, la acumulación de penas concretas parciales para configurar una pena concreta total.

Que en tal sentido, se considera que los actos de falsedad de uso realizados por el agente deben ser sancionados con una pena de dos años de privación de la libertad y trescientos sesenta días multa, cuya cuota diaria será equivalente al veinticinco por ciento de los ingresos del procesado.

Que, en lo referente al delito de peculado, la pena concreta parcial que corresponde imponer es de tres años. En consecuencia, la pena concreta total es de cinco años de pena privativa de libertad.

Además, el condenado deberá cumplir las penas conjuntas de multa en los términos y alcances expuestos; e inhabilitación por tres años conforme a lo dispuesto en el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, con las incapacidades previstas en los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del citado cuerpo de leyes.

2. Determinación de la reparación civil

1. La reparación civil —que nace del acto u omisión del ilícito— como lo ha venido reiterando la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, se fija en función al principio del daño causado, esto es, que debe guardar proporción con el menoscabo irrogado, en este caso, al Estado y a terceros. En otras palabras, la reparación civil es el resarcimiento del bien o indemnización por quien como consecuencia de la comisión de un delito ocasionó un daño que afectó los derechos e intereses legítimos de la víctima, pues según el artículo noventa y tres del Código Penal la reparación civil comprende: i) la restitución del bien, si no es posible el pago de su valor, y ii) la indemnización de los daños y perjuicios.

2. Ahora bien, el objeto civil, por su propia naturaleza, tiene un carácter privado, patrimonial —circunscrito a la restitución, reparación e indemnización— y contingente. La naturaleza privada de la reparación civil permite, a su vez, que las partes puedan disponer sobre su objeto, por lo que ha de estarse a sus propios términos. La acción civil reconoce el poder de las partes de disponer de sus derechos privados y tiene un ámbito casi absoluto, sólo limitado por el orden público y el perjuicio posible a terceros. El parámetro del monto de la reparación civil, atento a la lógica dispositiva del objeto civil del proceso penal, está en la pretensión introducida por el fiscal.

3. En ese sentido, o los efectos de los topes para la determinación de la reparación civil, es de tener en cuenta, para el presente caso, que el Ministerio Público solicitó la suma de cincuenta mil nuevos soles a favor del Estado, y cinco mil nuevos soles a favor de la Empresa Ida Service S.A.C., las mismas que, dentro del principio de razonabilidad, guardan proporción con el daño irrogado a las partes agraviadas en atención a los artículos noventa y dos y noventa y tres del Código Penal.

PARTE TERCERA DECISIÓN

1. Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la Nación y con el gran criterio de conciencia que la ley autoriza, los señores Jueces integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República:

FALLAN:

2. **DECLARANDO INFUNDADA** las tachas interpuesta por el encausado José Oriol Anaya Oropeza de fojas cuatrocientos ochenta y dos, novecientos veintidós y mil novecientos cincuenta y dos, respectivamente.
3. **DECLARANDO INFUNDADA** la excepción de naturaleza de acción deducida por el encausado José Oriol Anaya Oropeza, en el extremo del delito contra la Administración Pública - peculado, en agravio del Estado.
4. **ABSOLVIENDO** a José Oriol Anaya Oropeza de los cargos formulados en su contra por delito contra la Administración de Justicia - falsa declaración en procedimiento administrativo en agravio del Estado.
5. **CONDENANDO** a José Oriol Anaya Oropeza, como autor de la comisión, en concurso real, de los delitos contra la fe pública - falsificación de documentos en agravio del Estado y de la empresa "Ida Service" S.A.C. y, contra la Administración Pública - peculado en agravio del Estado.
6. En tal virtud:

- A. Le **IMPUSIERON CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD** con el carácter efectivo, la misma que computada desde el día once de febrero del dos mil once vencerá el diez de febrero del dos mil dieciséis.
- B. Asimismo, le **APLICARON** trescientos sesenta días - multa que deberá pagar al Estado con una cuota diaria equivalente al veinticinco por ciento de ingresos diarios del condenado; y le impusieron también la pena de inhabilitación por el período de **TRES AÑOS**, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal.
7. **FIJARON** en **CINCUENTA MIL NUEVOS SOLES** el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del Estado y **CINCO MIL NUEVOS SOLES** a favor de la empresa “Ida Service” S.A.C.
8. **DISPUSIERON** el internamiento del sentenciado en el Penal que señale el Instituto Nacional Penitenciario -INPE.
9. **MANDARON** que firme que sea la presente sentencia se inscriba en los registros efectivos. Hágase saber en audiencia pública y tómese razón donde corresponda.

SS.

LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / PRÍNCIPE TRUJILLO

PECULADO (ART. 387 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CAS. N.º 282-2018
LAMBAYEQUE**

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de julio del dos mil diecinueve

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación por vulneración a la garantía de motivación interpuesto por César Augusto Ruiz Rodríguez contra la sentencia emitida el veinte de noviembre del dos mil diecisiete por los señores jueces que integraron la Sala Descentralizada Mixta de Apelaciones de Jaén de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que entre otros extremos: i) confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a Ruiz Rodríguez como autor del delito contra la administración publica-peculado, ii) reformando la pena fijada, le impuso cuatro años de privación de la libertad efectiva e inhabilitación por el mismo periodo y iii) confirmó el monto determinado por concepto de reparación civil y la devolución de lo indebidamente apropiado.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

FUNDAMENTOS DE HECHO**Primero. Fundamentos de la impugnación**

El auto de calificación de la Corte Suprema¹ declaró de interés casacional las siguientes materias: **i)** establecer el estatus especial requerido por el delito de peculado: preceptor, administrador o custodio, en el marco de una organización municipal; **ii)** precisar la prueba del objeto material del delito de peculado, los caudales públicos; y **iii)** determinar cuál es la acción típica del delito de peculado por apropiación en el marco de un proceso de compra directa efectuado por una organización municipal.

El motivo casacional por el que se concedió su planteamiento es el referido a la falta de motivación, previsto en el inciso 4 del artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP). Alega que: **i)** lo condenaron como autor del delito de

1 Emitido el dieciocho de mayo del dos mil dieciocho, obrante en los folios 121 a 129.

peculado pese a no mantener un vínculo funcional específico con los caudales de la municipalidad agraviada; ii) la Sala Superior desconoció la interpretación del vínculo funcional específico descrito en el Recurso de Nulidad número 615-2015, al extender arbitrariamente a Ruiz Rodríguez una condición establecida en el inciso 3 del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo número 148-2008), dado que tal competencia signa por la Ley General del Presupuesto; y, por ello, la inistración del patrimonio de la Municipalidad Provincial de Cutervo le corresponde al alcalde; y iii) el *ad quem* no explicó las razones por las que aceptó que la pericia que determinó el desbalance patrimonial fue realizada por un ingeniero de sistemas y no por un contador público, conforme exige la Ley número 28951 (Ley de actualización de la ley de profesionalización del contador público).

Segundo. Imputación fáctica

Durante los años dos mil once y dos mil doce, la Municipalidad Provincial de Cutervo adquirió equipos de cómputo —48 computadoras e impresoras—. En el primer año, por la suma de S/ 59 430 (cincuenta y nueve mil cuatrocientos treinta soles) y en el segundo por S/ 28 890 (veintiocho mil ochocientos noventa soles), montos de compra que superan las tres unidades impositivas tributarias y en los que correspondía realizar sendos procesos de selección, como la adjudicación directa selectiva para la primera y la adjudicación de menor cuantía para la segunda. Sin embargo, tales procesos no se llevaron a cabo, y se realizaron adquisiciones directas que contradicen las reglas de la Ley General de Contrataciones del Estado.

La compra fue irregular y en ella intervinieron Segundo Raúl Pinedo Vásquez, José Melecio Guevara Pérez y César Augusto Ruiz Rodríguez. Conforme al numeral 3 del artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N.º 184-2008), el Área de Logística es el órgano encargado de las contrataciones de una entidad y efectúa las actividades relativas a la gestión del abastecimiento en su interior. En virtud de ello, se imputa a Ruiz Rodríguez que no cumplió con efectuar los procesos de adquisición regular, sino que efectuó compras directas.

Tercero. Itinerario del procedimiento

3.1. El doce de marzo del dos mil catorce el señor fiscal representante de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cutervo del Distrito Fiscal de Lambayeque formuló requerimiento de acusación contra Segundo Raúl Pinedo Vásquez, José Melecio Guevara Pérez y César Augusto Ruiz Rodríguez por la presunta comisión de los delitos de colusión y peculado —ff. 1 a 7—. Superada la etapa intermedia y luego del juicio oral de primera instancia, el once de agosto del dos mil diecisiete el señor juez del Juzgado Penal Unipersonal de Cutervo emitió la sentencia que condenó a César Augusto Ruiz Rodríguez y otros por el delito de peculado, y los absolvió por el delito de colusión —folios 124 a 195—; en consecuencia, le impuso la pena de seis

años de privación de libertad efectiva, inhabilitación por el periodo de cinco años y fijó en S/ 9981.60 (nueve mil novecientos ochenta y un soles con sesenta céntimos) el monto de pago por concepto de reparación civil.

3.2. Contra tal declaración, únicamente los entonces sentenciados interpusieron sendos recursos de apelación que determinaron a los integrantes de la Sala Descartada Mixta y de Apelaciones de Jaén de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque a avocarse al conocimiento de la causa y pronunciar la sentencia de vista del veinte de noviembre del dos mil diecisiete, en la cual revocaron el fallo de primera instancia en el extremo en el que condenó a Segundo Raúl Pinedo Vásquez y José Marcelo Guevara Pérez como autores del delito de peculado y, reformándola, los absolvió; y confirmaron la mencionada decisión en el extremo en el que condenó a César Augusto Ruiz Rodríguez como autor del mencionado tipo penal, así como las consecuencias jurídicas de dicha declaración.

La sentencia de vista fue cuestionada vía recurso de casación y fue concedida a nivel superior —folios 372 a 373—, Elevados los autos a la Corte Suprema, nos avocamos al conocimiento de esta causa los señores jueces que emitimos el auto de calificación del dieciocho de mayo del dos mil dieciocho, en el que declaramos bien concedidos los recursos formulados por Carlos Ernesto Lazo Gutiérrez (representante de la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Cutervo), así como por César Augusto Ruiz Rodríguez, por la causa prevista en el inciso 4 del artículo 429 del NCPP.

3.4. En cumplimiento de lo estipulado en el inciso 1 del artículo 431 del Código Procesal Penal, mediante decreto del pasado dieciséis de mayo, esta Sala Suprema fijó fecha para la vista de la causa para el miércoles diecinueve de junio, en la cual intervinieron el abogado del ahora sentenciado y el señor representante del Ministerio Público, y se dejó constancia de la inasistencia del abogado de la municipalidad agraviada. Culminada esta, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión privada, en la que se produjo el debate en virtud del cual, tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Respecto al delito de peculado y las materias de interés casacional propuestas

1.1. La lógica principista del tipo penal de peculado radica en la sanción de aquellas conductas en las que un funcionario o servidor público se apropia o utiliza en cualquier forma, para sí o para otro, bienes estatales que le hayan sido confiados por razón de su cargo.

- 1.2. El Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-I 16 desarrolló en esencia las modalidades de peculado y evaluó el contenido de sus elementos normativos y descriptivos del tipo penal. En él se estableció que para su configuración no es necesario que sobre los bienes que se le hayan 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; ha de tener, por tanto, competencia funcional específica. A partir de lo mencionado, la primera materia de interés casacional no varía en razón de una organización municipal, dado que es exigencia del preceptor administrador o custodio poseer la capacidad antes mencionada.
- 1.3. El objeto material del delito de peculado lo constituyen los bienes sobre los que recae el uso o apropiación. El objeto de prueba en juicio será la acreditación del empleo o apropiación de los caudales o efectos públicos que se imputa al servidor o funcionario público. En esencia, el Ministerio Público debe individualizar o cuantificar los bienes estatales cuyo uso o apropiación se le imputa a una persona para determinar la tipicidad objetiva del tipo penal materia de juzgamiento.
- 1.4. La acción típica en el delito de peculado en el marco de un proceso de compra directa efectuado por una entidad pública no varía respecto a la sanción que debería recibir un funcionario o servidor público municipal. Este tipo penal es de configuración en todas las entidades que por su operatividad y su naturaleza manejan fondos públicos.

Segundo. Respecto a los motivos casacionales

- 2.1. El accionante denuncia que se habría configurado el motivo casacional previsto en el inciso 4 del artículo 429 del NCPP, que prevé dos hipótesis: i) falta de motivación y ii) manifiesta ilogicidad en la motivación².
- 2.2. Los agravios que alega no poseen la trascendencia para configurar la causa que invoca. Así:
 - El vínculo funcional del imputado con los caudales de la Municipalidad de Cutervo no admite cuestionamiento, dado que su condición de jefe de logística de la mencionada comuna lo sitúa en una posición especial compatible con la exigida para el sujeto activo cualificado del tipo penal

2 Las diferencias entre ambos tipos de defectos aparecen con precisión en la sentencia de casación emitida en el Recurso número 482-2016 Cusco. El considerando quinto es el que anota los tipos de vicios en la motivación.

materia de juzgamiento. Tanto más si, conforme al abogado que intervino en representación del sentenciado en la audiencia de vista, a la interrogante del juez Príncipe Trujillo, indicó que el ahora sentenciado era quien realizaba las compras de la mencionada municipalidad.

- El cuestionamiento referido a la interpretación respecto al vínculo funcional, desarrollado jurisprudencialmente en la sentencia emitida en el Recurso de Nulidad número 615-2015 Lima, tampoco es amparable, puesto que el mencionado antecedente ratifica el criterio de disponibilidad jurídica antes descrito. En tal virtud se sostiene lo siguiente:

En este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de la relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro.

La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo la hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen la relación funcional.

A partir de lo mencionado, en el caso juzgado, la posición de jefe de Logística y su capacidad para la disposición de fondos públicos por razón de su cargo lo constituyen como sujeto activo. No concurre un supuesto de ajenidad o imposibilidad de vinculación con los fondos públicos del ahora sentenciado.

- El cuestionamiento a la profesión de quien realizó la pericia con la que se determinó el perjuicio que padeció la administración pública tampoco es amparable, debido a que en el caso juzgado se evalúan compras de equipos de cómputo durante los años dos mil once y dos mil doce, y la pericia la efectuó un ingeniero informático, en la que evaluó comparativamente los precios de los equipos de cómputo adquiridos, aspecto para el cual no se exigen conocimientos especiales y, por ello, no se puede calificar como errada o inválida dicha tasación; tanto más si el tipo penal de peculado, normativamente, no exige la acreditación del perjuicio patrimonial del Estado, toda vez que este es intrínseco a la apropiación o empleo de bienes públicos con fines privados.

- 2.3. Sin embargo, a partir del hecho imputado a Ruiz Rodríguez se aprecia que se le atribuye haber efectuado compras sin la previa realización de un proceso de selección por montos dentro de los habrían sobrevalorado los bienes adquiridos, y es el exceso pago el monto del que se habría apropiado. Sin embargo, este supuesto no es subsumible en el tipo penal de peculado, dado que la apropiación de las sumas pagadas en exceso se habría producido luego de que la administración pública efectuó el desembolso a la esfera privada, esto es, a los proveedores de los equipos de cómputo como consecuencia de las compras irregulares. El Ministerio Público no imputa a Ruiz Rodríguez la apropiación del dinero previo con el que se adquirieron las computadoras ni la apropiación o uso de los equipos. Tal defecto en la calificación del hecho determina un defecto en la motivación, y así se declara.
- 2.4. La conducta imputada se subsumiría en el tipo penal de colusión, por cuanto el quebrantamiento de la obligación de convocar a los procesos de selección denotaría un afán de obtener beneficio indebido como consecuencia de una adquisición pública. Sin embargo, Ruiz Rodríguez fue absuelto por dicha calificación y tal declaración no fue impugnada, razón por la cual no corresponde ordenar un nuevo juicio y, en consecuencia, sin reenvío, se debe declarar su absolución por atipicidad de la imputación, conforme al inciso 2 del artículo 433 del NCPP.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación por vulneración a la garantía de motivación promovido por César Augusto Ruiz Rodríguez contra la sentencia emitida el veinte de noviembre de dos mil diecisiete por los señores jueces que integraron la Sala Descentralizada Mixta de Apelaciones de Jaén de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que entre otros extremos: **i)** confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a Ruiz Rodríguez como autor del delito contra la administración pública-peculado, **ii)** reformando la pena fijada, le impuso cuatro años de privación de la libertad e inhabilitación por el mismo periodo y **iii)** confirmó el monto fijado por concepto de reparación civil y la devolución de lo indebidamente apropiado; y, **SIN REENVÍO, REFORMÁNDOLA**, por atipicidad, lo absolvieron de la citada imputación por el delito y el agraviado mencionados.
- II. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta sede Suprema y su publicación en la página web del Poder Judicial.

III. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por periodo vacacional del señor juez supremo San Martín Castro.

S.S

FIGUEROA NAVARRO / PRÍNCIPE TRUJILLO / **SEQUEIROS VARGAS** / CHÁVEZ MELLA

PECULADO DE USO (ART. 388 DEL CP)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

EXP. A. V. N.° 14-2004
SALA PENAL ESPECIAL

SENTENCIA

Lima, veintidós de junio del dos mil once

VISTOS: En audiencia pública el proceso penal seguido por el delito de peculado de uso, en agravio del Estado, contra Jesús Luis Marca Fernández, de nacionalidad peruana, natural de Lima, nacido el día veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, de estado civil casado, con grado de instrucción superior, de ocupación abogado, hijo de José y Benita, domiciliado en la manzana “A - treinta y dos”, urbanización Laderas del Norte - Chimbote, y cuyas demás generales de ley obran en autos.

ANTECEDENTES

I.- Trámite observado

1. El presente proceso se originó en la denuncia formulada el doce de marzo del dos mil uno, por el entonces Administrador de la Corte Superior de Justicia del Santa, Robinson Fernández Fernández De La Torre, conforme es de verse de fojas uno.
2. Que, mediante resolución de la Fiscalía de la Nación número setecientos sesenta y siete - dos mil cuatro - MPO-FN, de fecha veintisiete de mayo del dos mil cuatro, se declaró fundada la investigación seguida contra Jesús Luis Marca Fernández y se dispuso el ejercicio de la acción penal como aparece de fojas mil ciento cincuenta.
3. Que, la Fiscalía Suprema en lo Contencioso Administrativo formuló denuncia penal el cinco de julio del dos mil cuatro, contra Jesús Luis Marca Fernández, ex-presidente de la Corte Superior de Justicia del Santa por los delitos de peculado de uso y malversación de fondos, en agravio del Estado, según se observa de fojas mil ciento sesenta y ocho.
4. El señor vocal instructor por auto de fecha diecinueve de julio del dos mil cuatro, abrió instrucción contra Jesús Luis Marca Fernández, por dichos delitos, dictando-

se mandato de comparecencia con restricciones, conforme se observa de fojas mil ciento setenta y tres.

5. Mediante resolución de fojas mi setecientos cuarenta y cuatro, su fecha veintitrés de enero del dos mil seis, la Vocalía de Instrucción, amplió el auto apertorio de instrucción para comprender al procesado por el delito de peculado doloso en agravio del Estado, tipificado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal.

6. El señor fiscal de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal mediante dictamen de fojas mil ochocientos dos, de fecha doce de julio del dos mil siete, formuló acusación sustancial contra el indicado imputado por los delitos de peculado doloso y peculado de uso y solicitó que se le imponga cuatro años de pena privativa de libertad e inhabilitación por tres años conforme al artículo treinta y seis, incisos uno y dos, concordante con el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal; del mismo modo, solicitó se le imponga diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado. En otro extremo de su dictamen, el fiscal supremo en lo penal opinó porque no hay mérito para pasar a juicio oral contra Jesús Luís Marca Fernández por el delito contra la administración pública, malversación de fondos en agravio del Estado.

7. La Sala Penal Especial a fojas mil ochocientos cincuenta, mediante resolución de fecha diecisiete de junio del dos mil ocho, declaró **NO HABER MÉRITO A PASAR A JUICIO ORAL** contra Jesús Luís Marca Fernández por delito de malversación de fondos en agravio del Estado, dispusieron el archivo definitivo de la presente causa en este extremo, y consentida o ejecutoriada que sea, se anulen los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado, extremo contra el cual no se presentó recurso impugnatorio alguno; asimismo, declaró **HABER MÉRITO PARA PASAR A JUICIO ORAL** contra Jesús Luís Marca Fernández como autor del delito contra la administración pública - peculado y peculado de uso, en agravio del Estado.

8. Desarrollado el acto oral conforme a las actas que corren en autos, se procedió a examinar al acusado, así como a los testigos, se oralizaron y sometieron a debate diversas piezas del proceso, empero, cuando el señor fiscal supremo en lo penal formuló su acusación oral esta solo comprendió al delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado de uso, en tanto, que en relación al delito de peculado doloso el representante del Ministerio Público antes mencionado retiró su acusación, extremo respecto al cual, la Sala Penal Especial lo declaró fundado; que luego de expuestos los alegatos del procurador público y de la defensa del acusado, cuyas conclusiones se tienen a la vista, así como escuchada la autodefensa del acusado, el estado del proceso es el de expedir sentencia.

II. Hechos y cargos

9. Refiere el señor representante del Ministerio Público en uno de sus extremos de su acusación escrita de fojas mil ochocientos dos, que el procesado Jesús Luís Marca Fernández cometió el delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado de uso, comprendido en el artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal, en agravio del Estado, toda vez, que en su condición de presidente de la Corte Superior de Justicia del Santa, con fecha veinticuatro de enero del dos mil uno, aproximadamente a las nueve y cuarenta y cinco de la noche, retiró un televisor, marca Sony de catorce pulgadas, con número de serie KV - catorce R veinte C, en compañía de su personal de seguridad y oficina, teniéndose conocimiento que dicho artefacto eléctrico reingresó al almacén de la Corte Superior de Justicia el doce de mayo del dos mil uno, conforme al acta de constatación de fojas veintiséis y acta de traslado de cuerpo del delito de fojas mil trece.

III. Diligencias actuadas relacionada al delito materia de la acusación fiscal

10. Durante la etapa preliminar y propiamente en la instrucción se recabaron las siguientes declaraciones que tienen estrecha relación respecto al objeto materia de acusación:

11. Rojas Montesquiú Guerrero Vicencio, al prestar su declaración ante la Oficina de Control de la Magistratura, en la investigación signada con el número cero noventa y cuatro - ciento treinta y uno - dos mil uno, conforme es de verse de fojas dieciséis, sostuvo que el presidente de la Corte Superior de Justicia del Santa —el ahora procesado—, abandonó la sede llevándose consigo un televisor a color, marca Sony, de catorce pulgadas, características que le fueron proporcionadas por el Administrador Robinson Fernández, dado que su persona no se encontraba facultado a identificar la marca y el modelo de dicho artefacto.

12. Robinson Fernández de La Torre, ex-jefe de la Oficina de Administración Distrital de la Corte Superior de Justicia del Santa, a fojas doce refiere haber presenciado como el presidente de la Corte Superior de Justicia, Jesús Marca Fernández, retiraba el televisor a su domicilio, habiendo ordenado al vigilante de la sede central que consigne la salida del bien en su cuaderno de ocurrencias, hecho que se produjo cuando el referido magistrado se encontraba en compañía de sus secretarías, Edith Huerta Valdez y Nelly Silva Quiroz.

13. Félix León Revilla al prestar su declaración testimonial, señala haber reparado el televisor al que hace referencia el representante del Ministerio Público en su acusación escrita.

14. Durante la etapa de instrucción también se logró recabar el acta de constatación y factura número cero noventa y nueve, obrante a fojas treinta y siete y novecientos

ochenta y tres, respectivamente; asimismo, con el acta de constatación de fojas veintiséis, se habría dejado constancia que el televisor en cuestión habría reingresado a las instalaciones del almacén de la Corte Superior de Justicia del Santa, el mismo que habría sido trasladado a la oficina de cuerpos del delito conforme se consignó en el acta de su propósito de fojas mil trece.

15. Que, el televisor a color, marca Sony, de catorce pulgada fue donado al Poder Judicial por la Superintendencia Nacional de Aduanas conforme es de verse del documento de fojas treinta y uno.

16. A fojas mil quinientos veintidós corre la declaración testimonial de Nelly Silva Quiroz, donde refirió que en circunstancias que se prestaba a retirar muy tarde de su centro de labores conjuntamente con Edith Huerta Valdez, no recordando la fecha exacta pero, pudo haber sido el veinticuatro de enero del dos mil uno, el presidente de la Corte se ofreció a llevarlas a su domicilio en la camioneta de la Corte, pudiéndose percatar de un bulto negro en la parte posterior, que por el tamaño pudo haberse tratado de un televisor.

17. A fojas mil quinientos treinta y cinco, corre la declaración testimonial de Rubén Eugenio Portilla Rodríguez, el mismo que ha sostenido que en su condición de ex-jefe del Área de Logística, constató que en el cuaderno de ocurrencias del vigilante, aparece registrado el retiro en horas de la noche, de un televisor por parte del entonces Presidente de la Corte Superior del Santa.

IV. Tesis planteada por el señor fiscal supremo en lo penal contra el acusado Jesús Luís Marca Fernández (Teoría del Caso)

18. Debe incidirse como regla general, que la consideración de prueba, en la que el Tribunal puede fundamentar su sentencia, es aquella practicada en el juicio oral, única fase, en principio, donde se respetan las garantías de jurisdiccionalidad, oralidad, contradicción, publicidad e inmediación¹. Que, en el contexto antes acotado, es que el Ministerio Público en su requisitoria oral al formular acusación en el extremo referido al delito de peculado de uso, refiere que en autos obran elementos de prueba suficientes, entre ellos:

- i) La declaración testimonial de Robinson Fernández de la Torre, administrador de dicha corte, quien ante la Oficina de Control Interno —testimonial debatida en este juicio oral— ha señalado que el procesado Marca Fernández autorizó la reparación del televisor de catorce pulgadas, marca SONY, el cual retiró de las instalaciones de la Corte Superior en la fecha indicada, habiendo ordenado

1 ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid: Marcial Pons, p. 253.

- el testigo— al vigilante Rojas Montesquiú Guerrero Vicencio que consigne la salida de dicho bien.
- ii) El encargado de administración, el economista Luís Miguel Arevalo Coral, en la diligencia de constatación también dio cuenta del retiro y devolución de dicho televisor.
 - iii) La testimonial del referido vigilante, Guerrero Vicencio, si bien en audiencia pública varió medianamente su versión, indicando que no puede precisar si el imputado retiró o no dicho televisor, es de precisar que esto se consignó en el denominado Cuaderno de Control de Salida de Bienes de la Corte; más aún, si cuando compareció ante esta Sala Especial no ha podido desvirtuar su versión primigenia, llegando a admitir que, en efecto, observó que el imputado conjuntamente con su seguridad, retiró en la camioneta de la presidencia, una caja grande.
 - iv) El testigo Rubén Eugenio Portilla Rodríguez, encargado del Área de Logística de la Corte Superior del Santa, también durante el proceso ha sostenido que en el cuaderno de vigilantes aparece registrado el retiro del televisor por parte del procesado.
 - v) El testigo Orlando Ochoa Antonio, en su condición de Cajero de la Corte Superior del Santa, durante el juicio oral ha indicado que el televisor materia de cuestionamiento fue entregado a presidencia luego de ser reparado, indicando que con dicho televisor existió problema debido a que salió de la corte y posteriormente ha sido devuelto.
 - vi) La testigo Nelly Silva Quiroz, ha señalado que el imputado le ofreció trasladarla a su domicilio en la camioneta de la presidencia, pudiendo apreciar que en el asiento posterior de la misma, se trasladaba un televisor.
 - vii) El procesado ha negado de manera sostenida la imputación, sosteniendo que la misma es una incriminación falsa de parte del ex- Administrador de la Corte, Robinson Fernández de la Torre, quien le habría tenido animadversión por haberle negado la confianza, tal alegación debe tomarse con reserva, pues existen elementos probatorios que la desvirtúan su inocencia; máxime, cuando de estas no se observa sentimiento espurio, de venganza o de animadversión que pudiera viciarlas o restarles credibilidad.
 - viii) Aun cuando la defensa del acusado, ha desconocido la existencia del televisor marca SONY, tal hecho que ha quedado debidamente acreditado en el juicio oral, sobre todo, con el acta de constatación que determina la existencia de dicho televisor, el mismo que fue devuelto el doce de mayo del dos mil uno.

V. Alegatos sostenidos por la parte civil

19. En relación a la acusación y en lo que respecta al delito de peculado de uso, solo les corresponde referirse a la reparación civil, extremo sobre el que no coincide con el representante del Ministerio Público, quien ha manifestado que el daño no ha sido mucho, sin tener en cuenta que el daño es contra la majestad del Poder Judicial que deposita su confianza en un funcionario público para que administre justicia, y aún cuando dicha confianza no puede cuantificar el dinero, por lo que, es de tenerse en cuenta la donosidad, el perjuicio causado y lo que ello representa para toda la colectividad, porque la sociedad confía en el Poder Judicial que debe estar representado por magistrados probos ya que se puede tratar de un televisor, de una máquina o de un lapicero, pero es la confianza del Poder Judicial depositada en una persona y esta persona tiene que actuar con probidad y buena fe, en tal sentido solicita una suma ascendente a cinco mil nuevos.

VI. Alegatos sostenidos por la defensa del acusado

20. La defensa alega que el Tribunal debe tener en cuenta para emitir una sentencia —condenatoria o absolutoria— aquellas que se han actuado íntegramente en el juicio oral; en tal sentido sostiene:

- i) La declaración de Robinson Fernández solo se llevó a nivel de la etapa administrativa, no ha sido llevada a cabo a nivel de la Vocalía de Instrucción, menos a nivel de juzgamiento, es decir, es un acto de investigación que no ha sido materia del contradictorio, lo cual no puede servir para condenar a una persona.
- ii) La testigo Edith Huerta Valdez afirma que no vio al acusado sacar un televisor y la defensa fue enfática, pues lo único que ha sostenido la testigo en referencia es lo que el Fiscal dijo en su requisitoria.
- iii) El testigo Guerrero Vicencio, ante la pregunta del fiscal si le consta el retiro del televisor, responde que no le consta; y aun cuando es consultado sobre la razón de su conducta, respondió que previo al registro en el cuaderno de ocurrencia, bajó al primer piso al administrador Robinson Fernández, quien le entrega un post-it y le dice que lo registre.
- iv) El testigo Jorge Luís Desposorio, durante el juicio oral ha señalado que el televisor que retiró para su reparación; así como la factura Lio'ns cero cero cero cero noventa y nueve del veintitrés de enero del dos mil uno, obrante a fojas novecientos ochenta, correspondían a un televisor PANASONIC, y no a uno de marca SONY.
- v) La defensa sostiene que la imputación contra el acusado se sostiene en que había retirado un televisor, empero, al respecto no existe ningún acta de incautación que demuestre que el televisor se haya encontrado en el domicilio del acusado.

vi) No puede dejar de observarse que la pena para el delito de peculado de uso es mínima, por el cual se solicita un año de pena privativa de libertad al no existir daño, mientras que en el extremo de la reparación civil únicamente se exige el pago de quinientos nuevos soles, sin tener en cuenta la proposición que hace la parte civil en pedir cinco mil nuevos soles.

21. El propio acusado al efectuar su autodefensa fundamentalmente sostiene que los hechos son consecuencia de la animadversión, odio y encono que surgió contra su persona, como consecuencia de las investigaciones que dispuso por las irregularidades que encontró al asumir la presidencia, todas las cuales reportó a la Gerencia General del Poder Judicial en su momento.

VII. Presupuestos del delito de peculado de uso

22. La conducta atribuida al acusado por el fiscal supremo en lo penal, como ya se ha sostenido está comprendida en el artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal, que dispone, “El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinado al servicio personal por razón del cargo”

23. La figura peruana de peculado de uso ha priorizado un ámbito específico de peculado por utilización que da cuenta de una generalizada práctica de uso infuncional de determinados bienes públicos observable en los más diversos niveles de la administración pública, sin que exista una explicación coherente del porque haya tenido que privilegiarse esta modalidad de peculado por utilización de modo que le asista una penalidad menor.

24. La norma penal busca garantizar el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal, por parte de los sujetos públicos

25. Cabe precisar, que el tipo penal no exige necesariamente relación funcional estricta con los vehículos, máquinas e instrumentos del Estado, bastando en varios supuestos que se hallen destinados al servicio en el ámbito de competencia de los funcionarios o servidores, obviamente, tal indicación no descarta que en determinadas hipótesis sea necesaria la relación funcional, sobre todo cuando los bienes específicos a los que alude la norma se hallan bajo la custodia directa del funcionario o servidor, quien

ejerce sobre los mismos actos de cuidado o vigilancia, o con palabras de la norma penal cuando se hallan bajo su guarda.

26. Son elementos materiales constitutivos del tipo penal: a) usar o permitir el uso; b) bienes pertenecientes a la administración pública; y c) fines ajenos al servicio.

27. Dado que la atribución contra el acusado está sustentada en el presunto uso de un televisor, la acusación del representante del Ministerio Público está supeditada a la primera de las modalidades antes mencionadas, esto es, “usar o permitir que otro use”. La frase usar o permitir que otro use está tomadas de su acepción usual, es decir, literal, sin que implique formalidad alguna: el usar, el servirse de la utilidad o ventaja, sin derecho o sin debida autorización, que brinda el vehículo, la máquina u otro instrumento de trabajo destinados al servicio oficial. Usar es un comportamiento activo en provecho o goce personal del sujeto activo o de terceros, siendo característica propia de esta figura penal, el hecho de que en la voluntad del sujeto activo no está la apropiación como objetivo sino el uso. El delito tiene que ser necesariamente doloso, la ley no ha previsto penalmente la distracción o uso ajeno al servicio de la naturaleza culposa.

28. El peculado de uso se basa en una práctica muy extendida en los ámbitos de la administración pública, que no por ello deja de ser arbitraria o anómala administrativamente, además de penalizada, empero, de conformidad con el artículo iv del título preliminar del Código Penal, la pena debe requerir necesariamente de lesividad o puesta en peligro del bien jurídico, siendo por ello entendible, lo solicitud de pena planteada por el representante del Ministerio Público, pues todo operador judicial al momento de evaluar los componentes del tipo penal y proponer o decidir el fallo, deberá merituar la trascendencia de la ofensividad para el bien jurídico tutelado y establecer mecanismos de atenuación del injusto.

29. La naturaleza del comportamiento es activo en el usar y omisivo en el dejar o permitir que otro use, por lo tanto, el delito es de simple actividad, es decir, el uso del bien consume el delito, no existiendo en el peculado de uso específico por parte del sujeto activo, voluntad de apropiación, ni es necesario acreditar que este actuó con ánimo de lucro, al no ser ello componente del tipo penal, menos aún demostrar que efectiva y contablemente obtuvo beneficio económico o de otra naturaleza, pues basta la utilización del bien público para fines no oficiales.

VIII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA APORTADA

30. Expuestos así los hechos toca a continuación efectuar el análisis del acervo probatorio antes reseñado a efectos de determinar las proposiciones tácticas que el Colegiado considera probadas, esto es, la verificación de los enunciados tácticos introducidos en el juicio oral a través de los medios de prueba, así como el reconoci-

miento a los mismos de un determinado valor y según el modelo que nos rige: libre valoración de la prueba, descartamos en este juicio la verdad absoluta —con todos los problemas epistemológico que tiene— y la valoración como actividad subjetiva; la valoración que incidimos es la que concibe como actividad racional con la elección de la hipótesis más probable entre diversas reconstrucciones de los hechos planteados². Desde esta perspectiva el Colegiado arriba a las siguientes proposiciones tácticas:

- i) Como prueba de la acusación sostenida por el fiscal supremo en lo penal contra el procesado Marca Fernández, está la declaración de Robinson Fernández de la Torre, administrador de dicha corte, el mismo que ha sido citado en innumerables oportunidades para que comparezca a la audiencia pública, la misma que resultó infructuosa, debido a que se encontraba fuera del país según lo han informado sus familiares y consta en las actas correspondientes.
- ii) El testigo en mención solo declaró ante la Oficina de Control Interno, lo que motivó a que su versión sea objeto de debate en el juicio oral al momento de realizarse la glosa de piezas, lo que por cierto revela la inexistencia del principio de contradicción como garantía de la etapa de juzgamiento y por ende su declaración no puede llevar a generar convicción en estas condiciones, debiendo incidirse sobre esta circunstancia, que el juicio oral a diferencia de la investigación policial o de la etapa de instrucción, la percepción y valoración de las pruebas conforme al criterio de conciencia produce un mérito distinto al proceso llevado a cabo solamente sobre pruebas escritas, pues el juicio oral es notablemente más rico y genera un acercamiento notorio a la verdad jurídica objetiva que es imposible conseguir con un procedimiento escrito, no obstante ello, los detalles que da acerca de los hechos pueden ser útiles para conocer cómo habrían ocurrido estos, sobre todo, cuando de dicha declaración consta que el entonces administrador señaló que ordenó al vigilante Rojas Montesquiu Guerrero Vicencio que consigne la salida de un televisor³.
- iii) En audiencia de fecha treinta de marzo del año dos mil once, compareció ante este Supremo Tribunal, el testigo Rojas Montesquiu Guerrero Vicencio, quien se desempeñaba en la fecha de los hechos como vigilante de la sede de la Corte Superior de Justicia del Santa, sostuvo que no se percató que el presidente de la Corte de ese entonces retiraba un televisor de la sede, que tal imputación no le consta, pues lo sucedido en dicha data es que el Administrador Robinson Fernández bajó al primer piso, en circunstancias que llenaba su cuaderno de ocurrencias, le entregó un *postit* donde habían anotaciones y le dijo que todo ello lo registre en su Cuaderno de Ocurrencias cuando salía el presidente, en

2 GASCON, Marina, *Los hechos en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, 199, p. 61.

3 ARMENTA DEU, *Lecciones de derechos procesal penal*, p. 253.

dicho *postit* constaba las características de un televisor, lo que hizo debido a que dicho administrador era su jefe inmediato; agrega, respecto a la razón que habría motivado la diferencia con la versión que dio ante las autoridades de control interno, que en dicha ocasión cuando vino en una visita judicial el doctor Chacón, lo conduce a una oficina en el segundo piso, en donde estaba el administrador, y ambos le indican “que tenía todo el derecho hasta de mentir”, pero el espíritu no era ese, sino decir solo la verdad, por lo que, en base a estas y otras palabras me sintió presionado, pero lo cierto es que anotó en ese libro una nota que el Administrador le entregó para registrarlo, por lo tanto, podemos colegir que no es que el testigo haya variado meridianamente su versión preliminar, sino que se ha justificado cuáles fueron las razones por las que consignó en el Cuaderno de Ocurrencias la salida de un bien, que en realidad no lo había visto físicamente, a lo que debe adicionarse, la justificación de sus versiones preliminares ante los órganos de control, respecto a que se habría sentido presionado por su Jefe inmediato superior, perdiendo así fuerza probatoria la prueba de cargo ofrecida por el Ministerio Público.

- iv) Que por lo demás, la testigo Edith Maribel Huerta Valdez, quien también compareció a la etapa de juzgamiento, la misma que se desempeñaba como secretaria de la Presidencia de la Corte de Justicia del Santa en la fecha de los hechos, al declarar sobre el retiro de un televisor de la sede de la Corte, una vez más sostuvo que se acuerda de tal situación, porque el magistrado Contralor del OCMA en su interrogatorio fue un tanto fuerte y muy insistente acerca de la salida de dicho bien, sin embargo, en todo momento negó haber observado la salida de dicho televisor; aún más, señala que a la Presidencia de la Corte no se había asignado un televisor, aclarando, que eso es lo que recuerda debido a los años transcurridos.
- v) Posteriormente, en sesión de audiencia pública de fecha trece de abril del presente año, compareció la testigo Nelly Silva Quiroz, ofrecida como prueba de cargo por el representante del Ministerio Público, quien se desempeñó como asistente de presidencia en la fecha en que ocurrieron los hechos y quien ha sostenido textualmente, que con exactitud no ha visto físicamente un televisor, sino un bulto, que estaba en la parte posterior de la camioneta, cuyas dimensiones no puede precisar debido a que estaba ubicado en una parte oscura; aclara respecto a la versión que pudo haber dado ante Control Interno, que sinceramente no recuerda haber mencionado en dicho órgano contralor, que en la fecha en cuestión se retiró un televisor de la sede de la presidencia; aún más, ante las preguntas formuladas por el abogado defensor, sobre qué explicación tendrían en relación a la variación de sus versiones, contestó que el doctor Chacón, investigador del OCMA en ese entonces, era enérgico, muy incisivo

en ponerme las palabras en la boca, y que este leyó un papel que según él era la declaración de su compañera Edith Huerta, y que ella había declarado en determinado sentido y que si no declaraba de manera similar estaba incurriendo en un delito al proteger a un Magistrado, entonces fue una manera de aceptar lo que dicho funcionario le indicaba al sentirse presionada. Por lo antes acotado, podemos inferir que dos son los testigos que refieren no haber declarado a nivel preliminar con la libertad que corresponde a un debido proceso, que como ya se ha sostenido solo puede garantizarlo un juicio oral, donde la inmediación y la contradicción constituyen los pilares de dicha etapa procesal.

- vi) Que, en la misma sesión de audiencia pública compareció la testigo Jorge Luis Desposorio Castillo, ofrecida como prueba de cargo por el representante del Ministerio Público, quien señaló haberse encargado del área de logística, esto es, control del patrimonio, almacén y servicios, este agregó, en relación al bien supuestamente utilizado indebidamente por el acusado, que la Presidencia de la Corte del Santa tuvo desde su inicio un televisor marca Panasonic, posteriormente en el año noventa y nueve o dos mil, Aduanas dona un televisor SONY de catorce pulgadas, unos ventiladores y un equipo de sonido y que a pedido del señor Administrador se mandó a reparar a una empresa, el televisor marca Panasonic, de veinticuatro pulgadas, porque este no prendía; asimismo, cuando es consultado por la factura correspondiente al servicio técnico, dicho testigo responde que está en duda si fue la factura, ya que es difícil que el cajero me pase un televisor Sony por Panasonic, tendría que pedir la documentación que quedó porque esto sale con una orden de servicios, y en esta orden se detalla exactamente; agrega, que estaría en duda ya que si dice Sony es difícil que me digan que es por Panasonic y como encargado de logística de esos años y a la fecha también he pasado por logística, nadie le pagaría una factura de Sony por Panasonic, porque los controles de puerta y los controles de las órdenes en contabilidad tienen que coincidir, acá dice SONY y no es Panasonic; concluye indicando, que el único televisor Panasonic que se tuvo, y son conocedores la mayoría del personal de la Corte del Santa, es uno de veinticuatro pulgadas y fue este televisor que el Administrador de la Corte le ordenó que lo sacara, esto está consignado en los inventarios y se lo hice saber al doctor Chacón, que al parecer era jefe del órgano contralor en ese entonces, siendo insistente en manifestarle que el televisor Panasonic siempre estuvo asignado a Presidencia y el SONY a la administración y este último estuvo en administración cuando lo interrogó el doctor Chacón, consecuentemente, de esta última ^ declaración surgen serias dudas sobre la atribución formulada por el j representante del Ministerio Público, en el sentido que se habría retirado el televisor SONY de

la sede del Santa para uso personal conforme lo sostuvo en su acusación fiscal y en su requisitoria oral.

IX. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

31. El derecho a la presunción de inocencia forma parte del bloque constitucional de derechos, porque está asegurado y garantizado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tales derechos, de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, constituyen límites a la soberanía, debiendo ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado.

32. El derecho a la presunción de inocencia constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del Tribunal competente, independiente e imparcial preestablecido por ley, mientras tal presunción no se pierda o destruya por la formación de la convicción del órgano jurisdiccional a través de la prueba objetiva, sobre la participación culpable del acusado en los hechos constitutivos de delito, ya sea como autor, cómplice o encubridor, condenándolo por ello a través de una sentencia firme fundada, congruente y ajustada a las fuentes del derecho vigentes.

33. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías que no perturba la persecución penal, pero sí la racionaliza y encausa. Así la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezcan la carga al imputado de probar su inocencia. El principio de inocencia busca evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculcado, sin una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, como asimismo obliga a determinar la responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y acorde a las fuentes del derecho vigentes. En este sentido, se ha estructurado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha determinado que “El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella la prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”⁴.

34. En buena cuenta, la presunción de inocencia implica durante el proceso penal que será el Fiscal el que tenga la carga de la prueba sobre la existencia del hecho y

4 Vid. LANDA ARROYO, César, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima: Palestra, 2005, p. 402. Caso *Benavides vs. Perú*, fundamento 120.

su carácter delictivo. Al respecto el jurista Alberto BINDER señala que “Lo cierto e importante es que el imputado no tiene que probar su inocencia, tarea que en todo momento le corresponde a los órganos de persecución penal. Se debe insistir en esta idea, aunque parezca obvia, porque es una garantía de trascendental importancia política: ella marca, muchas veces, el límite tras el cual comienza a gestarse una sociedad represiva, en la que cada ciudadano es sospechoso de algo”⁵.

35. Que en el contexto antes acotado, podemos sostener que no existe en rigor prueba fehaciente que acredite la responsabilidad del acusado en el delito imputado, resultando de aplicación los alcances del artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, así como el literal “e”, del inciso vigésimo cuarto del artículo segundo de la Constitución Política del Estado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la Nación y con el criterio de conciencia que la ley autoriza, los señores jueces de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República;

FALLAN

- I. **ABSOLVIENDO** de la acusación fiscal formulada contra el acusado Jesús Luís Marca Fernández del proceso penal seguido en su contra como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado de uso, en agravio del Estado.
- II. **MANDARON** que una vez consentida y/o Ejecutoriada que sea la presente sentencia, se anulen los antecedentes policiales y judiciales del acusado, que se haya generado con motivo del presente juzgamiento, oficiándose a las autoridades correspondientes; y se archive el proceso, con aviso al juez de origen.

Hágase saber en audiencia pública y tómese razón donde corresponda.

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO / PARIONA PASTRANA / NEYRA FLORES

5 BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2.ª ed., 2.ª reimp., Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, p. 128..

COHECHO PASIVO IMPROPIO (ART. 394 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA PENAL ESPECIAL****EXP. N.º A.V.05-2002****SENTENCIA**

Lima, primero de febrero del dos mil doce.

VISTOS; en audiencia oral y pública, el juzgamiento incoado contra Edilberto Canales Pillaca y Jorge Victor Polack Merel, acusados por los delitos contra la Administración Pública en la modalidad de cohecho pasivo impropio y receptación, en perjuicio del Estado.

Composición:

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, está constituido por los Jueces Supremos Señores Josue Pariona Pastrana —presidente y director de debates—, Hugo Principe Trujillo —como segundo juez— y la señorita Ines Villa Bonilla —como tercera juez—. Su conformación tiene como fundamento normativo los artículos ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, artículo treinta y cuatro, inciso cuatro del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo diez y once del Código de Procedimientos Penales.

1. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS ACUSADOS

1.- Edilberto Canales Pillaca, identificado con documento nacional de identidad número veintiún millones cuatrocientos tres mil ciento setenta y siete, natural de Ica, departamento de Ica, nacido el doce de junio del año mil novecientos cuarenta y cuatro, de estado civil casado, con seis hijos, con grade de instrucción superior, ocupación administrador, con domicilio en el Jirón Piura número quinientos sesenta, distrito de Miraflores, cuyas generales de ley obran en autos.

2.- Jorge Victor Polack Merel, identificado con documento nacional de identidad número cero ocho millones doscientos sesenta y ocho mil trescientos cuarenta y cuatro, natural de Lima, provincia de Lima, departamento de Lima, nacido el cuatro de mayo del año dos mil novecientos cuarenta y ocho, de estado civil casado, con dos hijos, con grado de instrucción superior, ocupación empresario, con domicilio

en Daniel Olaechea número doscientos veinticinco distrito de Jesús María, cuyas generales de ley obran en autos.

2. PROCESO

A. DERECHOS DE LOS PROCESADOS

Durante la realización del juicio oral, iniciado el diecisiete de julio del dos mil once, se ha observado los derechos de los acusados al debido proceso y a la tutela jurisdiccional establecidos por la Constitución Política del Estado Peruano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás pactos de naturaleza análoga en los que el Perú es parte así como los contemplados en las leyes penales y procesales que rigen el presente proceso seguido en la vía ordinaria. Asimismo es de anotar que en la sesión de audiencia del diecinueve de julio del dos mil once (folio treinta y ocho mil noventa y dos) se les exhortó a los acusados para que previa consulta con su defensa técnica evalúen la posibilidad de acogerse a la conclusión anticipada del proceso, manifestando cada uno a su turno, que son inocente de las acusaciones formuladas por el representante del Ministerio Público.

3. ITINERARIO DEL PROCESO.

a.- Mediante sentencia obrante de fojas treinta y seis mil novecientos cincuenta y tres (tomo ciento once), su fecha tres de junio del dos mil ocho, se **absolvió** a Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, Edilberto Canales Pillaca, Jorge Víctor Polack Merel, José Luis Elías Ávalos, Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, Jorge D'Acunha Cuervas, José León Luna Gálvez, Guido Carlos Pennano Allisón y María del Milagro Huamán Lu, de los delitos contra la Administración Pública —cohecho pasivo impropio— y contra el patrimonio —receptación— en agravio del Estado; asimismo a Víctor Dionisio Joy Way Rojas, Luz Filomena Salgado Rubianes y María del Carmen Lozada Rondon de Gamboa del delito contra el patrimonio —receptación— en agravio del Estado; y, **condenó** por unanimidad a Waldo Enrique Ríos Salcedo, Roger Luis Cáceres Pérez, Gregorio Ticona Gómez y Antonio Palomo Orefice, por los delito contra la Administración Pública —cohecho pasivo impropio— en agravio del Estado, y por mayoría por el delito contra el patrimonio —receptación— en agravio del Estado, imponiéndoles pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente y bajo reglas de conductas e inhabilitación y se fijó en la suma de cien mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar en forma solidaria los condenados.

b.- Por Ejecutoria Suprema de fecha cuatro de mayo del dos mil nueve, se declaró **no haber nulidad** en la precitada sentencia, en el extremo que condenó por unanimidad a Waldo Enrique Ríos Salcedo, Roger Luis Cáceres Pérez, Gregorio Ticona Gómez y

Antonio Palomo Orefice, como autores de los delitos de cohecho pasivo impropio, en agravio del Estado; y por mayoría por el delito de receptación, en agravio del Estado; asimismo, se declaró **no haber nulidad** en el extremo de la sentencia que absolvió por unanimidad de la acusación fiscal Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, José Luis Elías Ávalos, Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, Jorge D'Acunha Cuervas, José León Luna Gálvez, Guido Carlos Pennano Allisón y María del Milagro Huamán Lu, de los delitos contra la Administración Pública —cohecho pasivo impropio— y contra el patrimonio —receptación— en agravio del Estado; y, a Víctor Dionisio Joy Way Rojas, Luz Filomena Salgado Rubianes y María del Carmen Lozada Rondon de Gamboa del delito contra el patrimonio —receptación— en agravio del Estado; y, declaró nula en el extremo que absolvió por unanimidad a Edilberto Canales Pillaca y Jorge Víctor Polack Merel de los delitos contra la administración pública —cohecho pasivo impropio—, en agravio del Estado; y contra el patrimonio —receptación— en agravio del Estado; y mandaron que en este último extremo se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado y emita nuevo pronunciamiento.

c.- Cabe precisar que el nuevo juzgamiento se llevó a cabo en audiencia pública con sesiones continuadas, en la forma y modo que aparecen en las actas de su propósito donde se procedió a examinar a los acusados, así como a los testigos, se oralizaron y se sometieron a debate diversas piezas del proceso, se escuchó las requisitoria oral del Ministerio Público, así como los alegatos del procurador público y de la defensa de los acusados, cuyas conclusiones se tienen a la vista, y de la autodefensa de los acusados, por lo que el estado del proceso es de expedir sentencia.

4. HECHOS SUSTENTATORIOS DE LA ACUSACIÓN FISCAL

Los hechos que sustentan la pretensión del representante del Ministerio Público en relación a los delitos materia de acusación escrita de fojas veintinueve mil ciento noventa y tres a veintinueve mil doscientos noventa del tomo noventa y seis, ratificado en su requisitoria oral son los siguientes.

5. MARCO GENERAL DE LA IMPUTACIÓN

De las investigaciones realizadas por el Congreso de la República y remitidas al despacho de la Fiscalía de la Nación se afirma lo siguiente:

a) Se imputa al expresidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, el hecho de que conjuntamente con su asesor y a la vez asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos Torres, haber diseñado, planificado y dirigido el denominado “Plan de Reclutamiento”, con el objetivo central de tener a cualquier costo, una “mayoría” parlamentaria, que se sometiera a los designios del Poder Ejecutivo, y que pudiera servir para controlar las actividades del Congreso de la

República para de esta manera impedir la labor de fiscalización que le corresponde al Poder Legislativo.

b) Precisa, que es así como los excongresistas Roger Luis Cáceres Pérez (ya sentenciado), Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, María del Milagro Huamán Lu, Waldo Enrique Ríos Salcedo, Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, Jorge D'Acunha Cuervas, José Luis Elías Ávalos, Jorge Víctor Polack Merel, Antonio Palomo Orefice, Edilberto Canales Pillaca, Guido Carlos Pennano Allisón y José León Luna Gálvez (ya absueltos), recibieron de parte del ex asesor presidencial diversas sumas de dinero, para que abandonen sus bancadas congresales de origen, por los cuales resultaron elegidos a cambio de recibir sumas de dinero, se integraran a las filas de la bancada oficialista del régimen presidido por Alberto Fujimori Fujimori y actuaron conforme a las instrucciones que les impartió Montesinos Torres, parlamentarios a los que se denominó congresistas tránsfugas.

c) Asimismo, que en dicha negociación en la mayoría de los casos, los Congresistas tránsfugas, suscribieron tres documentos: a) Carta de Renuncia a su partido de origen; b) Carta de afiliación o sujeción al partido de gobierno o carta de “Compromiso para apoyar al régimen de Fujimori Fujimori”; y c) Finalmente, un recibo por el dinero entregado, cantidad que recibían mensualmente de manos de Montesinos Torres.

d) Por ello, este Colegiado, analizará la participación de los procesados Jorge Víctor Polack Merel y Edilberto Canales Pillaca, por cuanto mediante Ejecutoria Suprema de fecha cuatro de mayo del dos mil nueve, se declaró nula la sentencia recurrida en el extremo que los absolvía de los cargos formulados por el Ministerio Público; y, mandaron que en este último extremo se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado y emita nuevo pronunciamiento.

6. IMPUTACIONES CONCRETAS

a) La acusación se sustenta en lo ya relatado y según el Ministerio Público que en la relación de “Congresistas tránsfugas”, figuraba el procesado Edilberto Anales Pillaca, quien abandonó su agrupación partidaria de origen “Perú Posible”, de abierta oposición, al gobierno de Fujimori, para integrarse a la agrupación congresal de la “Alianza Perú 2000”; cambio de bancada política que siguió el procedimiento que se aplicó en los casos anteriores, esto es Canales Pillaca, negoció y llegó a acuerdos con Montesinos Torres, en la reunión que sostuvieron en la sede del Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde suscribió los documentos que se preparaban en dicha sede, esto es, firmó un documento de adhesión, renunciando a la lista de “Perú Posible”, concurriendo al Servicio de Inteligencia Nacional en varias oportunidades, conforme relata en su instructiva relé fojas catorce mil noventa y cuatro (tomo cuarenta y nueve); negando haber recibido dinero por el cambio de su ubicación

política; afirmación rebatida por la testigo, Matilde Pinchi Pinchi, en su declaración de fojas quince mil doscientos uno [tomo cincuenta y cuatro], en la que sostuvo que Canales Pillaca concurrió al Servicio de Inteligencia donde se le pago diez mil dólares americanos; suma que se repetía mensualmente hasta el mes de setiembre del año dos mil, en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional e incluso precisó dicho testigo que el procesado acostumbraba concurrir a cobrar su pago mensual en horas de la tarde (fojas quince mil doscientos dieciocho); a lo cual debe agregarse la declaración de Merino Bartet, quien sostiene que elaboró en el Servicio de Inteligencia Nacional los tres documentos relacionados al cambio de bancada política del referido procesado Canales Pillaca, en su testimonial de fojas catorce mil setecientos cuarenta y dos (tomo cincuenta y dos) y en su declaración ante el Congreso a folios cuatro mil ochocientos ochenta (tomo diecisiete); asimismo exigió favores personales, como es la resolución de sus conflictos judiciales, ello según lo relata Pedro Arzaces Huertas Caballero, en su testimonial de folios catorce mil setecientos treinta a catorce mil setecientos treinta y ocho (tomo Cincuenta y dos). En este caso fue en la sede del Servicio de Inteligencia Nacional donde Canales Pillaca suscribió la carta de renuncia a su partido de origen y la solicitud de afiliación al partido oficialista Perú 2000, percibiendo a cambio un beneficio pecuniario de diez mil dólares americanos, suma que se repitió mensualmente hasta el mes de setiembre del dos mil.

b) Por otro lado, señala el Ministerio Público que se imputa como un caso especial de resaltar la participación del procesado Jorge Víctor Polack Merel, contactado y reclutado por Oscar López Meneses, y lo condujo a las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional, para entrevistarse con Vladimiro Montesinos Torres, con quien negoció su adhesión al grupo parlamentario oficialista “Perú dos mil”, a cambio de la suma de veinte mil dólares americanos y un pago mensual de diez mil dólares americanos. Asimismo, se le atribuye que recibió otras sumas de dinero, y por tanto sus visitas al Servicio de Inteligencia Nacional se hicieron cada vez más frecuentes, y por ende también periódicas eran las cifras de dinero que recibía: doscientos cincuenta mil dólares americanos ciento sesenta mil dólares americanos, cifra esta última que solicitó para “equiparar” sus oficinas; entrega de dinero que se materializó en el despacho de la Jefatura del Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde se filmó la reunión entre Kouri-Montesinos e incluso doña Matilde Pinchi Pinchi testificó que vio el video que registro dicha entrega de dinero y archivó los recibos que acreditan tal hecho, conforme consta a fojas catorce mil doscientos (tomo cincuenta y cuatro) y en la diligencia de confrontación de fojas veintidós mil cuatrocientos cincuenta y cinco (tomo setenta y nueve).

c) Por último, se sostiene que los hechos fueron corroborados y relatados al detalle por Matilde Pinchi Pinchi, precisando que vio muchas veces a los procesados Polack Merel y Canales Pillaca e incluso le consta que existe un video que se evidencia sus

visitas reiteradas al Servicio de Inteligencia Nacional. Resaltando que el procesado Jorge Polack Merel, terminó por reconocer los dos documentos que en original obran a fojas veintidós mil ochocientos dieciocho y veintidós mil ochocientos diecinueve (“Compromiso de Honor” y “Solicitud de Adhesión”, del tomo ochenta y uno), sosteniendo que los suscribió en su oficina y no en el Servicio de Inteligencia Nacional, como todo apunta a sostenerse, en realidad ocurrió.

Delimitación de cargos

7. La Fiscalía en su acusación oral (sesión de inicio de audiencia pública del ocho de julio del dos mil once) definió los alcances preliminares de su acusación, en base a la cual se concretó el curso del juicio, habiendo introducido el relato táctico que configurarían los delitos de cohecho pasivo impropio y receptación, a saber:

“Se imputa a los acusados Edilberto Canales Pillaca y Jorge Polack Merel haber sido objeto de reclutamiento por parte de Vladimiro Montesinos Torres para que ellos dejaran las bancadas por las que habían sido elegidos al Congreso a mediados del año dos mil, y se pasaron a la bancada oficialistas en ese momento, o sea al partido político de Alberto Fujimori Fujimori, y esto a cambio de una compensación económica que ya ha sido detallada profusa y puntillosamente por parte del señor procurador; y esta recepción de dinero se dio en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional conforme a las testimoniales que también ha referido el representante de la parte civil al momento de sustentar la demostración de su daño económico; en esta medida también el Ministerio Público desea hacer presente lo siguiente, se ha hallado de parte de un Recurso de Nulidad de la Procuraduría en una estación anterior en este proceso penal, que hubo una contradicción lógica en el Colegiado que emitió la anterior sentencia, y esta falta de congruencia lógica es exactamente los mismos argumentos que permitieron la condena de los otros procesados y que el anterior Colegiado desechó diciendo que hacían insuficiencia probatoria; entonces tenemos un panorama que se desprende de los autos en los cuales los señores acusados admiten haber sido elegidos para el Congreso el año dos mil, que teóricamente iba a tener vigencia hasta el año dos mil cinco, por agrupaciones distintas al partido político oficialista en ese momento; ambos admiten haber pasado a integrar las filas del partido oficialistas y que en ciertos momentos acudieron a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, para lo que niegan —y en esto las teorías del caso de la defensa y del Ministerio Público se apartan— es que lo que haya causado este cambio de afiliación política fue por una compensación de índole económica; y sobre esto ello ha sido valorado por el anterior Colegiado, al momento de resolver la situación jurídica de los anteriores procesados, que halló en ello materia de condena, y sorprendentemente no hizo lo mismo con los señores acusados, y esto ha sido objeto de una nulidad de parte de la Sala Suprema, en tal sentido el Ministerio

Público considera que es altamente probable que en este proceso se expida una sentencia condenatoria por la razón que expresa, ya que no hay otro factor que estos testimonios, y estas declaraciones no han sido objeto de nulidad, no se ha declarado la nulidad de la condena de los acusados aquí presentes, se ha hallado que era correcta la actividad de prueba indiciaria, testimonial, y sobre esa base hubo condena ratificada por la Corte Suprema, como lo señaló la Procuraduría en su recurso de nulidad argumentando “a misma razón el mismo derecho” tendría que suceder lo mismo en el caso de los señores procesados”.

8.- Posteriormente, en su requisitoria oral definió y delimitó los cargos en contra de los acusados Edilberto Canales Pillaca y Jorge Polack Merel en los términos que a continuación se detallan concretamente:

“Respecto al señor Edilberto Canales Pillaca el Ministerio Público ya sea por reconocimiento del propio acusado, y en su cargo por las actuaciones probatorias realizadas ha quedado establecido luego de la etapa del juicio oral que dicha persona fue elegido congresista por la agrupación política “Perú Posible”, en abril del dos mil, a la cual renunció para luego adscribir a “Perú dos mil”, bancada que ostentaba el Poder Ejecutivo fruto de esas elecciones. Agrega que ha visitado en varias ocasiones las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, así lo manifiestan en las declaraciones originarias de Matilde Pinchi Pinchi, Wilbert Ramos Viera, Rafael Merino Agüero, este último incluso señaló que el acusado Edilberto Canales Pillaca fue a entrevistarse con Montesinos Torres; luego hay la sindicación que a este se le llegó a pagar la suma de diez mil dólares mensuales entre junio y setiembre del dos mil, y sobre esto ha incidido la declaración originaria de Matilde Pinchi Pinchi, y un elemento circunstancial e indiciario, y es que el señor Merino Bartet en su declaración originaria señala que llegó a preparar un recibo para el acusado, recibo que si lo firmaba el señor Canales Pillaca iba a acreditar la recepción de este dinero, agregando que en su declaración originaria la señora Matilde Pinchi señaló que Montesinos Torres poseía un folder y documentos con datos del señor Canales Pillaca, dentro del cual estaba su carta de renuncia a su grupo parlamentario originario, su adhesión al grupo político oficialista y su compromiso de honor de adscribirse a dicha agrupación. Con relación al señor Jorge Víctor Polack Merel, sostiene también que él fue elegido en las mismas elecciones generales del año dos mil como congresista por la agrupación política “Solidaridad Nacional”, e igualmente renunció a ese grupo político y se adscribió a “Perú dos mil” para lo cual firmó dos documentos en tal sentido. Así también respecto al señor Polack Merel hay una concurrencia reiterada al Servicio de Inteligencia Nacional, y las declaraciones obrantes en autos de los testigos Mérito Bartet, Huertas Caballero, Arce Guerrero, quien incluso lo vio en una reunión con el señor Montesinos Torres y Alberto Kouri, si también tenemos las declaraciones de Matilde Pinchi Pinchi, Mario Rafael Ruiz güero, donde se declara incluso que fue el señor López Meneses quien lo llevó al señor Polack Merel a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional para contactarlo con Montesinos Torres. Adicionalmente está la recepción de las cantidades ascendentes a doscientos cincuenta mil y ciento sesenta mil dólares

americanos, suma última que habría pedido para equipar sus oficinas, hecho que es señalado en la declaración originaria de Matilde Pinchi Pinchi, que incluso fue objeto de confrontación, en la cual se ratificó esta sindicación. Por último, desarrolla algunas consideraciones jurídicas aplicables en común a ambos encausados, para luego indicar que estas mismas líneas de declaraciones de los testigos que han declarado en el juicio oral sobre los mismos hechos, en este mismo contexto, con las mismas circunstancias ya han sido valoradas por otro Colegiado al emitir condena sobre Waldo Enrique Ríos Salcedo, Roger Luis Cáceres Peres, Gregorio Ticona Gómez y Antonio Palomo Orefice —la sentencia del tres de junio del dos mil ocho, que fue confirmada por la Ejecutoria Suprema del cuatro de mayo del dos mil nueve— pero hay un hecho significativo, y es que hay una ‘contraposición en la valorización que hizo el Colegiado anterior sobre los condenados; por ello esta contraposición ha sido descartada y ha sido objeto de una sanción de nulidad por parte de la Ejecutoria Suprema; por tanto esta declaratoria de nulidad de la Corte Suprema nos indica que el hecho de haber hallado esta contraposición y el haber confirmado las condenas de Ríos Salcedo, Cáceres Pérez, Ticona Gómez y Palomo Orefice, que el razonamiento concreto aplicable consiste en valorar esta pruebas en el mismo sentido que se hizo para los condenados”.

9. ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA INSTRUCCIÓN Y JUICIO ORAL

Que, este Superior Colegiado emitirá su pronunciamiento en torno a los parámetros establecidos en la acusación fiscal de fojas veintinueve mil ciento noventa y tres a veintinueve mil doscientos noventa del tomo noventa y seis, y la requisitoria oral respetando de esta manera los derechos procesales que la “Constitución Política del Estado y la ley garantizan a los acusados, más aún, si en ello reside la garantía de que toda persona en la que recae un cargo incriminatorio pueda orientar su defensa a partir de argumentos específicamente dirigidos a neutralizar dichas imputaciones, lo cual, no es obstáculo para que se valore referencialmente otras circunstancias manifiestamente relevantes sobre la conducta de los acusados. Por ello en atención a lo señalado en el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, que la sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción, se detalla lo siguiente:

10. DE LA DECLARACIÓN DE LOS PROCESADOS

a) Del acusado Jorge Víctor Polack Merel, durante el juicio oral en las sesiones de audiencia de fechas veintidós de julio y dos de agosto del dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil noventa y cinco a treinta y ocho mil ciento diez y treinta y ocho mil ciento trece a treinta y ocho mil ciento veinte y cuatro, sustancialmente ha sostenido lo siguiente: (i) Fue elegido congresista de la República por el partido “Solidaridad Nacional” en las elecciones del nueve de abril del dos mil, se aparta

porque dicho partido político estaba desapareciendo prácticamente de la escena política y que por esa razón el día seis de julio del mismo año, envía una carta a Castañeda Lossio donde le manifestó que si no convoca a los congresistas se apartaría del movimiento, lo que efectivamente ocurrió el once de julio y recepcionada al día siguiente, la prensa se entera el diecisiete de julio saliendo la noticia en los diarios *El Comercio* y *La República* y se vuelve independiente. (ii) Luego de dicha renuncia no tenía comunicación con “Perú dos mil”, pero es tentado por varios partidos políticos, entre ellos, “Perú dos mil”, recibiendo la propuesta por parte de Oscar López Meneses, quien le fue presentado por Luis Gonzales Posada en una ceremonia; de ahí se hicieron amigos y luego se encontraron en el CAEM, donde estudiaron un año, y como él era hijo político del general Malca, de ahí era la relación que López Meneses tenía con Montesinos Torres, (iii) Añade que cuando habló con Oscar López Meneses, sobre su eventual incorporación al partido de gobierno, le señaló que al filiarse a “Perú dos mil”, exigió que sus condiciones eran, que se respete su libertad de expresión, pues se hablaba mucho que se les manejaba por beeper, y que se le debía considerar en la Comisión de Relaciones Exteriores, ya que veía que era la única Comisión con la cual podía tomar contacto con organismos internacionales, pues mantenía una lucha contra una persona que en ese momento estaba detenida por tráfico ilícito de drogas, ya que pensó que desde esa posición podría tomar contacto con organismos internacionales y continuar su lucha contra el narcotráfico, tarea que habría emprendido mucho años atrás, llegando a integrar la vicepresidencia de dicha comisión, agrega que su pase al oficialismo se formalizó después del diecisiete de julio. Respecto a las dos cartas que firmó manifestó que al leerlas no le encuentra absolutamente ningún delito, no hay nada, en las cartas no se dice que va a conseguir un beneficio económico, pero si hay alguna duda, los puestos en las comisiones son *ad honorem*, es parte del trabajo parlamentario, no se gana con eso, o sea que no hay nada que se pueda ganar con esas cartas que él mismo las presentó en el anterior juicio, desprendiéndose de las originales para dárselos a López Meneses y él las llevó donde Montesinos Torres, de quién tenía referencia era el asesor principal del presidente de la República. Posteriormente concurre al Servicio de Inteligencia Nacional se entrevistó con Montesinos Torres en una sola oportunidad, pero encontrándose presente López Meneses, donde se habló de política en general, ya que aplaude lo que está bien y critica lo que está mal, pero nunca recibió de Montesinos Torres alguna indicación de cómo el grupo iba a tomar decisiones, puesto que las mismas se discutían en el “plenito”, que se realiza en un salón del Congreso o a veces en el Servicio de Inteligencia Nacional, (iv) Refiere que cuando concurría al Servicio de Inteligencia Nacional, era recibido por los capitanes Mario Ruiz Agüero y Wilbert Ramos Viera, siendo llevado a una salita de espera, pero que no conoce a la señora Matilde Pinchi Pinchi, quien miente sobre las imputaciones que le for-

mula en su contra; tampoco conoce a Huertas Caballero y Merino Bartet. Respecto a su situación económica, afirma que tiene deudas aunque no son tan grandes, no tiene bienes propios sino de sociedad y presas, que las transferencias de acciones de radio “Libertad” fue posterior del año dos mil dos, pero no está seguro; señala que cuando se reunió con Vladimiro Montesinos y López Meneses, no hubo ofrecimiento de ninguna índole, puesto que ya había firmado las cartas, no se insinuó cumplir función alguna, puesto dentro de la bancada lo único que quería era cumplir como congresista, habiéndose reunido con la bancada oficialista numerosas veces, incluso en su casa hubo una reunión social, la cual fue pagada con su peculio y que Vladimiro Montesinos Torres nunca le ofreció o insinuó pagos de dinero. (v) Se afilió a la agrupación de “Perú dos mil” porque era en la que sus proyectos iban a caminar, porque en las otras por más que luche no tenían votación. Agrega que en la conversación con Montesinos Torres nunca se tocó ningún tema al trabajo congresal, solo era para conocerlo personalmente, ya que en ese momento trabajaba en “Radio Libertad” que era crítico duro al gobierno, lo que llevó incluso a tener confrontaciones contra otra gente, pero nunca cambió la línea radial. En cuanto a lo manifestado por Matilde Pinchi, de haberse beneficiado con resolución de procesos judiciales ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, es mentira, ya que problemas judiciales sí tenía, los que se resolvieron unos en el año dos mil cuatro, otros el dos mil seis, inclusive en el dos mil siete, posteriores a cuando estuvo en política, pero ninguno fueron \solucionados o archivados durante su período congresal; además, en autos existe prueba que Matilde Pinchi miente, ya que ella dijo ante la Fiscalía que en el Congreso mintió porque no se sentía segura, luego en la Fiscalía manifestó que iba en el mes de abril a las Instalaciones de Inteligencia Nacional, lo cual es falso, ya que en ese mes no era congresista y por tanto no podía ir a ningún sitio porque todavía no había terminado el conteo de votos, el cual acabó en mayo, entonces mal puede afirmarse que en ese tiempo ya era congresista. En cuanto a las copias de las cartas de adhesión a “Perú dos mil”, estas tienen fecha julio del año dos mil, lo cual constituye una prueba más que la señora estaba mintiendo. Además, en el careo que hubo en la visita al Servicio de Inteligencia Nacional la testigo Matilde Pinchi termina diciendo que ella entregó ciento sesenta mil dólares americanos, luego dice que vio cuando fue entregado, y al final termina diciendo que no está segura si era su persona o el señor de apellido Faisal, aparte hay una sentencia por falsedad genérica, (vi) También manifiesta que es mentira que recibió ciento sesenta mil dólares americanos para que equipe una oficina cercana al Congreso, ya que fue revisado desde la Comisión del Congreso y nunca encontraron ninguna propiedad, menos alguna cercana a una empresa suya que este por el centro de Lima, cuyo dicho no responde a la lógica por cuanto con ese dinero compraba el edificio entero y en cuanto amortiguó sus deudas con ese dinero también es falso. Para la elección

de la Mesa Directiva, votó a favor de la censura y que en su enfrentamiento con la Mesa Directiva el día veintitrés de setiembre del año dos mil, fue separado del grupo parlamentario Fujimorista mediante comunicación escrita que le hizo llegar Martha Chávez, Rolando Reátegui y Andrés Reggiardo. (vii) Respecto al interés de estar en la Comisión de Relaciones Exteriores, era por cuanto venía desde hace mucho tiempo luchando por el tema de Aerocontinente desde cuando no era congresista y no sabía que iba a estar en política, ya que había viajado a Chile y se entrevistó con un diputado chileno que manejaba la Comisión de Drogas, entonces, para seguir esa lucha internacionalmente tenía que integrar la Comisión de Relaciones Exteriores, siendo el caso que ganó el señor Tudela por la Agrupación “Perú dos mil”, y quedo como vicepresidente de dicha comisión. Indica que el compromiso de honor y la carta dirigida al presidente de la República, son uso y costumbres de las agrupaciones políticas, y que le fue evadas ya redactadas y firmadas el mismo día en su oficina.

b) Del acusado Edilberto Canales Pillaca, durante el juicio oral en las sesiones de fecha doce y diecinueve de agosto del año dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil ciento veinte y seis a treinta y ocho mil ciento treinta y treinta y ocho mil ciento sesenta y tres a treinta y ocho mil ciento setenta y nueve, ha manifestado lo siguiente: (i) No conoce a Pedro Huertas Caballero, desconociendo que Montesinos Torres le haya entregado a dicho señor una elación de juicios pendientes de sus empresas para posterior gestión, tampoco conoce a Matilde Pinchi, Ruiz Agüero y Ramos Viera, pero afirma que el hecho ¡que la alcaldesa Delia Vergara haya concurrido a su oficina, para asuntos de ayuda social, no quiere decir que la conozca. (ii) Nunca se ha reunido en privado con Montesinos Torres cuando acudía a las instalaciones del Servicio de Inteligencia, sino que simplemente lo ha saludado, desconociendo el motivo porque Ramos Viera sostenga lo contrario. La carta de incorporación a “Perú dos mil” y el compromiso de honor, la firmó en el Palacio de Gobierno, luego de haber asistido a una reunión con el expresidente Alberto Fujimori Fujimori, quien lo felicitó por haber salido elegido congresista y ser una persona independiente, aclarando que llevó uno de los documentos, pero como se le mostró otros documentos redactados, guardó el suyo y firmó los que le fue entregado en Palacio de Gobierno en presencia del expresidente Alberto Fujimori. Agrega, que no conoce al señor Rafael Merino Bartet, desconociendo quien haya redactado dichos documentos, pero no ha firmado recibo alguno ni tampoco ha recibido nada y que el expresidente de la República concurrió a dos reuniones donde él asistió, pero como no concurrió a la tercera, se retiró. (iii) Es elegido Congresista de la República en las elecciones del año dos mil, por la agrupación política “Perú Posible”, a la cual renunció en junio del dos mil, por discrepancias con el señor Toledo y su directiva ejecutiva, luego se apartó de su agrupación política y se pasó a “Perú dos mil” y cuando se destapa el

video de Kouri-Montesinos se retiró del oficialismo, al cual ingresó a través de una invitación del señor presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, a quien conoció por los acontecimientos del río Ica y la corriente del Niño, ocurrido en el año mil novecientos noventa y nueve, concurriendo varias veces al Servicio de Inteligencia Nacional, la primera vez para la presentación de los colegas de la bancada del oficialismo y un almuerzo de confraternidad, no conociendo por qué motivo los congresistas se reunían en el local del Servicio de Inteligencia Nacional, en las cuales se trataban asuntos del desenvolvimiento congresal para el desarrollo de la Patria, (iv) Refiere que no conoce a Matilde Pinchi, por ello no se explica que haya sostenido que recibió dinero para pasarse a la filas del fujimorismo, lo cual le acarreó mucho daño a su persona y familia, ya que es una persona conocida como ganadero a nivel nacional y eso lo ha desprestigiado y traído duda con sus amigos, tampoco conoce a María Angélica Arce Guerrero, Wilbert Ramos Viera y Mario Rafael Ruiz Agüero; en cuanto a Delia Vergara no la conoce, pero si conversó con ella, ya que fue a su centro de trabajo en Villa María del Triunfo, donde se vende pescado, pidiendo apoyo para los comedores populares, conociéndola como autoridad pero no como amistad, desde esa fecha no se volvió a comunicar con ella ni trato asunto alguno. Reconoce que firmó un compromiso de honor y una solicitud para incorporarse a la agrupación fujimorista; sin embargo ha votado por la censura a la mesa Directiva del Congreso, presidida por Martha Hildebrant. (v) No ha recibido dinero mensual a cambio de su traslado de bancada, imputación que fue la desgracia para su empresa Seragrosa porque esa compañía se dedicaba a la ganadería, viajando por todo el país, pero luego en todas partes fue marginado, dado que la gente desconfiaba y no quisieron darle crédito, quebrando la empresa que era de los hermanos Canales. Reitera que se afilió al oficialismo por una invitación del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, pero que nevera un congresista “topo”, ya que era libre, independiente, activo y siempre ha votado por las normas que favorecían al país, agrega que no recibió instrucciones de nadie para redactar el documento que llevó a Palacio de Gobierno, ya que como militante del Partido Popular Cristiano sabe redactar documentos de tal índole, por lo demás, este documento se lo guardó porque le fue entregado otros que tenían preparado y que los firmó en la Secretaría de Palacio de Gobierno.

11. De la declaración de los testigos

a) De la testigo María Angélica Arce Guerrero, durante el juicio oral en la sesiones de audiencia de fecha uno, seis y trece de setiembre del año dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil doscientos uno a treinta y ocho mil doscientos seis, treinta y ocho mil doscientos doce a treinta y ocho mil doscientos veinticuatro, sustancialmente manifiesta lo siguiente: (i) No conoce ni tiene vínculo alguno con los procesados Polack Merel y Canales Pillaca, pero si tomo conocimiento que fueron congresistas en

el año dos mil, época en la cual trabajaba para el ex asesor Montesinos Torres, pero dado el transcurso del tiempo no puede negar o afirmar si su jefe en algún momento mencionó a los precitados procesados. Agrega que por orden del ex asesor ha preparado sobre con dinero para ser entregados a personas, en algunas oportunidades los entregaba personalmente y en otras se usaba como intermediario al señor Malea Guisado, según lo encomendado por Montesinos Torres, recordando que no hubo diskett, pero sí redactó modelos de carta de renuncia y adhesión para los señores Cáceres, una señora de apellido Aguilar y un tal señor Ávalos, pero no recuerda si preparó dichos documentos para los procesados Polack Merel y Canales Pillaca, ya que una vez redactado los documentos se los entregaba a Montesinos Torres y no sabía más de ellos, no recordando si los procesados concurrieron al Servicio de Inteligencia Nacional, (ii) Solo tenía una relación de personas que Montesinos Torres le indicaba y que se hacía mes a mes, pero recuerda que no había ningún congresistas, desconociendo de pagos, ya que nunca se comentaba ello consigo; que fue el señor Merino Bartet, quien hizo las cartas de adhesión y renuncia, los cuales se tipeaban e incluso tenían los nombres en blanco y la fecha, luego venía Montesinos Torres y solicitaba que se lo tipearan, ya que estaban grabado en la computadora y lo único que se hacía era poner el nombre y la fecha. Aclara que nunca ha hecho un sobre para ser entregado a los procesados Polack Merel y Canales Pillaca, a los cuales no los ha visto en las instalaciones del Servicio de Inteligencia, ni tampoco ha visto personalmente o través de un video a Canales Pillaca recibiendo dinero del ex asesor Montesinos Torres.

b) De la testigo Matilde Pinchi Pinchi, durante el juicio oral en las sesiones de audiencia del seis y trece de setiembre del año dos mil once, la cual obra de fojas treinta y ocho mil doscientos doce a treinta y ocho mil doscientos veinte y cuatro y treinta y ocho mil doscientos veinte y ocho a treinta y ocho mil doscientos cincuenta y tres, sustancialmente manifiesta lo siguiente: (i) Laboró en el Servicio de Inteligencia Nacional desde mil novecientos noventa y ocho hasta setiembre del año dos mil, despeñándose primero en asuntos personales del señor Montesinos Torres, luego se hizo cargo del ingreso y egreso del dinero que entregaban a él; que conoce a los procesados Canales Pillaca y Polack Merel, el primero concurrió a mediados de abril del año dos mil, al Servicio de Inteligencia Nacional en el tiempo que se estaba recolectando a las personas a fin de que el partido político de Fujimori tenga mayoría en el Congreso, llegando acompañado de la señora Delia Vergara y Elías Avalos. (ii) El trato con Canales Pillaca fue por diez mil dólares mensuales, que se llegó a cumplir, pero que no entregaba personalmente, sino que preparaba los sobres por órdenes de Montesinos Torres, y se los entregaba a él, para que hiciera la entrega y luego le traía los recibos de los diez mil dólares firmados, desconociendo de algún problema de carácter judicial o económico que motivó a Canales Pillaca a pedir algún favor

por su pase al oficialismo. Agrega que Montesinos Torres le hizo preparar sobres con ochenta mil dólares para devolverle a Polack Merel lo que había gastado en campaña electoral, posteriormente fueron doscientos cincuenta mil dólares para el pago de sus deudas y ciento sesenta mil dólares era para arreglar su oficina que quedaba cerca del Congreso, en esta entrega última estuvo presente en el privado de Montesinos Torres, (iii) Respecto al destino de los documentos, luego del video Kouri-Montesinos, hubo la orden de poner en una maleta los recibos y los fólder de todos los Congresistas que fue entregada a la hermana de Montesinos Torres y los videos se puso en otra maleta que se llevó Huamán Azcurra, posteriormente se enteró que los recibos fueron comprados o vendidos, pero no sabe por quién, agregando que si habían videos de los procesados Polack Merel y Canales Pillaca. (iv) En cuanto al motivo que no consignó en el listado que hizo ante la Comisión Estrada la entrega de dinero a nombre de Canales Pillaca, no lo sabe, pero se ratifica en sus declaraciones que viene efectuando hasta la fecha, pero nunca ha visto a este Congresista recibir dinero del ex asesor Montesinos Torres, ni tampoco en su presencia se entregaba dinero a los Congresistas, ya que la entrega se hacía en las oficinas del almirante Rozas. Indica que Montesinos Torres le hacía preparar las entregas y se las devolvía, pero no ha visto personalmente que se haya entregado, por ello no puede precisar si las firmas y huella digitales contenidas en los documentos sean auténticas, dado que su trabajo no era verificar firmas, pero se reafirma que vio el video cuando Canales Pillaca está firmando algunos documentos y después viene Montesinos Torres a entregárselo para que guarde su fila. (v) Agrega que cuando se le entregó ciento sesenta mil dólares a Polack Merel, estaba en el dormitorio observando como Montesinos Torres realizada la entrega en su privado, pero del resto del dinero no puede precisar, por cuanto no le consta.

c) Del testigo Pero Arzaces Huertas Caballero, quien durante el juicio oral en las sesiones del trece de setiembre del año dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil doscientos veintiocho a treinta y ocho mil doscientos cuarenta y cuatro, sustancialmente manifiesta lo siguiente: (i) Laboró en el Servicio de Inteligencia Nacional desde el primero de junio de mil novecientos sesenta y nueve hasta el veinte de setiembre del dos mil, pero los últimos años fue Jefe de la oficina Técnica de Asesoría Jurídica, no ha visto en dichas instalaciones al procesado Polack Merel, pero Montesinos Torres le comentó que había tenido reuniones con dicha persona, no sabe de entrega de dinero a los Congresistas, ya que fue comentarios que hizo Montesinos Torres en el sentido que a unos congresistas que estaban pasándose a las filas del oficialismo se les entregaba dinero. Agrega que tampoco vio al señor Canales Pillaca en el Servicio de Inteligencia Nacional, porque su presencia fue comentada por Montesinos Torres, inclusive le entregó la relación de algunas empresas, señalándole que estaban relacionadas con el señor Canales Pillaca, pero no le consta que este le haya entregado dicha relación.

(ii) El formato de los documentos fue redactado por el señor Merino Bartet, por indicación del ex asesor Montesinos Torres, pero el nombre quedaba en blanco, no conociendo qué personas firmaron esos documentos. Agrega que no ha indagado, gestionado o realizado algún trámite respecto a juicios de los procesados Canales Pillaca y Polack Merel, en lo que respecto al fólder que le fuera entregado, no era tal sino una hoja donde se señalaba número de expediente, nombre de las empresas y el proceso en trámite del señor Canales Pillaca, pero que no tenía ninguna firma o nombre, desconociendo si dichos procesos estaban en trámite o ya concluido, pero en el caso específico de las empresas de Canales Pillaca no hizo ningún trámite, ni tampoco le fue solicitado dicha relación en el lapso que quedó del gobierno. (iii) No podría referir a ciencia cierta si los procesos que le señaló Montesinos Torres y se consignará en una hoja corresponde realmente a Canales Pillaca, puesto que no ha visto que este se lo haya entregado al ex asesor, y por otro lado en esa relación no estaba el nombre de Canales Pillaca, además no conocía las empresas, ni conocía si estaban en trámite o eran procesos terminados, esta situación nunca se dio con el procesado Polack Merel, ya que tampoco preparó algún recibo o documento relacionado con esta persona.

d) Del testigo José Villalobos Candela, durante el juicio oral en la sesión de audiencia de fecha veinte de setiembre del año dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil doscientos cuarenta y cinco a treinta y ocho mil doscientos cincuenta y tres (tomo ciento tres), señala lo siguiente: (i) Cumplía funciones de director técnico de la Oficina Técnica de Administración del Servicio de Inteligencia Nacional desde marzo de mil novecientos ochenta y nueve hasta los primeros días del dos mil uno, conoce a Montesinos Torres, a quién le entregaba dinero por órdenes del jefe del servicio de Inteligencia Nacional y provenía del Tesoro Público, del presupuesto de la Nación, dinero que era destinado para actividades de inteligencia, pero nunca ha visto a congresistas en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, (ii) Asimismo, entregó dinero a la señora Matilde Pinchi una vez, por orden de Montesinos Torres, este le recibió el dinero, firmó un recibo y llamó a la señora a fin de entregarle el dinero, lo cual fue corno tres veces, pero a la señora Arce Guerrero nunca le dio dinero, (iii) Agrega, que Montesinos Torres firmaba los recibos con la denominación reserva uno y reserva dos, que a su vez era entregado al jefe del Servicio de Inteligencia Nacional y finalmente agrega que no conoce al procesado Canales Pillaca.

e) Del testigo Humberto Rozas Bonuccelli, quien durante el juicio oral en la sesión de fecha veintiséis de setiembre del dos mil once, la cual obra a fojas treinta y ocho mil doscientos sesenta y tres a treinta y ocho mil doscientos sesenta y nueve, señala lo siguiente: (i) Conoció a Montesinos Torres cuando era su jefe en el Servicio de Inteligencia Nacional, quién se le acercó y le manifestó que era el asesor principal

del Servicio de Inteligencia Nacional y asesor principal del expresidente Alberto Fujimori Fujimori y que era el nexo con el presidente de la República para todas las disposiciones que emanarían. Recuerda que al procesado Polack Merel lo vio en una o dos ocasiones en las instalaciones del servicio de Inteligencia Nacional, pero no recuerda haber visto al señor Canales Pillaca. (ii) Conoció a la señora Matilde Pinchi, quien no pertenecía al Servicio de Inteligencia Nacional, pero tenía un contrato directo con Montesinos Torres, como secretaria, conjuntamente con la señora Arce Guerrero y los capitanes Ramos Viera y Ruiz Agüero, por comentarios tenía conocimiento que se entregaba dinero a congresistas, pero que no llegó a constatarlo ni verificarlo. Agrega que Pedro Huertas Caballero era asesor en asuntos legales del Servicio de Inteligencia Nacional, era nombrado y cobraba sus haberes a través de planilla; además, tenía su oficina en la Alta Dirección que la compartía con el doctor Rafael Merino Bartet. Respecto al reclutamiento de congresista era lo que comentaba Montesinos Torres, en el sentido de requerir de un mayor número de congresistas para que el oficialismo tenga mayoría en el congreso, esto era como un transcendido del propio Montesinos Torres que lo comentaba con otras personas, (iii) No solo el procesado Polack Merel concurrió al Servicio de Inteligencia Nacional, sino que también hubieron otros congresistas que fueron haciendo antesala para entrevistarse con Montesinos Torres, no pudiendo precisar las fechas, ya que dichas reuniones se realizaban a puertas cerradas y en las cuales no participaba.

f) Del testigo Wilbert Ramos Viera, quien durante el juicio oral en la sesión de audiencia de fecha cinco de octubre del dos mil once, la cual obra a fojas treinta y ocho mil doscientos setenta y ocho a treinta y ocho mil doscientos ochenta y cuatro (tomo ciento trece), señala lo siguiente: (i) Es mayor del Ejército Peruano y ha trabajado en el Servicio de Inteligencia Nacional desde mil novecientos noventa y cinco hasta setiembre del dos mil, laboró en la Dirección de Informática Electrónica, en ese entonces a cargo del comandante Huamán Azcurra, luego fue designado a laborar como secretario del ex asesor Montesinos Torres, cuya función entre otras era recibir las visitas, anunciarlas y despedir a los visitantes que concurrían a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional. (ii) Llegó a ver en dos oportunidades al señor Polack Merel en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, en una ocasión estuvo acompañado de López Meneses, conjuntamente con Montesinos Torres; y la otra oportunidad estuvo junto a otros congresistas. Agrega que la señora Matilde Pinchi permanecía en el despacho de Montesinos Torres, era la encargada de prepararle la ropa, alimentación y limpieza doméstica. También vio al señor Canales Pillaca en dos oportunidades en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, pero junto a congresistas. No recuerda si existía algún fólter o archivo de los congresistas que visitaban a Montesinos Torres y desconoce si este se reunió con el procesado Canales Pillaca; también desconoce las funciones que

cumplía Merino Bartet; además, nunca ha preparado algún sobre con dinero para este procesado ni vio que se le haya entregado dinero alguno, (iii) Cuando venían visitas para Montesinos Torres todas las oficinas, incluidas las del jefe y sub jefe del SIN se cerraban y nadie podía asomarse o desplazarse, ni siquiera el jefe del SIN, se cerraba su puerta, no podían salir ni Arce Guerrero ni Matilde Pinchi, luego de terminada la visita Montesinos Torres autorizaba la salida del personal a los pasadizos. Agrega que no vio a los procesados Canales Pillaca y Polack Merel en la oficina de Montesinos Torres, sino la vez que se reunió el segundo junto a López Meneses y Montesinos Torres, ha sido en uno de los ambientes de la Alta Dirección, ni tampoco vio que se le haya entregado sobre alguno de los pesados mencionados.

g) Del testigo Luis Fernando Bueno Quino, quien durante el juicio oral en la sesión de audiencia de fecha veintiuno de octubre del dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil doscientos noventa y cuatro a treinta y ocho mil trescientos, señala sustancialmente lo siguiente: (i) Fue abordado por un enviado del ex asesor Montesinos Torres con la finalidad de que concurra a las instalaciones del servicio de Inteligencia Nacional, donde se le pretendió sobornar para su pase a las filas del oficialismo, lo cual no lo aceptó, dando por concluida la reunión, y se retiró del lugar. (ii) Postuló al Congreso y salió electo, pero no renunció previamente al cargo de alcalde, por cuanto por ese entonces la ley lo permitía, agrega que después de un incidente desagradable, que tuvo al concurrir a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, no concurrió más a dicho lugar, pero que no vio en dicho local a los procesados Canales Pillaca y Polack Merel.

h) Del testigo Rafael Merino Bartet, quien en durante el Juicio Oral en la sesión de audiencia de fecha veinticuatro de noviembre del dos mil once, la cual obra a fojas treinta y ocho mil trescientos veinte y cinco a treinta y ocho mil trescientos treinta y siete, señala concretamente lo siguiente: (i) Trabajó en el Servicio de Inteligencia Nacional diez años antes que llegara el ex asesor Montesinos Torres, quien oficialmente era un asesor político igual que su persona y que elaboró cartas de renuncia de congresistas a sus partidos de origen, cartas de adhesión al partido fujimorista y recibos en blanco por una determinada cantidad de dinero, puesto que Montesinos Torres le comentó que Alberto Fujimori le habría indicado que necesitaba conseguir ocho o diez congresistas para consolidar una mayoría congresal. En un principio el ex asesor Montesinos Torres comentaba que ya tenía a tal o cuál congresista, pero después ello se desbordó e incluso los capitanes que ayudaban al ex asesor o su secretaria hacían formatos o recibos, ya que habían varios congresistas que pretendían pasarse al oficialismo. (ii) No ha conocido personalmente a ninguno de los congresista, menos a los procesados Canales Pillaca y Polack Merel, al único que conoce es al señor Guido Pennano Allison, con quien le une amistad de más de treinta años, pero confirma que los procesados citados se encuentran en la lista que elaboró, no

llegó a conocer cuánto dinero recibieron, pero tiene conocimiento que eran sumas variadas. Agrega que Montesinos Torres era muy reservado de sus cosas, pero que los formatos llenados y firmados eran guardados por Arce Guerrero, asimismo no le consta que los formatos que elaboró fueran usados por los procesados Canales Pillaca y Polack Merel, deduciendo que si aparecen en la lista es porque ellos lo han utilizado. Agrega que redactó los documentos pero no sabía quiénes iban a firmarlos; después al final cuando ya se hizo un reajuste para saber quiénes eran, a que Montesinos Torres se veía agobiado por los pedidos y presiones que ejercían sobre él, es que se hizo la relación y confirmé que eran diecinueve personas, reconoce que los documentos suscritos por Canales Pillaca son el tipo de documentos que elaborará, pero que desconoce los aspectos económico del Servicio de Inteligencia Nacional. (iii) Que para la recopilación de los nombres de los diecinueve congresistas que elaboró en su lista, la información la recolectó preguntando a distintas personas, pero que no necesariamente vio recibos firmados de todos, sino de algunos nomás, pero el resto fue información que se le proporcionó, respecto a Polack Merel para consignarlo en su lista no ha visto documento suyo, ya que no lo conoce; de igual manera no vio los tres documentos con el nombre de Canales Pillaca, debidamente firmados, ni tampoco Montesinos Torres le señaló el caso específico de alguna persona a quien le haya entregado dinero, tampoco le mencionó ningún nombre, sino que era presionado no solo para que solucionará problemas judiciales, sino también policiales, políticos y de otro orden. Agrega que la señora Matilde Pinchi era una persona de confianza de Montesinos Torres.

i) Del testigo Vladimiro Montesinos Torres, quien durante el juicio oral en la sesión de audiencia de fecha primero de diciembre del dos mil once, que obra a fojas treinta y ocho mil trescientos setenta a treinta y ocho mil trescientos ochenta, sustancialmente señala lo siguiente: (i) Conoció al procesado Polack Merel en julio del dos mil, cuando fue traído a su despacho por el señor López Meneses, ya que había renunciado a su agrupación política y le era imprescindible que conversarán a efectos de que pase a las filas del oficialismo, pero que no hubo ningún condicionamiento, en el proceso de conversación él expresaba que quería mantener su libertad de expresión o comunicación al interior del congreso, de acuerdo a lo que él creyera conveniente; pero tenía interés en integrar la Comisión de Relaciones Exteriores. Agrega que dicho procesado firmó un compromiso de honor y una carta dirigida al expresidente Alberto Fujimori Fujimori, lo cual siempre se acostumbraba en la bancada oficialista, o sea que era una costumbre de los partidos políticos en la década de los noventa, pero no abe el destino de los documentos, ya que los dejó en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional. (ii) Reitera que el procesado nunca le planteó un requerimiento, sino que hubo una conversación o planteamiento, pues requerimiento es una exigencia, y a su persona no hubo exigencia de ninguna

naturaleza, ni tampoco se le pidió dinero o vehículos. Indica que ha desinformado a la señora Matilde Pinchi, lo cual es una técnica de inteligencia que se utiliza para desinformar a las personas, es un procedimiento usual, un protocolo vigente de cualquier organismo de inteligencia del mundo, por ello nunca le mencionó a dicha señora que le había entregado dinero al procesado Polack Merel. También señala que el procesado Canales Pillaca fue traído por la señor Delia Vergara, y no por el Congresistas Elias Ávalos; agrega, que la señora Matilde Pinchi no desempeñaba ninguna función en el SIN, ya que era la encargada de la limpieza, aseo de su ropa, alimentación y cosas domésticas, pero nunca ha presenciado las reuniones que sostenía con sus invitados, teniendo como secretaria a la señora Arce Guerrero. (iii) Nunca ha entregado dinero al procesado Canales Pillaca por su pase al oficialismo, pero si recuerda que le entregó una hoja donde figuraba unos números de expedientes, además que consignaban nombres de personas jurídicas, que lo entregó al señor Huertas Caballero, para que si en algún momento se lo pidiera, lo transmitiría para que se haga la averiguación o se viera, pero en las reuniones que tuvieron con el grupo parlamentario, el citado procesado le hizo referencia a la hoja que le dejó, y al salir el video de Kouri, ya ríó hubo oportunidad que se hiciera gestión alguna. (iv) La señora Matilde Pinchi estaba ubicada en su dormitorio, pero no podía presenciar las reuniones que sostenía con sus invitados, porque de acuerdo a la configuración de la estructura del edificio, desde su dormitorio e incluso desde la oficina que ocupaba no había visión al pasadizo, a las oficinas o ambientes que estaban en el pasadizo, ya que era perpendicular, y desde la oficina de los secretarios tampoco había visión, por ello es imposible que la señora Matilde Pinchi haya visualizado sus reuniones desde su dormitorio, ya que había dispositivo electrónico por el cual la puerta estaba abierta o totalmente cerrada, pero nunca semiabierta, porque automáticamente se cerraba la puerta. (v) Refiere que la señora Matilde Pinchi es una mitómana, ya que no es cierto que le entregó un sobre conteniendo doscientos mil dólares para entregado al procesado Polack Merel, siempre la señora dice mentiras ahí se encuentra los casos de SITRAMUN y del señor Jalilie, y razón ha sido obtener el beneficio de la colaboración eficaz. Agrega que el señor Merino Bartet preparó recibos pero no con nombres, sino solo los formatos en blanco que los llenaba su persona, que no fueron firmados por los procesado Canales Pillaca y Polack Merel porque nunca les entregó dinero, pero reconoce los formatos de adhesión al fujimorismo por parte de los precitados encausados.

12. La prueba de cargo

- a.- Declaración testimonial del testigo Rafael Ruiz Agüero ante la Vocalía de Instrucción de fojas quince mil doscientos veintiséis a quince mil doscientos cincuenta y tres (tomo cincuenta y cuatro).

- b.- Documento de Compromiso de Honor de Jorge Víctor Polack Merel, de julio del dos mil, a fojas veintidós mil ochocientos dieciocho.
- c.- Carta de Adhesión del procesado Jorge Víctor Polack Merel, del mes de julio, a fojas veintidós dos mil ochocientos diecinueve.
- d.- Documento de compromiso de honor de Edilberto Pillaca Canales, a fojas veinticinco mil doscientos treinta y cinco.
- e.- Carta de Adhesión del procesado Edilberto Canales Pillaca, a fojas veinticinco mil doscientos treinta y seis.
- f.- Carta de renuncia de Edilberto Canales Pillaca, a su partido político “Perú Posible”, a fojas veinticinco mil doscientos treinta y siete.
- g.- Informe Final de la Sub Comisión Investigadora de la denuncia Constitucional número seis, a fojas ciento veintisiete.
- h.- Testimonial de Mario Ruiz Agüero, a fojas quince mil doscientos veintiséis a quince mil doscientos cincuenta y tres.
- i.- Acta aprobada en la Sesión ordinaria de Instalación, a fojas catorce mil ciento treinta y siete (tomo cuarenta y nueve), mediante el cual se elegía a la Junta Directiva de la Comisión de Relaciones Exteriores, en la misma el procesado Jorge Polack Merel fue elegido como vicepresidente de la mencionada comisión.

Aspectos generales de la prueba. La prueba directa y la prueba indiciaria

13. Previamente a la compulsa de los elementos probatorios aportados en la presente causa, es necesario precisar que, en el proceso penal moderno, la búsqueda de la verdad debe desarrollarse dentro del marco fijado por los principios y garantías que lo regulan, incidiendo en la actividad probatoria, preceptos cuyo respeto obligatorio, más allá de garantizar los derechos del justiciable, constituye una insoslayable exigencia para la validación del proceso y su resultado, al integrar la macro garantía conglobante del “debido proceso”.

14. A partir de lo antes señalado, cabe recordar que en un Estado de derecho no está permitido el esclarecimiento de la verdad a toda costa o a cualquier precio; dado que si bien el proceso penal tiene por finalidad la terminación de la verdad judicial con relación a los cargos inculcados, solo puede llegar a tal determinación a partir de medios legalmente reconocidos para ellos, entendiéndose obtenidos o incorporados legalmente al proceso, e idóneos para la probanza que se pretende; de tal manera que la desvinculación por el juzgador del citado marco regulador, con fines de establecer probanza, termina vulnerando el derecho e invalidando su decisión, además de contribuir a la deslegitimación del sistema judicial.

15. En virtud de lo antes expuestos, el criterio de conciencia a que se refiere el numeral doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, no puede confundirse con una “íntima convicción” sustentada en elementos puramente subjetivos o en un abstracto “sentido de justicia”, pues contrariamente a ello, tal criterio solo le permite al juzgador fundar convicción en base a la compulsiva razonada de prueba idónea, suficiente y conducente, introducida válidamente al proceso y sometida al contradictorio en el juzgamiento, regla probatoria que se vincula necesariamente con la garantía de imparcialidad que el juez debe ofrecer a la sociedad, la que integra el debido proceso.

16. Existe doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala Penal (Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce - dos mil cinco Piura, del 6 de setiembre del 2005), en el sentido de que para juzgar acerca de la culpabilidad del acusado, es posible tener en consideración tanto las llamadas pruebas directas —de las que surge naturalmente el conocimiento del hecho cuya demostración se intenta por la Fiscalía—, como las denominadas prueba indirectas o indiciarias —aquellas de las que nace la certeza de un hecho, del que se infiere en concatenación lógica la realidad de otro hecho que era precisamente aquel que se intentaba comprobar, y que inicialmente no resultaba acreditado en forma directa—, aunque como es obvio en este último caso se imponen un conjunto de requisitos o presupuestos materiales y procesales que se debe respetar acabadamente. La prueba por indicios tiene lugar, en consecuencia, cuando el hecho objeto de prueba no es el constitutivo del delito sino otro intermedio que permite llegar a él inferencia lógica.

17. El indicio es un medio probatorio a través del cual se obtiene el conocimiento indirecto de la realidad y consta de los siguientes elementos: i) un hecho indicador que debe estar probado en el proceso con cualquier medio de prueba autorizado por la ley y la Constitución y de conformidad con las forma establecidas, menos con otro indicio; y, ii) un razonamiento lógico que permite derivar a partir del hecho probado, la existencia del hecho objeto de prueba. Desde luego no integran la categoría de indicios las meras sospechas o conjeturas que no cuenten con un cierto fundamento objetivo o material e identificables. El indicio es algo más que la expresión de una convicción subjetiva de la existencia de un ilícito, pues el grado de certeza no puede ser abstracta sino referido a un hecho determinado, pues el juicio probatorio conlleva un raciocinio y a una conclusión, que en el campo valorativo significa la convicción que se tenga de la existencia de un hecho o su negación, por lo que no puede partir de hipótesis sino de hechos probados.

Análisis del delito de cohecho pasivo impropio y receptación

18. El delito de cohecho pasivo impropio está previsto y penado en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal, encontrándose inmerso dentro de los delitos contra la administración pública.

19. Existen diversas modalidades de delitos contra la administración pública, siendo la que nos interesa analizar en el presente caso, la de cohecho pasivo impropio, a fin de establecer si en el caso de autos se cumplen los presupuestos para la configuración de este ilícito, por el que se viene procesando a los encausados Canales Pillaca y Polack Merel y como consecuencia de ello establecer si corresponde una sentencia condenatoria o absolutoria.

20. La norma aplicable al caso es la descrita en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal —formulación vigente al momento de los hechos— que señala: “El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación...”. No constituye tópico controvertido el cambio de bancada política denlos acusados para asumir un compromiso de adhesión a las decisiones congresales del partido de gobierno (actos en el ejercicio de sus funciones parlamentarias). Así el núcleo del debate probatorio se centra en el presupuesto típico del delito en referencia relacionado a la aceptación o no parte de los acusados de una ventaja o promesa de ventaja por parte de Vladimiro Montesinos Torres.

21. Delimitado el objeto de prueba, a continuación, una precisión que corresponde efectuar es en relación a los medios de prueba respectivos. En ese sentido, de entrada, merece señalarse que si bien la imputación fiscal alude que todos los congresistas tránsfugas —como denominador común— (además de los documentos de compromiso y retiro de sus bancadas de origen), firmaron \recibos, tal referencia, en modo alguno, puede reputarse como parte de la incriminación, sino como una descripción de elementos de prueba específicos concurrentes en el caso de autos.

22. En tal sentido, una pretensión de que la aceptación de ventaja por parte de Vladimiro Montesinos Torres esté necesariamente acreditado con recibos —porque la mayoría de los congresistas tránsfugas lo hicieron—, devendría en una exigencia de que dicho tópico solamente deba ser probado con **prueba directa y documental**; lo cual, importaría una pretensión de prueba tasada, a todas luces incongruente con el principio de la libre apreciación de la prueba en materia penal.

23. En cuanto a la tipicidad subjetiva, es de precisarse que se trata de un delito netamente doloso, y no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del sujeto activo, de lo que se colige que este es consciente del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o receptación de la dádiva y la voluntad de querer aceptar a pesar de ello.

24. El delito de receptación está previsto en el artículo ciento noventa y cuatro /del Código Penal, encontrándose inmerso dentro de los delitos contra el patrimonio.

25. El comportamiento del delictivo de receptación consiste en adquirir, recibir en donación o en prenda, guardar, esconder, vender o ayudar a negociar un bien

de procedencia delictuosa, teniendo conocimiento de ello o debía presumir que provenía de un delito.

26. Asimismo, es presupuesto del delito de receptación, el que se haya cometido un ilícito anterior, dado que se exige que el bien proceda de un delito, es decir, no solo se configura con la existencia de un delito anterior y el conocimiento previo de este, sino también, se verifica con la simple presunción del origen ilegítimo del objeto.

Valoración de la prueba aportada

27. Expuesto así los hechos, este Tribunal está en el deber de evaluar los medios /de conocimientos, no solo de forma individual, sino igual y necesariamente en conjunto, teniendo en cuenta tres aspectos: **i)** percibir los hechos a través de los medios probatorios, los cuales en este sentido pueden ser directos, esto es, el juez se encuentra en contacto inmediato con el hecho a probar; **ii)** efectuar una representación o reconstrucción histórica de los hechos en su conjunto, en este caso además de utilizar los medios directos puede emplear los medios indirectos, los cuales solo proporcionan datos, a partir de los cuales el juzgador elabora u argumenta para deducir la existencia de un hecho; y, **iii)** desarrollar una actividad analítica o de razonamiento mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos, y desde este punto de vista, tenemos que el Colegiado ha arribado a las siguientes conclusiones:

28. Que, los hechos que motivaron la denuncia fiscal y consecuentemente el presente proceso penal, conforme a lo señalado en la acusación fiscal obrante en autos, estriba en lo siguiente: Que, en el marco de la acusación formulada por el Ministerio Público y de la prueba actuada en el juicio oral podemos advertir que luego de la elecciones llevada a cabo en el mes de abril del año dos mil, la Alianza “Perú dos mil” no alcanzó mayoría parlamentaria por lo que se procedió a “reclutar” congresistas electos de otras bancadas para que se integre a las filas del partido político “Alianza Perú dos mil”, a cambio de la entrega de una suma de dinero de procedencia ilícita y la obtención de beneficios personales, entre ellos la emisión de fallos judiciales favorables a intereses particulares, actos en los cuales participó activamente el ex asesor Vladimiro Montesinos Torres.

Situación jurídica del procesado Edilberto Canales Pillaca

29. Se tiene que se le imputa la comisión de los delitos de cohecho pasivo impropio y receptación, al sostenerse que en su condición de congresista electo de la República, por la agrupación política “Perú Posible”, en abril del dos mil, se integró a la bancada “Perú dos mil”, para ello negoció con el ex asesor Vladimiro Montesinos Torres en la reunión que tuvieron en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional donde suscribió los documentos de afiliación al oficialismo, recibiendo la suma de diez mil dólares, suma que se repitió mensualmente hasta el mes de setiembre del dos mil.

30. Por tanto, teniéndose en cuenta lo anotado precedentemente, es el caso indicar que la prueba directa contra el nombrado acusado es el testimonio de la testigo Matilde Pinchi Pinchi, pero es el caso que en la sesión de audiencia del seis de setiembre del dos mil once [fojas treinta y ocho mil doscientos veintidós] sostiene que no le consta entrega de dinero al encausado Edilberto Canales, luego cuando fue preguntada si le consta que el señor Montesinos le entregaba dinero al ex congresista, o es que simplemente comentaba lo que el ex asesor señalaba, dijo: no, el doctor Montesinos me hacía preparar las entregas y se las devolvía, pero no he visto personalmente que se haya entregado.

31. Además, corre a fojas mil setecientos setenta y cuatro —tomo seis— el documento denominado “Relación de entrega de dinero en miles de dólares” [a congresistas tránsfugas] entregada por Pinchi Pinchi, donde no aparece monto alguna favor del procesado Canales Pillaca.

32. Por ello, si bien en el presente proceso el testimonio de Matilde Pinchi Pinchi, compromete al acusado Canales Pillaca en los hechos inculcados, resulta relevante señalar que la testigo también ha declarado que por orden del ex asesor Vladimiro Montesinos Torres preparó la suma de diez mil dólares para ser entregado al inculcado Canales Pillaca, cuando aceptó pasarse a las filas del oficialismo, pero que no ha visto personalmente ni el video ni la entrega de esa suma de dinero (véase la diligencia de confrontación obrante a fojas veintidós mil quinientos cuarenta y uno del tomo setenta y seis), cuya declaración ha sido rectificada en su continuación de declaración testimonial a fojas veinte y dos mil cuatrocientos cuarenta y seis (tomo setenta y nueve) en la reiteró que no visualizó el contenido del video que registra la entrevista de Canales Pillaca y Montesinos Torres, guardó la cinta, pero no puede precisar la escenas que registra.

33. Luego en la sesión de audiencia fecha seis de setiembre del año dos mil once obrante a folios treinta y ocho mil doscientos veinte y dos, sostiene que recoge el dicho del ex asesor Vladimiro Montesinos Torres, ya que este le hacía preparar las entregas y le devolvía los recibos firmados y los guardaba en el fólder de cada congresistas, pero no ha visto personalmente la entrega dinero al encausado Canales Pillaca. Además, se debe tener en lo que respecta a la entrega de dinero, lo sostenido por la testigo María Arce Guerrero en las sesiones de audiencias de fecha primero, seis y trece de setiembre del dos mil once, donde sostiene que no ha visto personalmente a través de videos a Canales Pillaca recibiendo dinero del ex asesor Montesinos Torres.

34. En consecuencia, la imputación hecha contra el nombrado acusado no se encuentra probada válidamente, más aún, si se considera que no existen documentos o testimonios que acrediten dicha entrega de dinero, muy por el contrario, los testigos que laboraban en el Servicio de Inteligencia Nacional, esto es el entorno más cercado

de Vladimiro Montesinos Torres, como son los señores Pedro Huertas Caballero, Francisco Rafael Merino Bartet, María Anélica Arce Guerrero, José Villalobos Candia, Wilbert Ramos Viera, Humberto Rozas Bonuccelli Luis Fernando Bueno Quino, también han declarado en el acto oral que desconoced de la entrega de dinero al procesado Canales Pillaca o de documentos firmados por él al respeto.

35. Por otro lado, si bien se tiene que el testigo Ramos Viera ha sostenido “haber visto a Canales Pillaca en dos oportunidades en el SIN” [fojas treinta y ocho mil doscientos ochenta y siguiente]; y el testigo Ruiz Agüero “haberlo visto en cinco o seis oportunidades” [fojas quince mil doscientos treinta y dos]; esto no prueba que el encausado concurría a recibir dinero alguno, puesto que ostentaba el cargo de congresista de la República y concurría para coordinar asuntos relacionados con el gobierno. Para este Colegiado tampoco pasa inadvertido que este acusado puso su firma y huella digital en el documentos denominado “Compromiso de Honor” y “Carta de adhesión dirigida al expresidente de la República Alberto Fujimori Fujimori” que corren a fojas veintidós mil ochocientos dieciocho y veintidós mil ochocientos diecinueve; sin embargo, de dichos documentos no se advierte que se haya efectivizado alguna entrega de dinero, posición que no fue desvirtuada ni refutada por el señor representante del Ministerio Público ni la parte civil.

36. Aunado a ello se tiene que lo manifestado por la testigo Pinchi Pinchi, en el sentido que “vio el video cuando Canales Pillaca está firmando algunos documentos”, y después viene Montesinos Torres a entregárselo para que guarde su fólder, solo queda en su dicho, puesto que es desmentida por el propio Vladimiro Montesinos Torres, quién en la sesión de audiencia de fecha primero de diciembre del dos mil once, que obra a fojas treinta y ocho mil trescientos setenta a treinta y ocho mil trescientos ochenta, puso en duda la veracidad de tal declaración, más aún si no tiene sustento en las declaraciones de los testigos que conforman el entorno del ex asesor Montesinos Torres, dado que ninguno de ellos precisan que le haya entregado dinero a Canales Pillaca para que se pase a las filas del oficialismo. De otro lado, es menester acotar que si bien es cierto que Montesinos Torres manifestó que entregó al testigo Huertas Caballero una relación de juicios de las empresas de Canales Pillaca, también es verdad que este testigo sostuvo que lo recibió pero no le consta que el encausado fue el que entregará dicha relación, por ello la guardó y no realizó trámite alguno, de lo que se colige /que no obtuvo beneficio ni se causó perjuicio alguno. Siendo esto así, es menester absolverlo de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.

Situación jurídica del procesado Jorge Víctor Polack Merel

37. A quien se le imputa que en su condición de congresista electo de la República, negoció su cambio de bancada a cambio de la suma de veinte mil dólares y al pago

mensual de diez mil dólares, asimismo recibió otras sumas de dinero y, por lo tanto sus visitas a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional se hicieron cada vez más frecuentes. También haber solicitado doscientos cincuenta mil dólares y ciento sesenta mil dólares, esté último pago fue para “equipar” sus oficinas, realizándose dichas entregas de dinero en el despacho de la Jefatura del Servicio de Inteligencia Nacional, para ello fue contactado y reclutado por Oscar López Meneses, quién fue el que lo condujo hasta dicho lugar con la finalidad que se entrevistó con el ex asesor Vladimiro Montesinos Torres, a cambio el acusado ofreció su apoyo con su voto en el Congreso de la República y solicitó ser considerado como vicepresidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Parlamento.

38. Dadas las características marginales de dichas entrevistas, existe como justento el testimonio directo de Matilde Pinchi Pinchi relacionados al tema que deben ser considerados de manera conjunta y bajo criterios lógico racionales, pues ello permitirá aclarar y determinar que los hechos han sucedido como lo expone la precitada testigo, pues ya decimos, que esta afirmación o dicho no es aislado y se sustenta en otros testimonios que la fortaleza e incluso corroboran

39. Ahora bien, cabe indicar que en la sesión de audiencia de fecha trece de setiembre del dos mil once [fojas treinta y ocho mil doscientos treinta], la testigo Pinchi Pinchi manifestó que le consta la entrega de dinero al procesado Polack Merel, por ello cuando se le pregunta: ¿a usted le consta que Vladimiro Montesinos Torres entregó ciento sesenta mil dólares americanos al señor Polack Merel?; dijo: “el doctor Montesinos me pide los ciento sesenta mil dólares para ser entregados al señor Polack, yo preparo el dinero y entró al privado del señor Montesinos; pero como me ubicó en el dormitorio que es contiguo al privado y la puerta se encontraba abierta, es que desde ahí observo la entrega de los ciento sesenta mil dólares que le entregó; por eso digo que eso sí lo vi, pero del resto no puedo decir que he visto, pero los ciento sesenta mil sí le entregó en el privado el doctor Montesinos Torres y yo lo vi...”; lo cual se corrobora con el documento denominado “Relación de entrega de dinero [a congresistas tránsfugas] entregada por Pinchi Pinchi, obrante a fojas mil setecientos setenta y cuatro —tomo seis—, donde aparece montos a favor del precitado encausado, a saber: ochenta mil dólares, doscientos cincuenta dólares y ciento sesenta mil dólares; agregando que la versión sostenida por Vladimiro Montesinos Torres en el acto oral fue con la finalidad de exculparlo de responsabilidad penal.

40. Es importante indicar que el principal sustento de la acusación sostenida por Perú Ministerio Público contra el encausado Polack Merel, es la testimonial de Matilde Pinchi Pinchi, que se encuentra corroborada indiciariamente con el testimonio de Wilbert Ramos Viera [fojas treinta y ocho mil doscientos ochenta], donde manifiesta haber visto al procesado Polack Merel en dos oportunidades, y que en una ocasión

concurrió acompañado de López Meneses. En tal sentido declaró el testigo Ruiz Agüero [fojas quince mil doscientos treinta y dos] haber visto al referido encausado en ocho oportunidades en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional para reunirse con Vladimiro Montesinos Torres. También declaró en la sesión de audiencia del veinticuatro de noviembre del dos mil once [tomo ciento trece] el testigo Merino Bartet, quien a fojas treinta y ocho mil trescientos veinte y ocho, manifestó “están en la relación de congresistas tráfugas que firmaron los documentos denominados Carta de Compromiso y Carta de retiro”, elaborados por el testigo, lo que presupone un esquema contra-prestacional en el que la incorporación a la bancada oficialista debía importar alguna ventaja a cambio; además, manifestó “en determinada oportunidad el doctor Montesinos me dijo que el señor Fujimori le había indicado que necesitaba conseguir ocho o diez congresistas para una nueva mayoría real en el Congreso (...) en ese sentido dispuso que elabore tres documentos: una carta de adhesión al grupo político fujimorista; un formato renunciando al partido por el cual habían sido elegidos, y el tercer documento era un formato de recibo por una determinada cantidad de soles, donde aparecían con puntos suspendidos el nombre, la persona, la cantidad y la fecha, esos eran los tres formatos que me hizo entrega Montesinos...”; luego agrega “siguió consiguiendo nombres hasta alcanzar una cifra, creo que de diecinueve congresistas, cuya relación la tengo. Luego a la pregunta: ¿Se ha enterado que Jorge Polack Merel y Canales Pillaca, corresponden a esos diecinueve congresistas?; dijo: sí, los tengo en la relación que hice”; pero a la pregunta: ¿Llegó a conocer cuánto de dinero recibieron poro pasarse a la fila del fujimorismo?; dijo: “no señor, pero sé que eran sumas variadas y que el único señor que no aceptó dinero fue Eduardo Farah”.

41. Antes tales imputaciones contra el encausado Polack Merel, este en todas las etapas del proceso ha negado haber cometido el delito objeto de acusación. Así al ser interrogado en el acto oral ha negado los cargos y ha manifestado que cuando fue convocado por López Meneses para afiliarse a la bancada oficialista sus condiciones eran a) amplia libertad de expresión; y, b) ser integrante de la Comisión de Relaciones Exteriores, esto último fue cumplido dado que llegó a ser vicepresidente de dicha comisión. De igual forma reconoce haber firmado los documentos denominado “Compromiso de Honor” y, la carta dirigida al expresidente de la República Alberto Fujimori Fujimori; por ello, agrega que la señora Matilde Pinchi Pinchi miente al imputarle que por su pase al oficialismo recibió dinero alguno.

42. Ahora bien, luego del análisis de toda la prueba producida en este acto oral se concluye que los argumentos de inocencia del acusado son desvirtuados con el testimonio directo de Matilde Pilchi Pinchi, en el cual refiere haber presenciado a Montesinos Torres entregarle dinero al procesado Polack Merel, complementado con el documento denominado “Relación de entrega de dinero a Congresistas tráf-

fugas”, que corre a fojas mil setecientos setenta y cuatro, donde aparece montos a su favor por ochenta mil dólares, doscientos cincuenta mil dólares y ciento sesenta mil dólares respectivamente; y, que se encuentra corroborado indiciariamente con los testimonios de Ramos Viera, Ruiz Agüero y Merino Bajtér anteriormente glosados.

43. Además, de los testimonios mencionados de autos se tiene los documentos suscrito por el procesado Polack Merel denominado “Compromiso de Honor” y “Carta de Adhesión” de fojas veintidós mil ochocientos dieciocho y veintidós mil ochocientos diecinueve respectivamente.

44. En tal sentido, el testimonio de Pinchi Pinchi tiene entidad suficiente para acreditar que el procesado Polack Merel recibió dinero, pues aporta o exterioriza datos o hechos de los que se puede inferir dicha recepción, ya que su relato táctico y de los testimonios del entorno que rodeaba al ex asesor Montesinos Torres, se aprecia que concurría asiduamente a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional para reunirse con Montesinos Torres y realizar coordinaciones con los congresistas de las filas del Oficialismo con la finalidad de obtener la mayoría en el Parlamento, existiendo certeza que en el accionar del procesado Polack Merel existió el elemento corruptor, por lo que el testimonio directo de Pinchi Pinchi arroja un juicio de certeza, teniendo aptitud probatoria para enervar la presunción de inocencia, además, existe en el proceso otro medio de prueba —testimoniales— que incorpora datos concretos y hechos objetivos que permitan realizar sobre los mismos un juicio de racionalidad de su eficacia indiciaria.

45. Por ello a luz de la prueba actuada, las conclusiones en el caso del procesado Jorge Polack Merel, son las siguientes:

- (a) Que si bien no existe prueba directa documental —como en los otros casos: vergigracia: recibo— que dé cuenta de los montos dinerarios recibidos por Vladimiro Montesinos Torres en compensación por su cambio de bancada y compromiso de adhesión a las decisiones congresales del oficialismo; sin embargo, en su caso existe prueba directa testifical de Matilde Pinchi Pinchi que da cuenta que su persona observó cuando ha dicho acusado se le hizo entrega de uno de los montos que esté recibió [ciento sesenta mil dólares].
- (b) Dicha sindicación se ve corroborada por la concurrencia de elementos de prueba en torno a tres hechos indiciarios: i) El contexto de captación de congresistas transfugas, el cual, según el testigo Merino Bartet, tenía como evidencia materiales los documentos que dichos congresistas —en las instalaciones del Servicio de Inteligencia— suscribían, a saber: carta de compromiso y carta de adhesión; ii) La presencia de Jorge Polack Merel en varias oportunidades en el Servicio de Inteligencia Nacional, conforme lo han manifestado los testigos Ramos Viera y Ruiz Agüero [ambos capitanes al servicio de Vladimiro Montesinos Torres]; iii)

La suscripción por parte de Jorge Polack Merel, de estos tipos de documentos: carta de compromiso y carta de renuncia, lo que evidentemente torna confiable y verosímil lo declarado por la precitada testigo .

- (c) Corroborada la declaración de la testigo directa Matilde Pinchi Pinchi con los elementos antes precisados, su compromiso de actuación congresal por parte del encausado Polack Merel [de adhesión a las decisiones de la bancada oficialista del gobierno del expresidente Fujimori Fujimori] a cambio de haber recibido una ventaja patrimonial de parte de Vladimiro Montesinos Torres, conlleva a subsumir su conducta en el delito de cohecho pasivo impropio y receptación previstos y sancionado en los artículos trescientos noventa y cuatro [versión original] y ciento noventa y cuatro del Código Penal.

Determinación judicial de la pena

46. La determinación judicial de la pena se estructura y desarrolla en dos etapas secuenciales. En la primera etapa se debe definir los límites de la pena aplicable, lo cual se cumple con la identificación de la pena básica o espacio punitivo que comprende un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final. En la segunda etapa, el órgano jurisdiccional, atendiendo a la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes, reguladas legalmente, y que están presentes en el caso, individualiza la pena concreta aplicable al autor o partícipe del delito, pero sin exceder los límites prefijados por la pena básica.

47. En el presente caso, según se ha determinado, el acusado Jorge Polack Merel ha cometido los delitos de cohecho pasivo impropio y receptación, por lo que estamos ante un concurso ideal de delitos, en el cual se aplicará la pena del delito más grave [artículo cuarenta y ocho del Código Penal]; sin embargo, debemos señalar que el delito de cohecho pasivo impropio resulta el más grave, y sin perder de vista que esta conducta se agrava por el hecho de tratarse de funcionarios públicos.

48. En nuestro ordenamiento jurídico penal para efectos de determinar e individualizar la pena a imponer deben tomarse en cuenta los diversos criterios que establecen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; es decir, 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 causado; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; los móviles y fines; la unidad y 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; las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente, siendo pertinente indicar lo siguiente: a) que, la acción ilícita desplegada por el encausado Jorge Polack Merel fue especialmente grave, ya que no valoró la

importancia de su papel como congresista electo, en una época en el cual los medios de comunicación daban cuenta del reclutamiento de congresistas tráfugas para que la bancada fujimorista obtenga mayoría en el Parlamento, advirtiéndose que su comportamiento estuvo al servicio no de intereses colectivos, ni constructivos, sino delictivos, pues entrega su cargo obtenido por elección popular a cambio de sumas de dinero, siendo grave esta situación pues el dinero provenía del erario público; tal es la importancia de los deberes infringidos por el acusado Poalck Merel por el cual amerita una respuesta punitiva acorde a la magnitud del daño causado. Además, es de considerar sus condiciones personales, puesto que proviene de un medio socio-económico privilegiado, es empresario y fue alto funcionario del Estado al haber desempeñado el cargo de Congresista de la República, por ende, con un elevado nivel de educación.

49. La concurrencia de circunstancias de diversos signos obliga a valorarlas en concreto teniendo en cuenta la entidad de cada una de ellas, y en dicho sentido se justifica imponer una pena según la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado la cual debe suspenderse en su ejecución bajo el estricto cumplimiento de reglas de conductas.

Determinación de la reparación civil

50. La reparación civil —que nace del acto u omisión ilícito—, según jurisprudencia consolidada por la Corte Suprema, se determina en atención al principio del daño causado, cuya unidad procesal civil y penal, protege el bien jurídico en su totalidad, por lo que no debe fijarse en forma genérica, sino que es necesario individualizarla y determinarla en forma prudencial y proporcional a la entidad del daño; que en dicho contexto es de tener en cuenta la afectación al bien jurídico de la administración pública que tuvo lugar con la conducta del acusado Polack Merel; además, la naturaleza, transcendencia y ámbito dentro del cual se consumó el delito de cohecho pasivo impropio y receptación pero sin dejar de lado la gravedad de los hechos, su entidad potencial, relevancia y repulsa social de los mismos; que desde esta perspectiva cabe fijar una cantidad prudencial a cuyo efecto debe tenerse en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho perpetrado y que incidieron en el resultado generado, esto es el nivel jerárquico del precitado acusado y la extensión social de su conducta, por lo que en dicho sentido cabe fijar el monto de la reparación civil en atención al daño causado.

51. Asimismo, de conformidad con los artículos noventa y dos, noventa y tres y noventa y cinco del Código Penal, la reparación civil se fija conjuntamente con la pena, y comprende tanto la restitución del bien o el pago de su valor, así como la indemnización de los daños y perjuicios.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la nación y con el criterio de conciencia que la ley autoriza, los señores jueces de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República:

FALLARON

- I. **ABSOLVIENDO** de la acusación fiscal formulada en su contra al acusado Edilberto Canales Pillaca, por delito de cohecho pasivo impropio y receptación, en agravio del Estado.
- III. **MANDARON** que una vez consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se anulen los antecedentes generados a consecuencia del presente proceso y se archiven definitivamente los de la materia.
- III. **CONDENANDO** a Jorge Víctor Polack Merel, como autor del delito contra la administración pública —cohecho pasivo impropio [previsto en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal]— en agravio del Estado; y por delito contra el patrimonio —receptación [previsto en el artículo ciento noventa y cuatro del Código Penal]— en agravio del Estado; y como tal le **IMPUSIERON: CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**, suspendida por el periodo de prueba de **TRES AÑOS**, a condición que observe las siguientes reglas de conductas: **a)** No frecuentar personas y lugares de dudosa reputación; **b)** no ausentarse del lugar de su domicilio sin previo aviso al órgano jurisdiccional competente a donde deberá presentarse el último día hábil de cada mes para informar y justificar sus actividades; **c)** reparar el daño ocasionado por el delito; y **d)** observar conducta intachable; quedando entendido, que el incumplimiento de las precitadas normas dará lugar a la aplicación de lo previsto en el artículo cincuenta y nueve del Código Penal; asimismo, se le aplica la pena de **INHABILITACION** al condenado Jorge Polack Merel que implica la pérdida de cualquier cargo público que ostente y la imposibilidad de ocupar cualquier cargo de igual naturaleza por el período de **TRES AÑOS**, conforme a las previsiones establecidas en los incisos primero y segundo del artículo treinta y seis del Código Penal; también se le impone **NOVENTA DIAS-MULTA**, a razón de diez soles diarios, que hace un momento de novecientos nuevos soles, que deberá pagar a favor del Tesoro Público.
- IV. **FIJARON:** en la suma de **CIEN MIL NUEVOS SOLES**, el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar el condenado Jorge Polack Merel a favor del Estado.

V. **MANDARON:** Que, una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente, se cursen los oficios correspondientes en ejecución de sentencia. Así lo pronuncia, manda y firma en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha, en la Sala de Audiencias de la Sala Penal especial de la Corte Suprema. Tómesese razón y hágase saber.

S.S.

PARIONA PASTRANA / PRÍNCIPE TRUJILLO / VILLA BONILLA

COHECHO PASIVO ESPECÍFICO (ART. 395 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA PENAL TRANSITORIA****APELACIÓN N.º 1-2017****PUNO**

Lima, dieciocho de junio del dos mil diecinueve

VISTO: en audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por el fiscal de la Primera Fiscalía Superior Penal De Puno contra la sentencia del siete de noviembre del dos mil dieciséis (f. 758) emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Puno, que absolvió de la acusación fiscal a Percy Wilfredo Mejía Quispe, como cómplice primario del delito contra la administración pública, en la modalidad de corrupción de funcionarios —cohecho pasivo específico— en perjuicio del Estado, representado por el procurador público anticorrupción de Puno, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la jueza suprema CASTAÑEDA OTSU.

CONSIDERANDO**HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL**

Primero. El proceso penal comprendió como imputados a Jorge Bedregal Bejarano y Percy Wilfredo Mejía Quispe. Si bien, el primero ya fue sentenciado y su condena quedó firme, para una mejor comprensión del caso y considerando su condición de autor es necesario consignar los hechos que se le atribuyeron.

1.1. Respecto al sentenciado Jorge Bedregal Bejarano, como circunstancias preexistentes, se sostuvo que aquel en condición de fiscal estuvo a cargo del caso seguido contra Jhon Alexander Ortega Choque, quien se encontraba procesado con mandato de prisión preventiva por el delito de robo con agravantes, contra quien se solicitó la pena de veinte años de privación de la libertad.

1.2. Como circunstancias concomitantes, se consignó que Bedregal Bejarano, le solicitó a Vilma Himelda Ortega Choque, hermana del procesado Jhon Ortega Choque, cincuenta mil dólares estadounidenses, a cambio de reducirle la pena a través del proceso de terminación anticipada. Para las coordinaciones, el fiscal la llamó y le solicitó que consiga un certificado médico en el cual se detalle que su madre sufre

de una enfermedad grave. Se acordó que el lugar donde se haría entrega del dinero sería la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

El veinticinco de setiembre del dos mil trece a las dieciocho horas con cuarenta y cinco minutos, Vilma Ortega denunció el hecho ante la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Puno, y entregó la suma de mil soles en veinte billetes de cincuenta soles para que fueran fotocopiados y visados. Luego se realizó el operativo de intervención y en el trayecto a la citada universidad, Bedregal Bejarano le indicó a la denunciante que ya no se encontraba en dicho lugar y que se apersona a la sede de la fiscalía ubicada en Teodoro Valcárcel N.º 118. Una vez que llegó la denunciante, el fiscal la recibió y la hizo ingresar en un ambiente del segundo piso, donde le entregó un sobre de color blanco con el dinero, como adelanto de lo acordado y que le completaría el resto al día siguiente y se despidió.

1.3. Como circunstancias posteriores, se señaló que, a las diecinueve horas con cinco minutos del mismo día, el fiscal superior jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Puno y personal anticorrupción intervinieron a Bedregal Bejarano, y al efectuar el registro del lugar donde fue atendida la denunciante, se encontró en el escritorio y al interior de una carpeta fiscal un sobre con dinero. Una vez efectuado el cotejo del dinero con los billetes previamente fotocopiados y visados, se determinó que presentaban los mismos números de serie, y, en consecuencia, al existir flagrancia delictiva se condujo a Bedregal Bejarano a la dependencia policial especializada.

Segundo. Por otro lado, los hechos atribuidos a Percy Wilfredo Mejía Quispe, como cómplice primario son los siguientes:

2.1. Como circunstancias precedentes, se expuso que la denunciante Vilma Himelda Ortega Choque refirió que Percy Wilfredo Mejía Quispe, en condición de defensor público del Ministerio de Justicia de Puno, tenía contacto directo con el fiscal Bedregal Bejarano.

2.2. Como circunstancias concomitantes, se consignó que el fiscal Bedregal Bejarano le indicó a la denunciante que coordine con Mejía Quispe, para realizar las negociaciones respecto de la solicitud y entrega de dinero que le fuera requerido por dicho fiscal, en las dos o tres reuniones que se llevaron a cabo con presencia del citado abogado por inmediaciones de la sede de la Fiscalía, sito en jirón Teodoro Valcárcel de la ciudad de Puno, el veinticuatro de setiembre del dos mil trece a las ocho horas con cuarenta minutos.

La participación y aporte del abogado Mejía Quispe fue la de intermediario directo, ya que promovió y coordinó los encuentros y reuniones con Bedregal Bejarano, quien le comunicó acerca del dinero que le solicitó a la denunciante. El citado abogado llamó constantemente a la denunciante a su celular, sobre todo en días anteriores a la

entrega de dinero. El fiscal también la llamó directamente, para indicarle que Mejía Quispe lo esperaba en su oficina de la Defensoría Pública, donde la denunciante asistía para coordinar la entrega del dinero que le habían pedido, que consistía en cincuenta mil dólares estadounidenses.

2.3. Como circunstancias posteriores, se detalló que el veinticinco de setiembre de dos mil trece a las diecisiete horas con cinco minutos, luego de concretarse las negociaciones pactadas, el fiscal superior jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público conjuntamente con el personal policial anticorrupción intervino a Bedregal Bejarano.

Tercero. Por los hechos expuestos, el doce de febrero del dos mil quince, el fiscal superior formuló acusación (f. 1 subsanada a f. 42) contra Bedregal Bejarano y Mejía Quispe, como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito de cohecho pasivo específico, previsto en el segundo párrafo, artículo 395, del Código Penal (CP), en perjuicio del Estado. Solicitó para ambos la imposición de doce años de pena privativa de la libertad, cuatrocientos ochenta días-multa e inhabilitación por doce años, conforme con los incisos 1 y 2, artículo 36, del CP. Como reparación civil petitionó contra el primero el pago de quince mil soles y contra el segundo siete mil soles a favor del agraviado.

SÍNTESIS DEL JUICIO ORAL

Cuarto. Los actos relevantes de juicio oral son los siguientes:

4.1. El treinta y uno de agosto del dos mil quince se inició el primer juicio oral (f. 127), y en su fase de declaración de testigos, la Sala Penal Especial por resolución del tres de diciembre del dos mil quince, declaró la interrupción del juicio oral por una huelga judicial (f. 262) y dispuso un nuevo juicio.

4.2. El quince de diciembre del dos mil quince se instaló la audiencia (f. 269), en la cual Jorge Bedregal Bejarano se acogió a conclusión anticipada de juicio oral, Por ello, el veintitrés del mismo mes y año se dictó la sentencia de conformidad (f. 287), que lo condenó como autor del delito imputado y le impuso seis años y ocho meses del pena privativa de la libertad, inhabilitación por el mismo período que la sanción principal, conforme con los incisos 1 y 2, artículo 36, del CP, trescientos sesenta y cinco días-multa y dos mil doscientos ochenta y dos soles con veinticinco céntimos de reparación civil. Contra esta decisión, el sentenciado interpuso recurso de apelación (f. 304). La Sala Penal de la Corte Suprema, mediante la ejecutoria suprema recaída en la Apelación N.º 4-2016 Puno¹, confirmó la sentencia.

1 Ejecutoria suprema del veinticuatro de enero de dos mil diecisiete.

4.3. Luego, se prosiguió con el juicio para determinar la situación de Mejía Quispe; sin embargo, en la fase testimonial, la Sala Penal Especial por Resolución N.º 8, del mes de marzo del dos mil dieciséis (f. 372), declaró la interrupción del juicio oral, por motivo de vacaciones judiciales, y la causa no pudo ser atendida por la Sala Mixta Única de Emergencia.

4.4. El dieciocho de mayo del dos mil dieciséis se inició un nuevo juicio oral (f. 457). El que culminó con la expedición de la sentencia absolutoria que es materia de impugnación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Quinto. El fiscal Superior interpuso recurso de apelación contra la sentencia absolutoria (foja 708) y solicitó que sea declarada nula. Se sustentó en los siguientes argumentos:

5.1. La sentencia adolece de falta de motivación interna del razonamiento, pues se afectó las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, lo que dio lugar a que las inferencias arribadas para la absolución de Percy Wilfredo Mejía Quispe no sean válidas.

5.2. Respecto a la infracción a las máximas de la experiencia, la Sala Penal Especial sostuvo que en la primera oportunidad de la solicitud de dinero de cincuenta mil dólares estadounidenses a la denunciante no hubo ningún aporte de Mejía Quispe; sin embargo, no se consideró que previo a esta solicitud aquel y sentenciado Bedregal Bejarano se reunieron solos, de lo que se infiere por máximas de experiencia que si conoció el monto solicitado.

5.3. Con relación a las reglas de la lógica, se incurrió en una falacia, pues se estimó que los montos solicitados como prebenda deben ser los mismos, en cantidad y moneda, en la entrega, lo que no siempre ocurre. En este caso, con la primera solicitud se consumó el delito y cuando se reiteró se varió el monto; no obstante, Mejía Quispe participó en cada uno de esos momentos desde el inicio.

5.4. Se infringió el principio de no contradicción, pues la Sala Penal Especial consideró innecesaria la declaración de Bedregal Bejarano porque los hechos giraban debidamente esclarecidos; sin embargo, se absolvió al acusado Mejía Quispe por duda razonable respecto a los hechos concomitantes.

5.5. Además, no se consideró que Bedregal Bejarano aceptó los hechos y fue sentenciado por acogerse a la conclusión anticipada de juicio, y cuya declaración en juicio oral hubiera esclarecido dudas. También se incurrió en contradicción cuando se sostuvo que los hechos se consumaron con la solicitud de entrega de dinero de Bedregal Bejarano y que la conducta de Mejía Quispe era típica, y que luego se le absolvió por duda razonable.

Sexto. Mediante auto del veintiuno de noviembre del dos mil dieciséis (f. 800), la Sala Penal Especial concedió el recurso de apelación. Este Supremo Tribunal, por ejecutoria del diecinueve de enero del dos mil dieciocho, declaró bien concedido el citado recurso (f. 68 del cuaderno de apelación).

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Sétimo. En esta instancia, el tres de mayo del dos mil diecinueve se emitió el decreto que señaló como fecha de inicio de la audiencia de apelación el treinta de mayo del año en curso (f. 75 del Cuaderno de Apelación). En esta fecha, solo concurrió el fiscal adjunto supremo, Abel Salazar Suárez; por tal motivo, este Supremo Tribunal mediante Resolución N.º 1, declaró reo contumaz al absuelto Mejía Quispe y ordenó su ubicación y captura. En la misma sesión, el fiscal solicitó que en esta instancia se escuche nuevamente los audios contenidos en el USB, donde se registró la conversación del absuelto, Bedregal Bejarano y la denunciante Vilma Himelda Ortega Choque; y la declaración testimonial, vía videoconferencia, de Bedregal Bejarano, desde el establecimiento penitenciario donde se encontraba, a lo que se accedió mediante la citada resolución. Luego formuló los alegatos de apertura y se suspendió la continuación de la audiencia para el seis de junio del año en curso.

En esta fecha al Tribunal se integró la jueza suprema Zavina Chávez Mella por licencia de la jueza suprema Elvia Barrios Alvarado. El secretario dio cuenta que el sentenciado Bedregal Bejarano había egresado del establecimiento penitenciario, por lo que el fiscal adjunto supremo se desistió de su declaración. Acto seguido, se escuchó el audio contenido en el USB y se dio lectura a la parte pertinente del acta de transcripción del mismo. Finalmente, se concluyó con el alegato de clausura. Así consta en el acta respectiva.

Acto seguido, en sesión secreta se celebró la deliberación y votación de la causa. Cumplido este trámite, por unanimidad, se acordó pronunciar la sentencia de vista, cuya lectura se programó para la presente fecha.

CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

Octavo. El delito de cohecho pasivo específico, se encuentra previsto en el segundo párrafo, artículo 395, del CP², cuyo texto literal a la fecha de los hechos es el siguiente:

El magistrado, arbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince

2 Según la Ley N.º 28355, publicada el 6 de octubre del 2004

años e inhabilitación, conforme con los incisos 1 y 2, del artículo 36, del Código Penal, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

Noveno. El inciso 5, artículo 139, de la Constitución Política consagra el derecho a la debida motivación de las resoluciones. Constituye un derecho fundamental de los justiciables, y también un deber de los jueces, quienes deben exponer las razones por las cuales concluyen que la prueba actuada en juicio oral ha permitido desvirtuar la presunción de inocencia, que como derecho fundamental asiste a todo acusado en un proceso.

Décimo. En lo atinente a la valoración de la prueba, válidamente admitida, incorporada y actuada en juicio oral, respetando los derechos procesales fundamentales de las partes, se considera lo siguiente:

10.1. El Código Procesal Penal (CPP) se adscribe al “sistema de libre valoración”, consagrando un conjunto de disposiciones generales y específicas a partir de su título preliminar. Por ejemplo, precisa que el juez, en primer término, procederá a examinar individualmente las pruebas y luego lo hará de modo conjunto; asimismo, prescribe que en la valoración de la prueba se respeten las reglas de la sana crítica, especialmente los principios de la lógica, la ciencia o los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia (artículos 393.2, 158.1 y 393.2), entre otras reglas.

10.2. Por otro lado, el inciso 2, artículo 425, del CPP estipula que la Sala Penal de Apelaciones 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 actuada en segunda instancia. En la Cas. N.º 5-2007 Huaura³ se establece que ello, si bien reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. Es que se acepta que existen “zonas abiertas”, accesibles al control. Se trata de los aspectos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos⁴.

Decimoprimer. Sobre la prueba personal, también se ha establecido que el Tribunal de Revisión puede examinar la exactitud del resultado de un medio de prueba comparándolo con lo expuesto acerca de su contenido por el Tribunal sentenciador —interpretación de la prueba—, así como la coherencia lógica de la declaración, su

3 Casación N.º 5-2007 Huaura, del once de octubre del dos mil siete, f. j. n.º sétimo. En relación con las denominadas “zonas opacas”, se relacionan con los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etc.) que no son susceptibles de supervisión y control en apelación; y, por tanto, no pueden ser variados.

4 Esta posición fue ratificada en los fundamentos 5.15 a 5.17 de la Casación N.º 385-2013/ San Martín, del 5 de mayo del 2015.

compatibilidad con otros medios de prueba y, desde el examen junto de la prueba, su interrelación y correspondencia mutua en orden al juicio de suficiencia probatoria —valoración de la prueba, aunque cuidando en (a prueba personal, solo en sí misma considerada, de no arribar a un juicio valorativo distinto⁵—.

Decimosegundo. Con base en las consideraciones expuestas y en atención a los agravios formulados por el fiscal superior, que fija el límite de nuestra actuación en virtud del artículo 419 del CPP, corresponde a este Supremo Tribunal examinar la prueba actuada a efectos de determinar si la declaración de hechos probados, y la absolución de Mejía Quispe se encuentra conforme a derecho.

Decimotercero. La Sala Penal Especial sostuvo que el delito se consumó con la solitud de dinero que Bedregal Bejarano realizó directamente a la denunciante; y que por tanto, la conducta desplegada por Mejía Quispe es inocua. Esta consideración si bien atiende a la tipificación realizada por el fiscal superior —segundo párrafo, artículo 395 del CP—, no tuvo en cuenta que conforme con la imputación táctica atribuida a este último, se le atribuyó haber coordinado las negociaciones, no solo respecto de la solicitud sino también en cuanto a la entrega del dinero requerido por el primero a la denunciante.

Decimocuarto. La Sala Penal Especial también consideró que la suma de cincuenta mil dólares estadounidenses solicitada por Bedregal Bejarano es incongruente con los diez mil soles a que se hizo referencia en un audio que registró la conversación entre Mejía Quispe y la denunciante, por ser distinta en monto y unidad monetaria. En este punto, se aprecia que no se analizó dicha conversación con el conjunto de audios escuchados, pues en el apartado 2.2.8 de la sentencia se alude al audio 130924-003 (transcrita a ff. 92 y 93), que registró otra conversación entre los mismos interlocutores en la que se hace referencia a un adelanto de cinco mil dólares estadounidenses. Asimismo, en la conversación que tuvo Bedregal Bejarano con la denunciante el día que le entregó mil soles, esta le indicó que era un adelanto y que no tenía todo completo.

En atención a lo anotado, la conclusión arribada por la Sala Penal Especial no tuvo cuenta que en el ámbito de las negociaciones en esta clase de delitos el tipo y la cantidad del medio corruptor puede variar e incluso que se pueden pactar adelantos.

Decimoquinto. Asimismo, consideró que el fiscal superior no desvirtuó la alegación de la defensa de Mejía Quispe, en el sentido, que los diez mil soles ya referidos, eran para el pago de la reparación civil que se fijaría en el acuerdo de terminación anticipada. No obstante, esta suma no se corresponde con lo consignado en el requerimiento

5 CORTE SUPREMA (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN CASTRO), *Apelación N.º 9-2016 Santa*, Lima: del 12 de octubre del 2017, f. j. n.º 3.

acusatorio contra el hermano de la denunciante, en el sentido que la suma solicitada por reparación civil fue solo de tres mil soles, que debía pagar solidariamente con sus coprocesados.

Decimosexto. El inciso 2, artículo 393, del CPP prescribe que el juez para apreciar la prueba actuada en juicio oral, primero debe examinarla de manera individual y luego en conjunto. En el presente caso, la Sala Penal Especial no valoró en su conjunto los actos desplegados por Mejía Quispe, esto es, las reuniones y el tráfico de llamadas telefónicas, que sostuvo con la denunciante y con Bedregal Bejarano en momentos anteriores y el mismo día de la entrega del dinero en la oficina del citado Bedregal Bejarano.

Por otro lado, la denunciante manifestó que el día en que se llevó a cabo el operativo y portaba el dinero para la entrega a Bedregal Bejarano, en circunstancias que se encontraba en su oficina, a los quince minutos aproximadamente ingresó Mejía Quispe y le preguntó en presencia del fiscal si efectuó la entrega del dinero, a lo que le respondió que sí. Los practicantes de la Fiscalía, Marco Antonio Flores Ticona y Judith Eliana Choque Ruelas, manifestaron en juicio oral que cuando se produjo la intervención de Bedregal Bejarano, vieron que en un inicio solo ingresó la denunciante y luego de unos quince minutos Mejía Quispe; declaraciones que no han sido valoradas de acuerdo al contexto de los hechos que se suscitaron en el día y hora de la intervención del fiscal superior jefe de la OCI Puno.

Decimosétimo. Finalmente, en la sentencia se estimó que fue intrascendente que Mejía Quispe haya tenido contacto directo con Bedregal Bejarano, porque tal circunstancia no constituye elemento del tipo; no obstante, tal determinación resulta aislada, pues debió ser evaluada en conexión con las pruebas anotadas.

Decimoctavo. En atención a lo expuesto, este Supremo Tribunal concluye que no se efectuó un análisis de los hechos atribuidos a Mejía Quispe en su real contexto ni una valoración individual e integral de la prueba actuada en juicio oral, lo que determina la nulidad de la sentencia impugnada y la realización de un nuevo juicio por otra Sala Penal Especial. Juicio en el cual deberá tenerse en cuenta las consideraciones anotadas, y actuarse los medios de prueba admitidos en la etapa intermedia, y los que cumplan con los presupuestos del artículo 373 del CPP.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

- I. **NULA** la sentencia del siete de noviembre del dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Puno, que absolvió de la acusación fiscal a Percy Wilfredo Mejía Quispe, como cómplice primario del

delito contra la administración pública, en la modalidad de corrupción de funcionarios —cohecho pasivo específico—, en perjuicio del Estado, representado por el procurador público anticorrupción de Puno, con lo demás que contiene.

- II. ORDENAR** se lleve a cabo un nuevo juicio de apelación por otro Colegiado que integre la Sala Penal Especial.
- III. DISPONER** se remita la causa a la Sala Penal Especial de origen para su debido cumplimiento, y se publique la presente sentencia en la página web del Poder Judicial.

Intervino la jueza suprema Chávez Mella, por licencia de la jueza suprema Barrios Alvarado.

S.S.

PRADO SALDARRIAGA / CASTAÑEDA ESPINOZA / CASTAÑEDA OTSU / PACHECO
HUANCAS / CHÁVEZ MELLA

11.

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE (ART. 399 DEL CP)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 13-2019
SALA PENAL ESPECIAL**

SENTENCIA DE APELACIÓN

Lima, nueve de julio del dos mil veintiuno

VISTO y OIDOS: en audiencia pública los recursos de apelación interpuestos por: a) el señor fiscal supremo (f. 795) contra la sentencia del cinco de julio del dos mil diecinueve (f. 697), expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el extremo que impuso seis meses de pena de inhabilitación, conforme a lo dispuesto por el art. 36.2 del CP, al procesado Francisco de Paula Arístides Boza Olivari, por delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado; y b) el sentenciado Francisco de Paula Arístides Boza Olivari (f. 800) contra la citada sentencia, en cuanto se le condena como autor del delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años, sujeto a reglas de conducta, impone seis meses de pena de inhabilitación conforme a lo dispuesto por el art. 36.2 del CP; y fijó la suma de S/ 30 000 (treinta mil soles) por concepto de reparación civil, a favor de la parte agraviada, con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente la señorita jueza suprema TORRE MUÑOZ.

CONSIDERANDO**I. Naturaleza del proceso**

Primero. Este proceso se tramitó como delito de función, atribuido a funcionario público, previsto en el art. 454.3 del nuevo CPP. La promoción de la acción penal, se dio por disposición de la Fiscalía de la Nación, el veintiséis de octubre del dos mil dieciséis, autorizando sea ejercida contra Francisco de Paula Arístides Boza Olivari, en su actuación como juez Superior Titular - Presidente de la Corte Superior de Justicia de Ucayali y presidente de la Comisión de Concurso CAS N.º 096-2013-CSJUC,

por la presunta comisión del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio del Estado.

II. Imputación fiscal

Segundo. Se atribuye a Francisco de Paula Arístides Boza Olivari, en su calidad de juez superior titular - Presidente de la Corte Superior de Justicia de Ucayali y presidente de la Comisión de Selección de Personal en el Proceso CAS N.º 096-2013-CSJUC, haberse interesado indebidamente y en forma directa en la contratación de Yuri Untiveros Barboza para el puesto de “Apoyo en Asesoría de Actividades relacionadas con la Oficina de Imagen y Prensa de la CSJUC”, a pesar de no cumplir los requisitos exigidos en el perfil. El interés indebido del procesado se debía al vínculo amical, familiar y laboral que tenía con el citado postulante, antes de iniciarse la ejecución del proceso CAS N.º 096-2013-CSJUC, con el objeto de beneficiarlo económicamente.

2.1. Circunstancias precedentes

- a) El encausado Boza Olivari, presidente de la Corte Superior de Justicia de Ucayali para el periodo 2013-2014, emitió la Resolución Administrativa N.º 056-2013-P-CSJUC/PJ de fecha 31 de enero del 2013, modificada por Resolución Administrativa N.º 123-2013-P-CSJUC/PJ del 27 de marzo del 2013, en la cual se dispuso conformar la Comisión Permanente Encargada de la Selección de Personal CAS para el 2013, integrada por las siguientes personas:
 - Francisco de Paula Arístides Boza Olivari, juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Ucayali.
 - Sra. Yadira Isabel Alfaro Herrera, administradora de la Corte Superior de Justicia de Ucayali-Miembro.
 - Sra. Lea Cueto García de Fuchs, Jefe del Área de Personal.
 - Sr. Roly Uribe Ríos, jefe (e) de seguridad y consultor para temas de seguridad y vigilancia (con voz sin voto).
- b) La plaza de “Apoyo en Asesoría de Actividades relacionadas con la Oficina de Imagen y Prensa de la CSJUC” estuvo ocupada por el servidor Julio Benjamín Figueroa Tenorio hasta el 30 de abril del 2013, lo cual conllevó a que el presupuesto para dicha vacante sea convocada a concurso con el fin de ser cubierta.
- c) Mediante acta de fecha 23 de mayo del 2013 se instaló la Comisión Permanente de Selección de Personal para la Contratación Administrativa de Servicios en aras de cubrir las plazas vacantes de la CSJUC, la cual como se indicó líneas arriba, estuvo integrada por:

Francisco de Paula Arístides Boza Olivari	Presidente de la CSJUC	Presidente
Yadira Isabel Alfaro Herrera	Administradora judicial	Miembro
Lea Cueto García de Fuchs	Jefe de personal	Miembro
Roly Uribe Ríos	Jefe de seguridad	Consultor en temas de seguridad y vigilancia

- d) Asimismo, los resultados arribados en la reunión de la Comisión Permanente del 23 de mayo de 2013, fueron:
- Determinó la cantidad de plazas vacantes.
 - Aprobó las bases y cronograma del concurso externo.
 - Definió los perfiles de las plazas convocadas.
 - Dispuso la publicación en la página web institucional del Proceso CAS N.º 096-2013, Convocatoria para la Contratación Administrativa de Servicios de veintitrés (23) personas de Resguardo, Custodia y Vigilancia, un (1) personal de Apoyo en Actividades de Mantenimiento y un (1) personal de Apoyo en Asesoría de Actividades relacionadas a la oficina de Imagen y Prensa.
- e) Por su parte, Yuri Untiveros Barboza, primo de Flor Mónica Barboza Aguilar, esposa del imputado Francisco de Paula Arístides Boza Olivari, laboró desde febrero hasta mayo del 2013 en una pequeña empresa denominada Untiveros, Boza & Alejos Technologies S.A.C. (en adelante, UBATEC SAC), en el área de Soporte Técnico informático, junto a su cuñado Samuel Alfonso Castillo Plascencia y su hermana Tania Untiveros Barboza; luego, a partir del 8 de mayo del 2013, mediante contrato de suplencia suscrito por el acusado Boza Olivari, en su condición de presidente de la CJSUC, ingresó a trabajar a dicha Corte, siendo destacado a la Oficina de Informática y luego, en adición a tales funciones, a la oficina de imagen Institucional. Quepa señalar que la plaza ocupada era de suplencia al técnico judicial de la Central de Notificaciones, Manuel Enrique Burgos Saavedra, obteniendo una remuneración mensual de S/ 1 302.

2.2. Circunstancias Concomitantes

- Hechos relacionados con la Convocatoria Pública CAS N.º 096- 2013 de la CSJUC.
- La convocatoria del proceso CAS N.º 096-2013 estableció como perfil del postulante a la plaza de “Apoyo en Asesoría en Actividades relacionadas a la Oficina de Imagen y Prensa” (código 0053) los siguientes requisitos:

REQUISITOS	DETALLE
Experiencia	Experiencia mínima de 1 año en labores similares
Competencia	Experiencia y aptitud para el trabajo por objetivos y búsqueda de metas institucionales
Formación académica y/o nivel de estudios	Secundaria completa, estudios técnicos y/o universitarios de comunicación y publicidad
Conocimiento para cargo y/o puesto	Conocimiento del entorno de la actividad profesional e implementación de paginas web
Monto de la prestación	El pago de efectuará a razón de S/. 2 120 (dos mil ciento veinte soles)

c) Las etapas de evaluación del concurso fueron los siguientes:

EVALUACIONES	PESO	PUNTAJE MÍNIMO	PUNTAJE MÁXIMO
Evaluación de hoja de vida	35 %	15	35
Evaluación técnica	40 %	26	40
Entrevista	25 %		25
PUNTAJE TOTAL	100 %		

d) El cronograma de las etapas del proceso concurso CAS N.º 096-2013, fue el siguiente:

ETAPAS DEL PROCESO		CRONOGRAMA		ÁREA RESPONSABLE
	Aprobación de convocatoria	24/25/2013		Gerencia de Personal y Escalafón Judicial del Poder Judicial
	Publicación del proceso en el Servicio Nacional de Empleo	37/5/2013 al 7/6/2013		Dirección Regional de Trabajo de Ucayali
Convocatoria				
1	Publicación de la convocatoria en la web del Poder Judicial	8-12/6/2013		CJSUC
2	Postulación a través del link Oportunidad Laboral de la página web del Poder Judicial en la siguiente dirección web: http://historico.pj.gob.pe/aplicativos/psep	13-16/6/2013		CJSUC
3	Presentación física: La información registrada emitida por el Sistema PSEP únicamente de los postulantes que registraron su postulación a través de la página web, la cual deberá ser presentada a la oficina personal de CSJUC	17/6/2013		CJSUC
Selección				
4	Evaluación de información registrada por los postulantes en el proceso de selección	18/6/2013	CJSUC	

ETAPAS DEL PROCESO		CRONOGRAMA		ÁREA RESPONSABLE
5	Publicación de los resultados de la información registrada en el presente proceso de selección	18/6/2013	CJSUC	
	(APTO/NO APTO/ SIN PUNTAJE)			
6	Evaluación curricular (información registrada en la página web y la documentación física presentada por el postulante)	19/6/2013	Comisión CAS	
7	Publicación de resultados de la evaluación curricular (información registrada en el proceso de selección con puntajes)	19/6/2013	Comisión CAS	
8	Evaluación técnica Lugar: Será publicado con los resultados de la evaluación curricular (con puntajes)	20/6/2013	Comisión CAS	
9	Publicación de resultados de la evaluación técnica en la página web del Poder Judicial	20/6/2013	Comisión CAS	
10	Entrevista personal Lugar: Ciudad de Pucallpa, la dirección será publicada en el link oportunidad laboral con los resultados de la evaluación técnica	21/6/2013	CJSUC	
11	Publicación de resultado final en la página web del Poder Judicial			
Suscripción y registro de contrato				
12	Suscripción de contrato	26/6/2013	CJSUC	
13	Registro de contrato	26/6/2013	CJSUC	

e) El 17 de junio del 2013, la Comisión acordó lo siguiente:

- i. Designar como secretaria técnica a la servidora Elia Rojas Picón con el objeto de que realice labores de apoyo en las diferentes etapas del proceso, encargando al Lic. Oscar Javier Díaz Rivera, analista de la CSJUC, la confección y toma de la evaluación técnica, así como la coordinación del lugar y hora del examen.
- ii. La señora Ilea Cueto García de Fuchs, quien contaba con código de acceso al sistema de concursos, procedió a descargar e imprimir los reportes de la información declarada por los postulantes registrados, los cuales a la plaza cuestionada sumaron 8.
- iii. En vista de la poca cantidad de postulantes registrados, la Comisión acordó ampliar a un día más (hasta el 17 de junio del 2013) el registro de postulación, manteniendo las demás fechas del cronograma establecido. De los 45 postulantes registrados, solo 35 presentaron físicamente su curriculum vitae.

- iv. De la revisión de los documentos presentados por los postulantes, se concluyó que 34 eran aptos y 1 no apto.
- v. El 20 de junio del 2013, se llevó a cabo la evaluación técnica con los 3 postulantes aptos, el 21 de junio del mismo año se realizó la entrevista personal con 2 postulantes, entre ellos Yuri Untiveros y Adelino Benjamín Balarezo Cerdán (quien en el año 2013 era licenciado en Periodismo, pues obtuvo el grado de bachiller en Ciencias de la Comunicación el 27 de marzo de 1992 y el título profesional el 21 de setiembre de 1999), obteniendo el primero 77 puntos y el segundo 73. Se procedió a proclamar como ganador de la plaza Apoyo en Actividades Relacionadas a la Oficina de Imagen y Prensa a Yuri Untiveros, quien suscribió el contrato CAS N.º 033-2013-CSJUC/PJ, por el término de 3 meses (desde el 1 de julio al 30 de setiembre del 2013) con una contraprestación mensual de S/ 2 120.
- vi. Yuri Untiveros, al postular a la CSJUC, declaró cursar el séptimo ciclo de la carrera de Ingeniería de Sistemas en la Universidad Nacional de Ucayali, sin presentar la constancia de estudios respectiva; empero se obtuvo información del director general de Registro y Asuntos Académicos que su ciclo fue el sexto y no el séptimo, como declaró. Toda su experiencia profesional estaba relacionada al área de Soporte Técnico y Mantenimiento de Equipos de Cómputo, mas no a labores propias de Imagen y Prensa, como exigía el perfil de la plaza a la cual postuló.
- vii. De la información registral, se verificó que el acusado fue socio fundador de la empresa UBATEC SAC, donde trabajó Yuri Untiveros, desempeñando labores propias del área de Informática y no de Comunicación y/o Publicidad, a su vez, del curriculum vitae acompañado, se advierte no haber contado con capacitaciones o estudios técnicos y/o universitarios en Comunicación, Publicidad y/o afines.

2.3. Circunstancias posteriores

- a) Luego de que Yuri Untiveros Barboza resultó ganador de la plaza en el proceso CAS N.º 096-2013, conforme obra en el Contrato de Administración de Servicios N.º 033-2013-CSJUC/PJ, suscribió la adenda de fecha 9 de octubre del 2013, prorrogando la contratación administrativa de servicios del 1 de octubre al 31 de diciembre del citado año; es así como ante su vencimiento, suscribió el Contrato Administrativo de Servicios N.º 015-2014-CSJUC/PJ, con el cual renovó vínculo laboral hasta el 31 de enero del 2014, suscribiendo con posterioridad diversas adendas en el período de tiempo 1 de marzo al 1 de diciembre del 2014.

- b) Yuri Untiveros trabajó hasta el 31 de diciembre del 2014 en la CSJUC, coincidente con la culminación de la gestión del acusado como presidente de la aludida Corte Superior.
- c) Durante la investigación seguida contra el encartado, en la Carpeta Fiscal N.º 03-2015, tramitada ante la Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, por la presunta comisión de los delitos de cohecho pasivo y tráfico de influencias, relacionados con la organización criminal liderada por el señor Rodolfo Orellana Rengifo, se obtuvo información a resultados del levantamiento del secreto de las comunicaciones, sobre la existencia de diversas llamadas del número telefónico usado por Yuri Untiveros cuando prestaba servicios en la oficina de Imagen Institucional de la CSJUC con la empresa ABC Group For Human Development SAC de propiedad del antes citado, señor Orellana Rengifo, a pesar de no existir ninguna relación laboral ni amical entre ambos.

III. Fundamentos de la sentencia impugnada

Tercero. La sentencia condenatoria recaída contra el encausado Francisco de Paula Aristides Boza Olivari, se sustentó medularmente en los siguientes argumentos:

- 3.1. Estar acreditado que el procesado aludido en su condición de juez superior titular - presidente de la Corte Superior de Justicia de Ucayali y presidente del proceso CAS N.º 096-2013, se interesó indebidamente en forma directa en la contratación de Yuri Untiveros Barboza, participando en su elección para que cubriera la plaza de Apoyo en Asesoría en Actividades relacionadas a la Oficina de Imagen y prensa, a mérito de la Resolución Administrativa N.º 056-2013-P-CSJUC/PJ del 31 de enero del 2013, con la cual se designa como presidente de la comisión encargada de la Selección de Personal CAS para el año 2013.
- 3.2. Estar probado: a) la vinculación del acusado y Yuri Untiveros Barboza (ambos registran el mismo domicilio, además conforme a la inscripción del título de la empresa UBATEC SAC, se tiene que entre los socios fundadores se consigna al procesado Boza Olivari y Hermógenes Untiveros Cisneros este último quien trabajó en la citada empresa con Yuri Untiveros Barboza), b) Yuri Untiveros Barboza no cumplía con el perfil establecido para la convocatoria CAS N.º 096-2013, al no ostentar formación académica exigida, como era la de tener estudios técnicos y/o universitarios de comunicación y publicidad, c) la contratación de Yuri Untiveros Barboza para que ejerza temporalmente una plaza de suplencia en la Corte Superior de Justicia de Ucayali, desde el 8 de mayo del 2013, destacado a la oficina de informática y luego, en adición a sus funciones, a la oficina de imagen institucional que pertenecía al técnico judicial de la cen-

tral de notificaciones, Manuel Enrique Burgos Saavedra, efectuado mientras el procesado tenía la condición de presidente de la citada Corte Superior, **d)** el registro de llamadas telefónicas con el número 943078901 utilizado por Yuri Untiveros Barboza cuando laboraba en el Corte Superior de Justicia de Ucayali, que evidencian comunicaciones con números telefónicos pertenecientes a Rodolfo Orellana Rengifo y su empresa ABC Groups For Human Development SAC, denotando así que el citado celular lo usaba Boza Olivari para contactarse con miembros de la empresa Orellana ya que Yuri Untiveros no tendría relación alguna con Orellana Rengifo, quien por el contrario está involucrado junto a Boza Olivari en otro proceso.

- 3.3. Obrar acreditado que entre el procesado y Yuri Untiveros Barboza existía vínculo familiar, laboral e incluso amical, siendo así de su confianza, debido a que, entre Yuri Untiveros Barboza y Flor Mónica Barboza Aguilar (conviviente y actualmente cónyuge del sentenciado) presentan vínculo de parentesco por afinidad.
- 3.4. Para imponer la pena privativa de libertad, la Sala Penal Especial tuvo en cuenta el sistema de tercios, graduando la pena dentro del tercio inferior al no advertir circunstancias genéricas de agravación, concurriendo por el contrario circunstancia de atenuación ante la carencia de antecedentes penales por el procesado, asimismo, se tuvo en cuenta su edad, grado de instrucción y no tener carencias económicas; sancionándolo con cuatro años de pena privativa de libertad suspenda en su ejecución por el plazo de tres años, bajo reglas de conducta.
- 3.5. A la vez, para imponer la pena de inhabilitación, la instancia de mérito, desestimó la propuesta del titular de la acción penal, quien solicitaba cuatro años, conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36 del CP; sin embargo, el Colegiado precisó que no es de aplicación el inc. 1 del citado precepto legal, dado que, el procesado no se encuentra ejerciendo sus funciones y en aplicación del principio de proporcionalidad corresponde imponerle seis meses de inhabilitación.
- 3.6. Estando al daño causado como producto del hecho ilícito perpetrado, y habiéndose cumplido todos los elementos de la responsabilidad civil, se consideró imperativo cuantificarla en función a la gravedad del ilícito cometido, ubicación del acusado en la organización estatal y el impacto a la sociedad por el hecho perpetrado, arribándose a determinar cómo suma indemnizatoria la de S/ 30 000 (treinta mil soles), a favor de la parte agraviada.

IV. Fundamentos de los recursos de apelación

Cuarto. El señor fiscal supremo interpuso recurso de apelación (f. 795) cuestionando el extremo de la pena de inhabilitación impuesta contra el procesado Francisco de Paula Aristides Boza Olivari, bajo los siguientes agravios:

- 4.1. La pena de inhabilitación de seis meses es ínfima y esta no guarda proporción con la pena principal.
- 4.2. Se transgredió el derecho a la debida motivación de la resolución judicial, toda vez que, la instancia de mérito para establecer el *quantum* de la pena de inhabilitación formuló una regla no contemplada en el Código Penal y tampoco en el Código Procesal Penal.
- 4.3. La forma de determinar la inhabilitación en este caso, habría contravenido lo establecido en el segundo párrafo del art. 38 del CP, donde se prevé la inhabilitación como pena principal, cuyos márgenes son de cinco a veinte años cuando se trata —entre otros— sobre delitos de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Tanto más, si en el supuesto de no aplicarse la citada norma debió haberse establecido como mínimo en cuatro años, la inhabilitación, en estricta aplicación de la última parte del art. 39 del CP.

Quinto. El sentenciado Francisco de Paula Arístides Boza Olivari, interpuso recurso de apelación (f. 800), solicitando se le absuelva de la acusación fiscal, refiriendo los siguientes agravios:

- 5.1. Se vulneró el derecho a la debida motivación de la resolución judicial, debido a que la decisión emitida por la instancia de mérito comprende motivación aparente, pues carece de razonamiento inferencial respecto al acervo probatorio presentado por la fiscalía, los cuales han sido valorados con desaciertos en perjuicio del recurrente.
- 5.2. Los fundamentos 1.19 y el 1.26, no aplican al caso, al no viabilizar correcta interpretación a los hechos pretendidos subsumir forzosamente en el tipo penal, existiendo incorrecto juicio efectuado por la Sala Penal Especial, con la única finalidad de justificar la condena.
- 5.3. Se ha incurrido en error al formular síntesis del testimonio de Lea Cueto García de Fuchs, quien no sostuvo que la comisión elaboró las Bases del Concurso CAS; tampoco dijo que el perfil mínimo era de secundaria completa con conocimientos de publicidad y prensa; asimismo, se ha omitido el hecho de que esta persona señaló no haber recibido presiones del presidente, siendo su actuar autónomo.
- 5.4. En cuanto a la testigo Yadira Isabel Alfaro Herrera, miembro de la comisión, se omitió valorar el hecho de que esta persona afirmó no haber recibido orden para direccionar el proceso a favor de determinado postulante. En cuanto al testigo Hermógenes Untiveros, en la sentencia se señala que su sobrino Yuri Untiveros y el recurrente se conocían pero no se frecuentaban; sin embargo,

ello es un error porque este dijo que ambas personas no habían coincidido en reuniones familiares.

- 5.5. En lo atinente al testigo René Martínez Castro, este indicó que cuando vivió en el domicilio del articulante, pudo ver que Yuri Untiveros iba a dicha casa de visita una vez al mes, ello en el año dos mil ocho; sin embargo, el citado testigo mentiría, pues según otro testigo y del propio Yuri Untiveros además de su curriculum vitae, este vivía y trabajaba en Lima, lo cual no habría sido tomado en cuenta.
- 5.6. Al recurrente se le habría condenado en base a conjeturas y suposiciones. Además, en el párrafo 5.2.7 de la sentencia, aprecia que los integrantes de la Sala Penal Especial incurrieron en error, debido a que, consignaron que la comisión permanente acordó el número de plazas vacantes, sus perfiles, las bases y el cronograma del concurso; sin embargo, tal aseveración sería errada, dado que, fue la señora Lea Cueto García quien coordinó las bases del acotado concurso, su cronograma, perfil, etc. Aunado a ello, se habría respetado el procedimiento establecido; es más, para elegir al ganador no solo se necesita el voto del presidente, sino una decisión colegiada tal como ocurrió en la citada convocatoria; incluso debería tenerse en cuenta que el postulante del segundo lugar no efectuó ningún reclamo. Sobre la vinculación del procesado con la empresa de Rodolfo Orellana no estaría acreditada.
- 5.7. La instancia de mérito efectuó indebida aplicación del art. 399 del CP, pues expandió los elementos normativos del delito de negociación incompatible, a este caso, para condenar al encausado.
- 5.8. La Sala Penal Especial tergiversó y desnaturalizó las declaraciones de los testigos e incluso estas se actuaron indebidamente; no llegando a tomarse en cuenta el testimonio de Yadira Isabel Alfaro Herrera. Aunado a lo expuesto, sin ningún fundamento, el titular de la acción penal se desistió del testigo Jaro Chota Sánchez, quien había declarado en tres oportunidades ante la fiscalía. En esa línea aseveró, que las pruebas de cargo no poseen fuerza ni relevancia para desacreditar la presunción de inocencia, por el contrario, estas serían contradictorias.
- 5.9. El parentesco incompatible se da por el matrimonio hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, mas no por el sexto grado de esta última; más aún, si el recurrente recién contrajo matrimonio el nueve de agosto de dos mil catorce, esto es, después de haber finalizado el concurso CAS; en ese sentido, no estaría probada la incompatibilidad legalmente establecida. En puridad la instancia de mérito no compulsó debidamente los medios de prueba obrantes en autos.

5.10. Las irregularidades administrativas no acreditan ni prueban la existencia de interés particular e indebido del impugnante en su calidad de funcionario público, siendo necesario acudir a otra clase de pruebas o tomar otros indicadores materiales que puedan sustentar de manera suficiente y más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal.

V. Consideraciones del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

Sexto. El tipo penal de negociación incompatible, se encuentra previsto en el art. 399 del CP, cuyo texto legal vigente al momento de los hechos, es el siguiente:

Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo
El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del CP.

El delito en comento fue objeto de modificación por el art. único de la Ley número 30111, publicada el veintiséis de noviembre dos mil trece en el diario oficial *El Peruano*. En lo sustancial, el supuesto de hecho no fue modificado, sino en lo relacionado a la consecuencia jurídica, específicamente se incorporó la pena de multa.

Séptimo. Ahora bien, de tal enunciado típico, este tribunal supremo constata que el verbo rector es “interesarse”; es decir, poner especial atención en determinado contrato u operación con la finalidad de obtener un provecho propio o ajeno. Por tanto, la norma penal subyacente al tipo de negociación incompatible versa en el mandato al funcionario o servidor público que interviene a razón de su cargo, para que actúe con objetividad y sin sesgo o interés subalterno en aras de cumplir eficaz y eficientemente su oficio; evitando la desviación de poder para favorecerse o favorecer a tercero, con gestión oficiosa o irregular, en cualquier contrato u operación donde ha de intervenir a razón de su investidura. Nótese que el objeto de reproche penal recae sobre el interés que denote el agente.

Octavo. En otras palabras, solo se requiere que el sujeto activo oficial actúe interesadamente, encontrándonos así ante un delito de peligro abstracto; es decir, el comportamiento enunciado en el tipo penal traza una conducta cuya realización se presume crea peligro para el bien jurídico, resultando sancionable por consiguiente un comportamiento vía valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación al bien jurídico tutelado —preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional en la actuación funcional; implicante a

cautelar la correcta funcionalidad de la administración pública. Debe tenerse en cuenta que el logro de un beneficio económico, propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal; no se exige así, un resultado de lesión o un resultado de peligro concreto, empero ameritará probar la tendencia final del mismo hacia ese logro —no solo se exige el dolo sino además un elemento subjetivo de tendencia: búsqueda de un provecho propio o de un tercero¹.

VI. Fundamentos del Tribunal de Apelación

A. Referente al recurso de apelación del procesado Boza Olivari

Noveno. El sentenciado Boza Olivari, en su recurso impugnatorio, ratificado en audiencia de apelación, alegó vulneración del derecho a la debida motivación de la resolución judicial, pues según su postura se habría emitido por la instancia de mérito una decisión con motivación aparente, valorándose con desacierto el acervo probatorio presentado por la Fiscalía; aunado a aplicar incorrectamente el tipo penal de negociación incompatible, censurando así la probanza del verbo rector “interesarse”, del aludido ilícito materia de imputación.

Décimo. Examinada la sentencia emitida por la Sala Penal Especial, se aprecia que la motivación de la decisión adoptada por sus integrantes, se basó, en determinar si el recurrente, en su condición de juez superior titular, presidente de la Corte Superior de Justicia de Ucayali y además presidente de la Comisión de Selección de Personal en el proceso CAS N.º 96-2013, se interesó indebidamente o no en la contratación de “Yuri Untiveros Barboza” en el puesto de “Apoyo en asesoría de actividades relacionadas con la Oficina de Imagen y Prensa” de la acotada Corte, a pesar de no cumplir este último con el perfil requerido.

Decimoprimer. En ese contexto, como primer aspecto se constata que la elección de Yuri Untiveros Barboza fue efectuada cuando el recurrente tenía la condición de presidente del proceso de selección CAS N.º 96-2013. En cuanto a ello, amerita considerar que en la audiencia de apelación ante este Tribunal Supremo, la defensa del condenado, cuestionó que la Sala de origen observara su autonombramiento, cuando de acuerdo a la Directiva N.º 008-2012- GG-PJ, era el presidente de la Corte Superior de Justicia quien debía presidir dicho comité de selección. Al respecto, debemos indicar que el encartado no niega haber ostentado la citada posición e incluso la de presidente de la Comisión permanente encargada de la selección de personal CAS para el año dos mil trece, materializado mediante las Resoluciones Administrativas N.º 679-2012-0-CSJUC/PJ y N.º 056- 2013-P-CSJUC/PJ (f. 100), del treinta y uno de enero del dos mil trece, modificada esta última por Resolución Administrativa

1 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 180-2020 La Libertad*, Lima: 7 de diciembre del 2020, f. j. n.º 5.

N.º 123-2013-P- CSJUC/PJ del veintisiete de marzo del dos mil trece, sometidas al contradictorio en el plenario como pruebas documentales número dos, catorce y 15, respectivamente.

Decimosegundo. Acorde al contenido de la Directiva aludida en el fundamento precedente, aprobada mediante Resolución Administrativa de la Gerencia General del Poder Judicial N.º 589-2012- GG PJ, lo aseverado por la defensa, carece de veracidad, pues en el numeral 6.3,1 del rubro “6.3 Las comisiones *Ad Hoc* conformadas para procesos CAS”, establece que: “las Comisiones CAS *Ad Hoc*, estarán integradas por tres miembros que se encargarán de llevar a cabo la evaluación, calificación y clasificación de los postulantes declarados aptos del proceso del cual se avoquen, siendo solidariamente responsables por las decisiones y resoluciones que adopten”. En cuanto a la conformación de dichas comisiones CAS *Ad Hoc*, el numeral 6.3.2, señala: “En las Cortes Superiores de Justicia a nivel nacional, estará conformada por el gerente de administración distrital o jefe de la oficina de administración distrital, según corresponda, o un representante de aquellos, además de los miembros que designe la Presidencia de la Corte Superior de Justicia (02), así como sus respectivos suplentes”.

Decimotercero. Como puede apreciarse, el dispositivo normativo en comento, no alude lo referido por la defensa; abonando por el contrario a evidenciar la existencia de *interés* por parte del encartado, en el mencionado proceso de selección de personal CAS, a favor del ciudadano Yuri Untiveros Barboza quien llegara a ser elegido para la plaza a la cual postuló, toda vez que Boza Olivari, se autonombró como presidente de la citada comisión —la resolución administrativa que nombra a los integrantes de la comisión se encuentra firmado por el encausado—, a pesar de no estar contemplada normativamente, su participación, constituyendo ello un claro y serio indicio coadyuvante a aseverar la comisión del delito imputado por el Ministerio Público; más aún si el postulante seleccionado, es persona con parentesco por afinidad con el recurrente, al ser primos, y además padrino —el encausado— de confirmación de la hermana de Yuri Untiveros, según se desprende de la Resolución número catorce (f. 291), del diecinueve de octubre del dos mil dieciocho, por la cual el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, resolvió aprobar las convenciones probatorias arribadas entre la Fiscalía y el procesado Boza Olivari.

Decimocuarto. Aunado a ello, se encuentra acreditado que Untiveros Barboza registró como domicilio ante el RENIEC la misma dirección que el recurrente, esto es: Jr. Coronel Portillo N.º 644 - distrito de Callería, provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali, conforme se desprende del Oficio N.º 000461-2016/SGEN/RENIEC (f. 7) que adjunta el Informe N.º 00336-2016/GTI/SGGBD/RENIEC, emitido por la RENIEC, el cual fue sometido al contradictorio y valorado

debidamente por la Sala Penal Especial. Si bien, Yuri Untiveros Barboza negó haber residido en dicha dirección, empero admitió que visitaba una vez al mes dicho lugar, asumido ante la Sala Suprema de origen por el propio acusado; lo cual concuerda con la declaración espontánea, del testigo René Eduardo Martínez Castro en el plenario.

Decimoquinto. Por otro lado, también obra acreditado que el mencionado Yuri Untiveros Barboza, no cumplía con el requisito de formación académica para la plaza a la cual postuló; pese a ello, fue declarado ganador. En efecto, de acuerdo al perfil exigido para “Apoyo en asesoría en actividades relacionadas a la oficina de imagen y prensa” (sic) requerido en el proceso CAS N.º 096-2013, oralizado como prueba documental número diecinueve (f. 109), se estableció que el postulante debía tener experiencia mínima de un año en labores similares así como formación académica: “secundaria completa, estudios técnicos y/o universitarios de comunicación y publicidad”. Sin embargo, estando al curriculum vitae del aludido Untiveros Barboza (f. 153), sometido al contradictorio como prueba documental número veintinueve, se aprecia que a la fecha de la convocatoria, estuvo cursando estudios de ingeniería de sistemas (VII ciclo), con experiencia laboral en técnico informático, lo cual no fue óbice para obtener la plaza convocada a concurso, pese a que Adelino Benjamín Balarezo Cerdán, quien quedara como elegible, tenía título de periodista, carrera a fin al puesto materia de concurso.

Decimosexto. Así mismo, el recurrente aceptó haber formado parte de la empresa UBATEC SAC como miembro del directorio en el año dos mil cuatro —extremo este no controvertido, pues fue objeto de estipulación probatoria—, teniéndose así como probado; además de acreditarse ser uno de sus socios fundadores según Partida Electrónica N.º 70261190, llegando recién a renovarse tal directorio el cinco de febrero del dos mil diez. Empresa aludida donde laboró Yuri Untiveros Barboza como técnico de soporte informático desde el veinte de junio del dos mil cinco al veinte de diciembre del dos mil seis conforme se desprende de la constancia de trabajo de fecha diecisiete de septiembre del dos mil doce (f. 90) -prueba documental número nueve; por consiguiente dentro del período de tiempo en que Boza Olivari ostentaba cargo de dirección de UBATEC SAC; todo ello sometido al contradictorio y valorado debidamente por la Sala Penal Especial.

Si bien, Boza Olivari en la audiencia de apelación sostuvo que no asumió ninguna función y solo se limitó a crear dicha empresa, argumento similar esbozado ante la Sala Suprema de origen, también fue objeto de análisis en la apelada, desestimándose la alegación al evidentemente trasuntar en argumento de defensa carente de sustento fáctico y jurídico válidos, afianzando dicho razonamiento que en aquel entonces el articulante era conviviente de la prima del referido Untiveros Barboza, por ende se encontraban vinculados por afinidad, estando al axioma *ubi est eadem ratio ibi idem*

ius, en estrecha equivalencia a lo que acontece como producto del matrimonio, pues, donde impera una misma razón impera un mismo derecho.

Decimoséptimo. Cabe precisar haberse probado que previamente a la referida convocatoria, el citado Untiveros Barboza ya había trabajado en la Corte Superior de Justicia de Ucayali, siendo el acusado Presidente de dicha Corte. En ese contexto, se ponderó el “Contrato de trabajo para servicio específico” (f. 91) del ocho de mayo del dos mil trece, suscrito entre Boza Olivari y el aludido líneas arriba, en el cargo de técnico judicial (encargatura); pieza sometida af contradictorio como prueba documental número diez.

Decimoctavo. Se encuentra probado además que el recurrente tiene un proceso por sus vínculos con la red Orellana. Al respecto obra determinado que el teléfono celular de Yuri Untiveros Barboza, fue utilizado para concretar comunicaciones con la empresa ABC Group For Human Development S.A.C, de Rodolfo Orellana Rengifo; contándose para tal efecto, con la resolución número cuatro del veintiséis de octubre del dos mil diecisiete (f. 225) sometida al contradictorio como prueba documental número cuarenta y ocho, sobre secreto de las comunicaciones; empero el titular del número telefónico afirmó sostenidamente no tener relación alguna con Orellana Rengifo, permitiendo ello concluir que ante la confianza existente entre el procesado y Untiveros Barboza, las llamadas fueron realizadas entre Boza Olivari y Orellana Rengifo por intermedio del tercero aludido.

Decimonoveno. Lo argüido, permite colegir que el apelante indiscutiblemente se interesó en la contratación de Yuri Untiveros Barboza, respecto a quien se probó, conocerlo y mantener confianza con éste, previo al proceso de selección que presidió. El interés en comento, se evidencia, por lo siguiente; **a)** presidir el comité de selección a pesar de no corresponderle, autonombrándose, **b)** “no recordar” la entonces jefa de administración de la CSJUC, Yadirá Isabel Alfaro Herrera, si conformó la Comisión CAS N.º 096-2013, poniendo en cuestión, si realmente llegó participar como miembro, **c)** no reunir el postulante cuestionado, el perfil exigido, como era el de haber seguido estudios técnicos y/o universitarios de comunicación y publicidad, **d)** haber tenido Yuri Untiveros Barboza, con anterioridad al proceso CAS 2013, relación de dependencia laboral con el encartado, en la empresa UBATEC S.A.C cuando era directivo de esta, además de haber venido trabajando en la Corte Superior de Justicia de Ucayali desde el ocho de mayo del dos mil trece, vía contrato de suplencia en la oficina de informática y luego en adición a dichas funciones, en la oficina de imagen institucional, siendo el procesado Presidente de dicha Corte, **e)** haber sido el articulante conviviente, ahora cónyuge, de la prima del referido Untiveros Barboza, y **f)** facilitar el contratado al recurrente, comunicaciones con la empresa de Rodolfo Orellana Rengifo, a través de su teléfono celular.

Sobre lo discernido, Sala Penal Especial motivó debida y suficientemente su decisión, otorgando adecuado mérito al acervo probatorio actuado en el plenario, arribando a la conclusión de haberse configurado el tipo penal materia de juzgamiento, conforme se desprende del quinto considerando de la sentencia impugnada (f. 59 y siguientes de la sentencia); descartando así este Supremo Tribunal haberse incurrido en motivación aparente, como alegara la defensa.

Vigésimo. En cuanto a las observaciones efectuadas a los fundamentos 1.19 y 1.26, de la apelada; es de resaltar que el reproche penal para el caso de Autos, no emana de las citadas glosas, sino es resultado del mérito recaído a la prueba analizada individual y en conjunto, que arroja como desenlace la responsabilidad penal del señor Boza Olivari a la luz del delito imputado, no convergiendo esto último —de modo alguno— como consecuencia de conjeturas o suposiciones; deviniendo por ende en desestimable lo esgrimido en contrario.

Vigesimoprimer. Por otro lado, se cuestiona la síntesis del dicho de la testigo Lea Cueto García de Fuchs. Al respecto, es de resaltar que lo señalado por la aludida en audiencia ante la Sala Penal Especial, fue recogido conforme a sus aseveraciones (ítem 3.1.1 de la sentencia impugnada); siendo valorado en conjunto en el considerando quinto, específicamente en el numeral 5 del acotado extremo (véase página 73 de la sentencia); por consiguiente, el agravio esgrimido al respecto, también debe ser desestimado. En igual sentido, acontece con el cuestionamiento a las declaraciones de los testigos Hermógenes Untiveros Cisneros (tío de Yuri Untiveros) y René Martínez Castro, pues ambas han sido valoradas correctamente.

Vigesimosegundo. En lo atinente a la observación desarrollada contra el ítem 5.2.7 de la apelada; amerita destacar contener este, precisiones relevantes sobre la conformación de la Comisión Permanente de Selección de Personal CAS para la Corte Superior de Justicia de Ucayali - año dos mil trece, conteniendo información de la prueba documental actuada, sometida al contradictorio y valorada objetivamente; con lo cual se acredita que los miembros de la comisión, presidida indebidamente por el recurrente, acordaron “el número de plazas vacantes, las bases y cronograma del concurso externo, los perfiles de las plazas convocadas y la publicación en la página web institucional del proceso CAS”. La conclusión de ello, fue resultado del mérito desplegado a la prueba documental pertinente; en ese sentido, los miembros de la comisión eran conocedores del perfil exigido para la plaza de “Apoyo en asesoría de actividades relacionadas con la oficina de imagen institucional de la CSJUC que no cumplía en cuanto a formación académica y/o nivel de estudios, el entonces postulante Yuri Untiveros Barboza, ganador de la convocatoria.

Vigesimotercero. Finalmente, entre los agravios más resaltantes, se señala que las irregularidades administrativas no acreditan ni prueban la existencia de interés

particular e indebido del funcionario público en ciernes, siendo necesario acudir a otra clase de pruebas o tomar otros indicadores materiales que puedan sustentar de manera suficiente y más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal. Al respecto, queda claro que, en este caso, está probado suficientemente el interés indebido del encausado en contratar a Yuri Untiveros Barboza; por tanto no quepa duda alguna sobre su responsabilidad penal, al no encontrarnos ante una simple anomalía administrativa. En tal virtud, el recurso defensivo debe ser declarado infundado y confirmarse la apelada, incluso en cuanto a la reparación civil, al no haberse desvirtuado el daño generado a la parte agraviada, y encontrarnos ante una decisión judicial que al respecto se ha pronunciado acorde a derecho.

B. Respetto al recurso de apelación de la Fiscalía Suprema

Vigesimocuarto. La Fiscalía Suprema, impugnó el extremo de la sentencia donde se fija la pena de inhabilitación en seis meses; argumentando en concreto que esta no se ciñe al ordenamiento legal. Al respecto, debemos indicar que el Ministerio Público, en su requerimiento acusatorio, solicitó cuatro años de pena de inhabilitación accesoria conforme al art. 36, numerales 1 y 2 del CP. En lo atinente al numeral 1, la Sala Penal Especial desestimó su aplicación, al estar relacionado a la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, teniéndose en cuenta que este ya no se encuentra desempeñando las funciones ostentadas a la fecha del evento delictivo. Respecto al numeral 2, donde se prevé “incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público”, la Sala Penal Especial sí convino en aplicar dicha medida. Discernir concebido como razonable al caso de autos.

Vigesimoquinto. Amerita añadir que la Sala de origen coligió en cuanto a la pena de inhabilitación aplicable, ser la de “inhabilitación principal”, pues el tipo penal de negociación incompatible previsto en el art. 399 del corpus sustantivo, vigente al momento de los hechos, la establece como tal; por ende la “inhabilitación accesoria” de cuatro años postulada por el Ministerio Público, trasunta en inviable legalmente.

Vigesimosexto. Debemos indicar que el art. 38 del CP, invocado por la fiscalía, ha sido pasible de diversas modificaciones en el tiempo. Es así como, teniendo en cuenta el Acta número 8 de Conclusión de Proceso y Declaración de Ganadores (f. 150), del veintiuno de junio del dos mil trece, documento mediante el cual se declaraba consentido los resultados, teniéndose como ganador a Yuri Untiveros Barboza, además de concluido el proceso de selección de personal; el dispositivo legal aludido, tenía el siguiente texto:

La inhabilitación principal se extiende de seis meses a cinco años, salvo en los casos a los que se refiere el segundo párrafo del inciso 6) y el inciso 9) del art. 36, en los cuales es definitiva.

Esta norma fue modificada por el art. 1 de la Ley número 30076, publicada el diecinueve de agosto del dos mil trece en el diario oficial El Peruano, cuyo tenor es como sigue:

Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal

La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6,7 y 9 del art. 36 del CP.

Luego, se produjo la siguiente modificación por el art. 2 del Decreto Legislativo número 1243, publicado en el diario oficial, el veintidós de octubre del dos mil dieciséis:

Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal

La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6,7 y 9 del art. 36.

La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.

Estas dos últimas modificaciones no son aplicables al sub materia, al no haberse encontrado vigentes al momento de los hechos materia de juzgamiento.

Vigesimoséptimo. En tal virtud, la fiscalía yerra al sostener haberse vulnerado el segundo párrafo del art. 38 del CP, que señala como pena de inhabilitación principal, de cinco a veinte años cuando se trate, entre otros, del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo; ameritando confirmar la determinada por la Sala Suprema de origen, al devenir en proporcional y coherente con la determinación de la pena privativa de libertad, radicada en el tercio inferior. En consecuencia, este recurso impugnatorio examinado, debe desestimarse.

VII. Costas procesales

Vigesimoctavo. Los numerales 1, 2 y 3 del art. 497 del nuevo CPP establecen imperativamente que toda decisión con la cual se ponga fin al proceso penal, establecerá quien debe soportar las costas del proceso, sobre lo cual al órgano jurisdiccional compele pronunciarse oficiosamente. En ese orden de ideas, al haberse omitido en la apelada decidir al respecto, corresponde su integración, precisándose estar a cargo de estas, el condenado, de conformidad con el numeral 1 del art. 500 del citado cuerpo legal; sin perjuicio de declararse exento de su imposición al representante

del Ministerio Público, de conformidad con el numeral 1 del art. 499 del dispositivo legal invocado precedentemente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADOS** los recursos de apelación interpuestos por el representante del Ministerio Público y el sentenciado Francisco de Paula Arístides Boza Olivari.
- II. **CONFIRMARON** la sentencia del cinco de julio del dos mil diecinueve, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, que condena a Francisco de Paula Arístides Boza Olivares, como autor del delito contra la administración pública-negociación incompatible, previsto y sancionado en el art. 399 del CP, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a reglas de conducta; seis meses de pena de inhabilitación conforme a lo dispuesto por el art. 36.2 del CP; con lo demás que contiene la materia de alzada.
- III. **INTEGRARON** la aludida sentencia, **CONDENANDO** a Francisco de Paula Arístides Boza Olivares, al pago de costas acorde al procedimiento legal pre-establecido, cuya liquidación estará a cargo de Secretaría de la Sala Penal Especial.
- IV. **DECLARARON EXENTO** del pago de costas al representante del Ministerio Público.
- V. **DISPUSIERON** se lea en acto público la sentencia, notificándose a las partes procesales; así como **ORDENARON** su publicación en la página web del Poder Judicial; y los devolvieron.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO / SEQUEIROS VARGAS / COAGUILA CHÁVEZ / **TORRE MUÑOZ** / CARBAJAL CHÁVEZ

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE (ART. 399 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA PENAL PERMANENTE****CAS. N.º 396-2019****AYACUCHO****SENTENCIA DE CASACIÓN**

Lima, nueve de noviembre del dos mil veinte

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivad en interpuesto por el señor fiscal superior especializado en delitos de corrupción de funcionarios de Ayacucho contra la sentencia de vista de f. doscientos treinta y siete, de veintisiete de noviembre del dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de f. ciento veintidós, de veinticinco de abril del dos mil dieciocho, absolvió a Wilber Rivas Osejo y Diana Rivera Acha de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Iguain; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor fiscal provincial del Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Ayacucho por requerimiento de f. una, de fecha diecinueve de septiembre del dos mil dieciséis, formuló acusación contra Wilber Rivas Osejo y Diana Rivera Acha por delito de negociación incompatible en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Iguain.

El Juzgado de Investigación Preparatoria de Huanta mediante auto de f. cuatro, de veintisiete de septiembre del dos mil diecisiete, declaró la procedencia del juicio oral el Juzgado Penal Unipersonal de Huanta, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha veinticinco de abril del dos mil dieciocho, dictó la respectiva sentencia de primera instancia de f. ciento veintidós, que absolvió a Wilber Rivas Osejo y Diana Rivera Acha de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Iguain.

La Fiscalía Provincial interpuso recurso de apelación por escrito de f. ciento cincuenta y tres, de quince de mayo del dos mil dieciocho. El Juzgado Penal Colegiado por auto de f. ciento cincuenta y ocho, de dieciséis de mayo del dos mil dieciocho, concedió el recurso de apelación.

SEGUNDO. Que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, seguido el procedimiento impugnatorio, emitió la sentencia de vista de f. doscientos treinta y siete, de veintisiete de noviembre del dos mil dieciocho. Esta confirmó la sentencia de primera instancia de f. ciento veintidós, de veinticinco de abril del dos mil dieciocho.

Contra la referida sentencia de vista, el fiscal superior especializado en delitos de corrupción de funcionarios interpuso recurso de casación mediante escrito de f. doscientos ochenta y nueve, de tres de enero del dos mil diecinueve, que fue admitido por auto de f. trescientos cuatro, de veintiuno de enero del dos mil diecinueve.

TERCERO. Que, según la acusación fiscal de f. una, de dieciséis de septiembre del dos mil dieciséis, los hechos son los siguientes:

- A. El encausado Wilber Rivas Osejo en su condición de sub gerente de obras de la Municipalidad Distrital de Iguaín, provincia de Huanta, departamento de Ayacucho, mediante requerimiento de cinco de diciembre del dos mil catorce solicitó al alcalde distrital de Iguaín la ejecución de la obra “Instalación del Sistema de Alcantarillado y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable en los Centros Poblados de Chihua Cangari”. Por Resolución de Alcaldía ciento cinco - ALC-MDI/HTA-AYC se conformó los miembros del proceso de selección, que fueron José Alberto Huertas Caballero (presidente), Diana Rivera Rivera Acha y Wilber Rivas Osejo (miembros) para llevar adelante el proceso de Licitación Pública cero cero uno dos mil catorce - MDI/CA para la ejecución de la mencionada obra por un valor de un millón ochocientos ochenta y ocho mil doscientos noventa y cinco soles con cincuenta y un céntimos.
- B. El día treinta de diciembre del dos mil catorce los miembros del comité del proceso de selección Rivas Osejo y Rivera Acha admitieron la propuesta técnica del “Consorcio Iguaín”, no obstante que no presentó los documentos de carácter obligatorio conforme a las bases del proceso de selección, tales como: (i) la declaración jurada de no haber sido resuelto ningún contrato de obra, y (ii) el ofrecimiento de la maquinaria de un cargador sobre llantas ciento sesenta —ciento noventa y cinco HP— treinta y tres punto cinco y D tres [véase: acta de licitación pública de f. veintiséis, de treinta de diciembre del dos mil catorce].
- C. Asimismo, cuando los mencionados procesados calificaron el expediente técnico del “Consorcio Iguaín”, en el rubro “experiencia del residente”, al calificar la

constancia de trabajo de la Institución Educativa obra “Construcción de seis aulas, Servicios Higiénicos y planta de tratamiento de la Institución Educativa tres dos seis dos siete de Cucho” le otorgaron siete puntos, al considerarle veintidós punto veintisiete meses de servicio, cuando en realidad solo tenía dieciocho punto catorce meses, que corresponde a cuatro puntos conforme a las bases del proceso, por lo que, indebidamente, le otorgaron la buena pro pese a que se debió declarar desierto el proceso de selección. Así lo afirmó el Informe Pericial Contable PLP cero uno - dos mil catorce.

- D. Al haber admitido y otorgado la buena pro al “Consortio Iguaín”, la entidad edil suscribió el contrato número cero veinticuatro guión dos mil quince guión MDI oblicua GM con el aludido consorcio, de modo que se ejecutaría la obra con la maquinaria cargados sobre llantas ciento sesenta guión ciento noventa y cinco HP tres tres punto tres YD tres cuando la obra exigía que se realice con la maquinaria de mayor potencia (tres punto cinco YD tres), lo que ocasionó un perjuicio a la referida municipalidad.

CUARTO. Que el señor fiscal superior en su recurso de casación formalizado de f. doscientos ochenta y nueve, de tres de enero del dos mil diecinueve, como *causa petendi* (causa de pedir) invocó el artículo 429, incisos 2, 3 y 4, del Código Procesal Penal.

Argumentó, en vía excepcional, que es menester dilucidar jurisprudencialmente el alcance del tipo de negociación incompatible para determinar si es un delito de dominio o de infracción de deber, así como, si se vulnera el derecho de defensa de la Fiscalía y si se afecta el principio de congruencia y corrección lógica en una sentencia.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de f. noventa y cinco, de veintidós de noviembre del dos mil diecinueve, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró parcialmente bien concedido el citado recurso por las causales de infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 3 y 4, del Código Procesal Penal).

La causa de pedir relevante, objeto del control casatorio excepcional, es la delimitación objetiva del delito de negociación incompatible, las características de los indicios que puedan constituir hechos indiciantes idóneos para inferir la realidad de los hechos indiciados constitutivos del delito antes referido, la relación entre vulneraciones de la legislación de contrataciones públicas, indicios y delito de negociación incompatible, en función a los hechos declarados probados en la sentencia de primera instancia, y la configuración de las inferencias lógicas probatorias respecto del hecho punible acusado. Se trata de puntos vinculados al *ius constitutionis* y al correcto entendimiento de un delito de especial trascendencia en el control de la criminalidad funcional.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día dos de noviembre del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de la señora fiscal adjunta suprema en lo penal, doctora Gianina Tapia Vivas, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SÉPTIMO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que se cuestiona en sede casación, por un lado, el correcto entendimiento del tipo delictivo de negociación incompatible; y, por otro lado, la constitución de los indicios probados y corrección lógica de las inferencias probatorias en materia de prueba por indicios. Ambas instituciones están sujetas al principio de legalidad y están debidamente normativizadas.

En efecto:

1. El artículo 399 del Código Penal estatuye que: “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido [...]”.
2. El artículo 158, apartado 3, del Código Procesal Penal 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 trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes”.

SEGUNDO. Que el tipo delictivo de negociación incompatible protege la expectativa de normativa de que el funcionario público ha de actuar en resguardo de los intereses de la Administración Pública —en este caso de la Municipalidad Distrital de Iguain—, evitando cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de decisiones. El funcionario público, en este caso, abusa del cargo que ejerce con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero.

El delito de *negociación incompatible* es tanto un delito especial propio cuanto un delito de infracción de deber: el agente oficial ha de haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base a un título habilitante y con capacidad de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso), por lo que se trata de una situación de prevalimiento. Además, solo se requiere que

el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto; es decir, el comportamiento descrito en el tipo penal describe una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico [conforme: MEINI, Iván, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2014, p. 88], Luego, el logro de un beneficio económico, propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal; no se exige un resultado de lesión o un resultado de peligro (peligro concreto), solo ha de probarse la tendencia final del mismo hacia ese logro —no solo se exige el dolo sino además un elemento subjetivo de tendencia: búsqueda de un provecho propio o de un tercero (sentencia casatoria 23-2017)—.

El aludido tipo delictivo puede calificarse, incluso, como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión —ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados a contratos u operaciones estatales—, pero protege el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flaqueo —no de las normas principales— en relación al mismo bien jurídico. Es, por tanto, un injusto parcial en relación con el delito de colusión.

Desde la acción típica, el interés indebido —directo o indirecto—, entendido siempre económicamente a tono con el objeto del tipo —incluso de su fuente argentina, artículo 265 originario del Código Penal—, importa de parte del agente oficial un aprovechamiento del cargo —un acto de injerencia— para hacer prevalecer los intereses particulares (propios o ajenos) frente a los intereses de la Administración. Su contenido, expresa DONNA siguiendo a CREUS y FONTAN BALESTRA, es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario público debe dar preminencia en función del cargo que ocupa [DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, 2.^a ed., Buenos Aires: Rubinazal-Culzoni, 2008, pp. 363 y 364]. El agente oficial hace intervenir en el contrato u operación un interés propio y particular, se sitúa ante ellos no solo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración [CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 2, 6.^a, Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 299].

Este delito, en cuanto al objeto del interés, comprende toda modalidad de contratación pública para las adquisiciones, de bienes o servicios, que tiene a su cargo el Estado [véase, respecto de la concepción de este delito, ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco, *El injusto típico en el delito de negociación incompatible*, Lima: Editorial Palestra, 2018, pp. 59 y ss. *Injusto típico en el delito de negociación incompatible Una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal*, Lima: Editorial Ideas, 2020, en prensa].

TERCERO. Que, fijados los elementos objetivos y subjetivos del tipo delictivo de negociación incompatible, es de tener presente, en el caso concreto, lo siguiente:

1. Que tanto la evaluación del expediente técnico como la presentación de los documentos exigidos por las bases —solo se presentó un postor, el ganador— no se llevó a cabo como correspondía. Ello es así conforme a los dictámenes periciales 024-2015-MP-FEDCF-MBS/PAC, de dieciséis de septiembre del dos mil quince, de f. veintiocho, y 012-2016-MP-FEDCF-MBS/PAC, de trece de abril del dos mil dieciséis, de f. treinta y siete, realizados por el contador público Marcelino Barrientos Serna. De dichos informes periciales se desprende que el Comité limitó la participación de los postores; que se desnaturalizó la acreditación del residente de obra y además presentó un diplomado no vigente desde la legislación en vigor en esa fecha; que el consorcio ganador no cumplió con los requerimientos técnicos mínimos y no debió ser descalificado de inicio; que además fue calificado con un puntaje superior al que correspondía —de sesenta y siete punto cincuenta puntos, cuando le correspondía cincuenta puntos de un mínimo de sesenta puntos—. En consecuencia, el proceso debió declararse desierto. En el examen pericial realizado en el acto oral [f. noventa y tres, sesión de dos de abril del dos mil dieciocho, puntualizó que el Consorcio Iguain no cumplió con la presentación de los documentos obligatorios y requerimientos técnicos mínimos, no presentó con rigor las declaraciones juradas necesarias, no se adjuntaron determinados documentos que exigían las bases y lo que presentó fue de menor calidad.
2. Que en el acto público de la valoración de la licitación ocurrieron sensibles irregularidades que fueron referidas por la notaria pública, doctora Sammy Ibett Betalleluz Betalleluz, quien así lo declaró a f. noventa y uno, en la sesión de dos de abril del dos mil dieciocho. Se dio comienzo al acto sin esperar su presencia, advirtió que el puntaje otorgado no es razonable —cuyas bases se le negó— y se dio cuenta que la secretaria del comité entraba y salía del ambiente, incluso la vio ingresar al local de la administración o de la alcaldía, y que el representante de la empresa entraba y salía y hacía coordinaciones.

CUARTO. Que, como fluye del fundamento jurídico precedente, la prueba pericial es nítidamente inculpatória —dictamen pericial y examen del perito en el acto oral— y es evidente que la declaración de la notaria pública también denota la existencia de irregularidades en el desarrollo del acto de evaluación. El proceso de contratación pública fue claro y notoriamente irregular, y se otorgó la buena pro a quien no correspondía hacerlo. Las irregularidades detectadas son graves y determinaban la inadmisión como postor del “Consorcio Iguain” y, en su caso, la declaración de desierto de la licitación. No son, pues, como se concluyó por los jueces de mérito,

“meros actos administrativos de trascendencia subsanables” y, en todo caso, lo advertido pericialmente configuran “meros ilícitos administrativos, que pueden ser subsanados e irrelevantes para el derecho penal”.

Se trató de requisitos anteriores y obligatorios, no posteriores, e importaban el cumplimiento de lo esencial de un proceso de licitación. Luego, no eran subsanables *a posteriori*. A ello es de incorporar en el análisis el mérito del testimonio de la notaria pública Betalleluz Betalleluz, ajena a la administración municipal.

QUINTO. Que, ahora bien, es patente que el entendimiento del tipo delictivo de negociación incompatible fue equivocado. No hace falta, como ya se anotó, que se ocasione un perjuicio económico o un daño inminente a la administración municipal, pues no se está ante un tipo delictivo de resultado de lesión o de peligro —es un delito de peligro abstracto—. El otorgamiento de la buena pro importó, de parte de los imputados, un acto de interés indebido en un contrato u operación con el fin de obtener un provecho o para tercero. Esto es, mediando prevalimiento, con abuso del cargo en el comité de selección, se permitió la condición de postor al “Consorcio Iguain” cuando no había cumplido con la presentación de la documentación obligatoria a estos efectos y, luego, se le calificó sobrevalorando el puntaje —se consignó uno mayor al que correspondía— otorgándole la buena pro, pese a no merecerla. Es patente, además, la tendencia al provecho para el aludido consorcio por parte de los imputados al hacerlo ganador de la ejecución de la obra “Instalación del Sistema de Alcantarillado y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable en los Centros Poblados de Chiliua - Cangari”.

Siendo así, se interpretó erróneamente el artículo 399 del Código Penal. Incluso, se confundió injusto administrativo con injusto penal. El motivo casacional debe estimarse y así se declara.

SEXTO. Que, asimismo, es palmario que los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal deben probarse más allá de toda duda razonable o con verosimilitud objetiva —es la regla de juicio que exige la garantía de presunción de inocencia en su ámbito de determinación de la *quaestio facti*—. En el presente caso, no consta prueba directa —nadie mencionó conocer del “interés indebido” típico ni existió confesión al respecto—, por lo que es de acudir a la prueba por indicios.

La legislación y la jurisprudencia tienen definidos los alcances de la prueba por indicios, que es llanamente un método de valoración de la prueba y, como tal, tienen entidad para enervar la presunción constitucional de inocencia. Los (1) indicios, como primer elemento de la prueba indiciada, son, en el *sub-lite*, los que fluyen —el resultado— de la prueba pericial contable y de la testifical de la notaria pública Betalleluz Betalleluz. Su acreditación, como quedó señalado, es contundente; no se ha producido una contra prueba sólida. La (2) inferencia resultante —o la presunción judicial respectiva—,

como segundo elemento de la prueba indiciaria, en razón a lo que la máxima de la experiencia determina (cuando, siendo manifiesto, se admite un postor que no reunía los requisitos para serlo y se le califica con un puntaje al que no tenía derecho, y en un acto con serios cuestionamientos por la notaria pública, es obvio que se persigue un interés indebido, al margen de lo que requiere la Administración), revela que se está ante hechos circundantes graves y precisos que, enlazados, cercanos al hecho indiciable, concordantes entre sí y convergentes, dan lugar a una (3) conclusión inferida categórica: se produjo un interés indebido a favor de un postor y, en su consecuencia, se celebró el contrato público, de ejecución de obra, correspondiente sin base legal. No aparece de autos, por lo demás, contraindicio sólido alguno.

Es de precisar que el conjunto de ilicitudes perpetradas en el proceso de licitación o en toda contratación pública, de suyo, pueden erigirse en indicios que, si forman una cadena de datos suficientes, están en condiciones de acreditar la comisión de un delito contra la Administración Pública. Todo dependerá, desde luego, de la gravedad del hecho-indicio o hecho indiciado —que puede catalogarse propiamente de una ilicitud o irregularidad administrativa, aunque no necesariamente—, del carácter del mismo, de su número e interrelación, es decir, si forman una cadena de indicios, que apreciados en su conjunto y no aisladamente, sin otra opción plausible por su gravedad, precisión, concordancia e interrelación, permitan inferir razonablemente el hecho indiciable o hecho consecuencia, referido al que prevé el tipo penal [*vid.*: IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Santiago: Ediciones Olejnik - ARA Editores, 2018, pp. 82-87].

Por consiguiente, se incurrió en una motivación no solo insuficiente, pues sus argumentos no aportaban razones de prueba y jurídicas necesarias para ofrecer una justificación apropiada, sino también una motivación irracional, dado que en el análisis de la prueba por indicios no supo identificar los indicios y aplicó máximas de la experiencia impertinentes, lo que dio lugar a una absolución que carecía de coherencia contextual. El motivo casacional debe prosperar.

SÉPTIMO. Que estando a la entidad de los vicios *iuris* cometidos y que estos se extienden a las dos sentencias de mérito, no cabe otra opción, en función a la nulidad absoluta que en este caso plantea la clase de defecto de motivación incurrido, que optar por una casación con reenvío.

DECISIÓN

Por estas razones y de conformidad a lo opinado por la fiscal adjunta suprema:

- I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación interpuesto por el señor

fiscal superior especializado en delitos de corrupción de funcionarios de Ayacucho contra la sentencia de vista de f. doscientos treinta y siete, de veintisiete de noviembre del dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de f. ciento veintidós, de veinticinco de abril del dos mil dieciocho, absolvió a Wilber Rivas Osejo y Diana Rivera Acha de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Iguain; con todo lo demás que al respecto contiene.

- II. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista y **ANULARON** la sentencia de primera instancia. **ORDENARON** se dicte nueva sentencia por otros jueces -sea en primera instancia y, de interponerse apelación, en segunda instancia-, previa realización del juicio oral correspondiente.
- III. **DISPUSIERON** se remitan los autos al Tribunal Superior de origen para los fines de ley; registrándose.
- IV. **ORDENARON** se lea la sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en la página web del Poder Judicial, notificándose. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO / FIGUEROA NAVARRO / CASTAÑEDA ESPINOZA / SEQUEIROS VARGAS / COAGUILA CHÁVEZ

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE (ART. 399 DEL CP)

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE**

SALA PENAL PERMANENTE

CAS. N.º 841-2015

AYACUCHO

Lima, veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis

SENTENCIA DE CASACIÓN

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa técnica de los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, contra la sentencia de vista del veintiuno de agosto de dos mil quince —f. setecientos ochenta y siete—, en el extremo que confirmó la sentencia del quince de abril de dos mil quince, que los condenó por delito de negociación incompatible a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter suspendida por el periodo de tres años.

Interviene como ponente el juez supremo Josué PARIONA PASTRANA; y **CONSIDERANDO:**

ANTECEDENTES

Primero.- El Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho emitió la sentencia del quince de abril de dos mil quince contra los usados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza que los condenó por delito de negociación incompatible, en agravio del Estado, representado por el Gobierno Regional de Ayacucho, a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter de suspendida por el periodo de tres años; al indicar que:

“En relación al delito de negociación incompatible está probado que a razón de la declaración de la situación de emergencia y exoneración de los procesos de selección las adquisiciones y contrataciones N.º 007-2011-GRA- SEDE CENTRAL, el procesado Edwin Teodoro Ayala Hinostroza [director del sistema administrativo de la oficina de abastecimiento y patrimonio fiscal] cursó invitaciones a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A. para participar como postores el día 28 de diciembre de 2011, fecha en la que aún no se había notificado la aprobación de las bases administrativas de

dicha exoneración [dicha aprobación de bases fue aprobada y comunicada mediante memorando N.º 2475-2011-GRA/PRES-GG del 29 de diciembre del 2011].

Asimismo, el procesado Ayala Hinostroza emitió: **a)** la orden de compra-guía de internamiento N.º 005027 del 26 de diciembre del 2011 a la empresa IPESA S.A.C., **b)** la orden de compra-guía de internamiento número 5031 del 26 de diciembre del 2011 a la empresa UNIMAQ S.A.C.; efectuándose la fase de compromiso los días 26 y 29 de diciembre del 2011, es decir antes de otorgarse la buena pro que recién se llevó a cabo el 29 de diciembre del 2011, siendo suscrito por el 3 de enero del 2012, pese a que el 29 de diciembre del 2011 la empresa IPESA S.A.C. presentó la carta de propuesta económica y la declaración jurada del plazo de entrega.

Además que el procesado Ayala Hinostroza autorizó a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A. ampliar el plazo de entrega de los tractores agrícolas por un período de 10 días, pese a que se señaló en los contratos respectivos el plazo de entrega por 2 días.

Por otro lado, al encausado Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, pese a que en las bases administrativas se consignó que los tractores agrícola debían ser entregados en el plazo de 02 días con sus respectivos accesorios y de las irregularidades administrativas, suscribió los contratos números 012 y 013 -2011 del 03 de enero del 2012 con las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.; además de establecer en dicho contrato que las rastras hidráulicas, discos, surcadora y otros accesorios serían entregados progresivamente en el plazo máximo de 30 días a la suscripción de los contratos, contraviniendo así las bases administrativas y las cotizaciones, que indicaba que el plazo de entrega de 2 días”.

Segundo.- Dicha decisión fue apelada por el representante del Ministerio Público, el actor civil y la defensa de los encausados [véase escritos obrantes a fojas cuatrocientos noventa y cuatro, quinientos cuarenta y uno, y quinientos sesenta y uno, respectivamente, obrantes en el cuaderno de apelación], emitiéndose la sentencia de vista del veintiuno de agosto de dos mil quince, que confirmó en dicho extremo la condena contra los citados encausados y agraviado, a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter suspendida [véase fundamentos jurídicos 4.31 al 4.41].

Tercero.- Contra la sentencia de vista interpusieron recurso de casación los encausados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, la misma que fue admitida para el desarrollo jurisprudencial por las causales previstas en los incisos primero y tercero del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, mediante la Ejecutoria Suprema veinticinco de enero de dos mil dieciséis [véase fojas noventa y nueve del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo].

Deliberadora causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público —con las partes que asistan— el catorce de junio del presente año a horas ocho y treinta e la mañana.

FUNDAMENTO DE DERECHO

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Cuarto: El auto de calificación de la presente casación, aceptada por vía extraordinaria, delimitó el pronunciamiento de fondo en tres puntos importantes para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial: A. ¿Se configura el delito de negociación incompatible en casos de contratación por emergencia que inicialmente es defectuoso, sin embargo, posteriormente puede ser regularizado? B. ¿El tercero interviniente responde como instigador o cómplice en el artículo 399 del Código Penal? C. ¿Es necesario determinar la finalidad especial —provecho— en el comportamiento ilícito del imputado?

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Quinto: Conocido también como axioma de corta legalidad o mera legalidad, o como principio de la reserva de ley penal, por virtud del cual solo a ley —ni el juez ni autoridad alguna— determina qué conducta es delictiva. “Una interpretación orientada no a la pureza de las ideas sino a la eficacia práctica de la norma, ha de tener en cuenta desde el principio el siguiente contexto: Exigir un máximo de taxatividad o determinación sobrepasa lo que puede llevar a cabo cualquier práctica legislativa o interpretativa —no utópica—. Por eso, el uso de la libertad de acción sin peligro de resultar castigado solo es posible si se da la determinación previa de lo punible, y solo se garantiza la seguridad ante la arbitrariedad —sobre todo judicial— cuando la determinación previa tiene lugar en consonancia con lo razonable o la voluntad general¹.

El artículo 2, inciso 24, acápite “d”, de la Constitución Política del Perú, señala que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse ríó esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista por la ley.

El principio de legalidad obliga al legislador a precisar el contenido de sus leyes penales, pues las mismas deben propiciar certeza².

1 URQUIZO OLACHEA, José, *El principio de legalidad*, Lima: Gráfica Horizonte, 2000, p. 18.

2 VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara Editres, 2014, p. 137.

III. ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

Sexto: Desde el punto vista de la dogmática penal se sostiene que interpretar es toda la investigación de carácter dogmático que procura descubrir el sentido de la ley penal a fin de aplicarla a casos concretos y encontrar una solución jurídica. Asimismo, dicha interpretación penal debe tener a la vista ciertos principios, siendo estos el de legalidad, culpabilidad, de reserva de inocencia la pauta de restricción normativa, etc³.

Culturalmente, se ha mantenido la idea que en la interpretación prima la voluntad de la ley adaptada a su sentido cultural y dinámico, en contraposición a la voluntad del legislador, que más bien evoca la idea meta-jurídica, de imposible concretización práctica. La interpretación de las normas de cultura ha derivado a la denominada interpretación progresiva, no correctiva sino adaptativa⁴.

Desentrañar el contenido o sentido de la norma, buscar su real alcance es un proceso interpretativo, que en ocasiones no resulta fácil. La interpretación debe efectuarse a partir del texto legal pero manteniéndolo dentro de un sistema superior que comprende la norma en particular. Dicha normatividad le traza límites, contenidos objetivos al sistema penal, por tanto toda norma penal debe ser entendida desde el modelo constitucional relacionado con un Estado Democrático y Social de Derecho, con categorías políticas y sociales definidas a sus principios fundamentales y no como un precepto distante y solitario⁵.

La interpretación es una operación lógico-jurídica que se dirige a descubrir la voluntad de la ley en funciones con todo el ordenamiento jurídico y las normas superiores de cultura, a fin de aplicarla a los casos concretos de la vida real. La interpretación es una inferencia lógica que se hace respecto de un texto legal de índole penal. El intérprete penal parte de unos hechos a los cuales pretende aplicar una o varias leyes mediante un proceso cognoscitivo y utilizando juicios de inferencia o mecanismos interpretativos⁶.

El primer conocimiento debe estar relacionado con los hechos que se logra a través del conocimiento y análisis de la prueba, pues recordamos que los hechos pasan y solo mediante una actividad probatoria se pueden reconstruir aplicando un proceso racional y lógico valorativo que luego de una adecuación de tipicidad encaje perfectamente con la norma legal aplicable. Interpretar pues es penetrar en el sentido

3 CÁCERES JULCA, Roberto, *Los medios impugnatorios en el proceso penal*, Lima: Jurista Editores, 2011, p. 377.

4 *Loc. cit.*

5 URIBE SANCHÉZ, Pedro, "La norma penal" en *Revista de Derecho Penal*, n.º 5, Buenos Aires: 2008, p. 3, citado por Roberto JULCA, *Los medios impugnatorios en el proceso penal*, ob. cit., p. 378.

6 URIBE SANCHÉZ, "La norma penal", art. cit., p. 5.

de la norma para que ella actúe en los casos a los cuales por finalidad está destinada a ser aplicable⁷.

El legislador penal crea la ley luego de su valoración de la realidad; el juez, el Ministerio Público y el abogado interpretan realizando el análisis probatorio de un hecho en concreto. El intérprete no puede dar sentido a la ley penal partiendo de sus propios valores subjetivos, esto violentaría el principio de legalidad; es el orden jurídico del modelo del Estado Democrático, el que suministra al intérprete el material de contenido para sus interpretaciones; el juez al interpretar está en la obligación de actualizar, frente a situaciones concretas, los valores de la dignidad humana, el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, los deberes y derechos de las personas y de la sociedad, todo en el marco del modelo democrático constitucional vigente⁸.

El valor superior de la dignidad humana, los derechos humanos aprobados por el Congreso de la República, constituyen en nuestro ordenamiento constitucional la primera regla de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución. Luego los principios fundamentales son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la constitución misma y están dotados de toda fuerza normativa, sin embargo, no siempre son suficientes por sí solas para determinar la solución necesaria en un caso concreto⁹.

La indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de una norma penal

Sétimo: Este motivo de casación se encuentra regulado en el artículo 429 inc. 3 del Código Procesal Penal, en el que se incorporan diversos supuestos: indebida, aplicación, errónea interpretación y falta de aplicación, no solo de la ley penal, sino de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal¹⁰.

Respecto al primer supuesto, se verifica cuando existe un error por parte del juez, en la aplicación de una norma al caso concreto. Este error se comete al momento de realizar la elección de la norma y su consiguiente aplicación¹¹. SÁNCHEZ-PALACIOS enuncia al respecto que (...) hay aplicación indebida cuando se actúa una norma impertinente a la relación táctica establecida en el proceso. El juez ha errado en la elección de la norma, ha errado en el proceso de establecer la relación de semejanza

7 CÁCERES JULCA, Roberto, *Los medios impugnatorios en el proceso penal*, ob. cit., p. 377.

8 *Ibid.*, p. 378.

9 URIBE SANCHEZ, "La norma penal", art. cit., p. 5.

10 YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor, *Recurso de Casación Penal. Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial*, Lima: Ideas Solución, p. 277.

11 *Loc. cit.*

o de diferencia que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado y la hipótesis de la norma¹².

Esta causal de indebida aplicación de la norma, engloba las siguientes situaciones: a) la aplicación de una norma derogada, salvo que sea favorable al reo (ultra actividad); la ley estaba vigente al momento de la comisión de los hechos pero posteriormente es derogada, encontrándose pendiente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, b) la aplicación retroactiva de una norma, salvo cuando favorece al reo (retroactividad); la ley se emitió con posterioridad al momento de la comisión de los hechos, sin embargo, resulta más benigna para el reo que la ley que se encontraba vigente en dichas circunstancias, c) la aplicación de norma inexistente o foránea; d) la aplicación indebida del principio relativo a la jerarquía de las normas; es decir, cuando las normas inferiores, vía interpretación, trasgreden las normas superiores¹³.

En cuanto al segundo supuesto, la errónea interpretación, CARRIÓN LUGO refiere: habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla¹⁴. En este supuesto, a diferencia del anterior, a elección de la norma legal ha sido correcta; sin embargo, la interpretación de la misma es errada¹⁵.

En relación a ello, MARCIAL RUBIO, señala que la interpretación jurídica consta de tres componentes, (...) una aproximación apriorística del intérprete (...), un cuerpo de mecanismos operativos de interpretación jurídica generalmente aceptados por la doctrina, que, en conjunto, constituyen los métodos de interpretación, y los apogemas de interpretación, que son argumentos tópicos de aceptación bastante generalizada¹⁶.

También puede suceder que la propia norma legal, sujeta a interpretación, sea genérica o ambigua, frente a ello se requerirá de una labor interpretativa más ardua, en la que se utilice, incluso, los mecanismos de la integración jurídica. Frente a tales casos, la Corte Suprema, precisamente, a través del recurso de casación, determinará el sentido o alcance correcto de la norma pertinente¹⁷.

12 *Loc. cit.*

13 *Ibid.*, p. 278.

14 *Loc. cit.*

15 *Loc. cit.*

16 RUBIO CORREA, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 258,

17 YAIPÉN ZAPATA, *Recurso de Casación Penal. Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial*, ob. cit., pp. 278 y 279.

El tercer supuesto de falta de aplicación de la ley o inaplicación de las normas, incluye diferentes casos de desconocimiento de la norma por parte del juzgador: desconocimiento de la existencia, de su validez o de su significado¹⁸.

Finalmente, este motivo o causal no solo hace referencia a las leyes penales, sino también aquellas necesarias para su aplicación, para aquellas que no pertenecen al ámbito penal, residen fuera de él pero resultan imprescindibles para la realización del derecho penal. La causal, solo tendrá trascendencia casacional en tanto la errónea interpretación, la falta o indebida aplicación, sean decisivas en el fallo¹⁹.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

IV. LA REGULARIZACIÓN DE DEFECTOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE EMERGENCIA Y SU RELEVANCIA PARA EL DERECHO PENAL

A. Sobre la contratación de emergencia y el proceso de regularización

Octavo: La contratación estatal no puede ser realizada de forma arbitraria, pues sigue una serie de pautas que rigen en la materia. El principal instrumento normativo donde ellas se encuentran, mas no el único, es la Ley de Contrataciones del Estado (actual D.L. N.º 1017 y anteriormente la Ley N.º 26850) y su respectivo reglamento, el cual regula los lineamientos generales de la contratación estatal en nuestro país.

Noveno: No todo tipo de contratación es igual, ni las condiciones en las cuales se produce. No es lo mismo realizar una contratación cuando estamos frente a situaciones normales que cuando estamos frente a una situación de emergencia, o si se trata de una adquisición que comprometiera la seguridad nacional.

En el caso específico de la contratación de emergencia. Este tipo de contratación surge cuando se decide, por una situación —valga la pena la redundancia— de emergencia, que se debe adquirir determinado bien o servicio de forma urgente. Por ello, se flexibilizan las normas de contrataciones, permitiéndose que se exonere a la contratación del proceso de selección que normalmente correspondería, para hacer posible una respuesta rápida ante la situación de emergencia.

Décimo: La regulación de la contratación en situaciones de emergencia está regulada en el artículo 20, literal b, de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual señala que:

“Artículo 20.- Exoneración de procesos de selección

Están exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen:

(...)

18 *Ibid.*, p. 278.

19 *Loc. cit.*

b) Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o que afecten la defensa y seguridad nacional;
(...)”.

Décimo primero: La definición de emergencia no está sometida al libre arbitrio, sino que la misma se encuentra regulada por la normativa administrativa. Específicamente, en el artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual regula de la siguiente manera:

“Artículo 23.- Situación de emergencia

Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la Entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional.

En este caso, la Entidad queda exonerada de la tramitación del expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales del presente Decreto Legislativo. El Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente.

Las demás actividades necesarias para completar el objetivo propuesto por la Entidad no tendrán el carácter de emergencia y se contratarán de acuerdo a lo establecido a la presente norma”.

Décimo segundo: Las contrataciones realizadas en el marco de una situación de emergencia son realizadas de forma directa, lo cual se explica en la necesidad inmediata de tomar acciones de prevención o de mitigación de la situación de emergencia acaecida. Por ejemplo, es el caso de que se presentara un terremoto y se requiriera de material para auxiliar a los damnificados. La compra de ese material, dada la urgencia de contar con el mismo, hace que las formalidades normales cedan, para posibilitar la adquisición rápida del bien y ayudar a los damnificados.

Por ello, dada la necesidad de realizar la compra de forma inmediata para la atención o prevención de la situación de emergencia, es que —de todos los procesos exonerados— solo la contratación en situaciones de emergencia puede ser regularizada. En ese sentido se encuentra redactado expresamente en el artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N.° 1017).

Décimo tercero: En los casos de contratación en situación de emergencia, existe un control ex post de las compras realizadas, el cual tiene como presupuesto que sea realizada la regularización. En ese sentido, el artículo 128 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N.° 184- W008-EF), vigente en la fecha de los hechos señala:

Artículo 128.- Situación de Emergencia

En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.

Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones.

Como puede observarse la obligación de regularizar el procedimiento se mantiene, y establece el deber de que la misma sea realizada dentro del plazo de 10 días. Ellos comienzan a computarse desde el momento de la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o el inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra. Asimismo, a efectos de realizar el control sobre el proceso, es necesaria la remisión de la información pertinente a la Contraloría General de la República.

B. TRASCENDENCIA PENAL DE LA REGULARIZACIÓN

Décimo cuarto: El Derecho Penal tiene como función la protección de determinados intereses sociales, los cuales se encuentran normativizados a través de tipos penales. Solo son objetos de protección aquellos intereses que resultan vitales para la existencia en sociedad. Su existencia no depende del arbitrio libre del legislador, sino que depende de su existencia —directa o derivada— de una norma que forma parte de nuestra Ley Fundamental.

Décimo quinto: La contratación estatal, requiere específicamente que sea llevada a cabo conforme se encuentra dispuesto en la normativa de la materia, siendo protegida a través de distintas normas del Código Penal; sin embargo, el origen del deber de proteger este interés reside en nuestra Constitución Política, la cual señala en su artículo 76 que:

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.

Décimo sexto: Conforme al mandato constitucional antes señalado, la Ley realiza las excepciones en las cuales la normativa de la materia no es aplicable. En ese sentido, como señalamos anteriormente, la Ley de Contrataciones con el Estado establece como una excepción a la aplicación de sus reglas normales el caso de la contratación en caso de situación de emergencia. Este tipo de contratación, tiene como principal característica el eximirse del proceso de selección, con el objeto de que sea realizada la contratación de forma directa, contratación que puede —posteriormente— regularizarse.

Décimo sétimo: A diferencia de la contratación normal, la cual se encuentra obligada a seguir un procedimiento predeterminado en la Ley, sin posibilidad de ser regularizada, la contratación de emergencia autoriza la exención de procedimiento. La razón es la situación de emergencia misma.

Detrás de una situación de emergencia existe una situación que requiere una pronta atención, ya que estamos frente a un hecho grave producido, o, ante un grave riesgo de que sea generado. Por ello, se realiza un ejercicio de ponderación entre el normal cumplimiento de la normativa administrativa, y el objeto de protección, en el cual se favorece este último.

Décimo octavo: La regularización tiene efectos en el ámbito del derecho administrativo. Su función es que aquella situación irregular pueda ser llevada a un cauce normal. La norma dispone las formas y los plazos que se deben cumplir para que un acto administrativo pueda ser considerado regularizado, para lo cual se subsanan los defectos administrativos de la misma.

En el caso específico de la contratación en situación de emergencia, esta debe hacerse a los 10 días de entregado el bien. A través de ella, aquellos defectos que puedan ser objeto de subsanación, como es el caso del cumplimiento de ciertos requisitos no solicitados o no verificados cabalmente al momento de la contratación o la entrega del bien, respectivamente.

Décimo noveno: Los defectos administrativos, que tornan un contrato en irregular, por sí solas, carecen de relevancia para el Derecho penal. Solo cuando ellas tienen como significado el quebrantamiento de un deber que compete a esta rama del Derecho, entonces es que ellas adquieren un sentido comunicativo en este plano.

En el caso de los contratos en situación de emergencia, los defectos administrativos pueden ser subsanados a través del proceso de regularización. Para ello, se requiere

la realización de dicho proceso dentro de un plazo de 10 días desde producida la satisfacción del objeto del contrato.

Vigésimo: En este orden de ideas, los defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa, carecen —por sí solos— de relevancia para el Derecho penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados.

La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que —en el marco de una contratación en una situación de emergencia— sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa.

Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia.

Vigésimo primero: Esta premisa sustantiva trae a su vez consecuencias de índole procesal. Si nos encontráramos frente a un proceso normal de contrataciones con el Estado y se presentaran los defectos administrativos, los cuales no pueden ser regularizados, podría ser entendible como una prueba del quebrantamiento de un deber penal.

Distinta es la situación en el caso de que se trate de una contratación en situación de emergencia, dentro de la cual la comisión de defectos administrativos es posible. En este supuesto, debido a la justificación legal y material de los mismos, es posible que el realizar estos defectos carezca —por sí sola— de relevancia para el Derecho Penal. No será el supuesto si, anexo a dichos efectos administrativos, se presenta un elemento que da un sentido delictivo a los mismos, como es el acuerdo colusorio o el pago de una dádiva.

C. ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

Vigésimo segundo: La Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho ha considerado que los defectos administrativos señalados evidenciarían la comisión del delito de negociación incompatible por parte de los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza.

Vigésimo tercero: De forma coherente con los postulados anteriormente mencionados, para evaluar el valor probatorio de los defectos administrativos, primero debemos verificar en qué tipo de contratación nos encontramos. En el presente caso, nos encontramos frente a una contratación en una situación de emergencia, por lo que la valoración de los mencionados defectos es más rigurosa que en un supuesto normal de contratación.

En un supuesto normal de contratación, estos defectos podrían ser tomados como indicios para construir la prueba indiciaria que acredite la comisión de un delito. En un supuesto de contratación de emergencia, ello requiere no solo de los defectos administrativos, sino que se haya acreditado —adicionalmente— un elemento externo al proceso de contratación.

Vigésimo cuarto: Dado que nos hayamos frente a un proceso de contratación en situación de emergencia, entonces no necesariamente se puede la existencia de defectos administrativos al quebrantamiento de un deber penal. Es posible, entre tantas otras cosas, que estos defectos sean producto de la necesidad de contar rápidamente con el insumo para poder paliar o prevenir la situación de emergencia.

Para poder atribuir la existencia de un ilícito penal —especialmente en el caso de contrataciones en situación de emergencia— es necesaria la comprobación de un factor externo al proceso de contrataciones, el cual le podría dar un sentido penal a este acto meramente administrativo.

Vigésimo quinto: En el presente caso, los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza actuaron procurando adquirir la maquinaria necesaria para tomar acciones de prevención contra una amenaza (la plaga de Kikuyo²⁰) que había sido declarada como tal. Se aprecia la comisión de una serie de defectos administrativos, los cuales fueron posteriormente regularizados.

Por ende, estos defectos carecen de valor probatorio en sí mismos. Al no haberse probado un elemento adicional que —sin lugar a dudas— evidencie que la razón de dichos defectos administrativos fue el quebrantar un deber penal; entonces ha de asumirse que los mismos se dieron en el contexto de la toma de acciones a causa de la situación de emergencia en sí misma; por lo que, no es posible darles un sentido penal a estos defectos administrativos.

Vigésimo sexto: En el delito de negociación incompatible, como será desarrollado más adelante, es de especial importancia la prueba de los siguientes elementos típi-

20 Pasto kikuyo (*Penicetum clandestinum*) se tienen como principales plagas: a) Chinche de los pastos (*Collaria scenica*); b) salivazo (*Aneolamia varia* o *Zulia carbonara*); c) Chizas o Mojojoy; larvas de un coleóptero – Cucarrón marceño (Diversos géneros: *Philophaga*, *Acognata* etc; d) Gusano ejército; e) Lorito verde. (*Empoasca* sp.)

cos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. (Conducta objetiva) B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. (Elemento subjetivo)

La prueba de estos elementos típicos no se puede desprender de los defectos administrativos en sí misma. Deben existir elementos probatorios, fuera del procedimiento administrativo, que permitan comprobar el quebrantamiento de un deber administrativo. Si estos elementos son acreditados, entonces los defectos administrativos pueden adquirir un significado penal, mientras tanto carecerán del mismo.

Vigésimo sétimo: Por estas razones, al comprobarse que, en el presente caso, la fundamentación de la Sala Penal de Apelaciones considera la existencia del delito de negociación incompatible, basándose solo en la existencia de defectos administrativos; sin embargo, dado que la misma no ha tenido en cuenta de que se trata de defectos administrativos subsanables, y, sobretodo, que no ha existido la prueba del elemento externo al proceso de contrataciones que acredite la existencia de los elementos típicos antes mencionados; corresponde absolver de la acusación por el delito de negociación incompatible a los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza.

V. LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

A. La intervención delictiva en el delito de negociación incompatible

Vigésimo octavo: El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial —normativizado—, que solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición.

La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos.

Vigésimo noveno: Para determinar el nivel de injerencia típica del tercero en éste delito, es necesario analizar la estructura del mismo. Este artículo se encuentra regulado en el artículo 399 del Código penal, siendo su tenor literal el siguiente:

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier

contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Trigésimo: Como podemos observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria.

La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece/Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo.

El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado —de alguna manera— con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.

Trigésimo primero: El delito de negociación incompatible se enmarca dentro del Título xviii (delitos contra la administración pública), Capítulo II (delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección IV (corrupción de funcionarios). Por ende, su interpretación se da en el marco de la corrupción de funcionarios.

Podemos observar que el mismo tiene una naturaleza subsidiaria, dado que, por su configuración típica, se presenta cuando no se da otra de las conductas previstas en esta sección. Si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un ^cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión.

El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente.

B. Análisis en el caso concreto

Trigésimo segundo: La defensa técnica plantea que la Sala Penal de Apelaciones ha errado, porque no ha tomado en consideración que los funcionarios de las empresas ganadoras de la buena pro, ni las empresas mismas han sido sancionados. Por ende, no se ha cumplido con un requisito que sería el sancionar aquellas personas que han manifestado un interés indebido.

Trigésimo tercero: Sobre la base de las consideraciones anteriores, la configuración típica del delito de negociación incompatible no permite la intervención de un tercero. Si esta se presentara, entonces ya no estaríamos frente a este delito, sino a otro de los delitos de corrupción de funcionarios.

Por ello, el recurso de casación planteado por el imputado, en este extremo, debe ser declarado infundado, dado que, en atención a los fundamentos dogmáticos del tipo penal en mención, la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho no debió procesar al particular en este caso.

VI. LA DETERMINACIÓN DE LA FINALIDAD ESPECIAL EN EL COMPORTAMIENTO ILÍCITO DE LOS PROCESADOS

A. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

Trigésimo cuarto: El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.

Trigésimo quinto: Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública.

El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el/funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero).

La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

Trigésimo sexto: El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.

Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, pueda ser el beneficiado.

El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la calificación del contrato o de la operación a cargo del funcionario.

Trigésima sétimo: Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que al tratarse de elementos que configuran la conducta inculpada, constituye un deber del magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados.

B. Análisis en el caso concreto

Trigésimo octavo: La defensa alega que la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho tenía el deber de determinar el elemento subjetivo de trascendencia interna: que el autor tenga como finalidad la obtención de un provecho para sí o para un tercero.

Trigésimo noveno: La existencia de elementos subjetivos de trascendencia interna solo puede derivarse de exigencias típicas. Ahí donde la norma no ha expuesto claramente la existencia de un elemento subjetivo, distinto al dolo o la culpa, dicho elemento no va a existir.

Un elemento subjetivo de trascendencia interna es la motivación que debe tener el autor para realizar la conducta, la cual es distinta al dolo y la culpa, porque ambos elementos subjetivos están relacionados directamente a un elemento objetivo del tipo; sin embargo, el elemento subjetivo hace referencia a una motivación que no forma parte del tipo objetivo.

Cuadragésimo: Conforme los fundamentos precedentes, el delito de negociación incompatible exige un elemento subjetivo que es la búsqueda de un provecho propio o para un tercero. Este elemento subjetivo tiene que ser materia de prueba, porque si el mismo no se acredita, la conducta sería atípica.

Conforme puede apreciarse en la sentencia de vista, este elemento subjetivo no ha sido materia de acreditación. La Sala Penal de Apelaciones se ha limitado a describir como, a su entender, sobre la base de los defectos administrativos puede derivarse

la existencia de un interés ilegítimo; sin embargo, no ha señalado si esta conducta inculpada fue realizada buscando un provecho propio o de un tercero.

Cuadragésimo primero: Por ello, la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho al no indicar cuál sería el provecho que tuvieron los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa o el particular, se debe declarar fundado el recurso de casación planteado por la defensa técnica de éstos en dicho extremo.

DECISIÓN

Por estas consideraciones:

- I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa, en el extremo de los puntos A. [Se configura el delito de Negociación Incompatible en casos de contratación por emergencia que inicialmente es defectuoso, sin embargo, posteriormente puede ser regularizado] C. [Es necesario determinar la finalidad especial -provecho- en el comportamiento ilícito del imputado], **II. INFUNDADO** por el punto B [El tercero interviniente responde como instigador o cómplice en el artículo 399 del Código Penal].
- II. **SIN REENVÍO, CASARON** la sentencia de vista del veintiuno de agosto de dos mil quince —f. setecientos ochenta y siete— en el extremo que confirmó la sentencia del quince de abril de dos mil quince que condenó a Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa por delito de negociación incompatible, a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter de suspendida por el periodo de tres años, en agravio del Estado, representando por el Gobierno Regional de Ayacucho; **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA REVOCARON** la sentencia de primera instancia del quince de abril de dos mil quince, que condenó a Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa por el citado delito y referido agravado, reformándola, **ABSOLVIERON** a los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa de la acusación por el delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho.
- III. Dispusieron **ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL** los fundamentos jurídicos 12 al 23, y 34 al 37 de la presente Ejecutoria Suprema.
- IV. **ORDENARON** que se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el diario oficial “El Peruano”, de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber.

V. MANDARON que, cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación.

S.S.
VILLA STEIN / RODRIGUEZ TINEO/ **PARIONA PASTRANA**/ HINOSTROZA PARIA-
CHI/ NEYRA FLORES

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE (ART. 399 DEL CP)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1494-2019
CUSCO

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiuno de abril del dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación interpuestos por la defensa de los encausados Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, Blasco Antonio Centeno Catalán, José Luis Moscoso Cusi, Eugenia Dávila Sombui y Walquer Jorge Álvarez guzmán, por la causal de infracción de precepto material, contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo del dos mil diecinueve, en el extremo que confirma e integra la sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, de veintiuno de enero del dos mil diecinueve, que condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y cuatro años y ocho meses de inhabilitación, así como a los dos, conjuntamente con los absueltos Abelardo Echegaray Delgado, Blasco Antonio Centeno Catalán, José Luis Moscoso Cusi, Eugenia Dávila Sombui y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, al pago solidario de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor fiscal provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de Echarati a fojas una, cuarenta, setenta y cuatro y ciento veintitrés (incidente), de veintitrés de noviembre del dos mil once, de siete de noviembre del dos mil doce, treinta de mayo y veintiséis de julio del dos mil trece, respectivamente, formuló acusación contra Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Medina Espinoza y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, como coautores de la comisión del delito de malversación

de fondos en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; y, alternativamente, contra Elio Pro Herrera por la comisión del delito de peculado doloso en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; así como contra Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de colusión desleal y negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati.

El Juzgado de Investigación Preparatoria de Echarati mediante auto de fojas doscientos cinco (incidente), de doce de agosto del dos mil dieciséis, declaró la procedencia del juicio oral.

SEGUNDO. Que el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cusco, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha veintiuno de enero del dos mil diecinueve dictó la respectiva sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, que absolvió a Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Espinoza Medina y Walker Jorge Álvarez Guzmán de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; absolvió a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós de la calificación jurídica alternativa propuesta por delitos de peculado doloso y colusión desleal en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; y, condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de *negociación incompatible* en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati, a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y fijó en quinientos mil soles el monto que abonarán solidariamente por concepto de reparación civil a José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Espinoza Medina y Walker Jorge Álvarez Guzmán, en mérito al art. 12.3 del nuevo CPP, así como, Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós el monto de quinientos mil soles; asimismo, dispuso la restitución del dinero capital afectado por la suma de un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles, a ser pagados en un plazo de seis meses de consentida o ejecutoriada la sentencia.

TERCERO. Que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco emitió la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo del dos mil diecinueve. Esta, confirmó la sentencia de primera instancia, de veintiuno de enero del dos mil diecinueve, e integrándola, impuso a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós la pena de inhabilitación por el plazo de cuatro años y ocho meses.

Contra la referida sentencia de vista la defensa de los encausados Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Eugenia Dávila Sombui,

Blasco Antonio Centeno Catalán, y Walker Jorge Álvarez Guzmán interpusieron recurso de casación.

CUARTO. Que los cargos materia de acusación fiscal contra los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós son como siguen:

- A. El primero, como alcalde de la Municipalidad Distrital de Echarati, y el segundo, como Gerente Municipal, conjuntamente con José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Espinoza Medina y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, regidores de la mencionada municipalidad, conforme al acta de sesión de Concejo Municipal siete-dos mil siete, de veintisiete de febrero del dos mil siete, aprobaron la autorización para el traslado de los fondos de la cuenta a plazo fijo (previo cambio monetario de dólares a soles) a una cuenta de fondo común, dentro de la misma entidad bancaria, el Banco Continental con sede en la ciudad de Quillabamba. La ejecución del acuerdo corrió por los acusados Pro Herrera y Camacho Galdós, expidiéndose antes la Resolución de Alcaldía N.º 046-2007-A- MDE/LC, de nueve de marzo del dos mil siete, y luego el oficio del alcalde dirigido al Banco Continental de veintidós de marzo de dicho año.
- B. Es del caso que el alcalde y su equipo de asesores manipularon los temas a tratar y aprobar en la agenda. Los acusados Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós consiguieron que el Concejo Municipal no solo tome el acuerdo de aprobar el cambio de fondos de la cuenta a plazo fijo número dos uno ocho guión cero uno tres cero cero cero uno seis cero dos ocho en dólares americanos, a una de fondos mutuos, sino que además lograron que se les encargue suscribir la documentación necesaria y efectuar las gestiones pertinentes.
- C. Ello se tradujo en la emisión de la respectiva resolución de alcaldía y presentación de documentos por parte de Camacho Galdós y se consumó con el acto, acontecido el veintiocho de marzo del dos mil siete, en cuya virtud en la cuenta de fondos mutuos del Banco Continental se efectuaron los siguientes depósitos: al fondo mutuo, cuenta número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco dos guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cuatro seis, la suma de once millones de soles, y al fondo mutuo, cuenta número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco ocho guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cinco seis, la suma de ocho millones doscientos dos mil setecientos sesenta soles con treinta y siete céntimos. Ello hizo un total de diecinueve millones doscientos dos mil setecientos sesenta soles con treinta y siete céntimos.

- D. Estas acciones favorecieron económicamente al Banco Continental del Perú. A febrero del dos mil siete la Municipalidad Distrital de Echarati ya había perdido la suma de setecientos noventa y siete mil doscientos treinta y nueve soles. Y fue a partir del cambio de modalidad de ahorros por el de fondos mutuos que las pérdidas de la municipalidad continuaron, contrariamente los beneficios para la entidad financiera se vieron aumentadas, de manera tal que el veinte de octubre del dos mil ocho, las cuentas arrojaron los siguientes resultados: (1) Fondo mutuo número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco dos guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cuatro seis, igual a nueve millones doscientos siete mil doscientos diecinueve soles con cincuenta y siete céntimos: pérdida de un millón setecientos noventa y dos setecientos ochenta y uno soles. (2) Fondo mutuo número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco ocho guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cinco seis, igual a la suma de ocho millones ciento setenta y seis mil doscientos setenta y cuatro soles con ochenta y siete céntimos: pérdida de veintiséis mil cuatrocientos ochenta y seis soles. Ello hizo un total de diecisiete millones trescientos ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y soles con cuarenta y cuatro céntimos, y el monto que perdió la municipalidad agraviada ascendió a un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles.
- E. Los acusados Pro Herrera y Camacho Galdós, de manera indebida y directamente, se interesaron y actuaron en provecho de un tercero (Banco Continental) en la operación (económica-financiera) de traslado de la cuenta de fondos a plazo fijo a la de fondo común. Dichos encausados, como alcalde y gerente municipal, eran los responsables de determinar la firma de los documentos y la generación de gestiones para que se cumpla el acuerdo en este contexto. Era su rol institucional, y dentro de su ámbito de responsabilidad, no solo la evaluación de la transferencia del fondo sino también su gestión en general.
- F. Los imputados sabían que los fondos mutuos representan una alternativa de inversión, consistente en fondos comunes formados con aportes voluntarios, los que pueden ser de tres tipos: renta fija, renta variable y renta mixta. Lo que generó a través del acuerdo del Concejo Municipal fue arriesgar los fondos de la municipalidad, puesto que las inversiones que se realizan en el mercado de capitales representan inversiones de riesgo.
- G. El Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero (Resolución Ministerial N.º 087-2001-EF-10) estipula en su art. 11 que al ser la inversión mayor a un millón de soles se tenía la obligación de generar un sistema de seguimiento y un comité de adjudicación responsable

del sistema, sin embargo, en este caso no se instituyó tal comité especial ni un comité de adjudicación.

QUINTO. Que la defensa del encausado Pro Herrera en su escrito de recurso de casación de fojas seiscientos treinta y siete, de treinta de mayo del dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (art. 429, incisos 1 y 3, del nuevo CPP).

Postuló, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, si el delito de negociación incompatible está incurso en lo dispuesto en el art. 80, parágrafo final, del CP; si el órgano jurisdiccional puede reconducir la tipificación de los hechos para aplicar la norma anterior; si los hechos acusados constituyen el delito de negociación incompatible; y, si los hechos pueden ser modificados para la aplicación de ese tipo delictivo de negociación incompatible.

SEXTO. Que la defensa del encausado Camacho Galdós en sus escritos de recurso de casación de fojas seiscientos setenta y seis, de tres de junio del dos mil diecinueve, y setecientos cincuenta y dos, de cuatro de junio del dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (art. 429, incisos 1, 3 y 5, del nuevo CPP).

Pretendió, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, que se determine si la Ley N.º 30076, de diecinueve de agosto del dos mil trece, que estableció el sistema de tercios para la medición de la pena, solo es aplicable para hechos cometidos antes de su vigencia, si resulta más favorable; que la formalización de la investigación preparatoria no suspende el plazo de prescripción extraordinaria, solo se limita a la ordinaria; que en los delitos de negociación incompatible no es posible la dúplica del plazo de prescripción; y, que la valoración de la prueba, sin tomar en cuenta normas específicas de carácter presupuestario, es válida.

SÉPTIMO. Que la defensa del encausado Centeno Catalán en su escrito de recurso de casación de fojas seiscientos ochenta y siete, de cuatro de junio del dos mil diecinueve, denunció como motivo de casación: infracción de precepto material (art. 429, inciso 3, del nuevo CPP).

Pidió, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, que se establezca si pese a concluirse que no tuvo participación en el delito de negociación incompatible debe condenársele al pago de la reparación civil. Afirmó que la reparación civil tiene un carácter civil. Luego, hizo referencia a la medición de la pena y a la naturaleza de las circunstancias de agravación y de atenuación.

OCTAVO. Que la defensa del encausado Moscoso Cusi en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos uno, de cuatro de junio del dos mil diecinueve, al igual

que la defensa de la encausada Dávila Sombui en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos quince, de cuatro de junio del dos mil diecinueve, y la del encausado Álvarez Guzmán en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos veintinueve, de cuatro de junio del dos mil diecinueve, formularon la misma pretensión impugnatoria y argumentación que su coimputado Centeno Catalán.

NOVENO. Que, cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas doscientos ochenta y seis, de tres de julio del dos mil veinte, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el recurso de casación por el motivo de *infracción de precepto material*: art. 429.3 del nuevo CPP.

En lo atinente a los tres últimos recursos de casación —de Centeno Catalán, Moscoso Cusi, Dávila Sombui y Álvarez Guzmán—, como se plantea un tema de derecho material, vinculado a la imposición o no de reparación civil pese a una absolució, es del caso su examen casacional desde el motivo de *infracción de precepto material* (art. 429.3 del nuevo CPP).

En lo que concierne al tipo penal de negociación incompatible, materia, de uno u otro modo, de los recursos de casación de los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós, es del caso analizar si, en efecto, se interpretó adecuadamente sus elementos objetivos y si la subsunción fue correcta o no. Este es un tipo penal que merece una delimitación jurisprudencial, en función a sus propias características y a las diferencias que tiene con el delito de colusión. Luego, solo en este extremo es pertinente su análisis bajo la causal de *infracción de precepto material*.

Se rechazaron liminarmente, por su falta de trascendencia jurídica casacional, las pretensiones impugnativas referidas a la prescripción de la acción penal, a la vulneración del principio de congruencia fáctica, a las reglas de medición de la pena, a la valoración de la prueba y a la legalidad extra penal.

DÉCIMO. Que, instruido el expediente en secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día catorce de abril del presente año, esta se realizó con la concurrencia de los señores abogados, doctor José Wilmer Cabel Noblecilla por Pro Herrera, doctor Franklin Rooussbell Falcón Lloclla por Centeno Catalán, Dávila Sombui y Moscoso Cusi, y doctor Walter Sierra Cruz por Camacho Galdos. También asistió el abogado delegado de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción, doctor Julio Augusto Yauri Medina, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente. No concurrió la defensa del recurrente Walquer Jorge Álvarez Guzmán, ni justificó su inasistencia.

UNDÉCIMO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por

unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que los hechos declarados probados no están en discusión casacional, no integran el objeto del recurso de casación. No se han considerado relevante los cuestionamientos que inciden en la motivación, intratextual y extratextual, de las sentencias de mérito, así como tampoco en el contenido del material probatorio y su apreciación por el Tribunal Superior. Propiamente, se controvierte, según se aceptó en la Ejecutoria Suprema de calificación, la *quaestio iuris* referida, en concreto, a la interpretación y aplicación del tipo delictivo materia de condena (negociación incompatible) y a la imposición del pago de la reparación civil a los absueltos por este delito.

SEGUNDO. Que lo significativo de los hechos juzgados estriba en que los encausados recurrentes (alcalde, regidores y gerente municipal), conforme a la sesión del Concejo Municipal de veintisiete de febrero del dos mil siete, aprobaron la denominada “autorización para el traslado de los fondos de la cuenta a plazo fijo (previo cambio monetario de dólares a soles) a una cuenta de fondo común” dentro de la misma entidad bancaria (Banco Continental - sede Quillabamba). La ejecución del referido Acuerdo Municipal corrió a cargo de los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós, alcalde y gerente municipal de la entidad agraviada, respectivamente. El tema de agenda fue objeto de manipulación por Pro Herrera y Camacho Galdós, quienes lograron su inclusión en la agenda y la respectiva aprobación. Es del caso, empero, efectivizado el cambio de la cuenta originaria el veintiocho de marzo del dos mil siete, que dio como resultado la apertura de dos cuentas de fondos mutuos por once millones de soles y ocho millones doscientos dos mil setecientos sesenta con treinta siete céntimos, respectivamente. Ese cambio de cuentas importó, a final de cuentas, una pérdida total para la municipalidad, al veinte de octubre del dos mil ocho, de un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles, en beneficio del Banco Continental [explicación del perito contable Leonardo Monterroso Huamán en el acto oral]. Los imputados no cumplieron con lo dispuesto en el “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero” (Resolución Ministerial N.º 087-2001-EF-10) y, por tanto, no generaron un sistema de seguimiento y un comité de adjudicación responsable del sistema.

TERCERO. Que el tipo delictivo de negociación incompatible, previsto y sancionado en el art. 399 del CP, según la Ley N.º 28355, de seis de octubre del dos mil cuatro, castiga al: “[...] funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa

o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación que interviene por razón de su cargo, [...]”.

Esta Sala de Casación recientemente, en dos ocasiones, ya se pronunció acerca de los alcances de este delito, en la Cas. N.° 396-2019 Ayacucho, de nueve de noviembre del dos mil veinte, y en la Cas. N.° 180-2020 La Libertad, siete de diciembre del dos mil veinte. En ambos casos se sostuvo lo siguiente:

1. El delito de negociación incompatible protege la expectativa de normativa de que el funcionario público ha de actuar en resguardo de los intereses de la administración pública, evitando cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de decisiones. El funcionario público, en este caso, abusa del cargo que ejerce con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero.
2. Es tanto un delito especial propio (formal) cuanto un delito de infracción de deber (material): el agente oficial ha de haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base a un título habilitante y con capacidad de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso), por lo que se trata de una situación de prevalimiento —el fundamento de la imputación responde en la infracción del deber positivo del agente oficial de resguardar los intereses de la administración a través a través de una actuación imparcial en un contrato u operación estatal en la que interviene por razón de su cargo— [ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Ideas, 2020, p. 133].
3. Solo se requiere que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto; es decir, el comportamiento descrito en el tipo penal define una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. Luego, el logro de un beneficio económico, propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal; no se exige un resultado de lesión o un resultado de peligro (peligro concreto), solo ha de probarse la tendencia final del mismo hacia ese logro —no solo se exige el dolo sino además un elemento subjetivo de tendencia: búsqueda de un provecho propio o de un tercero—.
4. El aludido tipo delictivo puede calificarse, incluso, como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión —ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados a contratos u operaciones estatales—, pero protege el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flanqueo —no de las normas principales— en relación al mismo

bien jurídico. Es, por tanto, un injusto parcial en relación con el delito de co-lusión.

5. Desde la acción típica, el interés indebido —directo o indirecto—, entendido siempre económicamente a tono con el objeto del tipo penal —incluso de su fuente argentina, art. 265 originario del CP—, importa de parte del agente oficial un aprovechamiento del cargo —un acto de injerencia— para hacer prevalecer los intereses particulares (propios o ajenos) frente a los intereses de la administración. Su contenido es volcar sobre el negocio de que se trate, en cualquiera de sus fases (actos preparatorios, ejecución o liquidación del contrato) y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas [SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 3.^a ed., Lima: Grijley, 2014, p. 567], una pretensión de parte no administrativa, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario público debe dar preminencia en función del cargo que ocupa.
6. El agente oficial hace intervenir en el contrato u operación un interés propio y particular, se sitúa ante ellos no solo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración.

“El interés indebido, como afirma CREUS, es situarse ante el contrato u operación administrativa no solo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración —por eso se habla de un desdoblamiento del agente—. Interesarse es 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 del tercero [CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 299]”.

CUARTO. Que, en el presente caso, los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós, cada uno desde su rol como funcionarios municipales, lograron el acuerdo del Concejo Municipal de traslado de los fondos bancarios de la municipalidad a otra modalidad —de plazo fijo en dólares americanos a una de fondo común en soles—. Nada consistentemente idóneo explicó tan insólita conducta —detallada en el ofi-cio del Banco Continental de veintisiete de octubre del dos mil diez, que importó, por la propia modalidad de una cuenta de fondos mutuos, al ser fondos comunes formados por aportes voluntarios de distintas personas consistentes en dinero y, por ende, una inversión financiera de riesgo—, al punto que solo produjo pérdidas a la municipalidad y ganancias para el banco —es significativo resaltar, conforme lo explicó el perito contable Octavio Tito Delgado en el acto oral, que los imputados

incluso omitieron aplicar la Directiva de Tesorería N.º 001-2017, que establecía que los fondos de la municipalidad debían ser manejados por el área de tesorería—. Cabe señalar lo consignado en la sentencia de primera instancia, al puntualizar que en virtud del contrato de fondos mutuos la entidad financiera del Banco Continental comparte el riesgo de los fondos públicos del Estado para obtener no solo ganancias a su favor, del inversionista, sino obviamente para la entidad bancaria, sin haberse generado una subasta de colocación de fondos.

El interés que los impulsó, en todo caso, no fue el propio de la administración en orden a la protección de los recursos municipales. Lo que se hizo no se trató, en todo caso, de un error de cálculo o una mera imprudencia temeraria, sino una conducta conscientemente peligrosa para el bien jurídico al realizar un negocio financiero de riesgo con dineros municipales, de tal modo que ni siquiera cumplieron con las exigencias de control y seguimiento demandados por el ya citado “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero” (Resolución Ministerial N.º 087-2001-EF-10).

El delito, pues, está acreditado y los hechos que realizaron los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós se subsumen en el tipo penal de negociación incompatible —su conducta se incardina en esa figura penal y cumple con sus elementos objetivos y subjetivos—. En consecuencia, no se interpretó ni se aplicó erróneamente la norma penal sustantiva. El recurso defensivo de los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós no puede prosperar.

QUINTO. Que, en lo atinente a la reparación civil, es de enfatizar que la absolución no es óbice para imponer su pago a los absueltos, por lo siguiente: Primero, porque el art. 12.3 del nuevo CPP consagra la autonomía entre acción penal y acción civil. Segundo, porque los criterios de imputación son disímiles entre el delito y el acto ilícito. Tercero, porque un daño puede ser causado por una conducta ilícita no delictiva. Cuarto, porque los hechos en los que intervinieron los regidores fueron la base para que los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós puedan concretar la acción punible perjudicial patrimonialmente a la Municipalidad.

Es de reconocer, conforme se precisó en la Cas. N.º 1895-2018 Lima Sur, de quince de febrero del dos mil veintiuno:

[...] un comportamiento humano, además de constituir un hecho delictivo, puede configurar también un hecho ilícito. Por tanto, cada vez que se verifique el fenómeno de la doble valoración, junto a la consecuencia penal se aplicará la reparación civil —es obvio, por razón de los diferentes criterios de imputación, que una determinada conducta no podrá ser materia de sanción penal, pero sí de la imposición de una reparación civil—. Además, como explican MUSCO y FIANDACA, el daño a que se refiere la norma es un *quid* diferente de la ofensa al bien jurídico, necesario para

que se configure el delito. Ante todo, se trata de un daño patrimonial que resulta de la lesión de intereses civiles que dan lugar al derecho de resarcimiento en sede civil. Ese daño consiste, con más precisión, en la sustracción o disminución patrimonial bajo las formas del daño emergente y de las ganancias perdidas o lucro cesante. En segundo lugar, se trata del daño no patrimonial o moral, [...] que incluye el perjuicio social [FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 2006, p. 863 y 864].

Asimismo, cabe reiterar a tono con la Cas. N.º 997- 2019 Lambayeque, de siete de abril del dos mil veintiuno:

[...] el daño, desde la perspectiva civil, es un quid diferente de la ofensa al bien tutelado y que resulta de la lesión de los intereses civiles que dan lugar al derecho al resarcimiento [...] (y) si el daño no es solo patrimonial sino también moral, y tiene sus propias pautas de definición, no cabe erigir como regla que si el delito cometido es de peligro abstracto no puede existir daño patrimonial —aunque el daño moral puede afirmarse en tanto en cuanto también comprende el perjuicio social o institucional derivado de la mediatización del rol de una municipalidad y de la consiguiente pérdida de confianza ciudadana en su funcionamiento y servicios—.

SEXTO. Que, en este caso, más allá de que el delito de negociación incompatible es de peligro abstracto, lo que ocurrió fue que finalmente se afectó patrimonialmente a la municipalidad, pericialmente acreditado —por las notas características del ilícito civil que se sustenta en el daño causado—. Y, como los regidores contribuyeron a esos hechos con la aprobación de esa medida que acabó dañando a la municipalidad, deben indemnizarla, con arreglo al art. 1969 del CC. Cabe precisar que los fallos de instancia no declararon que el hecho no existió, sino su relevancia jurídica a los efectos de la reparación civil.

Por consiguiente, los recursos de casación interpuestos por los encausados Centeno Catalán, Moscoso Cusi, Dávila Sombui y Álvarez Guzmán deben desestimarse y así se declara. El Tribunal Superior no infringió norma alguna referida a la reparación civil y a la indemnización por daños.

SÉPTIMO. Que el abogado defensor del encausado Walquer Jorge Álvarez Guzmán no concurrió a la audiencia de casación, ni siquiera se personó ni justificó su inasistencia, por lo que corresponde aplicar lo dispuesto por el artículo 431.2 del nuevo CPP. El recurso debe declararse inadmisibile.

OCTAVO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación los arts. 497, apartados 1 y 3, 504, apartado 2, y 505, apartado 2, del nuevo CPP. Debe abonarlas los recurrentes en forma solidaria, equitativa, en partes iguales.

DECISIÓN

Por estas razones:

- I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado Walquer Jorge Álvarez guzmán.
- II. Declararon **INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por la defensa de los encausados Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, Blasco Antonio Centeno Catalán, José Luis Moscoso Cusi y Eugenia Dávila Sombui, por la causal de infracción de precepto material, contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo del dos mil diecinueve, en el extremo que confirma e integra la sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, de veintiuno de enero del dos mil diecinueve, que condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y cuatro años y ocho meses de inhabilitación, así como a los dos, conjuntamente con los absueltos Blasco Antonio Centeno Catalán, José Luis Moscoso Cusi, Eugenia Dávila Sombui y Walker Jorge Álvarez Guzmán, al pago solidario de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista recurrida.
- III. **CONDENARON** a los recurrentes al pago, solidario y equitativo, en partes iguales, de las costas del recurso, cuya ejecución corresponderá al Juzgado de la Investigación Preparatoria competente.
- IV. **DISPUSIERON** se lea la presente sentencia casatoria en audiencia pública, se publique en la página web del Poder Judicial y se comunique al Tribunal de Origen para la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por ante el órgano jurisdiccional que corresponda. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO / SEQUEIROS VARGAS / COAGUILA CHÁVEZ / TORRE MUÑOZ / CARBAJAL CHÁVEZ

TRÁFICO DE INFLUENCIAS (ART. 400 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

SALA PENAL PERMANENTE
CAS. N.º 683-2018
NACIONAL

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de julio del dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa del encausado Nicolay Castillo Gutzalenko contra el auto de vista de f. ciento veinticinco, de cinco de abril del dos mil dieciocho, que confirmando el auto de primera instancia de f. noventa y cuatro, de trece de marzo del dos mil dieciocho, declaró infundada la excepción de prescripción que dedujo; con lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de tráfico de influencias en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la disposición fiscal número cinco, de f. siete, de diecinueve de enero del dos mil dieciocho, el colaborador eficaz con clave número 06-2017 dio cuenta de la existencia de un pacto entre empresas peruanas y extranjeras, mediante el cual conformaron una organización criminal denominada “El Club”. Las citadas empresas eran representadas por un lobista, Rodolfo Edgardo Priale de la Peña, quien fungía de intermediario o representante de las mismas ante Carlos Eugenio García Alcázar, funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de distribuirse el otorgamiento de las buena pro en diversas obras de carreteras en Proviás Nacional, previos pagos ilícitos al referido funcionario público. Los hechos en mención ocurrieron entre los años dos mil once al dos mil catorce, fechas en las que este último ostentaba el cargo de asesor II del Despacho Viceministerial de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Específicamente se imputa al encausado recurrente, Nicolay Castillo Gutzalenko, como representante de la empresa constructora “Grana y Montero”, haber formado parte o integrado la organización criminal “El Club”. En tal virtud, realizó tres

consumos en las fechas en que se reunían las empresas para concretar el reparto de obras. Como consecuencia de estas reuniones logró la adjudicación de dos obras a favor de “Graña y Montero”: (i) LP N.º 1-2011-AATE, de fecha ocho de julio del dos mil once, según contrato adjuntado en el expediente; y, (ii) LP N.º 06-2011-MTC/20, con firma de contrato el veintitrés de noviembre del dos mil once.

Los delitos atribuidos al encausado Castillo Gutzalenco son los de (i) tráfico de influencias agravado —en calidad de inductor— y (ii) de organización criminal —en calidad de autor—, ambos en concurso real. Cabe precisar que el señor fiscal adjunto provincial de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios - Equipo Especial en la audiencia respectiva, de f. noventa y tres, de ocho de marzo del dos mil dieciocho, precisó que el delito de tráfico de influencias es el agravado previsto en el segundo párrafo del artículo 400 del Código Penal.

SEGUNDO. Que, en cuanto a la excepción de prescripción deducida, materia del recurso, se tiene lo siguiente:

1. En el escrito de excepción de prescripción de f. uno, de nueve de febrero del dos mil dieciocho, presentado por la defensa del encausado Castillo Gutzalenco, se argumentó que los hechos atribuidos por instigación al delito de tráfico de influencias ya habrían prescrito; que, en efecto, razonó que si se toma en cuenta, para los plazos de prescripción, el día veintitrés de noviembre del dos mil once, fecha en que se firmó el último contrato del LP N.º 06-2011-MTC/20, “Ejecución de la obra de rehabilitación y Mejoramiento de la carretera Quinua-San Francisco, Tramo 2: km 78+500-km 172+200 (San Francisco), postor ganador: Consorcio Vial Quinua (GyM SA-ICCGSA-EIVI SAC), la acción penal por el delito de tráfico de influencias ya habría prescrito, puesto que el plazo ordinario de prescripción venció el veintitrés de noviembre del dos mil diecisiete, antes de la emisión de la disposición fiscal número cinco, de f. siete, de diecinueve de enero del dos mil dieciocho.
2. El auto de primera instancia de f. noventa y cuatro, de trece de marzo del dos mil dieciocho, proferido por el Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria, empero, declaró infundada la referida excepción. Apuntó que se debe de considerar el marco temporal de la imputación formulada por la fiscalía en la disposición número cinco, de f. siete, de diecinueve de enero del dos mil dieciocho; que, según la imputación, los representantes de las empresas constructoras, conformantes del denominado “Club de la Construcción”, entre ellos el investigado, habrían incurrido en los delitos de tráfico de influencias y de organización criminal, en concurso real, operando la prescripción de manera individual.

Agregó que la imputación fiscal atribuyó a los representantes de las empresas constructoras el delito instigación al tráfico de influencias en forma grupal y no de forma individual, porque todos ellos de manera conjunta habrían establecido el orden de prelación en la adjudicación de obras durante los años dos mil once a dos mil catorce, fechas en las que el funcionario público implicado trabajó en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; que dicho marco temporal es el que sirve para el computo de la prescripción, por lo que, a la fecha, han transcurrido menos de cuatro años desde el periodo mencionado hasta la formalización de investigación preparatoria, que se produjo el diecinueve de enero del dos mil dieciocho, consecuentemente, el delito no ha prescrito.

3. En mérito al recurso de apelación de f. ciento cinco, de diecinueve de marzo del dos mil dieciocho, interpuesto por el abogado del citado acusado, y culminado el trámite impugnativo, la Sala Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios emitió el auto de vista de f. ciento veinticinco, de cinco de abril del dos mil dieciocho, que confirmó el auto de primera instancia.

Consideró el Tribunal Superior que, según los términos de la imputación fiscal, el Ministerio Público postuló una co-inducción, lo que impide escindir la participación de los representantes de las empresas a cada obra licitada, como pretende la defensa, por tratarse de acuerdos conjuntos que beneficiaban indistintamente a cada uno de sus miembros; que, en consecuencia, la imputación también tiene que ser atribuida en forma conjunta, como se señala en la resolución impugnada; que, siendo así, en los casos de una investigación contra varias personas por instigación al delito de tráfico de influencias, cuya conducta es atribuida como parte de un acuerdo en conjunto (co-inducción), materializado en diferentes momentos y en beneficio indistinto de las empresas que representan, el inicio del plazo de prescripción se debe de computar desde el momento en que se materializó el último acuerdo; que como el hecho final habría acontecido, según la imputación, con el cese del cargo de funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Carlos García Alcázar, en el mes de julio del año dos mil catorce, entonces, el plazo de prescripción de la acción penal no ha operado porque para que esto suceda tienen que haber transcurrido ocho años desde el suceso indicado, pero en realidad ni siquiera han pasado cuatro años; que si se tiene en cuenta la tesis de la defensa, en el sentido de que el inicio del cómputo debe efectuarse desde el dos mil once (antes del veintitrés de noviembre del dos mil once), tampoco habría operado la prescripción por no haber transcurrido los ocho años que se requiere, de conformidad con los artículos 24, 80 y 400, segundo párrafo, del Código Penal.

4. Contra este auto de vista la defensa del encausado Nicolay Castillo Gutzalenko promovió recurso de casación.

TERCERO. Que la defensa del encausado Castillo Gutzalenko [f. ciento treinta y dos, de nueve de mayo del dos mil dieciocho] mencionó el acceso excepcional al recurso de casación y citó, al efecto, el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal. Invocó como causal de casación: infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se defina, en los casos de co-inducción, el inicio del plazo de prescripción. Apunta que, en estos casos, tiene que vincularse el *dies a quo* con el momento del concreto aporte material que realiza el co-inductor para colaborar en la inducción, no con la fecha en que el autor llevó a cabo y consumó el tráfico de influencias.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de f. ochenta y siete, de doce de octubre del dos mil dieciocho, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. La causal de infracción de precepto material: artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.
- B. El motivo de casación es postular un examen jurídico penal de la institución de la prescripción, en relación al comienzo del plazo y en función al título de intervención delictiva del instigador.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior —con la presentación de alegatos ampliatorios por la parte civil a cargo de la Procuraduría Pública *Ad Hoc* para los casos Odrebecht y conexos de f. sesenta y ocho—, se expidió el decreto de f. ciento dos, de veintitrés de mayo del dos mil diecinueve, que señaló fecha para la audiencia de casación el día diez de julio último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa del imputado, doctor Luis Alejandro Vivanco Gotelli, y el abogado delegado de la Procuraduría Pública *Ad Hoc* para los casos Odrebecht y conexos, doctor Iván Solís Turkoski.

SÉPTIMO. Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día y continuado el debate días posteriores, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. Que los hechos objeto de imputación, a estos efectos, son los fijados en la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria,

que importan el sustento de la inculpación formal y la concreción de la promoción de la acción penal (artículo 336 del Código Procesal Penal). Interesa a los efectos de la dilucidación de la excepción de la prescripción: (i) el relato fáctico, como elemento esencial de carácter objetivo a tomar en cuenta; y, en principio, pero de modo relativo, (ii) el título de imputación, esto es, el delito o delitos materia de subsunción jurídico penal, las formas de intervención delictiva —principal o secundaria, según los casos—, las fases de realización del delito y las reglas concursales correspondientes. Solo en los casos de error patente y claridad evidente de los hechos postulados será posible que el órgano jurisdiccional pueda apartarse del aspecto normativo (título de imputación) de la disposición fiscal.

De otro lado, para definir si la acción penal ha prescrito o no, debe examinarse el cuadro de hechos o suceso histórico global planteado por la Fiscalía, en especial la fecha de su comisión, y aplicar las reglas sobre prescripción establecidas en el Código Penal. El criterio de análisis es, pues, formal. No es posible modificar los hechos imputados ni, por consiguiente, alterar las fechas postuladas por la Fiscalía. Si son varias las fechas designadas, por tratarse de múltiples acontecimientos acaecidos en diversos momentos —más allá de su conexión material o procesal—, cabe desde luego asumir aquellos momentos relevantes para dilucidar el caso concreto.

PRIMERO. Que contra el encausado Castillo Gutzalenko se sigue el presente proceso penal por dos delitos, en concurso real: organización criminal y tráfico de influencias agravado. La excepción deducida solo está referida al delito de tráfico de influencias agravado (artículo 400, segundo párrafo, del Código Penal). Luego, independiente de la suerte de esta excepción, el aludido imputado seguirá encartado por el delito de organización criminal.

Es axiomático que, más allá de la concreta conexión en el caso específico entre los delitos de tráfico de influencias (particularmente: influencia real) y de organización criminal, cada uno de ellos tiene su propia configuración típica, tutela distintos bienes jurídicos y las fechas de su comisión varían (no son las mismas).

El tipo delictivo de organización criminal es un delito plurisubjetivo y permanente —se mantiene la situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica—, así como de peligro abstracto. El fundamento de su criminalización es el peligro y la inestabilidad social que puede generar la sola existencia de un concierto criminal expresado en la conformación de colectivos cuya finalidad ha de infringir normas de contenido penal, siendo el sujeto pasivo la sociedad como ente colectivo indeterminado [PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú*, Lima: IDEMSA, 2019, pp. 338 y 341]. Lo decisivo de este tipo penal es que el plan delictivo permanece más allá de las personas individuales —el fin de la organización ha de ser

la comisión de delitos como producto de una voluntad colectiva superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros (Sentencia del Tribunal Supremo español STSE 178/2016, de tres de marzo) —. La nota característica de la organización criminal es que la actuación de sus integrantes se lleva a cabo dentro de una estructura organizada marcada por un actuar de decisiones y diversos niveles de ejecución (STSE 315/2017, de tres de mayo).

De otro lado, el delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcional y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de “influencia real” el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública. Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia de que la misma forme parte o no de un plan delictivo que lleva a la constatación de una empresa criminal. La conducta típica está radicada —al ser un delito de encuentro— no solo en la invocación de una influencia a cambio de algo, sino que es indispensable, como compensación, que exista una aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada.

No puede, pues, confundirse las exigencias de ambos delitos más allá de su conexión material, lo que está relacionado sin duda con el tiempo de su comisión, cuya independencia es obvia.

SEGUNDO. Que el error de las resoluciones de instancia es, precisamente, dar un tratamiento jurídico único, priorizando el delito de organización criminal —su lógica comisiva— y su proyección en el tiempo, desconociendo que el delito de tráfico de influencias es autónomo e instantáneo —aunque, desde los hechos imputados, conexo materialmente al primero—, y que presenta exigencias típicas distintas y conductas delictivas específicas. Si se está, como así sucede, ante un concurso real de delitos (artículo 50 del Código Penal), entonces, el examen de la prescripción es autónoma, conforme al artículo 80, segundo párrafo, del citado código. No puede confundirse el plan delictivo de la organización criminal con los concretos delitos cometidos como consecuencia del mismo.

Por lo demás, dado el carácter formal del examen de la excepción de prescripción no es relevante dilucidar si se está ante una co-inducción, una instigación individualizada o una instigación en cadena —lo esencial, a estos tos, es que el agente dolosamente realizó una aportación muy relevante para la ejecución del hecho delictivo al convencer, por diversos medios que j importan un influjo psíquico, al autor o ejecutor a realizarlo, siendo obvio que la inducción precede a la decisión de cometer un delito concreto (artículo 24 del Código Penal)—. Solo es de resaltar que el imputado recurrente, desde los cargos, no fue calificado de autor del delito de tráfico de influencias, y que se señaló, a partir de lo que efectivamente habría realizado como interesado,

que de uno u otro modo decidió la actividad delictiva del traficante de influencias (artículo 24 del Código Penal). Por lo demás, acerca de la “inducción en cadena”, más allá de los debates doctrinales, esta es aceptada en la doctrina alemana y en la jurisprudencia y en un sector de la doctrina española [véase, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8.^a ed., Barcelona: Repertor, 2008, pp. 404-410].

TERCERO. Que, ahora bien, con independencia del delito de organización criminal —ajeno a esta excepción— y en orden a la autonomía del delito de tráfico de influencias, conforme se precisó en el fundamento jurídico precedente, se tiene —atento a los cargos imputados— lo siguiente:

1. Los dos actos presuntamente configuradores del referido delito se cometieron en el año dos mil once. El último acto continuado —así, artículo 82, numeral 3, del Código Penal— se habría agotado con la celebración del respectivo contrato el día veintitrés de noviembre del dos mil once, aunque el acuerdo delictivo tuvo lugar antes, pero en ese mismo año.
2. El delito imputado (artículo 400, párrafo final, del Código Penal, según la Ley 29758, de veintiuno de julio del dos mil once) está sancionado con una pena privativa de libertad máxima de ocho años, que es la regla que determina para el autor el examen de la prescripción de la acción penal (artículo 80, primer párrafo, del Código Penal, según la Ley N.º 28117, de diez de diciembre del dos mil tres). Para el tipo básico —primer párrafo del citado artículo 400 del Código Penal— la pena privativa de libertad es no menor de cuatro años ni mayor de seis años.
3. No rige la regla de la dúplica del plazo de prescripción, prevista en el párrafo final de dicho precepto, porque el delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, en función a la aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada al autor. No es propiamente un delito contra el patrimonio del Estado. No se satisfacen, al respecto, las exigencias del Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, de dieciséis de noviembre del dos mil diez, fundamentos jurídicos decimocuarto y decimoquinto.

CUARTO. Que es de acotar, primero, que el sujeto activo del delito de tráfico de influencias —el autor— es el vendedor de influencias, mientras que el interesado (cobrador solicitante de influencias) solo puede ser considerado instigador, siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el “vendedor de influencias” mediante un influjo psíquico [Acuerdo Plenario N.º 3-2015/CIJ-I 16, de dos de octubre del dos mil quince, fundamento jurídico undécimo]. Segundo, que como el rol atribuido al imputado Castillo Gutzalenko es el de instigador, resta determinar si el hecho de que el autor es funcionario público necesariamente lo vincula con esta circunstancia agravante específica, pese a que él no es funcionario público.

Al respecto, el artículo 26 del Código Penal es aplicable en el presente caso, pues la conducta del recurrente (*extraneus*) ha sido calificada de instigación del delito de tráfico de influencias. En el caso concreto la condición de funcionario público del autor (*intraneus*) solo agrava la punibilidad —la afecta, en todo caso, pero no la fundamenta—, pues se erige en una circunstancia agravante específica. Precisa, sobre el particular, el indicado precepto penal que: “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”.

La cualidad de funcionario público del autor es un elemento personal especial, que en el caso del delito de tráfico de influencias, como ya se anotó, agrava la pena pero no la fundamenta —en cuyo caso, si la fundamentaría, la solución necesariamente sería distinta—. Entonces, si no se da en el partícipe este elemento personal especial no puede ser penado por el tipo agravado sino por el básico —la cualidad personal del autor, como estatuye el citado artículo 26 del Código Penal, no modifica la del partícipe del mismo hecho punible—. Por consiguiente, el encausado Castillo Gutzalenko solo puede ser reprimido por el tipo básico: primer párrafo del artículo 400 del Código Penal. Luego, la pena privativa de libertad no puede ser superior a los seis años.

QUINTO. Que, en tal virtud, si el delito de tráfico de influencias se cometió en dos mil once, y si la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria se expidió el diecinueve de enero del dos mil dieciocho, se tiene lo siguiente. Primero, no se configuró la causal de suspensión de la acción penal a que se refiere el artículo 339, apartado 1), del Código Procesal Penal. Segundo, la acción penal, conforme al artículo 83 del Código Penal, recién se interrumpió al dictarse la disposición número uno, de cuatro de diciembre del dos mil diecisiete, de iniciación de las diligencias preliminares (así se indicó en el numeral cinco, de la Sección II Antecedentes, de la disposición fiscal número cinco, de f. siete, de diecinueve de enero del dos mil dieciocho).

Los seis años transcurridos luego de cometido el delito de tráfico de influencias se cumplieron en dos mil diecisiete, necesariamente antes del mes de diciembre de ese año —recuérdese que el último acto de tráfico de influencias ocurrió antes de noviembre del dos mil diecisiete—; es decir, antes de la interrupción de la acción penal y, desde luego, con anterioridad a la inculpación formal. Consecuentemente, la acción penal por el delito de tráfico de influencias prescribió incluso previamente al inicio de las diligencias preliminares.

Es de aplicación, en suma, el artículo 6, numeral 2, del Código Procesal Penal: el proceso ha de ser sobreseído respecto del delito de tráfico de influencias, sin perjuicio de la continuación del proceso por el delito de organización criminal.

SEXTO. Que, en conclusión, el Tribunal Superior interpretó incorrectamente los alcances de las reglas de prescripción y las exigencias legales del delito de tráfico de influencias. Por tanto, el motivo casacional de infracción de precepto material debe ampararse y así se declara.

Por las propias características de la causal estimada la presente sentencia ha de ser rescindente y rescisoria: para decidir no es necesario un nuevo debate (artículo 433, apartado 1, del Código Procesal Penal). Debe precederse conforme al artículo 6, numeral 2, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones:

- I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación excepcional por la causal de infracción de precepto material interpuesto por la defensa del encausado Nicolay Castillo Gutzalenko contra el auto de vista de f. ciento veinticinco, de cinco de abril del dos mil dieciocho, que confirmando el auto de primera instancia de f. noventa y cuatro, de trece de marzo del dos mil dieciocho, declaró infundada la excepción de prescripción que dedujo; con lo demás que al respecto contiene.
- II. **CASARON** el auto de vista de f. ciento veinticinco, de cinco de abril del dos mil dieciocho; y, actuando en sede de instancia: **REVOCARON** el auto de primera instancia de f. noventa y cuatro, de trece de marzo del dos mil dieciocho, declaró infundada la excepción de prescripción por el delito de tráfico de influencias que dedujo el imputado; y, reformándolo: declararon **FUNDADA** dicha excepción. En consecuencia, sobreseyeron definitivamente el proceso respecto del delito de tráfico de influencias seguido contra el citado encausado, sin perjuicio de la continuación de la causa en su contra por el delito de organización criminal; y, **ORDENARON** el archivo de la misma en este extremo y la **ANULACIÓN** de sus antecedentes policiales y judiciales por el citado delito de tráfico de influencias. Sin costas.
- III. **DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la página web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por licencia del señor juez supremo Príncipe Trujillo.

HÁGASE saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO / FIGUEROA NAVARRO / CASTAÑEDA ESPINOZA / SEQUEIROS VARGAS / CHAVEZ MELLA

TRÁFICO DE INFLUENCIAS (ART. 400 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA PENAL ESPECIAL****A.V. 05-2008**

Lima, veintitrés de agosto del dos mil diez

VISTOS: En Audiencia Pública la causa penal seguida contra Luis Alberto Mena Núñez, por los delitos de tráfico de influencias y peculado de uso en perjuicio del Estado; y **ATENDIENDO:**

PRIMERO: Que a mérito de los reportajes del programa televisivo “La Ventana Indiscreta” del tres y diez de marzo del dos mil ocho y el oficio número dos mil trescientos veintidós - dos mil ocho, remitido por la Fiscalía de la Nación, el señor fiscal supremo en lo penal formalizó la denuncia penal de fojas trescientos cincuenta y uno, por lo que se abrió instrucción mediante auto de fojas cuatrocientos nueve, del cinco de noviembre del dos mil ocho, la que fue tramitada conforme al procedimiento especial; vencido el término de instrucción, con el informe final del señor juez supremo instructor de fojas mil doscientos treinta, se emitió la acusación escrita del señor fiscal supremo en lo penal de fojas mil doscientos ochenta y siete así como el auto de enjuiciamiento de fojas mil trescientos cuatro, del ocho de febrero del dos mil diez. Señalados día y hora para la realización del juzgamiento, el mismo que fue llevado a cabo en el modo y forma previstas, así como con las garantías legales y constitucionales, conforme aparecen en las actas aprobadas que anteceden, oída la requisitoria oral del representante del Ministerio Público y los alegatos de la defensa técnica y material, cuyas conclusiones se presentaron por escrito, es la oportunidad procesal de dictar sentencia.

SEGUNDO: Que, según el dictamen acusatorio de fojas mil doscientos ochenta y siete: **i)** durante los meses de diciembre del dos mil cinco a febrero del dos mil ocho, el encausado Luis Alberto Mena Núñez, en su condición de miembro integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, ejerció influencias sobre los Magistrados del citado ente con la finalidad de favorecer a la Empresa CONSETTUR Machupicchu Sociedad Anónima, en los diversos procesos judiciales que afrontaba _con la Beneficencia Pública del Cusco por la concesión del Hotel de Turistas de dicha ciudad, llegándose a beneficiar económicamente con la suma de siete mil dólares americanos, los mismos que le fueron enviados desde el Cusco a través de un giro de mil dólares americanos y en cheque por seis mil dólares americanos, ambos a nombre

del trabajador del Poder Judicial Alejo Julián Quispe Huallapuma, quien era chofer del vehículo oficial que se le asignó —en su calidad de consejero—, el mismo que luego de cobrar dichas sumas de dinero los entregó al citado encausado; ii) que, igualmente, el encausado Mena Núñez hizo uso indebido del vehículo oficial que le fue asignado por el Poder Judicial, por razón de su cargo, el cual utilizó para fines ajenos a su runción, entre ellos, movilizarse al local nocturno “Lucky Seven” ubicado en el distrito de San Borja, lugar al que concurrió hasta en veinte oportunidades aproximadamente, permaneciendo hasta las tres o cinco de la madrugada —fuera del horario de las labores propias de su oficio—; que, asimismo, trasladó a su familia y amigos a lugares particulares, utilizando la dotación de vales de combustible que le proporcionaba la Oficina de Administración del Poder Judicial.

TERCERO: Que a fojas cuatrocientos sesenta obra la declaración instructiva del encausado Mena Núñez, quien señaló que se desempeña desde el once de agosto del dos mil tres como Representante de la Sociedad Civil ante el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, admitiendo que efectivamente de la ciudad del Cusco enviaron un giro y un cheque, el primero el treinta y uno de diciembre del dos mil cinco por el monto de mil dólares americanos, y el segundo en los primeros meses del dos mil seis por un monto de seis mil dólares americanos, los cuales estaban girados a nombre de su chofer Alejo Quispe Huallapuma, quien luego de cobrar dichas sumas de dinero se las entregó, precisando que estas cantidades de dinero eran estrictamente para Iván Wilder Macedo Garnica, abogado de la Empresa Consettur en la ciudad de Lima, quien seguía un proceso con la Beneficencia Pública; que, sin embargo, al no concretarse los servicios del citado profesional, devolvió la suma de seis mil dólares americanos; que antes de asumir el cargo de consejero tuvo la oportunidad de asumir la defensa en algunos casos de la Empresa Consettur en la ciudad de Cusco, y cuando llegó a Lima el año dos mil tres tuvo referencias de un proceso y, a consecuencia de ello, le solicitaron que sugiriera el nombre de un profesional en Lima, ante lo cual recomendó al señor abogado Macedo Garnica; que, por otro lado, refiere que es falso que el vehículo oficial asignado a su cargo, como movilidad, lo haya utilizado indebidamente, precisando que lo vertido por sus choferes Armando Adolfo Vargas Alvarado y Alejo Julián Quispe Huallapuma, en el sentido de que lo trasladaban al local “Lucky Seven”, donde lo esperaban hasta altas horas de la madrugada, es falso; que los vales por combustible que no consumía los devolvía a la administración del Poder Judicial. Que el encausado Mena Núñez en sede plenaral, según el acta de la primera sesión, ratificó lo vertido en su instructiva, así como al momento de realizar su defensa material, manifestando ser inocente de los cargos que se le imputan.

CUARTO: Que a fojas novecientos setenta y uno obra la testimonial de Raúl Sixto Sánchez Soto, quien indicó que en el año dos mil tres fue nombrado gerente de la Empresa Consettur Machupicchu Sociedad Anónima, cargo que desempeñó hasta

enero del dos mil siete, fecha en la que renunció; que por la amistad que mantiene con el encausado Mena Núñez le solicitó que recomendara a un profesional que haga un seguimiento del proceso judicial surgido entre la Beneficencia Pública del Cusco con la Empresa Imperio de los Inkas, en la ciudad de Lima, y en ese sentido, por intermedio de Consettur, se ordenó el pago de mil dólares americanos de adelanto; que para ello tomaron los servicios del señor Marco Chacmani Pérez, empleado de seguridad, a quien se le encargó realizar el envío de dicho monto a la ciudad de Lima, dinero que a su vez se entregó a Alejo Julián Quispe Huallapuma, para que se lo entregue al encausado Mena Núñez, y que posteriormente le iba enviar la suma de cinco mil dólares americanos. Que esta testimonial es ratificada en sede plenarial, según el acta de la segunda sesión, agregando que la primera vez que se entrevistó con el encausado Mena Núñez fue en un restaurante, del distrito de Lince, donde estuvieron éste y dos representantes de Consettur interesados en el tema de Imperio de los Inkas, lugar en que le presentan al abogado Macedo Garnica para que se haga cargo del proceso que tenían en Lima; que a raíz de que el abogado Macedo Garnica no aceptó el patrocinio propuesto mediante carta notarial de fojas ciento veintiuno, del dieciocho de marzo del dos mil ocho, solicitó al encausado Mena Núñez la devolución de los cinco mil dólares americanos que le fuera enviado vía Quispe Huallapuma para ser entregado a Macedo Garnica.

QUINTO: Que a fojas mil ciento setenta y nueve obra la testimonial de Iván Wiíder Macedo Garnica, quien señaló que el encausado Mena Núñez le recomendó asesorar a la Empresa Consettur Machupicchu Sociedad Anónima, en un proceso administrativo que ésta sostenía con la Beneficencia Pública del Cusco, en la ciudad de Lima, asesoría que no se concretó en su totalidad, dado que no tenía gente de confianza para realizarlo en Lima, recibiendo solo la suma de mil dólares americanos por parte de la citada empresa, dinero que le fue entregado por el encausado Mena Núñez; que, asimismo, dicho dinero era para cubrir los gastos de procuraduría, estudio del caso, seguimiento de la causa en el Juzgado Contencioso Administrativo y cuestiones sobre el estado del proceso; que posteriormente no recibió suma de dinero alguna y desconoce si la Empresa Consettur Sociedad Anónima haya girado la suma de cinco mil dólares americanos para que le sean entregados; que igualmente sostuvo reuniones hasta en tres oportunidades con los representantes de la indicada empresa, recordando solo el nombre de un señor “Sánchez” y que en dichas reuniones no estuvo presente el encausado Mena Núñez. Que esta testimonial es ratificada en sede plenarial, según el acta de la tercera sesión, agregando que en la primera reunión con los representantes de la Empresa Consettur no establecieron un contrato por sus servicios y únicamente se limitó a entregar una tarjeta de presentación, ya que ellos se pondrían en contacto; que vía telefónica coordinó con los representantes de la Empresa Consettur sobre el monto inicial de sus servicios quedando en mil dólares

americanos, dinero que se le envió por intermedio del encausado Mena Núñez; que en la segunda reunión con los representantes de la referida empresa propuso que sus honorarios serían de cinco mil dólares americanos por cada instancia, debido al objeto del proceso, lo que quedó en ser evaluado por los representantes, pero no les proporcionó su número de cuenta bancaria.

SEXTO: Que a fojas mil ciento ochenta y seis obra la testimonial de Juan Quispe Luza, quien afirmó que desde el mes de enero del dos mil ocho hasta agosto del dos mil nueve se desempeñó como gerente general de la Empresa Consettur Machupicchu Sociedad Anónima; que no tiene conocimiento sobre el giro de seis mil dólares americanos al encausado Mena Núñez a través de Chacmani Pérez a efectos de contratar a un Asesor para conocer los procesos de la empresa que se tramitaban en el Juzgado Contencioso Administrativo. Que esta testimonial es ratificada en sede plenaral, según el acta de la cuarta sesión, en los mismos términos que fue vertida a nivel sumarial.

SÉPTIMO: Que a fojas seiscientos ochenta y seis obra la testimonial de Alejo Julián Quispe Huallapuma, quien refirió que conducía el vehículo oficial marca DAEWOO, modelo Sedán, asignado al Consejero Luis Alberto Mena Núñez y llegó a escuchar diversas conversaciones que éste sostenía con personas de Consettur, ya que siempre lo llamaban e incluso una persona concurría al despacho de Mena Núñez, pero desconoce qué temas trataban; que escuchó nombres de magistrados que no recuerda; que a solicitud del encausado Mena Núñez cobró dos giros a su nombre, desconociendo al remitente y precisó que en la primera oportunidad fue un cheque por la suma de seis mil dólares americanos, en tanto que en la segunda oportunidad no recuerda si fueron mil quinientos nuevos soles o en dólares; que prestaba movilidad al encausado Mena Núñez fuera del horario de trabajo, así como los días sábados, domingos y feriados y también lo condujo hasta en veinte oportunidades al local nocturno “Lucky Seven”, en el que lo esperaba hasta las tres o cinco de la madrugada; que también movilizaba en el vehículo oficial a los amigos del encausado, alguno de ellos trabajaban en el Poder Judicial, mientras que otros no; asimismo, el encausado Mena Núñez le entregaba un vale de combustible en forma interdiaria. Que esta testimonial es ratificada en sede plenaral, según el acta de la cuarta sesión, agregando que en una oportunidad el encausado Mena Núñez le pidió que le cobrara unos cheques que estaban a su nombre, lo cual realizó entregando el dinero al referido encausado; que el primer cobro lo realizó solo y para el segundo cobro fueron juntos.

OCTAVO: Que a fojas novecientos cuarenta y nueve obra la testimonial de Maribel Arellano Mogollón, quien adujo que trabajó en el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y en esas condiciones conoció al encausado Mena Núñez, siendo sus funciones de índole administrativo —secretariado—; que inicialmente se asignaron doce vales de

combustible mensuales al encausado Mena Núñez, luego quince vales combustible, los cuales se utilizaron en su totalidad desde octubre del dos mil seis al dos mil siete, pero en el año dos mil ocho, algunas veces el acusado devolvía de cuatro a siete vales, agrega que no llevaba un cuaderno de control de registro de los vales de gasolina. Que esta testimonial es ratificada en sede plenarial, según el acta de la séptima-sesión, en los mismos términos que fuera evacuada en sede sumarial.

NOVENO: Que a fojas seiscientos noventa y cuatro obra la testimonial de Jorge Luis Candía Zamalloa, Presidente del Directorio de la Beneficencia Pública del Cusco [desde el veinte de octubre del dos mil seis], y refirió que tiene conocimiento que existen procesos judiciales entre la Empresa Consettur Machupicchu Sociedad Anónima con la Beneficencia Pública del Cusco; que la testimonial se ratifica en sede plenarial, según el acta de la octava sesión, agregando que nunca se reunió con el encausado Mena Núñez.

DÉCIMO: Que al acto oral, según el acta de la octava sesión, concurrió el testigo Sixto Miranda Quispe, quien declaró que no conoce los hechos objeto del presente proceso penal, pues recién asumió el cargo de director en la Empresa Consettur el catorce de abril del dos mil nueve.

DÉCIMO PRIMERO: Que a fojas ochocientos treinta y seis obra la testimonial de José Manuel Teevin Mendoza, quien asevera que trabajó como chofer en el Poder Judicial y laboró bajo las órdenes del encausado Mena Núñez en el año dos mil ocho y dada su condición cumplía las órdenes que éste le impartía, como movilizar a su familia al Parque de Las Leyendas, así como trasladarlo al local “Lucky Seven”. Que esta testimonial es ratificada en sede plenarial, según el acta de la novena sesión, agregando que trasladó hasta en tres oportunidades al encausado a dicho local nocturno; que la única vez que lo esperó fue el día del reportaje y fue por su propia voluntad.

DÉCIMO SEGUNDO: Que glosadas las pruebas sometidas al contradictorio, oralizadas las pruebas instrumentales incorporadas al juzgamiento —según el acta de la décima sesión— y atendiendo a la requisitoria oral del señor fiscal supremo y defensa técnica y material del encausado Mena Núñez, se procede a valorar las pruebas y emitir el fallo correspondiente.

DÉCIMO TERCERO: Que el delito de tráfico de influencias tipificado en el artículo cuatrocientos del Código Penal, modificado por Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, del seis de octubre del dos mil cuatro, reprime las siguientes conductas: i) invocar influencias reales o simuladas, con lo que el legislador al buscar la protección del correcto desempeño de la Administración Pública prohíbe anteladamente —delito de peligro abstracto— cualquier posibilidad de afectar su normal desarrollo; ii) el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo;

cabe señalar que para la configuración de este supuesto carece de relevancia típica que el interesado acepte la propuesta que le formule el sujeto activo del delito; **iii)** recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o monetario, pues también están comprendidos favores o prebendas de otra naturaleza: Que los actos mencionados están comprendidos en el primer párrafo del referido artículo y merecen una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; que tales conductas se agravan cuando el sujeto activo es un funcionario o servidor público, mereciendo, en estos casos, una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal. Que, en el caso de autos, la acusación fiscal fue por el artículo cuatrocientos del Código Penal incluida su modificatoria, por lo que se entiende que dicha acusación —como lo precisó el fiscal supremo en su requisitoria oral— es por el tipo agravado, correspondiéndole la pena conminada prevista en el segundo párrafo del citado dispositivo legal.

DÉCIMO CUARTO: Que en reiterada jurisprudencia se ha establecido que la garantía de presunción de inocencia puede enervarse no solo mediante las pruebas directas sino también mediante prueba por indicios, cuyo objeto no es directamente el hecho constitutivo de 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 así, respecto al indicio: **i)** 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; **ii)** los indicios deben ser plurales o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa; **iii)** los indicios también han de ser concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato táctico a probar, y desde luego no todos lo son—; y **iv)** los indicios deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no solo se trata de suministrar indicios, sino que también estén imbricados entre sí—.

DÉCIMO QUINTO: Que, teniendo como base el hecho imputado por delito de tráfico de influencias, en este extremo la responsabilidad penal del encausado Mena Núñez se acredita con los siguientes indicios: **i)** que está probado que el encausado Mena Núñez mantuvo una relación no solamente laboral con los representantes de la Empresa Consettur sino también amical, así lo ha señalado el propio encausado y el testigo Sánchez Soto —exgerente de la Empresa Consettur—; **ii)** que está probado que el abogado Macedo Garnica se reunió en dos oportunidades con los representantes de la Empresa Consettur, para que asumiera el proceso en curso ante el Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima; y en una primera oportunidad con la concurrencia del encausado Mena Núñez, ya

que la segunda reunión se realizó sin la participación de este último; **iii)** que está probado que la Empresa Consettur tenía un proceso en giro contra la Beneficencia Pública del Cusco ante un Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, de ello da cuenta el testigo Macedo Garnica y el testigo Sánchez Soto; **iv)** que está probado que el representante de la Empresa Consettur realizó dos envíos de dinero dirigidos al encausado Mena Núñez por intermedio de su chofer Quispe Huallapuma, así lo señaló el propio encausado Mena Núñez y los testigos Quispe Huallapuma y Sánchez Soto.

Que estos indicios probados y concurrentes llevan a concluir que lo vertido por la defensa técnica del encausado, en el sentido de que el dinero se lo enviaron para proporcionarlo al abogado Macedo Garnica carece de sustento, pues este último en su testimonial refirió que en su primera reunión con los representantes de la Empresa Consettur les proporcionó su tarjeta de presentación, y el anticipo de los mil dólares. americanos lo coordinó vía telefónica con tales representantes; por tanto no tiene lógica señalar que el dinero se lo enviaron por intermedio del encausado Mena Núñez y de su chofer, dado que si estableció contacto directo con sus empleadores el testigo Macedo Garnica estuvo en la posibilidad de brindarles una cuenta bancaria para el pago de los honorarios. Que, asimismo, en cuanto al segundo envío de dinero, se tiene que el mismo testigo Macedo Garnica señaló que no tenía conocimiento de ello, lo que contradice la versión del encausado Mena Núñez, quien refirió que el dinero era para aquél, pero al no concretarse el patrocinio lo devolvió a los representantes de la Empresa Consettur.

Que, siendo así, si el testigo Macedo Garnica estuvo en contacto con sus empleadores, resulta inverosímil que el segundo envío de dinero se haya realizado para el patrocinio de Macedo Garnica, tanto más si el mismo no se concretó. En consecuencia, se infiere que dichos envíos se realizaron para que el encausado Mena Núñez interceda, en su condición de Consejero del Poder Judicial, en el proceso que tenía la Empresa Consettur contra la Beneficencia Pública del Cusco; que esto se corrobora con la prueba directa [testimonial] proporcionada por el testigo Quispe Huallapuma, quien precisó que oyó conversaciones entre el encausado Mena Núñez y los representantes de la Empresa Consettur en el que se hacía mención a Magistrados. Que, además, el segundo envío se produjo entre los meses de enero y febrero del dos mil seis, sin embargo la devolución se realizó por un pedido del testigo Sánchez Soto, mediante carta notarial del catorce de marzo del dos mil ocho —obrante a fojas ciento veintidós—; es decir, luego de haberse emitido los reportajes en el programa televisivo “La Ventana Indiscreta” —de fechas tres y diez de marzo de dos mil ocho—, cuya transcripción obra a fojas seiscientos veintidós, seiscientos treinta siete y seiscientos sesenta y uno, de lo cual se deduce que la versión del imputado que devolvió el dinero a los

representantes de la Empresa Consettur, no es más que un argumento de defensa con la finalidad de eludir o aminorar su responsabilidad penal.

DÉCIMO SEXTO: Que, por otro lado, el delito de peculado doloso se configura cuando el sujeto activo —funcionario o servidor público— 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; que la particularidad de este delito es que tanto el objeto de percepción, administración o custodia son los caudales o bienes pertenecientes al Estado; y, además, el deber positivo del funcionario de presérvales se origina en base a una relación funcional específica i derivada del cargo encomendado; que por ello no cualquier i funcionario o servidor público puede incurrir en delito de peculado, i sino que es necesario, para que opere el comportamiento típico de apropiación o utilización ilegítimas, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo [Acuerdo Plenario de la Corte Suprema número cuatro - dos mil cinco / CJ – ciento dieciséis]; que, por tanto, la conducta desplegada por el agente debe generar desmedro o perjuicio patrimonial al Estado o a sus instituciones; que esta conducta está tipificada en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, que la sanciona con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en este marco general sobre el delito de peculado, nuestro legislador incorporó un tipo penal atenuado, denominado peculado de uso, tipificado en el artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal y sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Este delito reprime la conducta del “funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda”. Que la acción típica consiste, pues, en usar o en dejar que otro use los instrumentos de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su custodia [FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Editora FECAT, 1999, p. 303.], uso que debe estar al margen de los fines del servicio. Que, sin embargo, en lo referente a la ajenidad del servicio, el citado artículo prescribe que no se encuentran comprendidos los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo, lo cual configura un supuesto de atipicidad que excluye del rango de la acción típica del delito de peculado de uso, el usar en fines particulares tales vehículos. Al respecto la doctrina nacional es uniforme en reconocer que la norma permisiva del párrafo tercero del artículo trescientos ochenta ocho es absoluta y sus efectos excluyentes de tipicidad y punibilidad son directas y generales sobre todo uso en fines privados de tales vehículos. En ese sentido, ABANTO VÁSQUEZ señala: “Por expresa disposición del artículo trescientos ochenta y ocho, tercer párrafo, no se consideran como instrumentos de trabajo a los vehículos motorizados destinados

al servicio personal por razón del cargo. La exención parece ser absoluta [si no, no tendría sentido su previsión específica] para todo uso privado que dé el funcionario al vehículo motorizado que se le haya entregado para que cumpla con sus funciones públicas” [ABANTO VÁSQUEZ Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2001, p. 325.]. En términos similares se expresa ROJAS VARGAS: “El servicio personal por razón del cargo le quita tipicidad al comportamiento descrito en el tipo penal, cuando se trata de vehículos motorizados, no así de las máquinas e instrumentos” [ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Grijley, 1999, p. 281]. Por su parte SALINAS SICCHA también reconoce que: “El último párrafo recoge una causal de atipicidad de la conducta de peculado de uso. Ello se concreta cuando el funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos motorizados pertenecientes a la administración pública que se hallan bajo su guarda, siempre y cuando tales vehículos estén destinados a su servicio personal por razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública” [SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Grijley, 2009, p. 348].

DÉCIMO OCTAVO: Que de los medios probatorios sometidos al contradictorio quedó plenamente acreditado que el encausado Mena Núñez utilizó el vehículo en actividades privadas, fuera de las horas de oficina, por la propia declaración del referido encausado y de los testigos Alejo Julián Quispe Huallapuma y José Manuel Teevin Mendoza, choferes del exconsejero; que, en tal sentido, de acuerdo a los lineamientos normativos señalados para el delito de peculado de uso, con especial referencia al último párrafo del artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal y teniendo en cuenta la Directiva número cero cero dos - dos mil seis -CE-PJ, corresponde determinar si la conducta realizada por el aludido encausado se subsume en el tipo penal de peculado de uso.

Que la referida directiva en su artículo tercero [alcances] señala que su ámbito de aplicación se dirige a la Sala Penal Nacional y la Corte Superior de Justicia de Lima, y establece que la utilización de los vehículos para los magistrados y el personal jurisdiccional es para que puedan transportarse a los centros penitenciarios para realizar diligencias programadas; que, en el caso de autos, el encausado Mena Núñez no pertenecía a la Sala Penal Nacional ni a la Corte Superior de Justicia de Lima; que además los vehículos a los que se refiere la citada directiva no son asignados al servicio personal por razón del cargo, sino para el desarrollo de una función determinada: realizar diligencias en los centros penitenciarios; por tanto esta directiva no es de aplicación para el presente caso. Que está acreditado en el proceso que el vehículo asignado al encausado Mena Núñez era para su uso personal por razón del cargo que ostentaba y que no se le señaló limitación específica de forma u oportunidad para ello. De lo que se deduce, pues, que el encausado tenía plena disposición del

vehículo que le fue asignado, siendo aplicable al caso sub judice lo dispuesto en el párrafo final del artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal.

DÉCIMO NOVENO: Que para la determinación del quantum de la pena debe tenerse en cuenta los principios de lesividad y proporcionalidad previstas en los artículos cuatro y ocho del título preliminar del Código Penal, de manera que la sanción penal esté acorde no solo con la antijuricidad del hecho sino también con la culpabilidad del agente, contribuyendo a tal determinación los factores de punibilidad relativos a la forma y circunstancia del delito así como las condiciones personales del acusado, conforme lo señala, en sus aspectos pertinentes, el artículo cuarenta y seis del referido cuerpo legal; que, además, es de tener en cuenta que el encausado Mena Núñez no registra antecedentes penales ni judiciales..

VIGÉSIMO: Que, asimismo, en la acusación se solicitó inhabilitación conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; que, en este extremo, no cabe aplicar el inciso uno del referido artículo, pues actualmente el encausado Mena Núñez no ostenta cargo público alguno; que, por tanto, solo procede disponer su incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, conforme al segundo inciso del citado artículo.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que el artículo noventa y dos del Código Penal establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, del mismo modo el artículo noventa y tres del citado cuerpo de normas indica que la reparación civil comprende **i)** la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y **ii)** la indemnización de los daños y perjuicios. Que, siendo así, el monto de la reparación civil se fija en forma proporcional a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados al Estado perjudicado con la comisión del delito.

Fundamentos por los cuales merituando las pruebas y juzgando los hechos según el criterio de conciencia que la ley concede a este Colegiado; y en aplicación en lo pertinente de lo dispuesto en los artículos doce, veintitrés, veintinueve, cuarenta y cinco, cuarenta y seis, cincuenta y siete, cincuenta y ocho, noventa y dos, noventa y tres, trescientos ochenta y ocho, cuatrocientos y cuatrocientos veintiséis del Código Penal; en concordancia con los artículos doscientos ochenta, doscientos ochenta y tres, doscientos ochenta y cinco y doscientos ochenta y ocho del Código de Procedimientos Penales, esta Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, administrando justicia a nombre de la Nación, falla: **ABSOLVIENDO** por atipicidad a Luis Alberto Mena Núñez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado de uso en perjuicio del Estado; y **CONDENANDO** a Luis Alberto Mena Núñez como autor del delito de tráfico de influencias en perjuicio del Estado, y como tal le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años, condicionalmente bajo las

siguientes reglas de conducta: **a)** no variar de domicilio sin previo conocimiento del Juzgado Supremo de Instrucción, **b)** concurrir cada tres meses a firmar el cuaderno de control respectivo a fin de dar cuenta de sus actividades, y **c)** no cometer otro delito doloso; todo ello bajo apercibimiento de aplicarse lo dispuesto en el artículo cincuenta y nueve del Código Penal, en caso de incumplimiento; además la pena de tres años de inhabilitación conforme al inciso dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y fijaron en diez mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada. **ORDENARON** que consentida o ejecutoriada en el extremo absolutoria se proceda al archivo definitivo y se anulen los accedentes judiciales y penales generados por el delito de peculado de uso en perjuicio del Estado. **DISPUSIERON** se remitan los respectivos boletines de condena a la Corte Suprema de Justicia de la República para su respectiva inscripción y consentida o ejecutoriada que quede la presente causa se archive en su oportunidad. **MANDARON** se agregue copia de la sentencia al legajo respectivo, con aviso a quien corresponda con citación; hágase saber.

S.S.

PRADO SALDARRIAGA / PRÍNCIPE TRUJILLO / SANTA MARÍA MORILLO

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ART. 401 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA PENAL PERMANENTE****CAS. N.º 782-2015****DEL SANTA****SENTENCIA CASATORIA**

Lima, miércoles seis de julio del dos mil dieciséis

I. VISTOS

En audiencia pública; el recurso de casación concedido de oficio para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa —inc. 11 del art. 139 y art. 103 de la Constitución Política del Estado y art. 25, 26 y 401 del Código Penal —, respecto de la sentencia —f. 733— del veintidós de septiembre del dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada —f. 378— del dos de junio del dos mil quince, que condenó a los citados procesados como autora y cómplice primario respectivamente, del delito contra la administración pública - enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1 028 703. 44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

Interviene como ponente el señor juez supremo VILLA STEIN.

IMPUTACIÓN FÁCTICA —hechos—

Se imputa a la señora Amelia Victoria Espinoza García, que en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010, haberse enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo en la cantidad de S/ 1 028 703.44 nuevos soles, que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wuilmer Agapito Vásquez, para ocultar la sociedad económica que mantenían y que no pudieron ocultar el dinero que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias, cuando la imputada ejercía el cargo de regidora y después de alcaldesa.

ITINERARIO DEL PROCESO:

PRIMERA INSTANCIA

1. El señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del distrito judicial Del Santa —f. 02— formuló su requerimiento de apertura ajuicio (acusación), en contra de Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública - enriquecimiento ilícito —art. 401 del Código Penal — en agravio del Estado.
2. Con fecha 4 de noviembre del 2014 —f. 08— el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Chimbote realizó el control de acusación. Posteriormente, dictó auto de enjuiciamiento —f. 12— en contra de Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito —art. 401 del Código Penal— en agravio del Estado.
3. El día 19 de noviembre del 2014, el Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia Del Santa emitió el auto de citación a juicio — f. 10—. Tras la realización del juicio oral, dictó sentencia el 2 de junio del 2014 —f. 37— condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública- enriquecimiento ilícito —art. 401 del Código Penal—en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/ 1 028 703. 44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

SEGUNDA INSTANCIA

4. Contra la citada sentencia, la defensa de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez interpuso recurso de apelación — a f. 467 — solicitando 1a absolución de sus patrocinados por no haberse encontrado desbalance patrimonial en Amelia Victoria Espinoza García, no haberse valorado correctamente la prueba, haberse aplicado incorrectamente el artículo 401, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, inaplicación del principio *in dubio pro reo*, vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y al debido proceso.
5. Primer Juzgado Penal Unipersonal Del Santa por resolución del 12 de junio del 2015 —f. 525— admitió los recursos de apelación interpuestos por la defensa de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vás-

quez; mediante resolución del 22 de julio del 2015 —f. 578— la Sala Penal de Apelaciones Del Santa señaló fecha para la audiencia de apelación de sentencia, la que se realizó conforme al acta del 24 de agosto del 2015 — f. 599— y su continuación — f. 641 — con la intervención del representante del Ministerio Público, el actor civil, los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez y sus respectivos abogados defensores.

6. El día 22 de septiembre de 2015 —f. 733—, Sala Penal de Apelaciones Del Santa dictó sentencia de vista declarando infundados los recursos de apelación interpuestos por los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez; confirmaron la sentencia el 2 de junio de 2014 —f. 378— que falló condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública — enriquecimiento ilícito —art. 401 del Código Penal— en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/ 1 028 703. 44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE LOS PROCESADOS AMELIA VICTORIA ESPINOZA GARCÍA Y WUILMER AGAPITO VÁSQUEZ

7. El tribunal superior por resolución del 13 de octubre del 2015 —f. 939— concedió el recurso de casación interpuesto por la defensa de los Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez. Este supremo tribunal, mediante el auto de calificación del recurso de casación del 4 de marzo del 2016 — f. 189 del cuaderno de casación formado en esta instancia— declaró de oficio bien concedidos los recursos de casación interpuestos por la defensa técnica de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa —inc. 3 y 11 del art. 139 de la Constitución Política del Estado y art. 26 y 401 del Código Penal —.
8. Deliberada la causa en secreto y votada el día 6 de julio del 2016, esta sala suprema emitió la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública — con las partes que asistan — se realizará por la secretaria de la sala el día 12 de julio del 2016, a las 8:30 horas.

II. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tema a dilucidar

1. **Verificar si existe infracción normativa de los incs. 3 y 11 del art. 139 de la Constitución Política del Estado y de los arts. 26 y 401 del Código Penal.**

MOTIVO CASACIONAL: INFRACCIÓN NORMATIVA DE LOS ARTÍCULOS 25, 26 Y 401 DEL CÓDIGO PENAL Y DEL INCISO 11 DEL ARTÍCULO 139 Y 103 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

2. A la fecha en que es redactada la presente sentencia, se tiene como precedente la sentencia recaída en la casación N.º 343-2012 del 16 de abril del 2013¹. En esta última se desarrollaron parte de los temas que hoy nos ocupan, siendo la solución a la que arribaron coincidente con el criterio de este supremo tribunal. Por tanto, aquello que ya ha sido objeto de análisis en la misma, no será analizado sino para complementar algo en la presente sentencia.
3. Una de las conclusiones más importantes a las que se arribó en la Cas. N.º 343-2012 fue el contenido de la prohibición del delito de enriquecimiento ilícito del art. 401 del Código Penal, no ha variado en su núcleo esencial a lo largo del tiempo pese a haberse variado la terminología empleada en sus sucesivas modificatorias².

1 Sentencia recaída en la Casación N.º 343 - 2012 del 16 de abril del 2013, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

2 Evolución del artículo 401 del Código Penal. ·

“Enriquecimiento ilícito

Artículo 401.- 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. (1)(2)

(1) Párrafo incorporado por el artículo 7 de la Ley N.º 27482, publicada el 15-6-2001.

(2) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28355, publicada el 6-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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 e inhabilitación conforme a 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 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.” (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N.º 29703, publicada el 10 junio

2011, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales. o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio 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. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

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.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado. o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional. la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio 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. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio 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 e los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.

En buena cuenta, la norma de conducta³ de la norma penal ha permanecido en el tiempo.

4. Ello tuvo especial eco al momento de abordar la locución introducida por la última modificatoria del 26 de noviembre de 2013, esto es el “abusando de su cargo”. A primera vista pareciera que se ha condicionado el enriquecimiento ilícito a un uso indebido del cargo de funcionario público. Sin embargo una interpretación a ultranza de esto podría concluir en que el supuesto de hecho ahora no se limita al patrimonio del funcionario o servidor público incrementado de modo injustificado.
5. No obstante, la Casación N.º 343-2012 también abordó ese tema, y haciendo un análisis histórico del tipo penal del artículo 401, determinó que la locución “abusando de su cargo” era el equivalente a “por razón de su cargo”. Es decir que hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente al momento en que acontece el enriquecimiento ilícito.
6. Esta explicación se ve reforzada al hacer un análisis teleológico del delito de enriquecimiento ilícito. Así tenemos que dicha figura es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación a sus ingresos lícitos. De allí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso — uso indebido — del cargo que ostenta⁴.
7. Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura —a excepción de la primera redacción del artículo— un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patrimonio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público.
8. A simple vista parecería que todo es claro. Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito

3 En este sentido el profesor GARCÍA CAVERO indica: “La norma de conducta asume, por lo general, la forma de una prohibición (norma de prohibición), en la medida que proscribe la realización de determinadas conductas lesivas”. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 73

4 En esta línea, SALINAS SICCHA indica que “se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el sujeto público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido”. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, 2.ª ed., Lima: Grijley, 2011, p. 608.

no se configura. Sin embargo una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testafierros.

9. En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testafierro.
10. El artículo 26 del Código Penal⁵ recoge la tesis de la ruptura del título de imputación⁶. Esto significa que en los delitos especiales, el *status* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.
11. Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal⁷ que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con *status* puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.
12. Finalmente, llama la atención que en la redacción actual del artículo 401 del Código Penal, se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del *funcionario público* son *indicios* de enriquecimiento ilícito. Esta parte del tipo penal

5 Artículo 26 del Código Penal.- “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”.

6 Cfr. VILLA STEIN, JAVIER, *Derecho penal. Parte general*. 4.ª ed., Lima: Ara, 2014, p. 394.

7 Artículo 25 del Código Penal.- “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual nos hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor”.

no configura la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el gasto del funcionario. Sin embargo de la literalidad de esta norma, se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria.

13. Cabe precisar al respecto, que el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predican de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio⁸, no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de imputación. Ello debido a que el derecho constitucional a la presunción de inocencia se mantiene imponiendo la carga de la prueba al Ministerio Público⁹. Este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con el funcionario o servidor público investigado por el delito de enriquecimiento ilícito.
14. Toda vez que se ha determinado que la conducta criminalizada no ha variado sustancialmente en el tiempo, las variaciones que ha sufrido el artículo 40 I del Código Penal difícilmente pueden vulnerar el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución. Por ende, el debido proceso resguardado en el inciso 3 de la misma norma constitucional que actúa como derecho continente y el artículo 103, tampoco tendrían porque verse afectados salvo que el caso concreto exigiera un análisis más exhaustivo de la subsunción de los hechos a la norma penal del artículo 401 del Código Penal.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

15. El caso que nos ocupa presente una imputación fáctica relativamente simple, Amelia Victoria Espinoza García habría incrementado su patrimonio abusando de su cargo como regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa, pero habría disimulado dicho superávit empleando a su pareja sentimental Wuilmer Agapito Vásquez a quien habría utilizado a modo de testaferro. Por tanto corresponde determinar, desde la verdad judicial ya establecida en el presente proceso, si

8 Conviene tener una definición del mismo: "Indicio es la circunstancia o antecedente que autoriza fundar un opinión sobre la existencia del hecho". FERREYRA, Juan José, *Indicios y presunciones judiciales*, en SEBASTIÁN MIDÓN, Marcelo y otros, *Tratado de la prueba*, Buenos Aires: Librería de La Paz, 2007, p. 697. Nótese que a lo que da pie el indicio es a la formación de una opinión.

9 Este también fue señalado, con gran acierto, por la Sala Penal Superior en la sentencia impugnada.

los hechos se subsumen o no en el artículo 401 del Código Penal y si se puede atribuir intervención delictiva a los procesados.

16. A la luz de lo expuesto hasta ahora, la respuesta al caso ya se vislumbra. El uso de testaferreros para configurar el delito de enriquecimiento ilícito es un tema probatorio, que en el presente caso se llegó a postular tal como se aprecia de la imputación fáctica recogida por la sentencia de vista. El problema es que como la misma reconoce, no se ha podido probar que la procesada Amelia Victoria Espinoza García haya transferido los bienes (sobre todo dinero) que figuraban en el patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez.
17. La tesis que se ha esgrimido para condenar a estos procesados es que su relación, de la cual tuvieron como fruto una hija, nos permite inferir que el incremento injustificado del patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez es en realidad de Amelia Victoria Espinoza García. Una propuesta así supone un enorme riesgo para la seguridad jurídica del país en tanto de los vínculos que tienen los funcionarios y servidores públicos no se puede inferir todo lo negativo.
18. En el caso que nos ocupa los procesados tenían una relación sentimental y de allí es que la sala superior entiende que el desbalance patrimonial de quien no es funcionario público proviene de un abuso del cargo de quien sí fue funcionaria pública. Las relaciones entre las personas, y ello incluye las amicales, no prueban nada distinto el vínculo mismo. Deducir otra cosa a partir de ellas es un salto lógico que vulnera las reglas de la sana crítica en su manifestación de reglas de la lógica.
19. En consecuencia, la verdad judicial que se ha alcanzado esto es que Agapito Vásquez incrementó su patrimonio injustificadamente, no es el supuesto de hecho criminalizado en el artículo 401 del Código Penal. Y en la medida en que no se ha probado que el mismo haya sido testaferro de Amelia Victoria Espinoza García, no existe otra posibilidad de subsumir los hechos en la norma penal imputada. Por lo tanto no es posible atribuir responsabilidad a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez.
20. En relación a la reparación civil fijada, se debe señalar que la misma tiene como fundamento, en el caso concreto, el daño causado a la administración pública producto del enriquecimiento ilícito. Esto significa que la conducta ilícita de los procesados era lo que permitía sostener la existencia de un daño indemnizable. Al haberse descartado el carácter ilícito de su proceder, debe también descartarse la posibilidad de que se genere responsabilidad civil a partir del mismo.

III. DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

- I. **FUNDADO** el recurso de casación concedido de oficio para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa —inc. 11 del art. 139 y 103 de la Constitución Política del Estado y art. 25, 26 y 401 del Código Penal—.
- II. **CASARON** la sentencia —f. 733— del veintidós de septiembre del dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada —f. 378— del dos de junio del dos mil quince, que condenó a Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez como autora y cómplice primario respectivamente, del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/ 1 028 703. 44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria; actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo **REVOCARON** la sentencia del dos de junio del dos mil quince que condenó a Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez por el delito contra la administración pública- enriquecimiento ilícito en agravio del Estado; reformándola, **ABSOLVIERON** a los citados procesados por el delito y agraviado en mención.
- III. **ORDENARON** el levantamiento de las órdenes de ubicación y captura emitidas contra los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, así como la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado en razón del presente proceso.
- IV. **MANDARON** que la Sala Penal de Apelaciones Del Santa y las demás cortes superiores de los distritos judiciales que aplican el nuevo Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los fundamentos jurídicos contenidos en los numerales dos (2) al trece (13) — motivo casacional: infracción normativa de los artículos 25, 26 y 40 1 del Código Penal y del inciso 11 del artículo 139 y 103 de la Constitución Política del Estado — de la presente sentencia suprema, de conformidad con el inciso 3 del artículo 433 del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial *El Peruano*.
- V. **ORDENARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; notifíquese.

S.S.

VILLA STEIN / RODRÍGUEZ TINEO / PARIONA PASTRANA / HINOSTROZA PARIA-
CHI / NEYRA FLORES

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ART. 401 DEL CP)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA****R. N. N.° 478-2016****LIMA NORTE**

Lima, catorce de junio del dos mil diecisiete.

VISTOS: El recurso de nulidad formulado por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia de veinte de noviembre del dos mil quince, emitida por la Primera Sala Penal Permanente de Reos Libres, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que absolvió a Sergio Sequeiros Peña, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de San Martín de Porres.

Con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal.

Interviene como ponente el señor juez supremo CEVALLOS VEGAS.

CONSIDERANDO**IMPUTACIÓN FISCAL**

PRIMERO: De la acusación fiscal se desprende que se atribuyó al acusado Sergio Sequeiros Peña que, en su calidad de regidor de la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres, en el periodo de mil novecientos noventa y nueve a dos mil dos, incrementó indebidamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, sin poder justificarlo; tal es así que, según el Informe Financiero N.° 83 de folios trescientos treinta y cinco, el encausado registró ingresos por la cantidad de US\$ 84,735.00, equivalente a S/ 294,321.00 que, confrontados con sus egresos de US\$ 95,976.00 equivalente a S/ 335,407.63, fluye un desbalance patrimonial ascendente a la cantidad de US\$ 11,241.00, equivalente a S/ 41,086.63; habiendo tenido incidencia en dicho déficit los egresos significativos de éste, entre los cuales se puede citar la titularidad sobre vehículos marca HYUNDAI de placa N.° AO-4670 y Honda Civic de placa CO-1388, depósitos a plazos y obligaciones precisadas en el referido Informe.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR

SEGUNDO: La Sala Superior, luego de valorar los elementos de prueba recabados durante el proceso, absolvió al encausado debido a que existe duda razonable que lo favorece:

- i) Inicialmente se recabó el Informe Financiero N.º 83, donde se refirió que los ingresos, inversiones y egresos del encausado revelarían a priori un desbalance patrimonial de US\$ 11,241.00. Dicho monto era un estimado y podría modificarse.
- ii) Posteriormente se recabó el Informe N.º 615-2011-GAF-SGC/MDSMP, donde se consignó que los ingresos del acusado ascenderían a S/ 309,489.20.
- iii) En tal sentido, luego de analizar los informes emitidos, el Colegiado Superior estimó que el desbalance patrimonial ascendería a S/ 25,918.43; no obstante, el fiscal en la requisitoria oral refirió que el desbalance negativo sería superior a los S/ 25,918.43; empero, no señaló la suma a la que ascendería.
- iv) A ello se aúna que durante la instrucción no se realizó la pericia contable, a pesar que fue solicitada por el fiscal y que se dispuso su realización.
- v) El colegiado superior consideró que a pesar que se probó la existencia de un desbalance patrimonial, no se acreditó el monto exacto. No obstante si se determinara que el monto es de S/ 25,918.43, ello per se no permite estimar la comisión de delito y la responsabilidad del encausado, puesto que no solo debe acreditarse la condición funcional del agente, sino el estado de enriquecimiento, esto es, que el incremento patrimonial sea significativo y consecuencia directa del ejercicio de la actividad pública y no de otras actividades que efectúa el funcionario o servidor público. Por otro lado, se consideró que la suma de S/ 25,918.43 se reduce ostensiblemente dado que el vehículo de placa AO-4660 fue valorizado en US\$ 7,000.00 cuando en realidad fue adquirido en US\$ 2,100.00, entonces no existe un incremento patrimonial significativo que conlleve al enriquecimiento del encausado.
- vi) En consecuencia, la investigación preliminar es deficiente, por lo que concurre duda que favorece al encausado.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

TERCERO: El titular de la acción penal, en el recurso de nulidad de folios novecientos doce solicita se declare nula la sentencia recurrida y se ordene la realización de un nuevo juicio oral, por cuanto:

- i) Se omitió analizar el origen del dinero que se depositó en efectivo en la cuenta de ahorros del Banco Continental los días ocho, diez y catorce de mayo del dos mil dos y que alcanza a S/ 71,430.71; suma de dudosa procedencia, si se considera que no acreditó que se dedicaba a la compra venta de arroz ni como tramitador de la Municipalidad de San Miguel.

- ii) No se explicó por qué tendría que considerarse lícito el dinero en las cuentas bancarias del acusado, si sus ingresos como regidor no superaban los S/ 10,000.00.
- iii) No se consideró que el procesado gastó más de lo que recibió por la función pública que desempeñaba.
- iv) La testigo de descargo Martha Iris Argume Chávez no explicó el origen del dinero que prestó al procesado para el negocio de la venta de arroz, así como el encausado abrió cuatro cuentas de ahorro y tres a plazo en el Banco Continental, evidenciando que los movimientos bancarios más significativos se dieron durante el dos mil uno y dos mil dos, pese a que declaró que se dedicaba a la venta de arroz desde mil novecientos noventa y siete, bajando significativamente sus depósitos cuando dejó de ser regidor. En suma existe una errónea interpretación de los hechos y de las pruebas, que redundan en la ausencia de motivación de la resolución materia de grado y por ende se vulnera el debido proceso.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

CUARTO: Del análisis de lo recaudado se tiene que se inició investigación al acusado a raíz de la noticia de que adquirió una propiedad inmueble sin haberla registrado debidamente, lo que dio origen al Informe Financiero N.º 102-2004, de la Fiscalía de la Nación (folios trescientos treinta y tres), de cuatro de julio del dos mil ocho, donde se consignó que no se llegó a recabar documento alguno que acredite este extremo; no obstante se concluyó que “la información de sus ingresos, inversiones y egresos revelarían a priori un desbalance patrimonial estimado de US\$ 11,241.00 cifra que es el resultado de la documentación revisada respecto a su movimiento económico financiero, por el periodo como funcionario público 1999-2002”.

QUINTO: Posteriormente, el once de noviembre del dos mil once se llegó a obtener el Informe N.º 615-2011-GAF-SGC/MDSMP (folios cuatrocientos cincuenta y siete) emitido por la Subgerencia de Contabilidad de la Municipalidad agraviada, donde se concluyó que durante el periodo de mil novecientos noventa y nueve a dos mil dos, cuando el acusado se desempeñaba como regidor, tuvo como ingresos la suma de S/ 309,489.20, cuyo informe fue ratificado en el plenario (folios cuatrocientos sesenta).

SEXTO: Cabe precisar que en el Informe N.º 83, antes referido, se señaló taxativamente que solo se trabajaron con cifras estimatorias por cuanto la información suministrada por las Unidades de Tesorería y Contabilidad del Municipio agraviado no fueron lo suficientemente completas respecto a ingresos por dietas asignadas al investigado como regidor; en ese sentido, se refirió que durante el periodo de mil novecientos noventa y nueve a dos mil dos, se tuvo como ingreso anual total S/

327,024.00 que deducida la renta anual daba el monto de S/ 294,331.00 que equivalen a US\$ 84,735.00 es decir, un ingreso mensual de US\$ 1,765.00. Así refirió que los egresos totales ascenderían a S/ 335,407.63. Para arribar a esta conclusión se verifica que se consideró el resumen del movimiento financiero, esto es los depósitos en bancos durante el periodo 2001-2002, que estimó llegan a US\$ 109,085.00 donde se refirió que se muestra una diferencia de US\$ 24,350.00 que podrían estar referidos a transferencias internas. En suma concluyó que el desbalance patrimonial estimado era de US\$ 11,241.00. Por otro lado, en dicho informe se consideró la titularidad de los vehículos AO-4670 y CO-1388 (ver anexos del Informe N.º 83, del folio trescientos cuarenta y dos).

SÉPTIMO: Motivo por el que el Colegiado Superior a los egresos consignados en el Informe N.º 83, restó los ingresos consignados en el Informe N.º 615-2011-GAF-SGC/MDSMP, y determinó que el posible desbalance patrimonial ascendería a S/ 25,918.43. La operación es la siguiente: S/ 335,407.63 - S/ 309,489.20 = S/ 25,918.43.

OCTAVO: Sin embargo, tal como opinó el señor fiscal supremo la operación aritmética realizada por el Colegiado Superior para determinar el monto al que asciende el desbalance patrimonial no es el correcto, porque no se consideró los ingresos del Informe N.º 83, sino los que se consignaron en el Informe N.º 615-2011, el cual solo consideró los ingresos del procesado en su calidad de regidor del municipio afectado, tornando insubsistente la conclusión sobre el monto del desbalance, más aún si el perito suscribiente Víctor Jiménez Horna señaló en juicio oral que dichos montos resultaron ser los que precisamente establecían un monto mayor a los considerados sin justificación (folios ochocientos veintidós).

NOVENO: No obstante, también se debe considerar que dicho perito recalcó que para realizar el informe financiero se tuvo a la vista documentos oficiales de la municipalidad y levantamiento de algunas otras informaciones como la de SUNARP y la de viajes, con esa documentación se hizo el análisis, pero también refirió que esa información no estaba totalmente completa. Del mismo modo refirió que las cifras de movimientos financieros también fueron consideradas como ingresos para hacer las diferenciaciones respectivas con los egresos. Pero también sostiene que la conclusión a la que llegó es como analista, pero no como la de perito, y lo que dice es a priori, y que se presentó un desbalance de once mil dólares.

DÉCIMO: Por otro lado también se observa que en el informe financiero, tantas veces comentado, se consignó que el vehículo de placa de rodaje AO-4660, ascendía a US\$ 7,000.00; sin embargo, la defensa del procesado presentó el testimonio vehicular del folio setecientos sesenta y seis, que acredita que el valor del vehículo era de US\$ 2,100.00, lo que evidencia que la investigación realizada para determinar el desbalance patrimonial fue deficiente.

DÉCIMO PRIMERO: Además no se realizó la pericia contable respectiva pese a que se encontraba ordenado su diligenciamiento. “En la práctica, tanto el incremento del patrimonio como el incremento del gasto económico personal del sujeto público, se pondrá en evidencia con las pericias contables o valorativas que el operador jurídico responsable del caso concreto, disponga realizar. No hay otra forma de poner en evidencia tales incrementos. En esta línea, tenemos la ejecutoria suprema de 16 de mayo de 2003, cuando argumenta que debe meritarse lo señalado por el perito contable, en los debates orales, quien ratificó que existe un incremento patrimonial, no justificado; que estas pericias constituyen medios probatorios indubitables de la comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de enriquecimiento”¹; lo que no ocurre en el caso concreto.

DÉCIMO SEGUNDO: Finalmente, al encausado viene siendo investigado desde el dos mil cuatro, cuyo caso se judicializó recién en el dos mil nueve, tiempo por demás indefinido que atenta el derecho de todo justiciable a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sometido de manera indefinida a un proceso penal sin que se resuelva su situación jurídica. Lo otro que se debe considerar también es que el procesado se opuso a los elementos de cargo del fiscal, por ello cuestionó la valorización del vehículo antes señalado, respecto del cual el fiscal no emitió pronunciamiento alguno, lo que estriba en favor de la defensa del procesado.

DÉCIMO TERCERO: En suma, no existen pruebas de cargo idóneas, ni suficientes indicios sólidos que permitan establecer firmemente la responsabilidad del encausado, quien en el decurso del proceso, negó persistentemente los cargos imputados en su contra al manifestar que la denuncia formulada en su contra obedece a un acto de venganza por parte de la menor; por lo que siendo requisito indispensable para la condena haber generado certeza en el órgano jurisdiccional, no es posible condenarlo sin suficiente acreditación de la autoría, debiendo confirmarse la sentencia venida en grado al amparo del principio constitucional de favorabilidad *in dubio pro reo*.

DÉCIMO CUARTO: Se colige que al no obrar prueba fehaciente e idónea que corrobore las imputaciones sostenidas contra el encausado, compartimos la posición jurídica asumida por el Juzgador Superior.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de veinte de noviembre del dos mil quince, emitida por la Primera Sala Penal Permanente de

1 R. N. N° AV-09-2001-Lima (ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p.352). También en PÉREZ ARROYO, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, cit., t. III, p. 1532, cit. por SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley, 4.ª edición, 2016, p. 715.

Reos Libres, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que absolvió a Sergio Sequeiros Peña, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de San Martín de Porres, con lo demás que contiene. Y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Calderón Castillo y Huamaní Llamas, por licencia de los señores Jueces Supremos Hinostroza Pariachi y Pacheco Huancas, respectivamente.

S. S.

HUAMANÍ LLAMAS / CALDERÓN CASTILLO / VENTURA CUEVA / CEVALLOS VEGAS / CHÁVEZ MELLA

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ART. 401 DEL CP)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N.° 1226-2011

SAN MARTÍN

Lima, veinte de setiembre del dos mil once.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor fiscal adjunto superior contra la sentencia de fojas mil seiscientos treinta y cinco, del diecisiete de enero del dos mil once, que absuelve a los acusados Walter Gómez Rodríguez y Flor de María Aliaga Rojas de la acusación fiscal por los delitos contra la Administración Pública —peculado y enriquecimiento ilícito— y contra la fe pública, en la figura de falsedad material, en agravio del Estado, representado por la Dirección Regional de Educación de San Martín; interviniendo como ponente la señorita jueza suprema Inés VILLA BONILLA, de conformidad en parte con lo opinado por el señor fiscal supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que el señor representante del Ministerio Público en su recurso fundamentado a fojas mil seiscientos cincuenta y seis, sostiene: **i)** no se ha tenido en cuenta que el acusado Walter Gómez Rodríguez reconoció que su coacusada Flor de María Aliaga Rojas depositó la suma de novecientos noventa nuevos soles en su cuenta para realizar trámites y gestiones en la ciudad de Tarapoto y Lima; que, recibió quinientos cuarenta y siete nuevos soles para la adquisición de repuestos para un torno y sistema hidráulico de un tractor, admitió que vendió el chasis de una camioneta arca Datsun, pero que el importe ingresó al Área Administrativa, conforme lo demuestra con la Boleta de Venta; de otro lado, informó a la Dirección Regional de Educación para que se pague a los docentes Damarís Correa Zeña, Deysí Rojas Meléndez y Óscar Peralta Ramírez, sin haber laborado en el mes de marzo del año dos mil, sin embargo, los dos primeros devolvieron lo indebidamente cobrado, mientras que Peralta Ramírez no lo hizo, anotando que este último seguía laborando en horas libres sin que exista resolución de la Dirección Regional de Educación para que se pague; reconoce que vendió un ganado vacuno raza Holstein de propiedad del instituto por la suma de mil cincuenta nuevos soles, previa coordinación con los profesores de la carrera Agropecuaria, monto que fue recibido por su coacusada Flor de María Aliaga Rojas; **ii)** que,

no se ha valorado que la acusada Flor de María Aliaga Rojas, aceptó que además de las sumas de dinero que depositó en la cuenta de su coacusado Gómez Rodríguez para trámites, gestiones, ascendentes a novecientos nuevos soles al no efectuar la rendición de cuentas, tuvo que solicitarle reiterativamente estas, alcanzándole solamente las boletas; asimismo le entregó el monto de quinientos cuarenta y siete nuevos soles para la compra de repuestos de un torno, reparaciones del sistema hidráulico del instituto y de una motocicleta; pago que se hizo previa autorización escrita y directamente por su persona, no habiéndose adulterado la Boleta de Venta número cero seis cinco cinco ocho seis, sin embargo, acepta haber consignado una suma superior a la real, y que solo se trata de la aclaración de un número; en cuanto al dinero producto de la venta por parte del procesado Gómez Rodríguez del toro Holstein es falso que haya recibido dicho dinero; **iii)** que, en el dictamen pericial, se concluye: que existe responsabilidad administrativa compartida entre los acusados por incumplimiento de funciones, falta de control de los bienes y personal de la institución, así como el no cumplimiento de las normas en el manejo administrativo del Instituto Superior de Rioja, no existiendo perjuicio económico; sin embargo, el encausado Walter Gómez Rodríguez dispuso la compra de repuestos por ochocientos veinte nuevos soles más gastos de reparación por ciento treinta y siete nuevos soles, para una motocicleta marca Honda de propiedad del servidor Henry Sandoval Gómez; **iv)** que, no se ha tenido en consideración para absolver a la acusada Flor de María Aliaga Rojas, que en la boleta de venta de “Franklin Moto Servicio Miranda” habría sido adulterada la cantidad de trescientos catorce nuevos soles con setenta céntimos, por quinientos catorce nuevos soles con setenta céntimos, apreciándose el número sobre-marcado, lo que consignó en el libro contable; **v)** que, en el dictamen pericial no se hace mención sobre la venta del chasis de una camioneta marca Datsun, por cincuenta nuevos soles, la venta del ganado vacuno por mil cincuenta nuevos soles; dinero que no ingresó a la caja a pesar de existir en el informe especial técnico número cero cero cuatro - dos mil uno - AFR; **vi)** que, no se ha considerado que a fojas trescientos veintisiete —en el proceso folio trescientos cuarenta y cinco— existe la constancia de compra venta del ganado vacuno por el monto de mil cincuenta nuevos soles, lo que consta en el Informe Especial antes acotado, el que sirvió de sustento para la formulación de la denuncia correspondiente.

Segundo: Que el fundamento fáctico que contiene la acusación fiscal de fojas mil ochenta y seis, integrada a fojas mil ciento veinticuatro, incide en lo siguiente: que, se imputa a los acusados Walter Gómez Rodríguez y Flor de María Aliaga Rojas, en su condición de director y administradora del Instituto Superior Tecnológico de Rioja, respectivamente, haberse apropiado y utilizado en su provecho bienes, recursos materiales, económicos, así como haberse enriquecido ilícitamente. Que, la procesada Flor de María Aliaga Rojas habría adulterado boletas de venta por un

monto superior al real, dando origen a derecho para probar un hecho, utilizándolo en su gestión administrativa del año dos mil; mientras que Óscar Peralta Ramírez ha contribuido dolosamente a apropiarse de dinero cuya administración le estaba confiada al acusado Walter Gómez Rodríguez, cobrando indebidamente como docente, hecho ocurrido en el mes de marzo del año dos mil; que Walter Gómez Rodríguez y Flor de María Aliaga Rojas, aprovechándose de sus cargos como funcionarios de la referida institución educativa se han apropiado durante su gestión administrativa del año dos mil de bienes y recursos del referido centro educativo, por un monto ascendente a nueve mil doscientos setenta y cinco nuevos soles, más el desembolso indebido a terceros por mil cuatrocientos treinta y ocho nuevos soles; habiendo el procesado Gómez Rodríguez presentado información falsa a la Dirección Regional de Educación para que se pague a los docentes Damaris Correa Zeña, Deysi Rojas Meléndez y Óscar Peralta Ramírez, sin que estos hubieran desempeñado labor alguna durante el mes de marzo del año dos mil; se le atribuye también a la acusada Flor de María Aliaga Rojas haber adulterado la Boleta de Venta número cero seis cinco cinco seis ocho, de fecha dieciséis de octubre del dos mil, existiendo una diferencia de doscientos nuevos soles con veinte céntimos en perjuicio del referido Instituto Tecnológico de Rioja.

Tercero: Que, en el presente caso, la incursión en diversas modalidades delictivas motiva que la recurrida haya tenido que abordar diversos aspectos que han sido objeto del recurso impugnatorio lo que habilita el conocimiento por parte de este Supremo Tribunal analizando cada uno de los ilícitos correspondientes:

A) En lo concerniente al delito de peculado: De los autos se aprecia lo siguiente:

I) Que, conforme a los alcances del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil cinco / CJ - ciento dieciséis, bajo la modalidad específica de apropiación se exige “hacer suyo los 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”, lo que implica la extracción de la esfera de custodia de la entidad estatal e incorporación de la misma al ámbito privado del agente, materializada mediante el desarrollo de actos de disposición.

II) Que, la incriminación por este tipo delictivo se encuentra sustentada con el Informe Especial Técnico número cero cero cuatro - dos mil uno AFR —corriente a fojas tres y siguientes—, que se pronuncia sobre diversos aspectos, a saber:

II.1. En lo que se refiere a los gastos por la compra de repuestos y por la reparación de la motocicleta marca Honda ascendente a ochocientos veinte y ciento treinta y siete nuevos soles, se ha establecido que al investigado Walter Gómez Rodríguez se le ha hecho entrega de quinientos cuarenta y siete nuevos soles por parte de la admi-

nistradora para la adquisición de repuestos a ser utilizados en el trabajo de torno y reparación del sistema hidráulico; al respecto este último en su descargo refiere que de dicho monto ha entregado como adelanto cien nuevos soles a la casa comercial 'EDQUEN' sin embargo lejos de destinar el dinero para la compra, indebidamente retenía en su poder la diferencia de cuatrocientos cuarenta y siete nuevos soles —véase fojas cuatro—; se menciona también que arbitrariamente dispuso la adquisición de repuestos para una motocicleta, acto este que se encuentra reñido contra la función pública por no ser lícito que la institución asuma esos gastos en vehículos privados.

II.2 En lo atinente a la sobrevaluación de precios en el proyecto de inversión de sembrío de arroz, se encuentra demostrado que entre el informe del responsable de Agropecuaria, profesor Manuel Becerra Rojas y de la Administradora Flor de María Aliaga Rojas, existe una sustancial diferencia en el monto de lo invertido en el sembrío de arroz, informes que conllevan a determinar, que esta actividad se ha manejado sin ningún criterio técnico económico, pues se laboró a pérdida, no pudiendo concebirse que con maquinaria propia para hacer producir una hectárea de arroz se tenga que invertir un monto mayor a lo que se ganará con la cosecha; evidenciándose una pérdida de tres mil trescientos noventa nuevos soles.

II.3. En lo relativo a la venta del ganado vacuno puntualiza el Informe que el Director y Administradora del Instituto Superior Tecnológico de Rioja, han enajenado un toro Holstein a la persona de Rulber Cubas Vásquez en la suma de mil cincuenta nuevos soles, sin embargo, dicho dinero no ha sido ingresado al instituto.

III) Frente a los cargos formulados en su contra, el encausado Walter Gómez Rodríguez, en sus declaraciones prestadas tanto en el sumario —fojas ochocientos sesenta y dos— como en el plenario —fojas mil quinientos ochenta y uno—, admite haber autorizado a su coprocesada Flor de María Aliaga Rojas únicamente para la adquisición de repuestos de la motocicleta Honda, sin embargo esta última canceló también la reparación —fojas mil quinientos ochenta y tres—, en cuanto a la venta del ganado vacuno acepta haberse efectuado esta y que el ingreso del dinero no fue registrado por la administradora no obstante que lo recibió correctamente —fojas ochocientos sesenta y siete—.

IV) Que, lo antes puntualizado no se condice con lo sostenido por la encausada Flor de María Aliaga Rojas al prestar su instructiva —ver fojas ochocientos quince— y lo manifestado en juicio oral —ver fojas ochocientos noventa y uno—, diligencias en las que refiere que el dinero por la venta del toro fue recibido por el director, quien se tomó la libertad de vender los bienes del instituto, y que no se registró como ingreso propio la venta ni la entrega del dinero; que en la transferencia sólo ha intervenido para efectuar el documento; y que no sabe nada de la plata —véase fojas ochocientos diecinueve—.

V) Que, si bien el resultado del dictamen pericial de oficio, que se anexa a folios mil cuatrocientos ochenta y tres, expresamente concluye por la inexistencia de perjuicio económico a la institución educativa en el periodo comprendido desde febrero hasta noviembre del año dos mil de parte del exdirector del IST. Rioja señor Walter Gómez Rodríguez y la exadministradora señora Flor de María Aliaga Rojas; empero, el perito contador Óscar Antonio Pineda Morales en la ratificación del dictamen contable —véase a nivel del plenario, según consta a fojas mil seiscientos once, y siguientes—, sostiene que efectivamente no se produjo el ingreso del dinero a la caja de la institución educativa por la venta del ganado vacuno, hecho que innegablemente constituye la irrogación de un menoscabo de contenido patrimonial a los intereses de la agraviada; sin embargo ambos procesados han coincidido en que sí se realizó la venta del ganado vacuno, atribuyéndose mutuamente haber recibido el monto por dicho concepto. En consecuencia, al no haberse dilucidado suficientemente los cargos formulados en la acusación, resulta necesario que se cite como testigos al comprador Rulber Cubas Vásquez, así como al ingeniero Manuel Becerra Rojas, para que declaren en un nuevo juicio oral, sin perjuicio de que se disponga una ampliación de pericia por otros peritos con el objeto de que se esclarezcan las contradicciones existentes y se pronuncie de manera integral respecto a los hechos materia de denuncia.

B) En cuanto al delito contra la fe pública - falsedad material atribuido a la procesada Flor De María Aliaga Rojas, se tiene:

I) Que, la imputación contra la encausada Aliaga Rojas por la comisión de este ilícito, se encuentra constituida por el hecho de haber adulterado la Boleta de Venta número cero seis cinco cinco ocho seis, otorgada por “Franklin Miranda y Moto Servicio Miranda” de fecha dieciséis de octubre del año dos mil —que se anexa en autos a fojas setenta—, siendo el monto real trescientos catorce nuevos soles con setenta céntimos y no quinientos catorce nuevos soles con noventa céntimos, como fue registrado contablemente por la ex administradora —véase fojas cuatro y sesenta y dos—.

II) Que, de acuerdo a las reglas de la prescripción de la acción penal contenidas en los artículos ochenta y ochenta y tres del código sustantivo, la misma opera en el caso de que transcurra un tiempo igual al máximo de la pena establecida para el delito, en el caso específico de falsedad material —previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal—, que acoge una diferenciación en la conminación punitiva en función a la calidad del documento (público o privado).

III) Que, en el presente caso por tratarse de una boleta de venta que emite una persona ‘jurídica de derecho privado dentro de las estrictas relaciones comerciales —con prescindencia de que en dicha relación intervenga un funcionario o servidor público— constituye un documento de naturaleza privada; consecuentemente, (a misma se encuentra establecida —en su extremo máximo— en cuatro años de pena privativa de

libertad; por lo que, a tenor de lo regulado en los artículos antes invocados, el plazo de prescripción ordinaria es de cuatro años y la extraordinaria alcanza los seis años.

IV) Que, en lo atinente a la operatividad del tratamiento especial de la duplicidad del plazo de prescripción que prevé el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal, la norma que dispone la dúplica, exige como primer presupuesto que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público. Al respecto, deviene pertinente destacar que el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez / CJ - ciento dieciséis, adopta una posición más restrictiva en la aplicación de la dúplica del plazo de prescripción, en la medida que la condición de funcionario público exija adicionalmente que se verifique la relación funcional con el patrimonio del Estado, sobre el cual ejerza, efectiva o potencialmente, actos de administración, percepción o custodia.

V) Así, el delito contra la fe pública —específicamente la modalidad de falsedad material de documento privado— identifica como bien jurídico objeto de tutela penal la fe pública o la funcionalidad probatoria, de perpetuación y de garantía, que el documento cumple dentro del tráfico jurídico; por lo que, al no afectarse directamente el patrimonio del Estado a través de la específica conducta atribuida {constitutiva del delito de falsedad material), no se verifican los presupuestos para que opere en el presente caso la regla de duplicidad del plazo de prescripción; vi) en tal sentido, corresponde examinar si respecto de la conducta delictiva tribuida a la encausada Flor de María Aliaga Rojas —cuya comisión delictiva se remite a la emisión del documento, de fecha dieciséis de octubre del dos mil (véase fojas setenta)—, ha transcurrido un tiempo superior al plazo extraordinario de prescripción —con prescindencia de la duplicidad— advirtiéndose que a la fecha ha sobrepasado en demasía el plazo de la prescripción extraordinaria, por lo que resultan plenamente aplicables los efectos extintivos de la prescripción en este extremo.

C) En lo pertinente al delito contra la fe pública, en la modalidad de falsedad material atribuido al procesado Walter Gómez Rodríguez, se tiene:

I) Que, la comisión de este delito tiene como sustento el hecho de haber presentado documentación falsa orientada a que resulten beneficiados tanto su coencausado Óscar Peralta Ramírez, como Damaris Correa Zeña y Deysi Rojas Meléndez con el cobro de remuneraciones correspondientes a un mes —marzo del dos mil— durante los cuales no prestaron servicios, para ello se hizo figurar en los documentos que los citados docentes habían cumplido con laborar, cuando ello no se produjo en la realidad.

II) Así, de la descripción incriminatoria que contiene la acusación fiscal se aprecia que la conducta falsaria recae estrictamente sobre las declaraciones insertadas al documento público. En efecto, el hecho de haber incorporado en el Cuadro de Dis-

tribución de Clases a las personas de Óscar Peralta Ramírez, Damarís Correa Zeña y Deysi Rojas Meléndez del Instituto Superior Tecnológico “Rioja” constituye una introducción de datos falsos en el cuerpo de un documento de carácter público —en razón de haber sido emitido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones— que afecta la veracidad de su contenido —en tanto que el hacer figurar en este que las personas de Peralta Ramírez, Damaris Correa Zeña y Deysi Rojas Meléndez asistieron a laborar en el mes de marzo del dos mil, comporta una discordancia de los datos incluidos en el documento con la realidad, es decir, que no compatibiliza la declaración contenida en el instrumento público con lo efectivamente ocurrido, ello al no verificarse la prestación del servicio efectivo en el indicado mes por parte de las citadas personas—, conducta que se enmarca en el supuesto del delito de falsedad ideológica, contenido en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal y no en el tipo penal de falsedad material prevista en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal;

III) Que, la conminación penal para el delito de falsedad ideológica fluctúa entre los tres y los seis años de pena privativa de la libertad; en tal virtud —conforme a las reglas de prescripción de la acción penal—, el plazo de prescripción extraordinaria alcanza los nueve años, por lo que atendiendo a que la conducta delictiva atribuida al encausado Walter Gómez Rodríguez se desarrolló entre los meses de marzo y junio del año dos mil —véase el oficio número cincuenta cincuenta y tres - cero cero-DRESM-IST-R y sus anexos, corrientes a fojas cuatrocientos treinta y ocho y siguientes—, se concluye que en este caso ha transcurrido un tiempo superior al indicado plazo extraordinario de la prescripción, por ende, también surten sus efectos extintivos en este extremo.

D) En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito, se tiene:

I) Que, el tipo penal exige que el funcionario o servidor público por razón de su cargo logra un incremento real y significativo de su patrimonio, que puede incidir en el aumento del activo como la disminución del pasivo.

II) Que, se aprecia de autos que la imputación formulada por el Ministerio Público en lo atinente al delito de enriquecimiento ilícito —aunque no de manera expresa— se encuentra en estrecha vinculación con el injusto penal de peculado, conforme emerge meridianamente del tenor de la base fáctica incriminatoria que señala el fiscal superior en su dictamen acusatorio [que: “Se les imputa a los acusados Walter Gómez Rodríguez y Flor de María Aliaga Rojas, que en su condición de Director y Administrador del Instituto Superior Tecnológico de Rioja, respectivamente, haberse apropiado y utilizado en su provecho bienes, recursos materiales, económicos, así como haberse enriquecido ilícitamente, cuya administración se le había confiado; (...)” —véase fojas mil ciento veinticinco—]; vinculación de naturaleza causal, esto

es, de causa a efecto, lo que no se condice con el carácter subsidiario del ilícito penal sub-análisis —que tipifica un estado patrimonial que acoge diversas fuentes generadoras de riqueza que contrarían el ordenamiento jurídico—, en virtud del cual la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el agente público —en caso contrario, rige el principio de subsidiariedad frente a la configuración el concurso aparente de leyes—; advirtiéndose en ese sentido que la fuente de incremento patrimonial atribuido al encausado Gómez Rodríguez se encuentra identificada estrictamente en el accionar constitutivo de peculado —respecto del cual, conforme se ha concluido con precedencia, no han quedado suficientemente esclarecido—, por lo que no es posible imputarle objetivamente la comisión del delito sub-materia; máxime si de autos no emerge ni una sola actuación —en sede preliminar ni en sede judicial— ni incorporación de elemento probatorio alguno orientado a determinar la existencia de desbalance patrimonial —discordancia entre los ingresos y los egresos de orden económico—, así pues, la actividad probatoria se ha encaminado mínimamente a constatar a cuánto ascienden los ingresos del procesado —lo cual resulta manifiesto en el dictamen pericial de fojas mil cuatrocientos ochenta y tres, en el que se analizan hechos concretos vinculados a la apropiación de dinero (constitutivos del delito de peculado)—; por lo que, ante la inexistencia de prueba alguna que acredite la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, en consonancia con el principio de economía procesal —previsto en el artículo seis de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, corresponde a este Supremo Tribunal mantener inalterable el criterio absolutorio arribado en este extremo en la sentencia recurrida, en aplicación del artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos; declararon **NULA** la sentencia de fojas mil seiscientos treinta y cinco, del diecisiete de enero del dos mil once, en el extremo que absuelve a los acusados Walter Gómez Rodríguez y Flor de María Aliaga Rojas de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública en la figura de peculado, en agravio del Estado, representado Dirección Regional de Educación de San Martín; **DISPUSIERON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, debiendo observarse los fundamentos de la presente Ejecutoria Suprema, en lo que a este extremo concierne; asimismo, declararon **NULA** la sentencia en cuanto absuelve a Walter Gómez Rodríguez y a Flor de María Aliaga Rojas por el delito contra la fe pública en la figura de falsedad material, en perjuicio del Estado, representado por la Dirección Regional de Educación de San Martín; y **reformándolo** declararon de oficio **extinguida por prescripción** la acción penal incoada contra la procesada Flor de María Aliaga Rojas, por el delito contra la fe pública en la figura de falsedad material, y contra el procesado Walter Gómez Rodríguez por el delito contra la fe pública en la figura de falsedad ideológica, ambos en perjuicio del Estado, representado por la Dirección Regional de Educación de San Martín; declararon **NO HABER NULIDAD**

en la sentencia en cuanto absuelve a Walter Gómez Rodríguez y Flor de María Aliaga Rojas por el delito contra la Administración Pública en la figura, de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, representado por la Dirección Regional de Educación de San Martín; en consecuencia: archívese definitivamente lo actuado en lo que a estos últimos extremos se refiere, debiendo procederse a anular los antecedentes generados a consecuencia de estos hechos; y los devolvieron.

SS.

LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / BARRIOS ALVARADO / PRÍNCIPE TRUJILLO / **VILLA BONILLA**

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ART. 401 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA PENAL PERMANENTE****R. N. N.° 1438-2017****LIMA**

Lima, siete de marzo del dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Luis Fernando Rojas Abanto contra la sentencia del nueve de marzo del dos mil diecisiete, que lo condenó como autor del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Estado, a ocho años de pena privativa de libertad y fijaron en cien mil soles el momento que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada (sin perjuicio de la devolución del íntegro de la suma de ochocientos mil dólares americanos producto de su enriquecimiento ilícito, más los intereses legales correspondientes). De conformidad con lo opinado por la señora fiscal suprema en lo Penal.

Intervino como ponente el señor juez supremo PRÍNCIPE TRUJILLO.

CONSIDERANDO**1. De la pretensión impugnativa**

Primero. El procesado Rojas Abanto sustentó su recurso impugnatorio (véase a foja diez mil ochocientos catorce), en el que refirió que el Informe financiero número treinta y cuatro fue la única prueba que determinó su responsabilidad. Sin embargo, este cometió serios y evidentes errores que lo invalidan para determinar su responsabilidad penal debido a que:

- 1.1. No se consignaron los ingresos que percibió desde que fue oficial en el año mil novecientos ochenta y cinco. Tampoco estos se anualizaron, pues no se multiplicó su mensualidad por doce meses.
- 1.2. No se tomaron en consideración todos los periodos en los que le correspondía derecho a combustible.
- 1.3. Se consideraron los valores del mercado de sus bienes inmuebles y no los reales que pagó en su oportunidad.

- 1.4. No es verdad que haya efectuado movimientos bursátiles, como se le imputa, pues solo se trata de transferencias bancarias.
- 1.5. No se tomó en cuenta que reconoció en todas las instancias la compra de los certificados bancarios por la dinámica de entrega de combustible y que todo lo entregó a sus superiores.
- 1.6. Una auditoría interna del Ejército reveló que no hubo observaciones en la entrega de combustibles durante su gestión en el año dos mil.

Asimismo, cuestionó que no tuvo la oportunidad de aportar documentos para la elaboración del informe en mención.

2. De los hechos objeto del proceso penal

Segundo. Según la acusación fiscal (de foja diez mil doscientos veintiséis), se tiene que:

- 2.1. El procesado, en su calidad de jefe del Batallón de Intendencia de la Sexta Región Militar de Bagua, durante los años dos mil a dos mil uno, recibió la suma de once millones setecientos ocho mil trescientos doce soles con cuarenta y ocho céntimos de parte de su comando para dicha gestión.
- 2.2. El doce de enero del dos mil abrió una cuenta de ahorros en moneda nacional en el Banco de Crédito del Perú, sede Bagua (número doscientos treinta-uno cero nueve cero cuatro dos siete tres), y recibió depósitos en efectivo por la suma de ocho millones quinientos mil soles en los meses de enero a mayo, y de cuatro millones cien mil soles más una transferencia de fondos por dos millones quinientos mil soles provenientes de la cuenta perteneciente a Rolando Navarro Ávila (número doscientos treinta-uno uno cero cinco cinco cinco uno tres), de junio a diciembre.
- 2.3. El mismo doce de enero del dos mil abrió una cuenta en el citado banco, pero en moneda extranjera (número doscientos treinta-uno cero cero ocho cero cuatro ocho), y de enero a mayo recibió depósitos en efectivo por un millón trescientos mil soles, y de junio a diciembre un millón setecientos mil soles, dinero depositado en efectivo y por la compra de moneda extranjera, con fondos de la cuenta en moneda nacional o de la cuenta de Rolando Navarro Ávila antes indicada.
- 2.4. También compró tres certificados bancarios en moneda extranjera por cien mil dólares americanos cada uno, con cargo de su cuenta maestra de moneda extranjera, y recibió una transferencia de ciento ochenta mil dólares americanos de la cuenta de Rolando Navarro Ávila.
- 2.5. Así, se tiene que durante el tiempo que permaneció en el Ejército peruano el acusado percibió ingresos por sesenta y dos mil setecientos cuarenta y un dó-

lares americanos con noventa y nueve centavos de dólar. Sin embargo, de mil novecientos noventa y uno al dos mil tres, sus egresos ascendieron a trescientos noventa y siete mil veintidós dólares americanos con veintiún centavos de dólar, apreciándose un desbalance patrimonial de trescientos treinta y cuatro mil doscientos ochenta dólares americanos con veinticinco centavos de dólar.

- 2.6. También se apreció que durante el periodo comprendido entre dos mil y dos mil uno efectuó diversos movimientos financieros en moneda nacional y extranjera que generaron un desbalance adicional de cinco millones cuatrocientos quince mil ciento veintiún dólares americanos con catorce centavos de dólar, en el que se comprendió la adquisición de bienes muebles e inmuebles, participación en empresas por su cuenta y la de su cónyuge, y viajes al extranjero. Todo ello incrementó el desbalance antes señalado a la suma de cinco millones setecientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos un dólares americanos con treinta y nueve centavos de dólar, acciones que no fueron autorizadas con conocimiento del Comando del Ejército peruano.
- 2.7. De otro lado, se tiene que la esposa del acusado adquirió cinco certificados bancarios en moneda extranjera, cada uno por cien mil dólares americanos con presunto dinero de las arcas del ejército peruano. Estos fueron cobrados por diversas personas entre los años dos mil dos y dos mil tres.
- 2.8. De igual forma, Rolando Nicolás Navarro Ávila, en el mes de junio del dos mil, efectuó movimientos bursátiles por trescientos treinta mil soles y abrió el veintitrés de mayo del dos mil una cuenta en moneda nacional (doscientos treinta-uno uno cero cinco cinco cinco uno tres) en el Banco de Crédito del Perú, en la que efectuó depósitos hasta diciembre del dos mil por nueve millones cien mil soles a la cuenta del acusado (doscientos treinta-uno nueve cero cuatro dos siete tres) y en noviembre del mismo año transfirió quinientos mil soles a la cuenta en moneda nacional de la esposa del acusado (ciento noventa y dos-cero cuatro tres nueve cinco cuatro siete uno). Finalmente, transfirió de su cuenta en moneda extranjera (doscientos treinta-uno uno cero cinco cinco cinco uno cuatro) ciento ochenta mil dólares americanos a la cuenta maestra de Rojas Abanto. Sin embargo, se determinó que Navarro Ávila laboró bajo el mando del acusado como empleado del Ministerio de Defensa, percibiendo solo setecientos soles mensuales, lo que no guarda relación con los depósitos antes indicados.
- 2.9. Así, se determinó que dichos montos dinerarios depositados en las referidas cuentas provenían de la venta ilegal (sin norma o disposición del superior militar que lo autorice) de combustible, petróleo y gasolina a los propietarios de

grifos de la zona de Bagua, Jaén y otros, que realizó el acusado por intermedio de otras personas.

3. De la absolución del grado

Tercero. Este Colegiado Supremo debe hacer la precisión de que, si bien la acusación fiscal enmarcó una serie de acciones desplegadas por el acusado y que fueron detalladas en el considerando precedente, en donde se detallaron diversas operaciones bancarias con dinero de procedencia que se le imputa de origen ilegal, también es verdad que en la última parte del considerando décimo séptimo de la sentencia recurrida se precisó que:

[...] Entonces, no queda sino como colofón arribar con claridad meridiana, que aun cuando haya tenido inversiones en dos empresas en calidad de accionista, vehículos motorizados a su nombre [...] pueda haber “extrañamente”, por decir lo menos, acumulado un superávit dinerario ascendente a más de ochocientos mil dólares americanos, que es lo que se ha podido acreditar documentalmente en el proceso penal y que no ha sabido explicar convenientemente su procedencia lícita [...].

De este modo, la Sala Superior dejó establecido que el único monto real objetivamente demostrado como ilegal en los ingresos del acusado ascendió a ochocientos mil dólares americanos, contenidos en ocho certificados bancarios. Ello guarda relación con la parte resolutive de la misma sentencia, pues al momento de establecer el monto de la reparación civil en cien mil soles lo hizo sin perjuicio de la devolución del íntegro de la suma de ochocientos mil dólares americanos **producto de su enriquecimiento ilícito**, más los intereses legales correspondientes.

Cuarto. Por ello, se tiene que el Colegiado Superior delimitó la conducta específica del acusado en la adquisición de ocho certificados bancarios que originaron su ilegal incremento patrimonial. Al respecto, debe destacarse también que ni el titular de la acción penal o la Procuraduría respectiva interpusieron recursos impugnatorios contra la resolución materia de autos; por el contrario, solo el acusado condenado la recurrió, por lo que este Colegiado Supremo solo podrá limitarse a analizar la tesis defensiva del acusado (inocencia) en mérito de la imputación delimitada antes referida por la Sala Superior, en estricto cumplimiento de la prohibición de reforma en peor.

Quinto. Respecto a la imputación establecida por la sentencia recurrida, esto es, la adquisición de ocho certificados bancarios por un total de ochocientos mil dólares americanos, deben hacerse las siguientes precisiones:

- 5.1. El acusado ostentó el cargo de jefe del Batallón de Intendencia de la Sexta Región Militar de Bagua durante el periodo comprendido entre dos mil y dos mil uno, por lo que tenía la calidad de funcionario público.

- 5.2. En mérito de sus atribuciones específicas, se encargó de la administración de recursos para la región que dirigía, dentro de las cuales se encontraba la entrega de vales de combustible para los oficiales asignados a dicha zona militar.
- 5.3. Para dichos manejos abrió cuentas en moneda nacional y extranjera en el Banco de Crédito del Perú, a su nombre, el de su esposa y el de su trabajador Rolando Navarro Ávila. En dichas cuentas realizó diversos depósitos durante los años en que se desempeñó bajo el cargo de jefe.
- 5.4. En tal periodo adquirió tres certificados bancarios en moneda extranjera a su nombre, cada uno por la suma de cien mil dólares americanos. Asimismo, la esposa del acusado, Lelia Portocarrero Picón, adquirió cinco certificados bancarios en monedas extranjeras, también cada uno por la suma de cien mil dólares americanos.

Sexto. En ese sentido, se determinó que el dinero con el que se adquirieron los certificados bancarios en moneda extranjera fueron con el dinero de las cuentas del Banco de Crédito a nombre del procesado, su esposa y el trabajador Rolando Navarro Ávila, dinero que a su vez vino del manejo y administración de la entrega de vales de combustible a los oficiales de la región que jefaturaba el encausado.

Así, este propio procesado afirmó que, debido a que dichos oficiales preferían recibir su equivalente en efectivo, tramitó la venta de dicho combustible para posteriormente depositar lo obtenido a cada uno de los oficiales beneficiados con tal derecho.

Séptimo. Ahora bien, conforme a las declaraciones de Segundo Hernández Vásquez (véase a foja seis mil cuatrocientos ochenta y siete), Clesencio Barrios Correa (véase a foja seis mil cuatrocientos noventa y uno), Gonzalo Monteza Cubas (véase a foja seis mil quinientos tres), Gilberto Tomás Guevara Torres (véase a foja seis mil quinientos dieciséis) y Tomás Hernández Vásquez (véase a foja seis mil quinientos veintiocho), quedó demostrado que estos eran propietarios de grifos ubicados en la localidad de Bagua y zonas aledañas, y afirmaron conocer al acusado y que le compraban gasolina por intermedio de terceros.

Octavo. De modo tal que podemos afirmar que este realizó el manejo de dinero producto de la venta de combustible en las cuentas que abrió en el Banco de Crédito del Perú, lo que se desprende no solo por lo apreciado en los elementos obrantes en autos, sino por la propia versión del acusado, y que ello lo materializó en la adquisición de ocho certificados bancarios en moneda extranjera por un valor total de ochocientos mil dólares americanos (tres a nombre suyo y cinco a nombre de su esposa).

Noveno. Sin embargo, la primera cuestión problemática que se plantea respecto a los certificados bancarios surge al apreciar el Oficio número novecientos seis/A/cinco/a.siete (véase a fojas mil sesenta y cinco, y seis mil doscientos cuarenta y

tres), mediante el cual el jefe del Estado Mayor General del Ejército refirió que el comando de la Sexta Brigada de Selva comunicó que el acusado no hizo entrega de certificados bancarios ni se encuentra registrado en el archivo general de la sexta brigada, sobre entrega de documentos al secretario del jefe de abastecimiento del servicio de intendencia del Ejército. Esto guarda relación con el Oficio número cuatro mil noventa y cuatro/A/cinco/a.siete (véase a fojas mil seiscientos catorce, y seis mil setecientos cuarenta y ocho), mediante el cual el general de brigada, director de personal del Ejército, informó que no existe documentación que acredite la entrega de certificados bancarios en moneda extranjera ni sobre la autorización otorgada al acusado para efectuar apertura, transferencias y otras operaciones bancarias del dinero procedente del presupuesto asignado a la Sexta Región Militar.

Décimo. En mérito de ello se tiene que, independientemente de que el acusado no estuvo autorizado por sus superiores para realizar el manejo de dinero de la forma en que lo hizo, su propia institución negó la recepción de algún certificado bancario en moneda extranjera, lo cual contradice y desmiente su versión de los hechos, pues este afirmó que producto de la venta de combustible asignada a la región adquirió los certificados bancarios que posteriormente entregó a sus oficiales superiores en la ciudad de Lima. Esta situación supuso que dicho acusado no cumplió con abonar el derecho por gasolina que les correspondía a los oficiales de su región, lo cual podría subsumirse en el delito de peculado por apropiación. No obstante, mediante el Informe número cero cero siete-dos mil cuatro (véase a foja cuatro mil seiscientos quince), el área de Auditoría General del Ejército, como resultado de un examen especial, concluyó que durante el periodo en el cual el acusado desempeñó funciones solo existieron algunas irregularidades menores (no existen algunas órdenes de salida de víveres secos). Empero, no mencionó falta o incumplimiento en pago por combustible.

Undécimo. Esta situación pone de manifiesto un nuevo predicamento, pues resulta por demás extraño que el Ejército peruano afirme no haber recibido ningún certificado bancario en moneda extranjera por parte del recurrente para el pago de combustible; y, por otro lado, la misma institución señale que no existe ninguna irregularidad en dicho rubro durante la gestión del acusado en la zona de Bagua. Ello llevó a que el titular de la acción penal y la Sala Superior arribaran a la conclusión de que el acusado se encargó, en efecto, de la venta de combustible para los oficiales de la zona, pero a un precio que le generó un sobre costo, lo suficiente para que con ese dinero cumpla tanto con el pago de combustibles a sus respectivos derechohabientes como para la adquisición de los ocho certificados bancarios a nombre suyo y de su esposa.

Duodécimo. Esta misma conclusión es compartida por esta Suprema Instancia, pues no es un hecho controvertido que el acusado adquirió directamente y a través

de su esposa ocho certificados bancarios que señaló haber entregado a su superior en la ciudad de Lima —este último extremo negado por las autoridades oficiales del Ejército— y, más bien, se apreció que dichos certificados bancarios aparecieron en manos de terceros que pretendieron cobrarlos en distintos lugares ajenos al de su expedición.

Decimotercero. De este modo, se concluye indefectiblemente que el recurrente no justificó la procedencia real del dinero con el que adquirieron los certificados bancarios en mención ni el destino real de estos, por lo que, dadas las conclusiones del Informe financiero número treinta y cuatro (véase a foja cuatro mil ciento treinta y dos), respecto a un incremento patrimonial no justificado (independientemente del monto al que se arribó), se concluye que dicho funcionario público se valió de su cargo para realizar actividades no reguladas ni autorizadas por sus superiores, para generar un incremento en su patrimonio que no justificó en su oportunidad.

Decimocuarto. En mérito de los elementos analizados precedentemente, podemos concluir que la sentencia recurrida se fundamentó adecuadamente para determinar la responsabilidad del procesado por los hechos y el delito imputado, de modo tal que corresponde que este Colegiado Supremo confirme la sentencia venida en grado por encontrarse conforme a ley y derecho.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia del nueve de marzo del dos mil diecisiete, que condenó a Luis Fernando Rojas Abanto como autor del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Estado, a ocho años de pena privativa de libertad y fijaron en cien mil soles el momento que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada (sin perjuicio de la devolución del íntegro de la suma de ochocientos mil dólares americanos producto de su enriquecimiento ilícito, más los intereses legales correspondientes). Y los devolvieron. Intervino la señora jueza suprema Chávez Mella por vacaciones del señor juez supremo Prado Saldañaga.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO / **PRÍNCIPE TRUJILLO** / NEYRA FLORES / SEQUEIROS VARGAS / CHÁVEZ MELLA

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ART. 401 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA PENAL PERMANENTE****R. N. N.º 2939-2015****LIMA**

Lima, doce de julio del dos mil diecisiete.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción contra la sentencia de fojas ciento seis mil ciento sesenta y ocho, de fecha doce de octubre del dos mil quince, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, que falla absolviendo de la acusación fiscal a Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, como cómplices secundarios del delito contra la administración pública - corrupción de funcionarios en la modalidad de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado. Con lo expuesto por el fiscal supremo en lo penal. Intervino como ponente el señor juez supremo FIGUEROA NAVARRO.

CONSIDERANDO**EXPRESIÓN DE AGRAVIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO**

PRIMERO. El señor representante del MINISTERIO PÚBLICO, a fojas ciento seis mil trescientos noventa y siete, sostiene como agravios lo siguiente: **i)** El juzgamiento por el delito de enriquecimiento ilícito, según lo ordenado por la Corte Suprema de manera expresa, debía tener como base el despliegue del desarrollo funcional del excluido Walter Segundo Chacón Málaga, quien como eje principal en su condición de exfuncionario público ostenta la calidad de sujeto activo. Es a partir de la determinación del balance económico entre sus ingresos y egresos que se llegaría a establecer un equilibrio o desequilibrio económico; es decir, si estos guardaban coherencia con su incremento patrimonial y que, en el presente caso, comprende también a sus familiares los procesados Aurora Isabel De Vettori, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes; **ii)** La existencia o no de un desbalance en el patrimonio de los encausados (*extranei*), abona no a un desbalance propio, sino a establecer el desbalance patrimonial de la sociedad conyugal del que formaba parte el excluido Walter Segundo Chacón Málaga, pues como se demostró a lo largo del proceso, este era el que realmente tenía el manejo económico de toda la familia; **iii)** El

desbalance patrimonial acreditado correspondía a la sociedad conyugal conformada por Isabel Aurora De Vettori Rojas y el excluido Chacón Málaga, de ahí que no sea de recibo la afirmación que sostiene que se habría privado del derecho de defensa a Walter Chacón Málaga, pues siempre estuvo presente a través de su abogado defensor designado por su esposa; **iv)** En los delitos contra la Administración Pública, se aplica la teoría de los delitos de infracción de deber, respecto a la complicidad sostiene la participación única, a través de la cual se considera que todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión del delito que comete el sujeto público con deber especial, será siempre cómplice; **v)** El Ministerio Público no solicitó que se declare la responsabilidad de Walter Chacón Málaga. Lo que solicitó fue que, a partir de los hechos cometidos por este, se declare la existencia del desbalance patrimonial de la sociedad conyugal; dado que los hechos habían sido generados a raíz de los actos funcionales de este, con participación de sus familiares directos; **vi)** El periodo de imputación corresponde al decenio comprendido entre los años mil novecientos noventa al dos mil, lapso que corresponde al desarrollo funcional del excluido Walter Chacón Málaga, destacándose que durante el plenario se acreditó que los acusados Isabel Aurora de Vettori Rojas, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, constituyeron empresas, adquirieron bienes, etc, pues actuaron previo acuerdo con el excluido para legitimar o dar apariencia enriquecimiento ilícito que se venía efectuando; **vii)** El Ministerio Público no postuló el enriquecimiento ilícito de los cómplices como actores directos para ello solo basta con dar una simple lectura del dictamen acusatorio, **viii)** La sentencia apelada no consideró debidamente situaciones factuales establecidas durante el plenario y que acreditaban la existencia de desbalance patrimonial en relación directa con el excluido Walter Chacón Málaga y los acusados; **ix)** Conforme al resultado de los balances financieros oficiales y la pericia de oficio, se llegó a inferir válidamente que Luis Miguel Portal Barrantes, Juan Carlos Chacón De Vettori, desplegaron conductas concertadamente con el excluido del proceso penal; **x)** El Colegiado no meritó que los procesados en mención hicieron posible la retroalimentación del incremento patrimonial constante del excluido del proceso hasta el año dos mil, incremento que es más notorio a partir del año mil novecientos noventa y cuatro como se acreditó en el plenario.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS DE LA PROCURADURÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN

SEGUNDO. La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción a fojas ciento seis mil cuatrocientos once, sostiene que: **i)** La Sala Superior efectuó una errónea interpretación respecto al sustento fáctico del tipo penal imputado, de los elementos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito, así como de la conducta del autor y la participación delictiva; **ii)** El hecho que el representante

del Ministerio Público se haya pronunciado sobre un enriquecimiento ilícito por parte de los cómplices, de ninguna manera “sustituye” lo afirmado en la acusación escrita, entendiéndose por tanto el supuesto enriquecimiento de los cómplices como un mero error material; **iii)** Los actos de complicidad materializados en actos de ocultamiento pueden perfectamente presentarse en supuestos de intervención post consumativa, en tanto los cómplices mantengan “ocultos” los bienes que sirven para enriquecer al autor, por tratarse de un delito de ejecución permanente; **iv)** El artículo 25 del Código Penal al regular la figura de la complicidad consagra implícita o explícitamente la dependencia del partícipe del hecho principal. De la misma manera, al regularse la figura del instigador en el artículo 24 del citado código sustantivo, hace referencia a la determinación “a cometer un hecho punible”; en consecuencia la “participación” en el referido cuerpo normativo, depende de la existencia de un hecho principal doloso, pues solo a través de la comisión de este se consume el tipo de injusto; **vi)** La exclusión de la persona que venía siendo procesada como autor, no significa la inexistencia del hecho por el que venía siendo investigada, ni supone un juicio sobre la antijuricidad de dicho comportamiento; ello nos permite concluir que el presupuesto de la participación no se vio afectado; **vii)** El Colegiado incurrió en error al fundamentar la relación del autor y partícipe desde el punto de vista de la responsabilidad penal del autor, cuando para resolver el presente caso solo se requiere establecer el “injusto” en que ha intervenido dicho autor; **viii)** La exclusión de Walter Chacón Málaga no puede beneficiar a los demás procesados a título de cómplice bajo el argumento que al haberse excluido al autor, también debió excluirse la participación criminal de los cómplices, conforme afirma el Colegiado; **ix)** Si bien en la etapa post consumativa no cabe la participación de los cómplices; sin embargo, existen excepciones a esta regla, puesto que pueden darse en los delitos permanentes en los cuales se extiende la consumación hasta que cese dicho estadio, o cuando la participación del cómplice se manifiesta en actos de preparación y de ejecución, incluso después de la consumación siempre que exista acuerdo previo; **x)** La sentencia impugnada carece de motivación en la valoración del material probatorio, al haber asumido la tesis de inviabilidad de condenar a los acusados por la exclusión del proceso a la persona del autor; **xi)** Existe una afectación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales ante la inexistencia de una razonable y coherente motivación sobre la vinculación entre los actos del autor y cómplices, así como de la aplicación del principio de accesoriedad limitada, invocada por la defensa del Estado.

IMPUTACIÓN FISCAL

TERCERO. De acuerdo con la acusación fiscal de fojas cuarenta mil seiscientos ochenta y dos, integrado a fojas cuarenta y un mil trescientos diecisiete, los hechos imputados son los siguientes:

HECHOS GENERALES

- 3.1. El ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres —en su condición de asesor de Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional— ejerció un control absoluto sobre el aparato estatal, contando para ello con la autorización del expresidente de la República Alberto Fujimori Fujimori. Es así que haciendo abuso de dicha atribución y vulnerando los procedimientos establecidos por el Ejército Peruano, favoreció mayormente a excompañeros de promoción de la Escuela Militar de Chorrillos, entre ellos al encausado Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, colocándolos en cargos estratégicos dentro de la jerarquía del Ejército Peruano, desde donde estos aprovecharon para enriquecerse ilícitamente durante el periodo de mil novecientos noventa a dos mil, lo que se demuestra con el desbalance patrimonial que se observa en las pericias que obran en autos, quedando de este modo comprometidos con Montesinos Torres para acceder a sus requerimientos económicos y funcionales cuando lo considerase conveniente.

IMPUTACIÓN CONCRETA

- 3.2. **Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga:** posee un terreno eriazo en Cienequilla de mil metros cuadrados adquirido en el año mil novecientos noventa y nueve; un terreno eriazo en Zarumilla - Tumbes, ubicado en la playa Bocapán adquirido por veinte mil soles a un general de apellido “Ramos”; una cuenta de ahorros en el Banco de Crédito con seis mil dólares y otra en el Banco Continental con veintidós mil dólares —al iniciarse el proceso, esta última cuenta fue dejada en cero dólares—. También posee una cuenta a plazo por veinte mil dólares; una cuenta de valores por tres mil setenta y cuatro soles y una tarjeta de crédito con un límite de hasta cinco mil dólares, bienes que no guardan proporción con el ingreso mensual de un general del Ejército que asciende a cinco mil ochocientos soles.
- 3.3. **Juan Carlos Chacón De Vettori, Cecilia Isabel Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes:** facilitaron su nombre para adquirir diversos vehículos, bienes inmuebles, además de crear empresas, bajo la directiva de su padre, utilizando para ello el dinero indebidamente obtenido por el inculpado Walter Chacón Málaga, durante su desempeño como oficial del Ejército peruano, tal como se detalla en el Informe pericial de fojas tres mil trescientos treinta y cuatro y sus recaudos respectivos.
- 3.4. **Aurora Isabel De Vettori de Chacón:** quien con conocimiento del notable incremento patrimonial de su esposo, en relación con los ingresos percibidos como oficial del Ejército peruano, ha utilizado el dinero obtenido indebidamente

mente por su esposo para constituir empresas y adquirir participaciones en el Real Hotel Titicaca y en la Pesquera Real Titicaca S.R.L., lo que demuestra que esta persona ha facilitado el incremento patrimonial de la sociedad conyugal, sin que existan documentos que acrediten la proporción entre los ingresos y los gastos realizados por su familia.

PRECISIONES EN LA IMPUTACIÓN

CUARTO. Cabe precisar que de acuerdo al fundamento jurídico décimo sexto de la Ejecutoria Suprema recaída en el presente proceso, con motivo del Recurso de Nulidad número 2354-2010, emitida por esta Sala Suprema con fecha veintinueve de agosto del dos mil doce [voto en mayoría] obrante a fojas ciento cuatro mil quinientos veinticinco, apartado “Evitación de persecución penal múltiple”, se llegó a señalar la necesidad de hacer ciertas precisiones en torno a los hechos materia de imputación, indicándose lo siguiente: “(...) 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”. En este sentido, en sesión de fecha diecinueve de noviembre del dos mil trece obrante a fojas ciento cuatro mil ochocientos cincuenta y ocho, el fiscal superior adjunto, realizó su acusación en los siguientes términos contra los acusados absueltos:

- 4.1. **Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón:** el Ministerio Público la considera cómplice de su esposo Walter Chacón Málaga y le imputa específicamente haber prestado colaboración para ocultar el patrimonio ilícitamente acopiado por este, a través de la adquisición de bienes inmuebles, vehículos, creación de cuentas, adquisición de acciones y valores, además de abrir cuentas bancarias a nombre de su esposo o en forma mancomunada con depósitos que no guardan coherencia con el haber real que percibía el señor Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, como oficial del Ejército peruano, todo esto en el periodo de mil novecientos noventa al dos mil, conforme aparece en los informes periciales que ameritan este juzgamiento.
- 4.2. **Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes:** el Ministerio Público también los considera cómplices del señor Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y les imputa específicamente que, por indicación del antes mencionado, hicieron uso del dinero obtenido ilícitamente por este durante el desempeño de sus funciones como oficial del Ejército peruano en el periodo de mil novecientos noventa al dos mil; y como tal constituyeron empresas, adquirieron acciones y títulos valores, vehículos, así como bienes inmuebles a su nombre, para aparentar una supuesta solvencia económica. Ahora bien, lo

percibido por estos no ha sido justificado razonable y coherentemente, conforme a lo detallado en los informes periciales que obran en autos y que evidencian su participación a favor de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga.

DELIMITACIÓN DEL ANÁLISIS DEL CASO

QUINTO. Frente a los agravios expuestos y el caso que nos ocupa, es de puntualizar que el desarrollo de la presente Ejecutoria se circunscribirá a examinar los siguientes aspectos:

- a. Abordar los aspectos dogmáticos respecto al tipo penal de Enriquecimiento Ilícito, su evolución legislativa desde la fecha de los hechos a la actualidad, y el momento de su consumación.
- b. Delimitar la relación de autonomía o accesoriedad entre el autor y los partícipes, en el marco de la unidad de imputación.
- c. Determinar los alcances dogmáticos de la complicidad en general y su configuración posible en el ámbito de los delitos de enriquecimiento ilícito, en particular a través de la llamada complicidad post consumativa.
- d. Realizar el juicio de subsunción de los hechos imputados a las personas absueltas, dentro del marco jurídico delimitado, previamente.
- e. Evaluar la suficiencia probatoria relacionada con la imputación formulada a los procesados, como presuntos cómplices del excluido Walter Chacón Málaga.
- f. Determinar si la comprobación de una insuficiente actuación probatoria, de cara a definir la responsabilidad de los acusados, justificaría un tercer juicio oral, a la luz de los criterios del plazo razonable.

Cabe precisar que el desarrollo de los tópicos jurídicos antes descritos en los cuatro primeros literales, resultan necesarios en atención a que nos encontramos frente a imputados cuyas conductas de complicidad, en el marco de la imputación, habrían consistido en haber utilizado y ocultado diversos bienes, objeto de un presunto enriquecimiento ilícito del entonces imputado como autor, Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga quien ha sido excluido del proceso penal, por sentencia del Tribunal Constitucional.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

CUESTIONES JURÍDICAS: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

SEXTO. El delito de enriquecimiento ilícito se encuentre tipificado en el artículo 401 del Código Penal. Desde una perspectiva sistemática, este delito siempre estuvo ubicado, desde el Código Penal de 1924, dentro de los delitos de corrupción y estos,

a su vez, dentro de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios o servidores públicos. Desde su tipificación por vez primera en el código derogado hasta la fecha, la descripción típica del delito de enriquecimiento ha sido objeto de varias modificaciones o agregados. Sin embargo, el núcleo de injusto se ha mantenido invariable en lo esencial: se describe el enriquecimiento ilícito o indebido como el acto por el cual el funcionario o servidor público acrecienta —en mayor o menor grado— injustificadamente su patrimonio¹. Las modificaciones se circunscriben fundamentalmente al contexto en el que se produce el enriquecimiento, a cuestiones procesales asociadas a los indicios de enriquecimiento, a la incorporación de penas acumulativas, o a la inserción de una circunstancia agravante por la calidad del sujeto activo.

6.1. Ahora bien, en la medida que el marco de imputación postulado por el Ministerio Público, en su acusación fiscal, comprende el periodo de mil novecientos noventa al dos mil, las versiones típicas a analizar comprenden desde la última descripción típica del Código Penal de 1924 hasta la versión típica vigente a la fecha del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, en atención a aplicación temporal de la ley penal. En efecto, a fin de determinar el tipo penal aplicable, es menester revisar las diversas versiones típicas que se han sucedido a lo largo del tiempo, conforme al principio de favorabilidad (artículo 6 del Código Penal).

6.2. En el Código Peñol derogado, se tipificaba el delito de enriquecimiento ilícito con el siguiente tenor:

“Artículo 361-A.- El funcionario o servidor público que por razón del cargo o de sus funciones se enriqueciere indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de cinco años ni menor de diez años, multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27, por doble tiempo de la condena.

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en los sueldos o emolumentos que haya percibido, de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa lícita.

Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto”.

1 Casación N.º 343-2012 de fecha 16 de abril de 2013, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, fundamenta jurídico décimo.

- 6.3. Luego, con la entrada en vigencia del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, se tipificó el delito de enriquecimiento ilícito de la siguiente manera:

“Enriquecimiento ilícito: Artículo 401- 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”.

- 6.4. Dos meses después de la entrada en vigencia del Código Penal, se incorpora, mediante la Ley número veintisiete mil ochocientos cuarenta y dos, una norma de carácter procesal, impropia en un Código sustantivo, cuyo tenor era el siguiente:

“Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y lo 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.”

- 6.5. Las modificaciones que pueden observarse entre una y otra versión del delito en cuestión son fundamentalmente cuatro. Primero, la denominación y con ella también el elemento normativo del delito en estudio varía de “enriquecimiento indebido” a “enriquecimiento ilícito”; modificación adecuada, pues pone acento en la naturaleza del injusto penal que se relaciona con la ilicitud —penal— de la conducta y no con lo indebido del enriquecimiento que tiene más bien, una connotación civil². Lo que le da la entidad penal, al ilícito no es el hecho del enriquecimiento —característica común con la institución civil— si no el abuso funcional del sujeto activo, en el ámbito público, para obtener este resultado. Segundo, en la primera versión del Código Penal vigente, se vincula correctamente el acto de enriquecimiento al abuso del cargo, y no como reiterativamente se hacía en el código derogado aludiendo al abuso de la función. Si se asume que el cargo implica necesariamente el desempeño de funciones por parte del funcionario o servidor público estaba demás que se los mencionase de manera diferenciada, pues la función está implícita en el cargo. Tercero, el indicio de enriquecimiento, regulado en ambos casos, es mejor precisado en el código vigente pues este puede evidenciarse con un aumento desmesurado del patrimonio del sujeto activo, pero también con un desmedido nivel de gastos,

2 En efecto, en el Código Civil se regula dentro de las “Fuentes de las Obligaciones”, el también denominado “Enriquecimiento sin causa”. De acuerdo al artículo 1954 del Código Civil: “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

con relación a sus ingresos por cualquier causa lícita. Cuarto, con mayor rigor técnico, en el Código Penal vigente la comparación de los egresos se hace con la suma de la totalidad de los ingresos por cualquier causa lícita, y no necesariamente circunscrita a los sueldos o emolumentos.

- 6.6. Ahora bien, el cuatro de julio del año dos mil cuatro se promulgó la ley veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, que modificó sustancialmente el tipo penal —que pasó a ser un tipo penal básico— e incorporó un tipo penal agravado —la calidad de alto funcionario o sujeto a antejuicio—. En este sentido, el delito de enriquecimiento ilícito quedó configurado del siguiente modo:

“Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito.- 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 e inhabilitación conforme a 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 las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometida a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme al artículo 36 del Código Penal. (...)”

- 6.7. En la nueva versión se introducen dos modificaciones fundamentales en la configuración típica del enriquecimiento ilícito y, que podrían explicar una errada interpretación sobre el alcance actual del delito analizado. Primero, a diferencia de las dos versiones típicas anteriores, con la modificación última, se reemplaza el criterio causal por el criterio temporal, respecto al uso o abuso de la función por parte del sujeto activo. En la versión modificatoria bastaba con que se verifique que el funcionario o servidor público se había enriquecido durante el periodo en el que desempeñó el cargo. Ya no era necesario que el Ministerio Público probase el abuso funcional para enriquecerse. Segundo, en la nueva versión se adiciona que el delito, este se configuraba cuando el agente no haya podido justificar razonablemente el incremento de su patrimonio. De este modo, al criterio ocasional se le agregó el criterio de no justificación o de falsa justificación. Ambas modificaciones dieron lugar a que se pensase que se autorizaba una inversión en la carga de la prueba. Esto podría interpretarse en el sentido que el fiscal quedaba liberado de probar, primero, el abuso funcional, pues bastaba que se probase los incrementos en el periodo en que el procesado fue funcionario o servidor público y, luego, que el incremento fue debido o uno causa ilícita, dado que era el funcionario quien no justificó razonablemente dicho incremento. De esta manera, se pensó equivocadamente que nos encon-

trábamos ante un “tipo penal de no justificación”³. Así las cosas, se generó el malentendido que esta estructura típica invierte la carga de la prueba, a cargo del Ministerio Público.

- 6.8. Diecisiete años más tarde, mediante la Ley número veintinueve mil setecientos tres, de junio del dos mil once, se modificó el tipo base de la siguiente manera:

“Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito.- 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. (...)”.

La reforma legislativa consistió únicamente en suprimir la cláusula de no justificación razonable del incremento, pero se mantuvo el criterio de temporalidad —durante el ejercicio de las funciones— del mismo.

- 6.9. Dos meses después de dicha reforma legislativa, se modificó otra vez la descripción típica de la modalidad básica. En efecto, mediante la ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, la conducta típica fue descrita del siguiente modo:

“Artículo 401. Enriquecimiento ilícito.- 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. (...)”.

- 6.10. Con la nueva versión se retoma la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito como delito de abuso funcional, abandonándose el criterio de temporalidad. Pero también se precisa mejor el contenido del injusto cuando vincula el acto de enriquecerse con los ingresos legítimos del sujeto activo. En la reforma legislativa que se producirá dos años después, a través de la ley número treinta mil ciento once, se mantiene la misma estructura en el tipo básico, pero se agrega la pena de multa de trescientos cinco q setecientos treinta días multa.

3 En la legislación penal argentina se configura el delito de enriquecimiento ilícito con una estructura similar. En efecto, en el artículo 268.2 se dice: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificaré la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño”. La descripción típica del delito de enriquecimiento en la legislación argentina, ha dado lugar a una discusión dogmática de alcance jurisprudencial, pero que debe ser asumida con reserva en nuestro país, pues la formula típica nuestra no es tan radical como el tipo penal glosado precedentemente.

Finalmente, la última reforma legislativa del tipo base del delito de enriquecimiento ilícito se da con el Decreto Legislativo número mil doscientos cuarenta y tres, de octubre del dos mil dieciséis. Mediante esta norma se prevé como pena acumulativa la de inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos uno, dos y ocho del artículo treinta y seis⁴.

MARCO NORMATIVO DE ANÁLISIS

SÉPTIMO. El análisis de la evolución legislativa del delito de enriquecimiento ilícito sirve para fijar el marco normativo en el que se evaluará la situación jurídica de los procesados. Si bien el objeto analizado se refiere a la descripción de la conducta del autor de dicho delito, y el título de imputación de los procesados es el de cómplices, la determinación de la versión típica, aplicable al caso, tendrá incidencia en la determinación de la cuestión de momento consumativo y la posibilidad de auxilio que pudieran haber prestado, conforme a la acusación fiscal.

En este sentido, lo que podemos colegir como conclusiones de las diversas versiones típicas que hemos mencionado, son las siguientes:

- a. El criterio típico que corresponde considerar, de acuerdo al criterio de favorabilidad, es el del abuso funcional y descartar el criterio temporal, por parte del sujeto activo.
- b. La versión típica que debe asumirse es la que descarta la no justificación razonable del incremento por parte del sujeto activo.
- c. El fiscal debe probar la existencia del abuso funcional para enriquecerse de parte del sujeto activo.
- d. El marco temporal fijado en la acusación fiscal solo sirve como criterio referencial para medir un posible incremento patrimonial.
- e. El funcionario o sus familiares no tienen la carga procesal de probar la razonabilidad del incremento.
- f. La no justificación razonable del incremento es un indicio fuerte pero no suficiente para una declaración de responsabilidad por este delito.
- g. En términos de imputación objetiva, la versión que sería aplicable como marco típico referencial es la vinculada al enriquecimiento ilícito y no la del incremento del patrimonio,

4 De conformidad con el acápite VI del literal b del artículo 11 del Decreto Legislativo N.° 1264, publicado el 11 de diciembre 2016, se dispone que no podrán acogerse al régimen temporal y sustitutorio del impuesto a la renta, los delitos previstos en el presente artículo: disposición que entró en vigencia a partir de 1 de enero del 2017.

- h. Ergo, la versión que conforme a los criterios de favorabilidad, aplicables independientemente del título de imputación, y extensibles por ende a los cómplices, es la primera versión típica del Código Penal de 1991, que alude al que por razón del cargo se enriquece ilícitamente.

TIPO OBJETIVO

OCTAVO. En las diversas versiones que hemos señalado, el verbo rector es el de “enriquecerse” o “incrementar” el patrimonio. En el sentido usual del lenguaje significa hacer rica a una persona o prosperar notablemente⁵. Como verbo reflexivo el “enriquecerse” significa hacerse rico uno mismo. En tanto que el enriquecimiento es la acción y efecto de enriquecerse⁶. En el contexto del tipo penal, objeto del presente proceso, el enriquecimiento vendría a ser la acción y el efecto de enriquecer el propio patrimonio, dado que se trata de una acción en beneficio propio —enriquecerse uno mismo—. Esta acción —de enriquecerse— genera una consecuencia en la configuración del delito en cuestión: se trata de un delito especial propio, realizable únicamente por el funcionario o servidor público quien es el que en buena cuenta abusa de su poder funcional para incrementar sustancialmente su patrimonio.

NOVENO. El acto de enriquecerse requiere necesariamente de un despliegue de actividades por parte del sujeto activo; esto es, es necesario que el sujeto activo se enriquezca “por razón del cargo”. La modalidad conductual exigida es de orden causal, no temporal. Ha de existir una relación causal entre el acto de utilizar o valerse del cargo público y el efecto de enriquecerse. La relación causal anotada forma parte del tipo objetivo: por tanto, no es suficiente, en los términos del tipo penal aplicable al caso, con que se haya verificado el enriquecimiento, en el periodo investigado. El resultado del abuso funcional es el de un enriquecimiento efectivo, sustancial y real del funcionario o servidor público, evidenciado en un incremento ostensiblemente asimétrico con los ingresos percibidos, por cualquier causa.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO PRINCIPIO GENERAL

DÉCIMO. La correcta interpretación del elemento normativo del tipo tiene directa relación con el principio de presunción de inocencia. La razonable expectativa social por combatir la corrupción llevó a algunos sectores de la ciudadanía y de la doctrina a considerar la posibilidad que la presunción de inocencia y su correlato axiológico el deber público de probar la imputación pueda tener excepciones. Esto es, que en nombre de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, puedan encontrarse resquicios a la exigencia

5 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española*, 13.^a ed.

6 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *ibid.*

probatoria a cargo del Ministerio Público. Este Supremo Tribunal debe por tanto evaluar si esta relativización es posible, en función de nuestro Estado Constitucional de Derecho y además si es admisible conforme a los criterios de Convencionalidad, asumidos mediante la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución Política.

- 10.1. En principio, en el uso común del lenguaje, el término presunción - derivado del latín *praesumptio*, -ónis- significa: 1. Acción y efecto de presumir. 2. Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado⁷. A este término se le asocia el de inocencia; esto es, al estado que se aplica a toda persona, aún no acusada en un proceso penal, mientras no se produzca sentencia firme condenatoria⁸. Desde el punto de vista procesal, entonces, la presunción de inocencia es la condición o el estado de inocente que se le atribuye a toda persona imputada por la comisión de un delito, mientras no haya una sentencia firme que lo condene.
- 10.2. Ahora bien, en la Convención Americana de Derechos Humanos se establece que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” [Artículo 8, numeral 2]. En el mismo sentido, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se consagra que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” [Artículo 14°, numeral 2]. En la Constitución Política del Estado, se establece este principio como una manifestación al derecho a la libertad y seguridad personal [Artículo 2, numeral 24, literal e].
- 10.3. Por su parte, a título referencial, en el nuevo Código Procesal Penal se desarrolla este principio, con el siguiente texto: “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. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado. 2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”. [Artículo II, numeral 1, del título preliminar].

7 RAE, *ibid.*

8 RAE, *ibid.*

- 10.4. Una primera cuestión que debe abordarse, con relación a este principio, es el término que sintetiza su contenido. Tradicionalmente se le ha identificado con una presunción del estado de inocencia de alguien que es inculcado de la comisión de un delito. Pero al usarse el término presunción, entendida en su acepción “acción y efecto de presumir algo”, se está considerando el presumir (del latín *praesumere*), como el hecho de asumir anticipadamente, suponer o considerar algo por los indicios o señales que se tienen. Si esta asunción anticipada es con relación al estado de inocencia del inculcado podría considerarse, como dice MANZINI, citado por ORÉ⁹, como un contrasentido, pues cómo podría asumirse anticipadamente la inocencia de alguien que precisamente está siendo procesado por la comisión probable de un delito. Pero esta contradicho *in terminis* no puede llevar al otro (extremo de revertir la denominación y rotularla como “presunción de culpabilidad”; mal entendida esta institución podría generar un efecto gravoso y hasta catastrófico, porque podría asumirse anticipadamente que la persona es culpable.
- 10.5. Al respecto ha señalado el Tribunal Constitucional que este derecho en tanto que presunción *iuris tantum* implica que “[...] a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida sentencia definitiva”¹⁰.
- 10.6. En realidad, la denominación (continente) no es la más apropiada pues no da cuenta real de su esencia (contenido nuclear) de la institución procesal. Lo que en puridad quiere garantizarse con su consagración como principio, es que la persona imputada de un delito debe ser tratada como si fuera inocente, no que se asuma que en verdad lo es. Esta consideración se extiende a lo largo del proceso penal; solo es posible modificar su situación jurídica y, por ende, su tratamiento procesal cuando se expide una sentencia condenatoria firme; esto es, cuando no haya medio impugnatorio alguno, para cuestionar la declaración de responsabilidad.
- 10.7. Por su naturaleza jurídica, la regla provisional de inocencia solo es aplicable a los procesados penalmente. Es el imputado de la comisión de un delito, a quien se debe probar su responsabilidad penal. Se trata de un derecho subjetivo, invocable por cualquier imputado, independientemente de la gravedad del delito que se le impute, y cualquiera sea la circunstancia en la que haya sido incorporado, como tal, al proceso (flagrancia, cuasi flagrancia, denuncia).

9 ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, t. I, Lima: Reforma, 2011, p. 123.

10 STC EXP. N.º 0618-2005-PHC/TC

El Tribunal Constitucional sostiene que este principio se manifiesta en un doble sentido:

“7. [...] la presunción de inocencia es un principio y, a la vez, un derecho fundamental de todo procesado penalmente, cuya eficacia se despliega en diversas etapas del proceso penal en un doble sentido:

- a) Por un lado, como una regla de tratamiento sobre la persona sometida al proceso penal, qué exige partir de la idea de que el sometido al proceso es inocente.
- b) Por otro, como una regla de juicio, “es decir, [como] una regla referida al juicio de hecho” de la resolución que sanciona, que se proyecta en el ámbito probatorio, conforme al cual la “prueba completa de la culpabilidad (...) debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución (...) si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada” [STC 3312-2004-AA/TC]¹¹.

10.8. Esta postura del Tribunal no es una expresión aislada de los pronunciamientos reiterados de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la carga de la prueba corresponde a quien acusa. La inocencia es un estado -presuntivo- que genera diversas obligaciones en el proceso penal. En puridad, la presunción de inocencia que el acusador debe probar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo. Si al procesado se le atribuye el título de imputación de complicia, debe probar que su auxilio y que este contribuyó necesariamente o de manera contingente al hecho punible.

10.9. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido tajante en afirmar que: “incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción pena, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado”¹².

10.10. Aun cuando no se exprese de manera directa, a veces se asume que, ante la aparente contundencia de los indicios de cargos, que es el procesado quien debe realizar la actividad probatoria principal para revertir la sospecha. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Perú porque, en el contexto de una sentencia condenatoria, se llegó a afirmar que: “no surgió una prueba de descargo contundente que lo hiciera totalmente inocente de los ilícitos que se le imputaban”¹³. La forma como está redactada

11 STC EXP. N.º 0506-2005-PA/TC, fundamento jurídico sétimo.

12 Caso Norin Catriman y otros (dirigentes miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) contra Chile, del 29 de mayo del 2014, párrafo 223.

13 Caso Zegarra Marín contra el Perú, del 15 de febrero del 2017, párrafo 141.

la condena pareciera que generase la idea que el acusado es el llamado a hacer surgir la prueba de descargo, con lo que si ello no se produjese, debe optarse por la condena. Esta es una forma encubierta de inversión de la carga probatoria.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO

DÉCIMO PRIMERO. Lo establecido con claridad por el Tribunal Constitucional tiene una consecuencia general, ratificada además por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La presunción de inocencia, como principio, no admite excepciones. No es admisible ni constitucional ni convencionalmente que, por consideraciones a la naturaleza del delito o a exigencias sociales, se puedan crear legislativa o jurisprudencialmente resquicios que puedan invertir la presunción de inocencia; esto es, que se considere que la condición de enriquecido de un funcionario público suponga una presunción de culpabilidad que pueda ser revertida, por una justificación no razonable de su condición. La presunción de inocencia es un derecho de entidad convencional y constitucional, Su contenido solo puede ser optimizado. No está sujeto a restricciones fuera de las constitucional y convencionalmente establecidas. En este sentido, se ha invocado como marco normativo que justificaría una inversión de la carga probatoria, lo establecido en el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Al respecto, se señala en dicho instrumento internacional, del que el Perú es parte, lo siguiente: “Con sujeción a su Constitución ya 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 los ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificados por él’”. En el mismo sentido, se establece en el artículo veinte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; “Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”. Ambas normas convencionales deben, sin embargo, ser leídas integral y sistemáticamente.

DÉCIMO SEGUNDO. En principio, este Supremo Tribunal debe precisar que las instituciones constitucionales y, sobre todo, los derechos fundamentales explícitos, implícitos e innominados deben ser interpretados, conforme a los criterios propios del ámbito constitucional. Esto significa varias cuestiones. Primero, las normas constitucionales se interpretan conforme a los tratados internacionales en particular de derechos humanos que el Perú haya suscrito —convencionalidad en el sentido her-

menéutico de los derechos fundamentales—. Segundo, para comprender el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, deben considerarse principios esenciales como los de Unidad de la Constitución, concordancia práctica y sistemática de la Carta Fundamental. Tercero, una lectura unilateral de las dos disposiciones convencionales antes glosadas puede llevar a la equivocada idea que la mención a la no justificación razonable, que se hace en esos instrumentos internacionales del incremento significativo del patrimonio, es una autorización a la inversión de la carga probatoria. Cuarto, quienes asumen esta lectura integral y sistemática, no toman en cuenta que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en los Estado Parte debe hacerse con sujeción a su Constitución y a sus principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Y en el caso de nuestro país, la sujeción a la que debe adscribirse el poder constituido, es la de presunción de inocencia, la función constitucionalmente asignada al Ministerio Público, como titular de la acción penal y, por ende, de la carga de la prueba; y el derecho que tiene el procesado de optar, si lo considera, por guardar silencio ante la imputación fiscal.

DÉCIMO TERCERO. La no justificación o la falsa justificación puede ciertamente ser positivizado o evaluada judicialmente, en la investigación y juzgamiento de los delitos de enriquecimiento ilícito. Pero debe ser dimensionada en su justa y razonable medida. Puede servir por ejemplo como un indicio para la imposición de una medida cautelar como la prisión preventiva. Pero nada autoriza a pensar que sea una relativización del deber del Estado, residenciado en la función del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, de probar con suficiente prueba de cargo la responsabilidad del funcionario o servidor público de haberse enriquecido ilícitamente. Una explicación posible al malentendido es que se haya asumido, incorrectamente, que el delito de enriquecimiento ilícito es de carácter omisivo, en el que el Ministerio Público se limite a establecer el desbalance patrimonial y el funcionario requerido omita rendir cuentas del mismo. El error radica en la percepción que la exigencia del *accountability* —propia de cualquier funcionario o servidor público— del ámbito administrativo se extienda automáticamente al ámbito penal. No puede darse tal equiparación porque las exigencias, los efectos y la distribución de las cargas procesales son completamente diferentes. La rendición de cuentas es de orden exclusivamente administrativo y político. Sus efectos pueden significar una responsabilidad administrativa o hasta política según el caso. Pero en el ámbito penal, nadie puede ser obligado a asumir responsabilidad penal, mediante una institución administrativa, como la rendición de cuentas. Pesa más el derecho a no auto incriminarse y, con ello, a guardar silencio si se estimase conveniente. Pero la omisión de explicar la causa lícita del incremento patrimonial, no puede generar responsabilidad. Por ello, es absurdo sostener que el funcionario o servidor público es un garante. La pregunta que surge a continuación: ¿Es garante de que no se va a enriquecer indebidamente? Este Supremo Tribunal

considera que plantear los deberes de los funcionarios y servidores públicos en estos términos, es confundir exigencias éticas con la exigibilidad de comportarse de acuerdo a la norma penal¹⁴.

DÉCIMO CUARTO. Esto significa que ni siquiera era posible que, mediante una reforma legislativa, se entendiese que el delito de enriquecimiento ilícito fuera un delito de no justificación. El malentendido se acrecienta si se considera que ley no justificación razonable del funcionario procesado por este delito, sobre su patrimonio o su nivel de gastos, sea una “prueba plena de mala - justificación”. Y es que el indicio de mala justificación, invocable como indicio de cargo es solo eso; no es suficiente para sustentar una declaración de culpabilidad por este delito. Sostiene con razón MIRANDA ESTRAMPES que: “La inferencia de culpabilidad sobre la base de la falsedad y/o inverosimilitud de la coartada sería contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia en cuanto comportaría una inversión de la carga de la prueba que corresponde a la acusación, incompatible con las exigencias que derivan de dicho derecho en su acepción como regla probatoria”¹⁵. La consideración como inocente solo se puede revertir si durante el proceso, se realizan actos de prueba, que rodeados de las garantías del debido proceso, pueden generar convicción de responsabilidad en el juzgador que el funcionario efectivamente hizo abuso de su posición de poder para acrecentar ilícitamente su patrimonio.

No es suficiente poro enervar la regla provisional de inocencia, los indicios o elementos indiciarios del inicio de la investigación preparatoria. La incoherencia de la declaración jurada con los gastos reales o el patrimonio del funcionario, es como siempre se ha expresado desde el Código derogado indicio de cargo —no prueba—. Lo mismo puede señalarse del criterio temporal asumido por la fiscalía y la procuraduría pública, como marco contextual de su pretensión acusadora. No es suficiente que se verifique que, durante el periodo investigado, un acrecentamiento del patrimonio del presunto autor. El periodo investigado sirve como contexto situacional, pero la actividad probatoria debe abarcar los otros elementos delito penal. En consecuencia, el elemento temporal en el que se verifica enriquecimiento del funcionario debe ser interpretado conforme a la Constitución y a la exigencia de Convencionalidad. Este Supremo Tribunal o claro en la interpretación de los alcances, en general, de la presunción de inocencia y su vinculación con la actividad probatoria. En este sentido ha establecido que “Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la pre-

14 En el delito de enriquecimiento ilícito la exigencia jurídica planteada por la norma penal sería: “El funcionario o servidor público no debe abusar de su cargo para enriquecerse ilícitamente”.

15 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano del 2004”, en *Colección de Ciencias Penales*, n.º 3, Lima: 2012, pp. 48 y ss.

sunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente —primer párrafo del artículo dos del título preliminar del nuevo CPP—. Ello quiere decir, primero, que las pruebas —así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones— estén referidas a los hechos objeto de imputación —al aspecto objetivo de los hechos— y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio¹⁶. En suma, la conversión de la no razonabilidad de la justificación del incremento patrimonial y la circunstancia que dicho incremento se hayan producido en el periodo en el que procesado fue funcionario o servidor público son circunstancias periféricas que consideradas, *per se*, como suficientes para inferir una responsabilidad penal por enriquecimiento, equivaldría a convertirlo en un delito de sospecha. Ello es incompatible con un derecho penal de acto, propio de un Estado Constitucional de Derecho. Finalmente, entender que el delito de enriquecimiento ilícito exige una justificación razonable al funcionario o servidor público procesado, colisiona con el derecho del procesado a guardar silencio frente a la imputación; actitud que puede tener sustento en el derecho a la no autoincriminación, de tesitura igualmente convencional y, por ende, constitucional.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

DÉCIMO QUINTO. El bien jurídico protegido de modo genérico es el recto y normal funcionamiento de la administración pública como resultado global de la actividad regular del funcionariado público. En tanto que el bien jurídico protegido específico es el normal ejercicio del cargo por parte de cualquier funcionario o servidor público. La corrección en el ejercicio funcional se expresa en cualquier acto administrativo o de administración que realice el funcionario o servidor público. Este ejercicio funcional se rompe con la conducta ilícita del agente que se desvía de la línea de lo correcto, para aprovecharse del cargo y enriquecerse a costa de él. Nótese que la vulneración al bien jurídico protegido, guarda relación con el momento mismo del enriquecimiento del funcionario o servidor; y esto es así porque nos encontramos ante un delito de índole comisivo y de resultado.

IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

DÉCIMO SEXTO. En términos de imputación objetiva, el riesgo prohibido se percibe con incremento sustancial en el patrimonio o en los gastos del sujeto activo y que no guarda absoluta proporción con sus ingresos por cualquier causa lícita. Lo indebido de su conducta o, mejor, lo prohibido de su accionar se concretiza en la instrumentación del cargo para generar un desbalance importante entre sus ingresos lícitos y

16 Sentencia de Casación N.º 3-2007-Huaura, del 7 de noviembre del 2007, fundamento jurídico séptimo, primer párrafo.

su patrimonio o nivel de gastos. El resultado típico, interpretado en estos términos y conforme a su versión típica inicial, difiere ciertamente de la caracterización típica del delito, en la versión vigente. En la actualidad, no se requiere para imputar objetivamente el resultado al autor, que este se haya enriquecido y que implique acrecentar de manera considerable el patrimonio. Solo basta que el funcionario público haya incrementado su patrimonio. Y el incremento patrimonial, conforme a las máximas de la experiencia y al uso común del lenguaje no se equipara al enriquecimiento. Solo implica un aumento de los egresos sin guardar equilibrio con los ingresos —lícitos—; aun cuando en los dos instrumentos internacionales contra la corrupción se alude a que el deber de los Estados Parte es sancionar penalmente el enriquecimiento significativo. Pero este es un *mínimum* normativo que deben respetar los Estados. Será cada Estado soberano para decidir si, conforme a su política criminal tipifica el simple incremento patrimonial.

MOMENTO CONSUMATIVO

DÉCIMO SÉTIMO. La comprensión adecuada de los elementos del tipo incidencia directa en la determinación del momento consumativo del delito. De la forma cómo se entienda la conducta típica y el resultado de la misma, podrá inferirse el carácter instantáneo, permanente o de ejecución instantánea, pero de efectos permanentes del mismo. Ahora bien, la conexión de la conducta del sujeto activo con el resultado obtenido determina que en realidad el delito, en la versión típica aplicable al caso, tenga qué evidenciarse en actos de abuso funcional que generan el incremento sustancial del patrimonio. Desde un punto de vista jurídico, no se podría concebir el delito en cuestión, como un delito de estado —como la posesión de drogas para tráfico o la tenencia ilícita de armas—. No se reprime al funcionario por el hecho de ser indebidamente rico o solvente. Juicio de valor que tendría sentido si el delito de enriquecimiento ilícito fuera uno de no justificación. La cuestión sustantiva —el estado de enriquecimiento indebido— se conjugaría con su contraparte procesal —el que el enriquecido no haya razonablemente justificado su estado de riqueza—. Por tanto, el momento consumativo de este delito es cuando el funcionario o servidor público, en el ejercicio de sus funciones frente a la entidad pública, se enriquece ilícitamente. En efecto, para que el delito se encuentre consumado, es necesario que el contenido injusto de la norma prohibitiva se haya realizado plenamente en la forma en que se concretó la prohibición en el tipo penal; esto es, que el sujeto activo haya realizado algo —una conducta abusiva concreta— que haya realizado el tipo penal y que, además se dé el resultado propio al correspondiente delito o injusto¹⁷. Es por eso que es un delito de resultado, pues el momento consumativo coincide con el de la producción de una modificación material de la realidad —el enriquecimiento—.

17 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Ara, 2004, p. 1056.

En otros términos, con la conducta abusiva del agente se genera el resultado típico. Cuestión distinta es que ese estado producido a partir de la conducta concreta del sujeto activo se extienda en el tiempo; esto es, mientras este conserve su patrimonio —enriquecido indebidamente—¹⁸. Pero ese periodo de permanencia no es más el momento previo al enriquecimiento. Esta afirmación tendrá implicancia para evaluar el título de imputación de los cómplices.

DÉCIMO OCTAVO. Si desarrollamos concretamente la cuestión del momento consumativo podemos ver más claramente la diferencia entre un delito de estado/y uno de acto. En efecto, el enriquecimiento no es más que el incremento patrimonial sustancial del sujeto activo; y, este enriquecimiento se da con el efectivo y ostensible incremento del patrimonio —vinculado al abuso funcional—. No se efectúa en el momento en que se adquiere un bien o se deposita en una cuenta bancaria, con el dinero ilícitamente obtenido. Pensar que el momento del enriquecimiento se da cuando el agente efectúa tales conductas, ya sea por mano propia o a través de terceros, es llevar el momento consumativo del delito más allá del ámbito de protección de la norma. Los actos posteriores al acto de enriquecimiento son de agotamiento del delito. Cuestión distinta es que para cubrir estas conductas posteriores, el legislador haya decidido, con buen sentido político criminal, reprimir autónomamente estas conductas post consumativos —mediante el delito de lavado de activos, por ejemplo—.

DÉCIMO NOVENO. De lo antes dicho se puede inferir entonces que el delito de enriquecimiento ilícito no es un delito de carácter permanente; es un delito instantáneo, se consuma en el momento en que el agente público en forma real incrementa ilícitamente su patrimonio y ello puede producirse en periodos cortos o largos, en una actividad ilícita o en varias. Lo importante es dejar establecido que el delito se consuma cuando el sujeto público abusa de su posición funcional, dando lugar al acrecentamiento sustantivo de su patrimonio; y este incremento se da con la disponibilidad económica que el agente ha adquirido de manera ilegal como lo hemos referido.

“COMPLICIDAD POST CONSUMATIVA” EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

VIGÉSIMO. Nuestro sistema penal asume un criterio diferenciador entre los autores y partícipes. Dicha distinción se evidencia en el desvalor de la conducta y se sustenta en la mayor y menor contribución a la comisión del hecho punible. Esta diferenciación tiene tres consecuencias fundamentales. Primero, es el desarrollo de la conducta del autor el que marca la pauta valorativa de la de los partícipes. En el Código Penal

18 VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Lima: Grijley, 2008, p. 304.

vigente se asume un criterio de accesoriedad relativa entre el autor y los partícipes; dependencia relativa que a su vez tendrá como veremos —y es uno de los agravios invocados— en la cuestión procesal de si es posible declarar la responsabilidad del cómplice sin que se haya podido dilucidar la responsabilidad del autor. Segundo, el contenido de los aportes de los partícipes no tiene punto de comparación con el dominio del hecho que tuvo el autor. Tercero, así las cosas, siendo el aporte de los partícipes menor al del autor, la reacción penal debe ser también diferenciada.

VIGÉSIMO PRIMERO. Ahora bien, en el presente caso interesa delimitar los alcances de la complicidad, como forma de participación aplicable al caso; relacionarla de qué manera podría concretarse en el delito de enriquecimiento ilícito, para finalmente contestar la cuestión de hasta qué momento es jurídicamente concebible la complicidad en este supuesto. El Código Penal en el artículo 25 distingue dos casos de complicidad: los cómplices primarios y los cómplices secundarios. El cómplice no ejecuta la acción descrita en el supuesto de hecho del tipo penal ampliado; es decir, no realiza el tipo principal; y ello en razón a que las conductas precisadas en los artículos que componen la parte especial no abarcan el comportamiento del partícipe en su descripción. Por ello se dice que el tipo penal que describe su conducta es un tipo general y ampliado. En concreto, en el artículo mencionado se describe las conductas de los cómplices de la siguiente manera: “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena del autor” (complicidad primaria). Luego, en el siguiente párrafo se señala: “A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudentemente la pena” (complicidad secundaria).

VIGÉSIMO SEGUNDO. Tal como se encuentran descritas las conductas de los cómplices, estos solo prestan auxilio —necesario— o asistencia de cualquier modo —entiéndase no necesaria— a la realización del hecho punible. Los cómplices cualquiera sea su contribución no tienen el dominio del hecho, pues este pertenece, por definición, a los autores. Su participación se limita a favorecer la realización del hecho punible principal, sea de manera material (darle la llave de la casa al ladrón o el veneno al homicida), sea psíquicamente (prometerle al delincuente ayuda o reforzar su decisión de consumir el delito, pero evidenciable en actos de asistencia previa)¹⁹. Pero en ambos casos, sea el auxilio necesario o la asistencia contingente, estas deben servir “para la realización del hecho punible”. En el uso común del lenguaje “auxiliar” es prestar ayuda, cooperar o coadyuvar. Si se vincula con el objeto de auxilio —el hecho punible— este consiste en prestar ayuda para que el delito se realice o, en términos jurídico penales, se consume. Si relacionamos este auxilio a

19 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general I*. 3.^a ed., Lima: Grijley, 2005, p. 897.

la comisión de la infracción penal, a un caso de enriquecimiento ilícito, el auxilio necesario o contingente que puede prestar el cómplice —*extraneus*— es para que el sujeto activo pueda realizar los actos de enriquecimiento. En consecuencia y, conforme a una regla lógica, no se puede ayudar a realizar algo que ya fue realizado; no se puede coadyuvar al futuro de algo que ya es pasado²⁰.

VIGÉSIMO TERCERO. De manera tal que los actos de colaboración del cómplice solo son posibles durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución. Si la colaboración se da durante esta etapa del itinerario delictivo, no convierte al colaborador del enriquecimiento en autor, pues se trata de un delito especial propio -del funcionario o servidor público que se enriquece-. Así las cosas, no es posible admitir jurídicamente, conforme al principio de legalidad, una complicidad posterior a la consumación. Si la ayuda se da en la etapa post consumativa del delito, dicha conducta podría configurar otro delito, pero no complicidad del delito que antecede [encubrimiento real receptación, lavado de activos etc.]. Un sector de la doctrina asume que la única manera para que sea reprimible la ayuda posterior a la ejecución, es al mediar previamente —antes de la consumación— una promesa efectuada por el cómplice al autor, y que se denomina “complicidad psicológica o intelectual”; la cual debe estar debidamente acreditada con medio de prueba objetivo que lo demuestre. 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 ayudarlo²¹. Sin embargo, esta postura doctrinaria enfrenta dos problemas. Por un lado, no hay una norma penal que la sustente pues en nuestro sistema jurídico no existe la llamada “complicidad psíquica” (principio de legalidad). Por otro lado, no queda claro si ese aliento sustentado en una promesa de ayuda posterior no es sino una forma soterrada de instigación. La ayuda intelectual, en nuestro concepto, que puede brindar un cómplice debe estar relacionada con la forma o el procedimiento que el autor debe utilizar para realizar el hecho punible. En otros términos, dentro del sentido posible del significado gramatical del auxilio no cabe, ni siquiera pro- teicamente hablando, comprender el aliento al autor para realizar el delito con la esperanza de ser ayudado posteriormente. El aliento a su comisión con una promesa —no presente— de ayudar luego de cometido el delito, no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma, en materia de complicidad. Por tanto, en el delito de enriquecimiento ilícito no resultará punible la ayuda prestada por el cómplice en la etapa post consumativa, ya sea a modo de adquisición, depósito en una cuenta a su nombre u otro acto análogo de ocultamiento.

20 Nadie podría decir con sentido lógico lo siguiente: “me ayudó a matar a mi enemigo, ocultando su cadáver”.

21 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general I*, ob. cit., p. 901.

PLAZO RAZONABLE Y DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS PROCESADOS

VIGÉSIMO CUARTO. El proceso penal, como mecanismo legítimo del Estado para investigar y juzgar a las personas por la comisión de infracciones penales, exige un tiempo determinado para la realización de los actos de investigación y de prueba. Esta es una exigencia que surge del hecho que durante el trascurso del proceso se crea un estado de sujeción jurídica del imputado y que trae consigo restricciones a sus derechos. El proceso acarrea afectaciones al patrimonio, al honor, la libertad personal, de tránsito, de trabajo, al procesado. Por tanto, frente al deber del Estado de investigar y juzgar a las personas, por la comisión de hechos punibles —artículo cuarenta y cuatro de la Constitución—, debe contraponerse la exigencia que estas actividades se desarrollen en un plazo razonable. Al respecto se establece en el artículo ocho numeral uno de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente”. En tanto que en el artículo catorce numeral tres del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se consagra que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho: c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”. Ambos textos normativos forman parte del bloque de constitucionalidad y sirven como criterio axiológico a considerar en la actividad de investigación y juzgamiento estatal, conforme a la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política. Consecuencia de esta vinculación axiológica con los instrumentos internacionales de derechos humanos, hacen que el plazo razonable tenga rango constitucional y pase a ser un derecho fundamental tutelado en nuestro país.

VIGÉSIMO QUINTO. Ahora bien, la determinación del plazo razonable aplicado al proceso se relaciona con la proporcionalidad que debe existir entre el plazo que dure el mismo y las circunstancias concretas que condicionan su desarrollo. Las condicionantes que influyen en el desarrollo del proceso son de diverso orden; a saber, la complejidad del asunto y la prueba; la cantidad de imputaciones e imputados; la gravedad del hecho o hechos imputados y la conducta procesal del imputado. La razonabilidad de la duración del proceso penal debe derivarse por cada caso. En ese sentido, ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo siguiente: “155. La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera

relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”²².

VIGÉSIMO SEXTO. Ahora bien, no cabe duda que, el tiempo de duración de un proceso, está en directa relación con la afectación de la presunción de inocencia. Al respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional que: “Precisamente el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De allí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal”²³. En efecto, la duración irrazonable del proceso penal mantiene en el limbo jurídico a la persona del procesado. Pues por un lado existe una imputación vigente contra dicha persona, pero tampoco una definición de su situación jurídica. Si la excesiva duración del proceso es debido a las deficiencias estructurales del propio sistema procesal penal, mal podría el Estado buscar remediarlas a cuenta de la indefinición de la situación jurídica del procesado; máxime si el procesado ha sido sometido a juicio de única instancia, más de una vez, por nulidades declaradas.

VIGÉSIMO SÉTIMO. Por lo demás, si como hemos dicho, forma parte del bloque de constitucionalidad, los alcances de las normas internacionales y decisiones que derivan de su reconocimiento, de las que el Perú es parte y sirven como criterio interpretativo de los derechos y principios reconocidos en nuestra Constitución. Al respecto, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en la sentencia recaída en el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua* —fundamentos jurídicos setenta y siete al ochenta— se pronunció respecto al tema del plazo razonable en los siguientes términos:

“77. El artículo 8.1 de la Convención también refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo, los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente, en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolló el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.” No puede por ende buscarse coartadas, en nombre de imperativos loables, para prolongar, *sine die*, procesos penales, con la expectativa de impulsar soterradamente una condena.

22 CIDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 37 de noviembre del 2008, párr. 155.

23 STC, Exp. N.º 5228-2006-PHC/TC.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO ACCESORIEDAD RELATIVA Y EXCLUSIÓN DEL AUTOR

VIGÉSIMO OCTAVO. Como primera cuestión controvertida a dilucidar, se encuentra la posibilidad de determinar responsabilidad penal en los cómplices, ante la imposibilidad jurídica de sancionar al autor. En el caso que nos ocupa, se llegó a imputar a Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, a título de autor, la comisión del delito de enriquecimiento ilícito. Con relación a dicha persona, el Tribunal Constitucional expidió una sentencia como consecuencia del Habeas Corpus planteado a su favor, en el Expediente número 3509-2009-PHC/TC [adorada mediante resolución del Tribunal Constitucional de dos de diciembre del dos mil nueve] en la que declaró fundada en parte la citada demanda de Habeas Corpus por haberse acreditado la vulneración a su derecho al plazo razonable del proceso, disponiéndose que la Sala Penal emplazada [Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima de ese entonces], excluya del presente proceso penal, al citado favorecido. Es así que mediante resolución de fecha catorce de diciembre del dos mil nueve, obrante a fojas ciento dos mil ciento ochenta y cuatro, la Sala Superior emplazada, resolvió la exclusión del mencionado encausado del presente proceso. No obstante, se resolvió además declarar improcedente la inejecutabilidad del referido fallo solicitado por la parte civil, resolución que, al ser impugnada, dio lugar a la Ejecutoria emitida por esta Sala Suprema, en la que se declaró no haber nulidad en la recurrida, con fecha veintinueve de agosto del dos mil doce, recaída en el Recurso de Nulidad número 2354-2010-Lima.

VIGÉSIMO NOVENO. Esta situación, determinó que la Sala Superior entendedora llegue a la conclusión que la conducta atribuible por el Ministerio Público a los cómplices, no puede ser materia de condena, en tanto no se puede demostrar la responsabilidad penal del supuesto autor —Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, excluido del presente proceso— extremo que es cuestionado por los impugnantes. En efecto, el Ministerio Público indica que según lo ordenado por la Corte Suprema de manera expresa, el presente proceso debía girar en torno al despliegue del desarrollo funcional del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, y sería a partir de la determinación del balance económico entre sus ingresos y egresos que se llegaría a establecer un equilibrio o desequilibrio económico; por lo que la existencia o no de un desbalance en el patrimonio de los encausados (*extraneus*), abona no a un desbalance propio, sino a establecer el desbalance patrimonial de la sociedad conyugal que conformaba el mencionado Chacón Málaga.

TRIGÉSIMO. Al respecto, debemos precisar que ya este Tribunal Supremo, en el Recurso de Nulidad número 2354-2010-Lima de fecha veintinueve de agosto del dos mil doce, estableció, en su fundamento jurídico quinto, la probabilidad de la

emisión de un pronunciamiento de fondo respecto a los encausados Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes como cómplices en el presunto delito de enriquecimiento ilícito, pese a que el encausado Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, imputado como autor del referido delito, fue excluido del presente proceso por sentencia del Tribunal Constitucional. Esta postura se sustenta en que dicho Tribunal no estableció la inexistencia del hecho o como delito en el caso que nos ocupa; por lo que resulta perfectamente viable emitir pronunciamiento de fondo respecto a la responsabilidad penal de los citados procesados a título de cómplices, tomándose en cuenta para ello las acciones realizadas por el referido Chacón Málaga en su desempeño en la función pública. En otros términos, es probable que a partir de un hecho histórico circunstanciado —relacionado en abstracto con un presunto autor— puedan derivarse posibles conductas colaterales —de los cómplices—.

TRIGÉSIMO PRIMERO. La posibilidad de formular un pronunciamiento sobre el fondo del asunto respecto a los partícipes cuando no es posible determinar la responsabilidad del autor, es perfectamente viable, conforme a lo establecido en el artículo veintiséis del Código Penal que establece: “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible es decir, la no existencia de responsabilidad del autor, en modo alguno alcanza y neutraliza la del cómplice; bastará con que se demuestre el injusto, —tipicidad y antijuricidad—, para que las conductas del cómplice puedan ser reprochables, no requiriéndose por tanto, la culpabilidad del sujeto activo para estos casos [accesoriedad limitada].

TRIGÉSIMO SEGUNDO. En ese entendido, este Supremo Tribunal al emitir la Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad número 2354-2010-Lima de fecha veintinueve de agosto del dos mil doce, dispuso que se actúe una pericia contable que determine la existencia o no de desbalance en el patrimonio del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga en cuanto a sus ingresos como funcionario público en el periodo de imputación —mil novecientos noventa al dos mil—; ello debido a que en la Pericia de Oficio primigenia y su ampliatoria obrante en autos, el periodo de examen abarcó solo 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; llegándose a ordenar el mismo, tal como se desprende de la parte resolutive de la Ejecutoria en mención.

EVALUACIÓN DE LA PERICIA ORDENADA POR EL SUPREMO TRIBUNAL

TRIGESIMO TERCERO. Es así que la Sala Superior a cargo del presente proceso, en cumplimiento de lo ordenado por este Tribunal Supremo, llegó a juramentar a los peritos contables Aníbal Polo Palacios y Jacinto Gavidia Olivares, quienes llegaron

a presentar el Informe Pericial Contable número 002-2015-CPPE-CS-PJ, obrante a fojas ciento cinco mil quinientos setenta y cinco; documento que fue sometido al contradictorio respectivo, tal como se evidencia de las actas que reproducen las sesiones efectuadas con tal motivo. Dicho peritaje, arroja la existencia de desbalance patrimonial en el encausado excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y demás examinados; sin embargo, las conclusiones formuladas no pueden ser tomadas en cuenta como verdad material, en la medida que el mencionado examen evidencia una serie de falencias en el estudio que trastocó los resultados del mismo. En efecto, como se ha llegado a dilucidar en el plenario, dicho dictamen pericial, no ha considerado, en un primer plano, el saldo inicial con que contaban los examinados; y, en un segundo plano, no ha considerado documentación de carácter contable en el periodo a determinar el desbalance patrimonial existentes en el presente caso.

TRIGESIMO CUARTO. La importancia de considerar el saldo inicial en el sometimiento a un examen pericial para determinar si existe o no un incremento patrimonial no acorde con los ingresos del funcionario o servidor público, ha sido abordada por la Corte Suprema. Así, en la Ejecutoria Suprema de fecha quince de agosto del dos mil siete, recaída en el Recurso de Nulidad número 4245-2006-Lima emitida por la Primera Sala Penal Transitoria, se dejó establecido que: “de cara a determinar la ilicitud o no del incremento patrimonial atribuido, a nivel jurisprudencial se ha establecido una suerte de proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente, el mismo que estriba en determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a estos el total de ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás percibidos por cualquier concepto - herencias, 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 si 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 cuatrocientos uno del Código Penal”.

TRIGÉSIMO QUINTO. Al respecto, en el juicio oral, al momento de examinar a los peritos, uno de los puntos materia del debate fue precisamente si los encausados contaban con un saldo inicial o patrimonio histórico, el mismo que no llegó a ser considerado en el Informe Pericial Contable número 002- 2015-CPPE-CS-PJ. Así, la razón expuesta en el plenario por los peritos suscribientes del citado Informe [sesión de fecha tres de marzo del dos mil quince obrante a fojas ciento cinco mil ochocientos cuarenta], fue la siguiente: “(...) a nosotros nos piden un periodo de mil novecientos noventa al año dos mil (...) con respecto a los saldos iniciales no están dentro de nuestro pedido de solicitud de hacer una determinación ni a la conside-

ración, entonces simplemente hemos tomado la información con la que contamos desde mil novecientos noventa hasta la del año dos mil y hemos hecho la compulsa (...); más adelante indican: “(...) hemos señalado que no lo hemos revisado porque no está dentro (...) de la solicitud de la Sala”. No obstante, ante la pregunta de la defensa de los encausados respecto a la incidencia que tendría en los resultados de la pericia, precisaron: “Claro, no le estoy diciendo si es negativo sería mayor lo que se está determinando, si es positivo disminuiría en algo en el porcentaje que se está estableciendo [sic]”. De las razones expuestas por los peritos respecto a este extremo de cuestionamiento, se infiere lo siguiente: a) No se efectuó el análisis del saldo inicial, porque no fue solicitado por la Sala Superior; y, b) El no haberse tomado en cuenta el saldo inicial, incidiría —ya sea positivo o negativo— en el resultado.

TRIGÉSIMO SEXTO. Cabe precisar que el saldo inicial o patrimonio histórico se encuentra conformado por los bienes, en cualquiera de sus expresiones, que forman parte del patrimonio del funcionario o servidor público o la persona examinada, antes del inicio de sus funciones o del periodo a examinar. Siendo indispensable que se fije o se determine al inicio de la evaluación, pues este constituye la base sobre la cual se determinará si existe un desbalance patrimonial o no. Es inaceptable, conforme a las máximas de la experiencia, que un procesado no tenga historia o, mejor dicho, patrimonio histórico. Es por tanto, una cuestión esencial que los peritos contables determinan con qué patrimonio contaba el procesado antes del periodo investigado. La omisión de tal requisito acarrea la distorsión en el resultado final y por tanto, puede generar una conclusión errónea, que no puede ser tomada en cuenta para fines de determinar responsabilidad, pues lo que se exige dé un medio de prueba como lo es un Informe Pericial Contable [prueba científica], es su alto grado de exactitud, al ser evacuados por especialistas en la materia.

TRIGÉSIMO SÉTIMO. Por otro lado, también se ha llegado a evidenciar que los Peritos suscribientes del citado Informe Pericial Contable, han omitido ciertos ingresos justificados documentalmente, así como han tomado en cuenta egresos no sustentados objetivamente; omisión que incide, ciertamente, en el resultado final de la Pericia efectuada. En efecto, luego de realizarse la primera parte del examen a los peritos en el plenario, en sesión de fecha diez de marzo del dos mil quince obrante a fojas ciento cinco mil ochocientos cincuenta y cinco, se llegó a establecer cuatro puntos sustanciales: **a)** La incorporación o la importancia del saldo inicial; **b)** La diferencia de ingresos no considerados en la pericia de oficio respecto a la pericia de parte; **c)** La diferencia de los egresos considerados en la Pericia; y, **d)** La vinculación de los tres imputados con las cuentas de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga. De estos cuatro puntos sometidos al contradictorio, en el desarrollo del debate de los puntos b) y c), se evidenciaron las siguientes omisiones:

OMISIONES RECONOCIDAS POR LOS PERITOS DE OFICIO

RESPECTO A LA SOCIEDAD CONYUGAL CHACÓN DE VETTORI

- 37.1. Se llegó a cuestionar el hecho que en la pericia de oficio, no se consideraron los ingresos obtenidos por el alquiler del Hotel Cajamarca que asciende a un monto de dieciséis mil cien dólares americanos, cuyo sustento se encuentra corroborado documentalmente conforme se anotó en el debate, Obteniéndose como respuesta por parte del Perito de Oficio, lo siguiente: “Señor director de debates, dicha información es cierto, no está en nuestro informe pericial, no ha sido considerado, en todo caso no es que se haya excluido la información, no está considerada simplemente en el Informe (...) es una información que dentro de la revisión que hemos realizado no ha sido anotada dentro de nuestro informe, simplemente porque debe haber una omisión”²⁴; de lo que se infiere que se llegó a omitir tal ingreso, el mismo que fue aceptado por el fiscal superior interviniente en el debate, quien señaló: “Señor ha quedado claro ya que ha habido una omisión de dieciséis mil cien dólares americanos que no [se] ha tomado en cuenta (...)”²⁵.
- 37.2. No obstante, también fue objeto de cuestionamiento el hecho de no haberse considerado el ingreso correspondiente al Hostal Portada El Sol EIRL que asciende a veintitrés mil doscientos veintidós dólares americanos, cuyo sustento documental se estableció en el debate, obteniéndose como respuesta por parte del Perito de Oficio examinado, lo siguiente: “Señor director de debates, vamos a recalcar que al respecto, por los ingresos que se nos preguntaron, no solamente en esta audiencia sino en sesiones anteriores, ha existido y hemos reconocido los peritos que ha habido omisión y respecto a su pregunta, también hay una omisión”²⁶.
- 37.3. Así mismo, se objetó el hecho de no haberse considerado la devolución del préstamo de la empresa De Vettori EIRL ascendente al monto de quince mil dieciocho dólares americanos, sustentados con el Libro de Caja de De Vettori Atelier EIRL, el resultado del requerimiento a la SUNAT de los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, así como los vouchers de caja obrantes en autos; precisando los Peritos en este extremo lo siguiente: “Señor director de debates, nuevamente se está reiterando una pregunta respecto al requerimiento de SUNAT, ya se dio una respuesta al respecto,

24 Ver fojas 105 876 y vuelta.

25 Ver fojas 105 878.

26 Ver fojas 105 880.

en cuanto a la otra documentación, ya hemos respondido en sesiones anteriores que corresponden a una omisión”²⁷.

- 37.4. Se cuestionó además la omisión de no haberse considerado la devolución del préstamo de Hostal Portada El Sol EIRL por el monto de trece mil trescientos setenta y cinco dólares americanos, sustentados con la documentación denominada Libro de Caja de Hostal Portada El Sol EIRL, el resultado del requerimiento a la SUNAT de los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, así como los recibos de devolución y los vouchers de caja obrantes en autos; indicando los señores Peritos, lo siguiente: “Señor director de debates, igualmente al respecto ya hemos señalado nuevamente por la información del requerimiento de la SUNAT que es una omisión y con respecto a la siguiente información, igualmente una omisión, no hay intencionalidad”²⁸.
- 37.5. Por otro lado, otro hecho cuestionado fue la omisión de no haberse considerado la herencia del señor Walter Chacón Málaga que asciende a catorce mil treinta y cuatro dólares, cuyo sustento documental se da con el testimonio otorgado por Gaspar Chacón Berríos, la liquidación de la distribución del dinero y el recibo por dicho monto de fecha cuatro de abril de mil novecientos noventa y cuatro; señalando los Peritos examinados, lo siguiente: “Al respecto sí ha habido una omisión como ya hemos manifestado en una sesión anterior y bueno esa es nuestra respuesta”²⁹.
- 37.6. No obstante, también se cuestionó el hecho de no haberse tomado en consideración como ingreso, el préstamo realizado a la sociedad Portal Chacón por el monto de treinta mil dólares americanos, cuyo sustento se da con el resultado de requerimiento de la SUNAT del año mil novecientos noventa y nueve y al reconocimiento del préstamo por el señor Miguel Portal obrantes en autos; precisando los Peritos de Oficio lo siguiente: “Señor director de debates, con respecto a la información de SUNAT reiteramos nuevamente, sí es una información omitida”³⁰; indicando luego, respecto al efecto de considerar el ingreso de los treinta mil dólares en el patrimonio de la sociedad Chacón De Vettori: “Habría que sumar treinta mil dólares más a los ingresos y disminuir el supuesto desbalance patrimonial en esa misma cantidad”.
- 37.7. Un hecho cuestionado, también fue la omisión de considerar el préstamo realizado por el señor Walter Reátegui Lazo ascendente a noventa y tres mil dólares americanos, el mismo que se encuentra sustentado con el contrato privado de préstamo, el extracto bancario del Banco de Crédito C y H de enero

27 Ver fojas 105 881.

28 Ver fojas 105881 y vuelta.

29 Ver fojas 105882.

30 Ver fojas 105 884 y vuelta

Je mil novecientos noventa y ocho, el requerimiento de la SUNAT del año mil novecientos noventa y ocho, el acta de junta de socios del C y H, la copia de la libreta de ahorros del Banco del Progreso de Walter Reátegui Lazo; indicando los señores Peritos, lo siguiente: “(...) respecto a la otra información que señala la señora abogada, es una información que prácticamente nosotros no hemos apreciado, quizás una omisión, pero no la hemos visto en ese aspecto³¹”.

- 37.8. Así mismo, se llegó a cuestionar la omisión de no haber considerado la asignación de apoyo familiar ascendente a cincuenta mil trescientos veintisiete dólares americanos, realizados por Olga Rojas a la sociedad Chacón De Vettori, sustentados documentalmente como se dejó constancia en el plenario; indicando al respecto los Peritos de Oficio, lo siguiente: “En este caso sería una omisión en el sentido de que esta información exista, nosotros no podemos decir si existe o no ahorita, simplemente podemos decir que es una información omitida, nada más, porque no la tenemos nosotros en nuestro Informe, nada más³². Preguntados luego sobre los efectos de dicha omisión, respondieron: “sí, de la misma forma que en los casos anteriores, habría que deducir cincuenta mil trescientos veintisiete dólares americanos del supuesto desbalance patrimonial”.

RESPECTO A LA SOCIEDAD CONYUGAL PORTAL CHACÓN

- 37.9. En la sesión de fecha nueve de julio del año dos mil quince obrante a fojas ciento cinco mil novecientos diecinueve, se llegó a cuestionar la omisión de no] haberse considerado los ingresos por el alquiler del inmueble ubicado en San Isidro en el año de mil novecientos noventa y nueve, por un monto de dos mil cuatrocientos dólares americanos, cuyos contratos de arrendamientos obran en autos; precisando los peritos, lo siguiente: “Señor presidente los únicos alquileres que hemos considerado son los que están en [el] punto A.3 en la página 46 del Informe con respecto a los inmuebles de los Milanos 194, departamento 402, con respecto a otro inmueble no lo hemos considerado³³. De la misma forma en cuanto a la omisión de no incluir el ingreso por alquiler del inmueble Cajamarca correspondiente al año dos mil por un monto considerado de mil seiscientos setenta y siete dólares americanos, sustentados documentalmente en el plenario, se indicó lo siguiente: “En todo caso de no estar esta información, este es una información que fue omitida por los peritos, pero no lo hemos considerado nosotros en este informe³⁴”.

31 Ver fojas 105 885 y vuelta.

32 Ver fojas 105888.

33 Ver fojas 105 919 y vuelta.

34 Ver fojas 105 920.

- 37.10. No obstante, también se cuestionó la omisión de no haber considerado como ingreso de quinta categoría del año dos mil correspondiente al señor Luis Miguel Portal Barrantes por mil quinientos ochenta y dos dólares americanos, sustentados con la boleta de pago de Hostal Portada El Sol Hacienda y el Libro de Caja del Hostal en mención; indicando los Peritos de Oficio lo siguiente: “Dentro de nuestro Informe, si no está detallado, no está descrito ese punto, por lo tanto no hemos abordado una conclusión sobre aquello, como hemos respondido respecto a estos hechos, son omisiones que no lo hemos determinado, quizás por la voluminosidad se nos ha pasado, pero no hay ninguna intencionalidad en el hecho”³⁵.
- 37.11. Cabe anotar, que también fue cuestionada la omisión de no haber considerado el préstamo realizado por el Banco Federal Credit Unión del año mil novecientos noventa y ocho por el monto de cinco mil dólares americanos; indicando lo siguiente los señores Peritos de Oficio: “De igual manera del Federal Credit Unión, solamente habíamos identificado el préstamo del año noventa y siete, nada más”³⁶.
- 37.12. Por otro lado, se llegó a cuestionar la omisión de no haber considerado como ingresos la devolución del préstamo del señor Wlateral Chacón Málaga a la sociedad Chacón Portal por el monto de treinta mil dólares americanos, sustentado documentalmente en el plenario; indicando lo señores peritos lo siguiente: “Como habíamos señalado en la sesión anterior con respecto a la información de la SUNAT o el monto de la SUNAT, esa información fue omitida en forma general (...), por lo tanto, no pudo ser ni siquiera ser compulsada con lo que se señala”³⁷.

RESPECTO A JUAN CARLOS CHACÓN DE VETTORI

- 37.13. Así mismo, se omitió considerar los siguientes préstamos efectuados por Juan Carlos Chacón De Vettori: a) Préstamo del Banco de Crédito del treinta de abril de mil novecientos noventa y nueve por el monto de seis mil quinientos dólares americanos que se encuentra sustentado con el cronograma de pagos de crédito personal número 101-19200000000233867; y b) Préstamo del Banco de Crédito del uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve por la suma de quince mil dólares americanos, sustentado con el cronograma de pagos de crédito personal número 10119200000000000237970; y c) Préstamo del Banco de Crédito del quince de enero del año mil novecientos noventa y ocho por el monto de seis mil quinientos dólares, sustentado con el cronograma de pagos de

35 Ver fojas 105 923 y vuelta.

36 Ver fojas 105 925.

37 Ver fojas 105 926 y vuelta.

crédito personal número 1011910000000219743; indicando los señores Peritos de Oficio lo siguiente: “Señor director de debates, en efecto, el ingreso bueno ha sido un préstamo que nosotros no hemos visto y no está detallado, incluso dentro de nuestro Informe Pericial que es de quince mil dólares e igualmente los seis mil quinientos dólares, estos documentos así como están, sí acreditan que no hemos contemplado [sic]”³⁸.

- 37.14. Un hecho que también se cuestionó, fue la omisión de no haberse considerado una serie de ingresos provenientes de la empresa MECSA realizado a las cuentas del encausado Juan Carlos Chacón De Vettori, cuyo sustenté documental, fue corroborado en el plenario, habiendo indicado los perito de oficio, luego del debate respectivo, lo siguiente: “Con respecto a la información de MECSA, es bien sabido que a la falta de tiempo, nosotros no hemos revisado la información (...) Continúa el señor director de debates y expresa lo siguiente: ¿Pero ustedes reconocen que no han hecho el cruce de información? El perito Polo Palacios dijo: Correctamente, lo decimos señor”³⁹.

RESPECTO A LOS EGRESOS CONSIDERADOS EN LA PERICIA DE OFICIO

- 37.15. Cabe precisar que, en este rubro, los peritos de oficio examinados, no supieron dar una respuesta razonada y sustentada en prueba objetiva respecto a las consignaciones por egresos de los imputados en su informe pericial contable. Así, respecto a la razón por la que consideraron como un egreso indebido la suma del dos mil ochocientos cincuenta dólares americanos respecto a los gastos de pasajes y viáticos de la señora Aurora De Vettori en un vuelo de Perú a Brasil realizado el veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro por la antes citada, señalaron, entre otras cosas: “La salida del viaje es del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro y hay un retorno a la ciudad del Perú el veintiocho de abril del año noventa y cuatro, hemos hecho una estimación, nosotros no hemos identificado un documento que diga que estaba cubierto este pasaje, por lo tanto hemos hecho una estimación, es por eso que solicitábamos y explicábamos cómo podríamos darle una respuesta sobre un exceso cuando en nuestra consideración no había sido exceso, sino que tenemos que considerar el pasaje”⁴⁰; no habiéndose tomado en cuenta que con fecha anterior, Walter Segundo Gaspar Chacón Málaga había sido destacado como agregado militar en Brasil.
- 37.16. Otro punto discutido fue la razón por la que consideraron como exceso el gasto de cinco mil setenta y cinco y ochocientos dólares americanos respecto

38 Ver fojas 106 002 y vuelta.

39 Ver fojas 106 606.

40 Ver fojas 106 010.

a dos viajes de la señora Aurora De Vettori de Brasil a Perú con fechas once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro y veinticuatro de noviembre del mismo año, en el que se incluyó gastos de estadía; indicando los peritos de oficio que realizaron un estimado de la alimentación cuando una persona viaja a algún lugar; sin embargo, este estimado se realizó sobre los trescientos sesenta y cinco días del año, cuando, en realidad debieron de efectuarse sobre ciento setenta y ocho días; en tal sentido, dichos peritos señalaron lo siguiente: “Si señor director de debates, entendemos la pregunta de la señora abogada, entiendo porque nosotros habíamos considerado dentro de la canasta familiar como un monto íntegro del año noventa y cuatro (...) hemos considerado en forma entera (...) tendríamos que hacer una modificación en el cuadro de la canasta familiar por ciento setenta y ocho días y no por trescientos sesenta y cinco días, eso sería la respuesta de nosotros”⁴¹.

- 37.17. No obstante, también se cuestionó el hecho de haberse considerado como gasto de la sociedad conyugal Chacón De Vettori la cantidad de mil ochocientos dólares americanos correspondiente a un viaje a Francia, indicando los señores peritos que dicha suma corresponde al producto de veinticinco dólares diarios de viáticos (alimentación) por setenta y dos días; sin embargo al preguntársele cuál es la base para estimar veinticinco dólares diarios por alimentación, indicaron: “Como hemos señalado, los veinticinco dólares es una estimación base nada más, no es un monto fijo donde digan acá en este lugar son tanta cantidad de dólares para ese lugar (...) es una estimación, no ha sustento base (...)”⁴²; es decir, dicho monto cuestionado se consignó solo bajo razones subjetivas y no sobre razones con sustento objetivo. De la misma forma, se llegó a argumentar cuando se les preguntara las razones por las que consignaron como gasto la suma de setecientos setenta y cinco dólares de un viaje realizado por Aurora De Vettori a España en el año dos mil.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Como se puede apreciar, el Informe Pericial Contable número 002-2015-CPPE-CS-PJ de fecha cinco de febrero del año dos mil quince suscrito por los Peritos Contables Aníbal Polo Palacios y Jacinto Gavidia Olivares, obrante a fojas ciento cinco mil quinientos setenta y cinco, contiene una serie de omisiones y deficiencias en su elaboración, conforme se ha descrito precedentemente. Tales defectos, hacen cuestionable dicho medio de prueba, cuyo objetivo es establecer, con grado de certeza, si los examinados, en el periodo de imputación, tenían la capacidad económica suficiente o necesaria para adquirir o realizar cualquier operación dineraria, ya sea como ingreso o egreso de los mismos. Resultando por tanto, en el caso que nos ocupa, un medio de prueba fundamental para la determinación del

41 Ver fojas 106 012 y vuelta.

42 Ver fojas 106 015.

desbalance patrimonial que se le imputa, en primer orden, a Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y colateralmente a los encausados absueltos.

TRIGÉSIMO NOVENO. Por tanto, nos encontramos ante un medio de prueba que no tiene fuerza acreditativa, pese a que mediante escrito de fecha de recepción tres de agosto del dos mil quince, obrante a fojas ciento cinco mil novecientos treinta y seis, los citados peritos adjuntaron una aclaración a las observaciones planteadas en el debate pericial; dicha documental no produjo valor probatorio, en tanto no fue sometido al contradictorio conforme se dejó sentado en autos; debiéndose precisar que en este extremo, solo constituye prueba y como tal adquiere un valor, todo aquel medio probatorio que sea sometido a debate por las partes y de su apreciación, se concluya la verdad de un hecho.

PLAZO RAZONABLE EN EL OASO CONCRETO

CUADRAGÉSIMO. Los recurrentes postulan, como objeto de su pretensión impugnativa, que se declare haber nulidad en la sentencia absolutoria. Con lo que habilita al Supremo Tribunal a examinar si su pedido es compatible con el plazo razonable que debe tener todo proceso penal. Ahora bien, los imputados absueltos Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, vienen siendo procesados desde el quince de mayo del dos mil dos, en calidad de partícipes del delito contra la Administración Pública en la modalidad de enriquecimiento ilícito, conforme se aprecia del auto ampliatorio efe instrucción obrante a fojas dieciocho mil cuatrocientos cuarenta y tres. Por su parte, la encausada absuelta Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, viene siendo procesada desde el cinco de agosto del año dos mil dos, tal como se desprende del auto ampliatorio de instrucción de fojas veintitrés mil ochocientos ochenta y seis; es decir, los antes citados vienen siendo procesados sin obtener una sentencia definitiva, durante quince años; vulnerándose ostensiblemente el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. En efecto, debe quedar claro que el proceso no puede tener una duración desmedida, manteniendo en un estado de incertidumbre jurídica a una persona por varios años. Un Estado Constitucional de Derecho debe garantizar no solo que la persona imputada de un delito sea juzgada con todas las garantías del debido proceso, sino también que se dilucide su situación jurídica en un periodo de tiempo razonable. Los defectos estructurales del sistema no pueden perjudicar a la persona procesada. Si bien el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, guarda relación con el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que se deben observar durante y al interior de un proceso⁴³; resultando ser una manifestación implícita

43 STC, Expediente N.º 318-2005-HC, 8 de marzo del 2005.

del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo ciento treinta y nueve de nuestra Constitución Político, fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Ahora, de hecho, la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en innumerables sentencias, tiene directa aplicación en el caso concreto, como se evidencia en la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió el Hábeas Corpus presentado a favor de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, que tuvo incidencia en el presente proceso, al excluirlo del mismo [Exp. N.º 3509-2009-PHC/TC, del 19 de octubre del 2009]. La importancia de ser juzgado en un plazo razonable, también emerge Recurso de Nulidad número 2354-2010-Lima, recaído en el presente proceso, en la que al declararse nula la sentencia primigenia emitida por la Primera Sala Penal Especial de ese entonces, se recomendó que se desarrolle con prioridad el enjuiciamiento y se emita pronunciamiento del fallo correspondiente. Así las cosas, el razonamiento que se siguió para el caso de Chacón Málaga, se impone con mayor evidencia en el caso de los cómplices, a la luz de la cantidad de años transcurridos desde que se iniciara el proceso —más de quince años—.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Por lo demás, en el caso que nos ocupa, no se ha podido siquiera demostrar suficientemente a nivel de injusto, el desbalance patrimonial de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; ello, al no contarse con una pericia contable de cuyos resultados emerja indubitadamente, el incremento patrimonial injustificado, frente a sus reales ingresos. Las omisiones advertidas, convierten a este instrumento en una prueba deficiente, que de ninguna manera puede servir para demostrar responsabilidad —en caso no hubiese sido excluido del presente proceso— en el examinado. Por tanto, esta inferencia tendrá consecuencias para con los cómplices imputados en este proceso; de quienes además no se ha podido demostrar, aporte alguno, para con el delito materia de imputación.

RESPECTO A LOS CÓMPLICES Y COMPLICIDAD POST CONSUMATIVA

CUADRAGÉSIMO TERCERO. En efecto, y sin perjuicio de lo antes concluido, es menester resaltar que conforme emerge de la acusación fiscal, se ha imputado a título de cómplices a Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, del delito contra la Administración Pública - Corrupción de Funcionarios en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito. Al respecto, resulta importante lo establecido en la Ejecutoria emitida por esta Sala Suprema en el Recurso de Nulidad número 2354-2010-Lima, recaída en el presente proceso, en la que en el fundamento jurídico décimo quinto denominado “Necesidad de Precisión del Alcance Material de los Cargos”, se fijó el siguiente parámetro: “corresponde recabar información suficiente sobre la materia objeto de acusación, respecto a dicho ex procesado [Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga] para la verificación de

la responsabilidad penal o no de cada uno de los co-procesados vinculados con el encausado excluido. Para ello se deberá verificar si se produjo o no un incremento patrimonial injustificado con aprovechamiento de la función pública ejercida dentro del marco temporal de imputación por el excluido, con la colaboración de los demás acusados a título de complicidad en dicho incremento patrimonial ilícito, tema *probandum* que deberá determinarse en base a los medios probatorios bajo los principios de conducencia y pertinencia. Asimismo, 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 aquel presunto enriquecimiento se produjo durante el tiempo de desempeño funcional de aquel (es decir si es coetáneo o posterior para demostrar los efectos)”.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Por otro lado, en la citada Ejecutoria, se fijó adicionalmente lo siguiente: “La realización de una pericia contable respecto a los hechos investigados que determinen 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 periodo de examen abarcó solo 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 periodo materia de imputación.” [Fundamento jurídico décimo octavo].

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Finalmente, en el fundamento jurídico décimo sexto de la Ejecutoria Suprema en mención, apartado “Evitación de persecución penal múltiple”, se dispuso lo siguiente: “(...) 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 I Código de Procedimientos Penales o en su caso el artículo doscientos ochenta y cinco-A del indicado cuerpo de leyes, en cuanto fueran pertinentes”; ello, frente al marco genérico de imputación hacia los encausados realizado por el Ministerio Público en la acusación fiscal, de manera tal que al inicio del juicio oral, el fiscal superior fijó como el aporte efectuado por los procesados, básicamente lo siguiente: **a) Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón**, se le imputa específicamente haber prestado colaboración para **ocultar** el patrimonio ilícitamente acopiado por su esposo Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, a través de la adquisición de bienes inmuebles, vehículos, creación de cuentas, adquisición

de acciones y valores, además de abrir cuentas bancarias a nombre de su esposo o en forma mancomunada; b) **Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes**, se les imputa específicamente que por indicación de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, **hicieron uso** del dinero obtenido ilícitamente por este durante el desempeño de sus funciones como oficial del Ejército peruano en el periodo de mil novecientos noventa al dos mil; y como tal constituyeron empresas, adquirieron acciones y títulos valores, vehículos, así como bienes inmuebles a su nombre para aparentar una supuesta solvencia económica.

CUADRAGÉSIMO SEXTO. De la descripción del hecho fáctico imputado a los encausados, se desprende con meridiana claridad que las conductas que se les atribuyó, eran conductas post consumativas. En efecto, en el caso de Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, se le atribuye haber “ocultado el patrimonio ilícitamente acopiado por su esposo Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga”; infiriéndose de ello que el citado Chacón Málaga ya había incrementado ilícitamente su patrimonio y es la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón quien a modo de ayuda, oculta el mismo.

CUADRAGÉSIMO SÉTIMO. En la misma línea, a los encausados Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, se les imputó el **haber hecho uso** del dinero obtenido ilícitamente por Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga durante el desempeño de sus funciones como oficial del Ejército peruano; y como tal constituyeron empresas, adquirieron acciones y títulos valores, vehículos, así como bienes inmuebles a su nombre para aparentar una supuesta solvencia económica. Al respecto, es claro el Ministerio Público al imputar a los citados procesados, el haber hecho uso de dinero que ya había sido obtenido de manera ilícita por el excluido Chacón Málaga; es decir, la conducta de ambos se ubica en una etapa post consumativa, en tanto, se imputa el uso de un dinero que ya había sido obtenido por el referido Chacón Málaga. Por tanto, conforme lo hemos señalado líneas arriba, la Complicidad post consumativa en el delito de enriquecimiento ilícito no resulta punible, pudiendo constituir otro delito [lavado de activos, encubrimiento real, receptación, etc].

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. A guisa de síntesis, cabe precisar que en cuanto a los parámetros establecidos en el Recurso de Nulidad número 2354-2010-LIMA recaído en el presente proceso señalados líneas arriba; se tiene que no se ha cumplido con demostrar con medio de prueba idóneo, el desbalance patrimonial del Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; y mucho menos, que los montos establecidos en el Informe Pericial Contable cuestionado, cuyo estudio fuera realizado a los encausados, se encuentren vinculados con el citado Chacón Málaga. En efecto, en la sesión de fecha trece de agosto del año dos mil quince obrante a fojas ciento seis mil ocho, se debatió si existió o no vinculación entre los montos establecidos en las conclusiones de la Pericia Oficial de los encausados con el mencionado Chacón

Málaga, indicando los peritos suscribientes de dicho examen, lo siguiente: “(...) no se hizo la vinculación entre los investigados, mas sí habíamos hecho la vinculación entre las cuentas internas de cada investigado, entre sus cuentas propias (...) es muy difícil decir si esos montos corresponden o no a ellos.⁴⁴”; asimismo, cuando se les preguntara si el monto establecido como desbalance guardaba vinculación con fondos del Estado, precisaron: “(...) la pericia no ha precisado ninguna terminología al respecto, solamente hemos dicho que existió un desbalance (...)”; es decir, no llegaron a establecer si el desbalance encontrado en los procesados, guarda relación con el excluido Chacón Málaga. Por tanto, en que nos ocupa, no se ha podido desvanecer la presunción de inocencia de los encausados, debiendo quedar absueltos conforme así lo ha sentenciado la Sala Superior.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Finalmente, este Supremo Tribunal debe resaltar que el presente pronunciamiento se hace en función a la sentencia absolutoria que ha sido materia de impugnación por el Ministerio Público y la parte civil, el cual ha hecho posible el desarrollo dogmático penal de ciertos componentes típicos del delito de enriquecimiento ilícito y el grado de participación para esta clase de delito; ello al ser necesarios para la resolución del caso. Los lineamientos fijados, en modo alguno se contraponen a los fundamentos expuestos en mayoría en el Recurso de Nulidad número 2354-2010 recaído en el caso que nos ocupa; resultando el desarrollo de la presente Ejecutoria, fundamentos concretos para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, señores integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, **DISPONEMOS:**

- I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ciento seis mil ciento sesenta y ocho, de fecha doce de octubre del dos mil quince, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, que falla absolviendo de la acusación fiscal a Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, como cómplices del delito contra la administración pública - corrupción de funcionarios en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron. Intervino la señora jueza suprema Chávez Mella por impedimento del señor juez supremo Sequeiros Vargas.

S.S.

PARIONA PASTRANA / NEYRA FLORES / CALDERÓN CASTILLO / FIGUEROA NAVARRRO / CHAVEZ MELLA.

44 Ver fojas 106 020.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ART. 401 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N.º 783-2011

LIMA

Lima, cinco de octubre del dos mil once

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del encausado Villena Peñares y el señor fiscal adjunto superior contra la sentencia de fojas cinco mil quinientos sesenta y seis, del dos de febrero del dos mil once, en el extremo de la condena y la pena impuesta, respectivamente; así como la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la defensa del encausado Villena Peñares; interviniendo como ponente el señor juez supremo PARIONA PASTRANA; de conformidad con los dictámenes de los señores fiscales supremos en lo penal y,

CONSIDERANDO

Primero.- Que, la defensa del encausado Villena Peñares en su recurso fundamentado a fojas cinco mil seiscientos doce, alega que: **I.** no obra prueba que acredite su responsabilidad en el delito imputado; **II.** los informes contables concluyeron que no existe desbalance patrimonial; **III.** el informe contable de fojas cuatro mil ochocientos cuarenta y siete, establece que hubo un desbalance patrimonial de setenta y seis mil con ochocientos setenta y cuatro dólares americanos, sin tener en cuenta la letra de cambio del depósito en CLAE; **IV.** no se debió tener por falso el título valor presentado, por el hecho que no resultan similares a los títulos valores obtenidos de manera irregular por el representante del Ministerio Público; **V.** no obra en autos testimonio de persona autorizada de CLAE o algún miembro de la comisión liquidadora que ilustre a la Sala respecto a la letra de cambio que se cuestiona. **VI.** el Tribunal Superior únicamente tuvo información de la Superintendencia de Banca y Seguro para aseverar que no era cliente de CLAE. **VII.** los suscriptores de la evaluación financiera que concluyen en la existencia de desbalance patrimonial entre los ingresos lícitos y el patrimonio que ostenta el encausado, no ostentan el cargo de peritos contables. **VIII.** La pena y reparación civil resultan excesivas y han sido impuestas sin tener en cuenta el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

Segundo.- Que, el señor fiscal adjunto superior en su recurso fundamentado a fojas cinco mil seiscientos siete, alega que la comisión del delito acreditado en autos

requiere de la imposición de una pena severa al encausado, por tanto, solicita el incremento de la pena impuesta conforme lo solicitado en su dictamen acusatorio, esto es, seis años de pena privativa de la libertad.

Tercero.- Que, el señor fiscal superior en su dictamen acusatorio de fojas tres mil cincuenta y seis, imputó al encausado Villena Peñares que en su condición de Oficial del Ejército Peruano —en el periodo que ostentó el cargo de coronel y general—, haber incrementado indebidamente su patrimonio con la adquisición de bienes inmuebles, vehículos, y con cuentas de ahorros en distintas entidades bancarias y financieras del país, durante los años de mil novecientos noventa al dos mil uno, según se infiere del informe de la Superintendencia de Banca y Seguros número noventa y siete, evidenciándose de esta forma un desbalance patrimonial de trescientos ochenta y cinco mil con trescientos treinta y ocho dólares americanos.

Cuarto.- Que, la defensa del encausado Villena Peñares dedujo excepción de prescripción de la acción penal ante este Supremo Tribunal —véase escrito a fojas sesenta y siete del cuadernillo formado en esta Suprema Sala— esgrimiendo que los hechos imputados datan del mes de enero del año mil novecientos noventa al mes de diciembre del año dos mil uno, por tanto, al haber transcurrido más de veintiún años se cumplió con los plazos exigidos por la prescripción en sus modalidades ordinarias y extraordinarias.

Quinto.- Que, la prescripción —desde un punto de vista general— es la institución jurídica mediante el cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones; y, desde la óptica penal, constituye 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 (véase sentencia del Tribunal Constitucional número ochocientos cinco guión dos mil cinco guión Habeas Corpus).

Sexto.- Que, el Acuerdo Plenario número nueve guión dos mil siete guión CJ diagonal ciento dieciséis, publicado el dieciséis de noviembre del dos mil siete en el diario oficial “El Peruano”, estableció que el Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos modalidades para la prescripción de la acción penal, esto es: *a) ordinaria*: que procede una vez transcurrido un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad —artículo ochenta del Código Penal—; y *b) extraordinaria*: cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario —parte in fine del artículo ochenta y tres del Código Penal—.

Sétimo.- Que, el delito contra la administración pública, en la modalidad de enriquecimiento ilícito, preceptuado por el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, en su texto original, sanciona a aquel 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, con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, lo cual se aplica en atención a lo dispuesto por el artículo sexto del acotado código.

Octavo.- Que, para los efectos de establecer el inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal, debemos remitirnos al artículo ochenta y dos del Código Penal, que regula los plazos de prescripción de la acción penal, señalando que estos comienzan: a) en la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa; b) en el delito instantáneo a partir del día en que se consumó; c) en el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y d) en el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

Noveno.- Que, en ese sentido, este Supremo Tribunal considera que la fecha a tener en cuenta para el inicio del plazo de la prescripción, es el año dos mil uno —en esa misma línea opina el señor fiscal supremo—, y no el año mil novecientos noventa —como pretende la defensa del encausado—, por tanto, en el caso de autos, se exigirá el transcurso de quince años posteriores al evento imputado, advirtiéndose que a la fecha de emitirse el presente pronunciamiento, no ha transcurrido tal plazo, no habiéndose extinguido la acción penal por prescripción, debiendo desestimarse la solicitud incoada.

Décimo.- Que, el delito de enriquecimiento ilícito se caracteriza por ser de connotación genérica y subsidiaria, de acción dolosa, que consiste en aprovecharse o hacer uso indebido del cargo para enriquecerse ilícitamente, mediante cualquier conducta que no esté tipificada como figura propia, tendiente a incrementar su patrimonio con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones, y que no puede ser razonablemente justificado por el mismo agente involucrado (HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *Delitos cometidos por funcionarios públicos con la Administración Pública*, 2.^a ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 224).

Décimo primero.- Que, el tipo penal de enriquecimiento ilícito está configurado por dos elementos fundamentales, dichos elementos abarcan la constatación de un “enriquecimiento real” del funcionario y la “falta de justificación” obre el origen lícito de dicho enriquecimiento; en ese sentido para que pueda hablarse de enriquecimiento debe darse un incremento patrimonial en el funcionario, siendo necesario, para acreditar dicho incremento, un informe contable y financiero que demuestre que el promedio de productividad del acusado y su aptitud financiera no puedan explicar el incremento patrimonial constatado. Una vez acreditado el enriquecimiento inexplicable por las investigaciones de las autoridades, el acusado tiene que demostrar que el enriquecimiento provenía de fuentes lícitas; es por ello, que para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento se produce la inversión de la carga de la prueba, toda vez que, las autoridades competentes han cumplido con demostrar que el funcionario presenta un desbalance patrimonial.

Décimo segundo.- Bajo la conceptualización referida, de la revisión de autos se ha logrado acreditar que el estado financiero del encausado Villena Peñares presenta un

desbalance patrimonial, ello a mérito del informe financiero de la Superintendencia de Banca y Seguros número ciento tres, del treinta de abril del dos mil cuatro, de fojas mil doscientos treinta y uno, que detalla de manera cronológica los ingresos, egresos y adquisiciones de bienes del encausado Villena Peñares durante el periodo de mil novecientos noventa a dos mil uno, concluyendo que la sociedad conyugal Villena Mendoza, presenta “un desequilibrio financiero entre sus ingresos y sus gastos”, en tanto, sus movimientos de capital detectados en el sistema financiero ascienden a seiscientos ochenta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y cuatro dólares americanos, los cuales no serían congruentes con sus ingresos, los cuales llegan solamente a trescientos tres mil ciento dieciséis dólares americanos, generando un desequilibrio de trescientos ochenta y cinco mil trescientos treinta y ocho dólares americanos; señalando además dicho informe, que el encausado Villena Peñares no sustentó documentadamente ni en cálculos proyectados los fondos que poseía en CLAE, los cuales ascendían a trescientos diecisiete mil novecientos ochenta y nueve dólares americanos; además, tampoco pudo justificar las diversas adquisiciones de inmuebles a su nombre y a nombre de sus hijos, adquisiciones que se hicieron con fondos del encausado Villena Peñares; aunado a ello se encuentra *el informe pericial elaborado por los peritos contadores públicos colegiados*, de fojas cuatro mil ochocientos cuarenta y siete, el cual concluyó que existe un desequilibrio financiero ascendente a la suma de setenta y seis mil ochocientos setenta y cuatro dólares americanos, y si bien dicho informe señala que no habría desbalance si se considera cierto que el encausado Villena Peñares recibió un cheque por la suma de ciento setenta y un mil setecientos trece con ochenta y nueve dólares americanos, de la empresa CLAE, en el año de mil novecientos noventa, por concepto de ahorro, sin embargo, dicha pericia señala, a fojas cuatro mil ochocientos cincuenta y ocho, que la fotocopia de la letra presentada para acreditar dicho ingreso —fojas mil novecientos cuatro— no satisface los requerimientos para considerarla como prueba legítima de dichos ingresos; por ello, los ingresos supuestamente percibidos por la inversión, que habría sido realizada por la empresa CLAE, no puede ser objeto de análisis contable, subsistiendo el desbalance patrimonial.

Décimo tercero.- Que, si bien *el informe pericial numero veintidós guión dos mil cinco DIRCOCOR PNPDIVAMP-DICF*, de fojas dos mil cuatrocientos cincuenta y tres, señala que la sociedad conyugal conformada por el encausado Villena Peñares y su esposa, muestra un ingreso balanceado, toda vez que, sus ingresos le permitieron cubrir sus gastos e inversiones y mantener un saldo favorable en forma permanente y sostenida durante el periodo comprendido entre los años de mil novecientos noventa a dos mil; sin embargo, debe precisarse que dicho informe pericial validó el ingreso producto de los intereses generados en la empresa CLAE, no obstante, que no está acreditado en autos que tal ingreso haya sido real, por tanto, el referido informe no

resulta ajustado a los ingresos reales del encausado; en el mismo sentido, el dictamen pericial de fojas dos mil setecientos sesenta y ocho, refiere que la sociedad conyugal conformada por el encausado Villena Peñares y su esposa no presenta desbalance patrimonial alguno, sin embargo, dicha pericia toma como válida el supuesto ingreso obtenido a través de los intereses originados en la empresa CLAE, situación que le resta falta de apego a la realidad; más aún, si en el informe de fojas mil seiscientos cincuenta y uno, se indica que el encausado Villena Peñares no figura en la base de datos elaborado por funcionarios de la Superintendencia de Banca y Seguros; extremo que se corrobora con el informe de fojas mil setecientos cuarenta y cuatro, en cuanto a que el encausado no figura en la base de datos elaborada por la Superintendencia de Banca y Seguros, resultando poco creíble por reglas de la experiencia que habiendo cobrado una cantidad de dinero considerable, no figure en la base de datos de la entidad aludida, pues, la misma tiene como base los archivos de la Empresa CLAE.

Décimo cuarto.- Que, el enriquecimiento por sí mismo no constituye una acción reprochable, no es ilícito, sino que la ilicitud radica en no justificar dicho enriquecimiento, esta situación no cambia por el hecho de que el tipo penal no exija expresamente al funcionario demostrar la ilicitud del origen de los bienes que generan el incremento patrimonial, pues, su naturaleza reside precisamente en la necesidad de demostrar que el incremento del patrimonio es legítimo. En ese sentido, “luego de probado el enriquecimiento inexplicable por las investigaciones de la autoridad, el acusado tiene que demostrar que el enriquecimiento provenía de fuentes lícitas; recién entonces podrá hablarse de un injusto penal; es por ello que para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento se produce una inversión de la carga de la prueba” —ABANTO VÁZQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2003—; que, la referida inversión de la carga de la 1 Aprueba no se opone ni contradice al mandato constitucional, toda vez que, el desbalance producido se genera por la propia actuación del funcionario, consecuentemente, al ostentar tal calidad, tiene el deber de rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos, tanto más que, el artículo cuarenta y uno de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, establece taxativamente que todos los funcionarios y servidores públicos deben efectuar su declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar del mismo, mandato que incluso estuvo vigente en el artículo sesenta y dos de la Constitución Política del Estado de mil novecientos setenta y nueve.

Décimo quinto.- Que, de la revisión de lo actuado se infiere que el encausado Villena Peñares no cumplió con justificar el desbalance patrimonial en que incurrió, y ello se advierte del informe financiero de la Superintendencia de Banca y Seguros número ciento tres, del treinta de abril del dos mil cuatro, de fojas mil doscientos treinta y uno, donde se indica que el encausado Villena Peñares no

sustentó documentadamente los fondos que poseía en CLAE, los cuales ascendían a trescientos diecisiete mil novecientos ochenta y nueve dólares americanos; si bien el encausado Villena Peñares presentó una letra de cambio —fojas mil novecientos cuatro—, mediante la cual pretende justificar el desbalance patrimonial en que ha incurrido, sin embargo, la referida letra de cambio presentada como medio probatorio, no cumple con los requisitos de validez necesarios para ser tomada en cuenta, ello se advierte del informe pericial elaborado por los peritos contadores públicos colegiados, el cual señala a fojas cuatro mil ochocientos cincuenta y ocho, que la fotocopia de la letra presentada para acreditar los ingresos del encausado Villena Peñares no satisface los requerimientos para considerarla como prueba legítima de dichos ingresos; “por ello, los ingresos supuestamente percibidos por la inversión, que habría sido realizada por la empresa CLAE, no puede ser objeto de análisis contable, por tanto, aun subsiste el desbalance patrimonial”; además, si bien el encausado Villena Peñares señala que la referida letra de cambio —fojas mil novecientos cuatro— acredita que parte de su patrimonio está constituido por el pago de intereses que la empresa CLAE realizó a su favor, sin embargo, dicha versión no se encuentra respaldada con elementos probatorios que le den credibilidad; en ese sentido, se tiene que los ahorros del encausado Villena Peñares en la empresa CLAE no se encuentran acreditados en autos con elemento probatorio que dote de solidez a su afirmación; asimismo, se tiene que la afirmación sostenida por éste en su declaración da de fojas ochocientos noventa y ocho, indagatoria de fojas mil noventa y seis, instructiva de fojas mil cuatrocientos dieciocho, y acto oral de fojas cinco mil doscientos cincuenta y cinco, en relación a que mantuvo relación financiera con CLAE está desvirtuada con lo antes acotado.

Décimo sexto.- Que, si bien la defensa del encausado Villena Peñares cuestiona la evaluación realizada por los analistas financieros que concluyeron que existe desbalance patrimonial, señalando que quienes realizan dicho informe no son peritos contables, por lo que el valor de dicho análisis es irrelevante; sin embargo, debe tenerse en cuenta que aún cuando los analistas financieros no han sido nombrados peritos, al informar sobre aspectos técnicos propios de su especial formación profesional, sus conclusiones tienen el mismo mérito probatorio que a pericia; tanto más si dicho informe ha sido incorporado lícitamente al proceso, debiéndose agregar que, en el transcurso del proceso la defensa del encausado no cuestionó los referidos informes, con la interposición de tacha conforme lo establecido en nuestro ordenamiento procesal penal, por tanto, debe desestimarse el cuestionamiento que pretende efectuar ante esta Instancia Suprema.

Décimo séptimo.- Que, a manera de ilustración debe efectuarse un recuento sobre la **Unidad Monetaria de curso legal que rigió en el país:** a) *Sol de Oro*: estuvo vigente desde el mes de abril de mil novecientos treinta y uno —por Decreto Ley siete mil ciento veintiséis— a enero de mil novecientos ochenta y cinco; b) *Inti*: vigente del

primero de febrero de mil novecientos ochenta y cinco —a mérito de la Ley número veinticuatro mil sesenta y cuatro, publicada el doce de enero del mencionado año— hasta el treinta de junio de mil novecientos noventa y uno; que, en dicho lapso entro en vigencia el inti millón a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y uno, en atención al Decreto Supremo número trescientos veintiséis guión noventa guión EF, publicado el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa; c) *Nuevo Sol*: es la moneda que está circulando en la actualidad desde el primero de julio de mil novecientos noventa y uno, mediante la Ley número veinticinco mil doscientos noventa y cinco, publicado el tres de enero del mencionado año.

Décimo Octavo.- Que, al respecto se tiene que el encausado Villena Peñares sostuvo en su descargo a fojas mil noventa y seis, haber efectuado el depósito de ochocientos nuevos soles oro, en el mes de junio de mil novecientos ochenta y cuatro en CLAE, y que con un interés legal del veintidós por ciento trimestral capitalizado hasta diciembre de mil novecientos noventa, ganó un total de ciento setenta y un mil setecientos trece soles oro, que convertido al equivalente en dólares americanos llegó a trescientos diecisiete mil novecientos ochenta y ocho dólares americanos, con el tipo de cambio de cero punto cincuenta y cuatro, hasta el treinta de junio de mil novecientos noventa y uno; sin embargo, tal argumentación se desvirtúa con el informe de la Superintendencia de Banca y Seguro de fojas mil doscientos treinta y tres, donde se consignó que el INTI entró en vigencia a partir del primero de febrero de mil novecientos ochenta y cinco hasta el treinta de junio de mil novecientos noventa y uno, por lo que estos ochocientos soles oro al convertirse en intis no pudieron alcanzar el monto de dinero señalado por el referido encausado, tanto más, si el tipo de cambio que señaló no era el vigente.

Décimo noveno.- Que, para los efectos de verificar la dosificación de la pena im- puesta debe estimarse que las exigencias que determinan su aplicación no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo octavo del título preliminar del Código Penal, que constituye un límite al *ius puniendi* en tanto procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse, y que estas en rigor deben cumplir los fines que persigue la pena —preventiva, protectora y resocializadora—, conforme lo prevé el numeral sexto del artículo cinco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo que ha sido recogido en el numeral veintiuno y veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, y en el artículo noveno del título preliminar del Código Penal.

Vigésimo.- Que, los criterios legales y de razonabilidad aludidos fueron debidamente apreciados por el Colegiado Superior al imponer la sanción penal al encausado Villena Peñares, así como sus condiciones personales establecidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, su condición de agente primario al no

registrar anotación conforme se advierte del certificado de antecedentes judiciales de fojas cinco mil quinientos veinticinco, situaciones que permitieron la reducción de la pena solicitada por el representante del ministerio Público —solicitó seis años de pena privativa de libertad a fojas tres mil setenta y cuatro—.

Vigésimo primero.— Que, todo delito acarrea como consecuencia no solo la imposición de una pena, sino también da lugar al surgimiento de la “responsabilidad civil” por parte del autor o los autores del hecho delictivo, la misma que se fijará en atención al artículo noventa y tres del Código Sustantivo, la cual señala que, “la reparación civil comprende: a) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y, b) la indemnización de los daños y perjuicios”; que el primero de los elementos antes citados importa “restaurar o reponer la situación jurídica quebrantada por la comisión de un delito o falta”, mientras que el segundo incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del bien jurídico protegido.

Vigésimo segundo.— Que, de la revisión y estudio de autos, teniéndose además presente los agravios alegados por la defensa del encausado Villena Peñares —respecto a la reparación civil—; se tiene que la institución de la reparación civil, en el ámbito penal repara o compensa los efectos que el delito produjo, en ese sentido, se tiene que el monto fijado como reparación civil por el Tribunal Superior se encuentra acorde a lo actuado, atendiendo además, que con la comisión de este tipo de delito se ve afectado el erario de la administración pública, más aún, si el monto de la reparación civil impuesta se fijó por debajo de lo propuesto por el procurador público a fojas cinco mil doscientos cuarenta y cuatro.

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **INFUNDADA** la excepción de prescripción de la acción penal solicitada por la defensa del encausado Rigoberto Roberto Villena Peñares en el proceso seguido en su contra por el delito contra la administración pública, en la modalidad de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado.
- II. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cinco mil quinientos sesenta y seis, del dos de febrero del dos mil once, que condenó a Rigoberto Roberto Villena Peñares como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, y que por mayoría le impusieron cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en la suma del dos millones de nuevos soles el importe que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del Estado; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron. Interviene el señor juez supremo Zecenarro Mateus por licencia del señor juez supremo Rodríguez Tineo.

SS.

VILLA STEIN / **PARIONA PASTRANA** / NEYRA FLORES / CALDERÓN CASTILLO / ZECENARRO MATEUS

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ART. 401 DEL CP)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CAS. N.º 953-2017
LIMA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de agosto del dos mil dieciocho

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por el acusado Manuel Enrique Cárdenas Valseca (ff. seiscientos ochenta y tres a setecientos once) contra la Sentencia de Vista número cuatro, del veintiuno de junio del dos mil diecisiete (ff. seiscientos cuarenta y ocho a seiscientos setenta y siete), que **confirmó** la sentencia expedida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal que: I. Condenó a Cárdenas Valseca, como autor del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, imponiéndole cinco años de pena privativa de libertad, y de igual modo le impuso medidas limitativas de derechos por el plazo de un año. II. Confirmó la apelada en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión resarcitoria, solicitada por el actor civil, respecto del ilícito de enriquecimiento ilícito, y en consecuencia estableció en 272 353 85 soles el monto que deberá abonar el sentenciado, a favor del Estado peruano; **revocó** la citada sentencia en el extremo que condenó al acusado al pago de costas, **reformándola** lo exoneraron de dicho pago.

Intervino como ponente el señor juez supremo CHAVES ZAPATER.

ANTECEDENTES

1. IMPUTACIÓN FÁCTICA FISCAL¹

El representante del Ministerio Público imputó a Manuel Enrique Cárdenas Valseca, que en su condición de funcionario público, cometió el delito de enriquecimiento ilícito, pues durante el periodo 2009 a 2012, obtuvo ingresos por un total de 2 545 722,50 soles, pero sus gastos fueron de 2 773 076,34 soles, se tuvo un desbalance patrimonial de 227 353,84 soles, que no han sido justificados conforme se apreció del informe pericial. Sostuvo que el imputado ha transgredido el código de ética, apro-

1 Folios 1 al 40 del cuaderno de debate- t. I.

vechándose de su cargo, pues este laboró en el Servicio de Abastecimiento Técnico (SEBAT) como segundo comandante y, luego, fue designado al Departamento de Abastecimiento del Comando de Material (COMAT). En el SEBAT, se desempeñó en los cargos de jefe de la Oficina de Inspectoría (en el periodo 2009) y como segundo comandante (en los años 2010-2011), al ser designado como jefe del Departamento de Abastecimiento del COMAT (durante los años 2012-2013). Se le imputó haber incrementado su patrimonio desde enero de 2009 a agosto del 2012, produciéndose, como ya se anotó un desbalance de 227 353,84 soles, cuya mayor captación fue en los años 2011 y 2012, cuando se desempeñaba como segundo comandante del SEBAT. En cuanto a la acusada Clarisa Escobedo Paredes, el Ministerio Público le atribuyó haber realizado diferentes ingresos a sus diversas cuentas bancarias, sin que estos pudieran ser justificados.

2. ITINERARIO DEL PROCESO

2.2. EN PRIMERA INSTANCIA

2.2.1. El señor fiscal provincial formuló acusación contra Manuel Enrique Cárdenas Valseca, en calidad de autor del delito de enriquecimiento ilícito, sancionado en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, en agravio del Estado, y solicitó se le impongan seis años de pena privativa de libertad, e inhabilitación por el plazo de seis años conforme al artículo treinta y seis, numerales uno y dos, del mismo texto normativo; contra Clarisa Escobedo Paredes, en calidad de cómplice primaria, del delito de enriquecimiento ilícito, tipificado en el artículo cuatrocientos uno del citado código, en agravio del Estado; y solicitó se le impongan seis años de pena privativa de libertad, e inhabilitación por el periodo de seis años conforme al artículo antes citado, y se les obligue al pago de 454 707,68 soles por concepto de reparación civil a favor del Estado. Una vez que se llevó a cabo la audiencia de control de acusación (f. cuarenta y siete del cuaderno de debate), el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento, declarando saneada la acusación fiscal y determinó, que el Juzgado competente para conocer el juicio oral es el Juzgado Penal Unipersonal de Lima (f. cuarenta y nueve).

2.2.2. En primera instancia, el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, dictó la sentencia del veintidós de febrero del dos mil diecisiete (f. s ciento cincuenta y tres a doscientos nueve), que absolvió de la acusación fiscal a Clarisa Escobedo Paredes, en su calidad de cómplice primaria del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado; y condenó a Cárdenas Valseca, como autor del mismo delito, previsto en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, en agravio del Estado, imponiéndole cinco años de pena privativa de libertad, y le impuso medidas limitativas de derechos por el plazo de un año; y declaró fundada

en parte la pretensión resarcitoria, solicitada por el actor civil, la que estableció en 272 353,85 soles, que deberá abonar el sentenciado, a favor del Estado peruano; finalmente, lo condenó al pago de costas.

2.2.3. Contra esta sentencia, la defensa de Manuel Enrique Cárdenas Valseca (ff. doscientos dieciséis a doscientos sesenta y tres), interpuso recurso de apelación, que fue concedido en el f. cuatrocientos quince, por la Primera Sala Penal de Apelaciones.

3. TRÁMITE IMPUGNATORIO EN SEGUNDA INSTANCIA

3.1. Efectuada la audiencia de apelación de sentencia, en las sesiones del diecisiete de mayo del dos mil diecisiete (f. seiscientos veinticinco), veintiséis de mayo del dos mil diecisiete (f. seiscientos treinta y tres), cinco de junio del dos mil diecisiete (f. seiscientos cuarenta) y el nueve de junio del dos mil diecisiete (f. seiscientos cuarenta y dos) el Tribunal de Apelación cumplió con dictar la sentencia de vista del veintiuno de junio del dos mil diecisiete (f. seiscientos cuarenta y ocho).

3.2. Tal sentencia de vista, ahora recurrida en casación, confirmó la resolución expedida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal que: I. Condenó a Cárdenas Valseca, como autor del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, imponiéndole cinco años de pena privativa de libertad, y medidas limitativas de derechos por el plazo de un año. II. Confirmó además el extremo que declaró fundada en parte la pretensión resarcitoria, solicitada por el actor civil, respecto del ilícito de enriquecimiento ilícito, y en consecuencia estableció en 272 353,85 soles el monto que deberá abonar el sentenciado Cárdenas Valseca, a favor del Estado peruano, y revocó la citada sentencia en el extremo que lo condenó al pago de costas, reformándola lo exoneraron del pago.

4. TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. Pronunciada la sentencia de vista y dentro del plazo legalmente establecido, el acusado Cárdenas Valseca, interpuso recurso de casación (ff. seiscientos ochenta y tres a setecientos once), el que fue concedido en el f. setecientos doce, elevándose a este Supremo Tribunal.

4.2. Cumplido el trámite de traslado a las partes, sin ofrecimiento de nuevas pruebas, esta Suprema Sala, por ejecutoria del once de diciembre del dos mil diecisiete (ff. cien a ciento siete del cuadernillo), declaró **bien concedido** el recurso de casación propuesto por el acusado Manuel Enrique Cárdenas Valseca, por los motivos casacionales, propuestos: 1. Se precisen, los límites entre el deber de justificación recaído sobre el funcionario o servidor público, y el deber de la carga de la prueba del representante del Ministerio Público, en el delito de enriquecimiento ilícito.

Al no encontrarse precisados tales límites, se vulneró el principio de la carga de la prueba, al exigírsele al acusado demostrar aspectos que no le competen (ello en relación con el artículo cuatrocientos veintinueve, numeral uno, del Código Procesal Penal); 2. Si la sola existencia de un desbalance patrimonial no justificado en un funcionario o servidor público deviene automáticamente en delito de enriquecimiento ilícito por la mera convergencia circunstancial del cargo público desempeñado, sin que se requiera un mínimo sustento probatorio o de corroboración que permita concluir adecuadamente en la vulneración de sus funciones (artículo cuatrocientos veintinueve, numeral tres, del CPP).

Se declaró bien concedido el recurso por esta Suprema Sala al considerar que los temas propuestos por el casacionista, cumplieron con los requisitos de procedencia y en estos extremos se precisa revisar la materia y expedir un pronunciamiento de fondo, sobre aspectos doctrinarios que requieren desarrollo por Corte Suprema.

- 4.3. Tramitado el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la audiencia de casación el día diecinueve de julio del dos mil dieciocho y luego de ser debidamente notificadas las partes procesales, estas asistieron. Se dejó expresa constancia de su concurrencia y fueron escuchadas por la Sala.
- 4.4. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia, absolviendo el grado la que se leerá en acto público, conforme con los artículos cuatrocientos treinta y uno, numeral cuatro, del Código Procesal Penal, y cuatrocientos veinticinco, numeral cuatro, del código adjetivo.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

5. Los motivos casacionales: I. Respecto de la carga de la prueba. Hasta qué punto está obligado el acusado a demostrar su solvencia económica. II. Si la sola existencia de un desbalance patrimonial no justificado en un funcionario o servidor público deviene automáticamente en delito de enriquecimiento ilícito por la mera convergencia circunstancial del cargo público desempeñado, sin que se requiera un mínimo sustento probatorio o de corroboración que permita concluir adecuadamente en la vulneración de sus funciones.

5.1. El artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción², respecto al enriquecimiento ilícito, sostiene que: “Con sujeción a su Constitución y a los

2 Esta Convención, que fue el primer instrumento jurídico internacional en este campo, menciona expresamente entre sus fundamentos, el reconocimiento de la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento de tal carácter que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla, y consecuentemente

principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Parte 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. [...]*”.

5.2. El artículo veinte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, enriquecimiento ilícito, sostiene que: “Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que *no pueda ser razonablemente justificado por él.*”

5.3. El artículo cincuenta y cinco de la Constitución Política del Estado, refiere que los Tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional.

5.4. Artículo cuatro del Convenio de La Haya, sostiene que: “La Apostilla prevista en el artículo tres, párrafo primero, se colocará sobre el propio documento o sobre una prolongación del mismo y deberá acomodarse al modelo anexo al presente convenio. Sin embargo, la Apostilla podrá redactarse en la lengua oficial de la autoridad que la expida. Las menciones que figuren en ella podrán también ser escritas en una segunda lengua. El título “Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)” deberá mencionarse en lengua francesa.”

5.5. Las fuentes internacionales antes citadas, hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y nos muestra de un modo relativo la inversión de la carga de la prueba. En donde la carga de probar, está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son

mente con esta motivación, se fijó dos propósitos: El primero, promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Y, el segundo, promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

La CICC establece obligaciones vinculantes dentro del marco del derecho internacional e identifica los actos de corrupción a los que se aplicará, así como principios para combatir eficazmente la corrupción. Subraya la importancia de las medidas para prevenirla; aborda el desarrollo institucional y la aplicación efectiva de las medidas que se adopten para enfrentarla; exige la tipificación de ciertas conductas corruptas específicas; y contiene disposiciones sobre extradición, incautación de activos, asistencia jurídica recíproca y asistencia técnica en casos de corrupción que ocurran en otros Estados Parte o que los afecten. Recuperado de <<https://bit.ly/3mKkFDX>>.

muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita.

5.6. En el caso en concreto el Ministerio Público acusó a Manuel Enrique Cárdenas Valseca —comandante de la Fuerza Aérea del Perú— que, en su condición de funcionario público, perpetró el delito de enriquecimiento ilícito, ayudado por su coimputada Clarisa Escobedo Paredes —esposa—. Precisó que fue en el periodo 2009 a 2012 donde obtuvo ingresos por un total de 2 545 722,50 soles, pero sus gastos fueron de 2 773 076,34 soles, se tuvo un desbalance patrimonial de 227 353,84 soles, el cual ha sido acreditado con la declaración del perito Rolando Marcelo Julca Rodríguez (f. 95) quien señaló que el objeto del Informe Pericial N.º 063-2013, era practicar una pericia contable en el patrimonio del acusado, a fin de determinar si existió un desbalance patrimonial en el periodo comprendido entre enero de 2009 y agosto de 2012. Para lograr su cometido utilizó la metodología basada en la experiencia, así como la documentación presentada en la investigación, por parte de la Fiscalía y la Contraloría, de igual forma, indicó que tuvo a la vista toda la documentación de la investigación contable efectuada por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos-SUNARP, Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria-SUNAT. Precisó que encontró un desbalance de 213 264,00 soles. Informe pericial que fue ampliado, en el cual concluyó como desbalance patrimonial final en 227 353,84 soles.

PERIODO	INGRESOS	EGRESOS	TOTAL, ANUAL
2009	273 850,22	164 597,44	109 252,78
2010	844 723,67	798 701,14	46 022,53
2011	1 043 991,02	1 181 739,88	-137 748,86
2012	383 157,59	628 037,88	-244 880,29
TOTAL	2 545 722,50	2 773 076,34	-227 353,84

5.7. La defensa del acusado pretende acreditar su incremento patrimonial, al sostener que el testigo Fernando Rojas Rojas, quien radica en Venezuela, le prestó 93 000,00 dólares, con quien celebró los siguientes contratos de préstamo: el primero celebrado el nueve de abril del dos mil nueve, por el monto de 30 000,00 dólares; segundo préstamo el doce de febrero del dos mil diez, por el igual monto, y finalmente el cuatro de octubre del dos mil once por 33 000,00 dólares; y para acreditar la solvencia económica de Rojas Rojas, se presentaron varios documentos (f. 420 y siguientes) que revelarían su titularidad en diversos bienes inmuebles e ingresos económicos, como los documentos referidos a contratos de arrendamiento, compromiso de

compraventa, contratos de compraventa entre otro. Se debe tener en consideración que todos esos documentos han sido elaborados en la República Bolivariana de Venezuela, y su legalización corresponde a notarios públicos de dicho país, por lo que de conformidad con el artículo uno de la Convención de la Haya sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros de mil novecientos sesenta y uno, que entró en vigencia en el Perú el treinta de setiembre del dos mil diez, de la cual también Venezuela es parte, los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado, deberán cumplir con las formalidades de apostillado que establece dicho convenio. Documentos que fueron admitidos por el Colegiado Superior como prueba nueva, para su actuación en juicio de apelación, los que no cumplen con el procedimiento de apostillado que exige la Convención de La Haya, para que un documento público elaborado en el extranjero ingrese válidamente al territorio de otro Estado y produzca efectos jurídicos, por cuanto no cuenta con una certificación efectuada por la autoridad competente del Estado en el cual se originó el documento y tampoco se ha colocado el título “APOSTILLE” como exige el artículo cuatro de la anotada norma internacional. Por lo tanto, los mencionados documentos, de conformidad con la Convención de La Haya carecen de validez para producir efectos jurídicos en el Perú; en ese sentido, no sirven para acreditar la solvencia económica de Luis Fernando Rojas Rojas.

5.8. Respecto de la acreditación del préstamo de 93 000,00 dólares que el sentenciado Cárdenas Valseca, refiere haber recibido del prestamista Rojas Rojas. No se ha obtenido en juicio medio de prueba alguno, más allá del dicho de la persona del acusado Cárdenas Valseca, que acredite la existencia de un préstamo por la suma de 93 000,00 dólares que dice haber recibido de su cuñado Rojas Rojas, no pasando desapercibido que el artículo cuatro de Ley de Bancarización N.º 28194, exige que toda operación que supere los 5 000,00 soles o su equivalente a 1 500,00 dólares, tiene que pasar por un medio financiero; por lo que al no existir la formalidad financiera, no estarían justificados los actos del préstamo.

5.9. El representante del Ministerio Público, demostró la existencia de un incremento patrimonial desproporcionado del acusado, conforme a sus ingresos regulares, en el tiempo que desempeñó el cargo de funcionario público, sin embargo, al no haber acreditado el acusado la licitud de su solvencia económica, de manera razonablemente creíble, corresponde desestimar el recurso de casación.

5.10. Se debe tener en cuenta que para los autores José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heuderbert, en su obra: Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada, sostienen con respecto al artículo cuatrocientos uno del Código Penal, “esta norma contiene una disposición que ha sido muy criticada al

establecer un criterio indiciario de la comisión del delito que implicaría una inversión de la carga de la prueba, pues señala que considerará que existen indicios de enriquecimiento ilícito cuando el funcionario o servidor público aumenta notoriamente su patrimonio o poder adquisitivo. Estos incrementos del patrimonio y gasto deberán ser muy superiores a los que normalmente haya podido obtener como consecuencia de sus ingresos legítimos. Cuando ello ocurra, corresponderá al funcionario destruir la presunción indiciaria acreditando la licitud de su solvencia económica. Pese a las críticas, esta disposición ha sido incorporada en muchas legislaciones e incluso forma parte de tratados internacionales como las convenciones anticorrupción.”

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. **Declararon: INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el acusado Manuel Enrique Cárdenas Valseca (f. s seiscientos ochenta y tres a setecientos once); en consecuencia: **NO CASARON** la sentencia de vista número cuatro del veintiuno de junio del dos mil diecisiete (f. s seiscientos cuarenta y ocho a seiscientos setenta y siete), que confirmó la sentencia expedida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal que: I. Condenó a Manuel Enrique Cárdenas Valseca, como autor del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, imponiéndole cinco años de pena privativa de libertad, y de igual modo le impuso medidas limitativas de derechos por el plazo de un año. II. Confirmó la apelada en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión resarcitoria, solicitada por el actor civil, respecto del ilícito de enriquecimiento ilícito, y en consecuencia estableció en 272 353,85 soles que deberá abonar el sentenciado Cárdenas Valseca, a favor del el Estado peruano, y revocó la citada sentencia, en el extremo que condenó al pago de costas al acusado Cárdenas Valseca, reformándola lo exoneraron de tal pago.
- II. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes, y se publique en el diario oficial “El Peruano”, de conformidad con lo previsto en el artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.
- III. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el presente proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema, y se notifique a las partes procesales.

S. S.

LECAROS CORNEJO / SALAS ARENAS / QUINTANILLA CHACÓN / CHAVES ZAPATER / CASTAÑEDA ESPINOZA

FUNDAMENTO PROPIO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS RESPECTO A LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO:

Lima, diecisiete de agosto del dos mil dieciocho

Compartiendo el fondo de la decisión estimo necesario precisar que:

1. En el fundamento cinco punto cinco de la ejecutoria suprema se expresa que el artículo ix de la Convención Interamericana contra la Corrupción y el artículo veinte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establecen, de manera relativa, la inversión de la carga de la prueba, debido a que el funcionario público debe acreditar que el desbalance patrimonial tuvo una causa justificada lícita.
2. Estimo que los citados artículos no señalan que en el delito de enriquecimiento ilícito exista inversión de la carga de probar. Una afirmación tal sentido podría afectar la presunción de inocencia y la no autoincriminación. En el fundamento jurídico décimo cuarto del Recurso de Nulidad N.º 2939-2015-Lima, se señaló que “entender que el delito de enriquecimiento ilícito exige una justificación razonable al funcionario o servidor público colisiona con el derecho del procesado a guardar silencio frente a la imputación; actitud que puede tener sustento en el derecho a la no autoincriminación, de tesitura igualmente convencional y, por ende, constitucional” (sic).

En el delito de enriquecimiento ilícito no hay en estricto una inversión de la carga de la prueba, sino una distribución de la carga de la prueba³, debido a que el señor representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal, debe probar la existencia del desbalance patrimonial, mientras que el funcionario público, en el ejercicio del derecho de defensa que lo asiste, podrá responder al indicio imputado por el señor fiscal⁴.

S. S.

SALAS ARENAS

3 MONTTOYA VIVANCO, Yván, “El delito de enriquecimiento como delito especial de posesión”, en *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionario en Perú*, Lima: IDEHPUCP, p. 58.

4 MONTTOYA VIVANCO, “El delito de enriquecimiento como delito especial de posesión”, art. cit., p. 59.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ART. 401 DEL CP)**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA****CAS. N.º 1247-2017****LIMA****SENTENCIA DE CASACIÓN**

Lima, treinta y uno de julio de dos mil dieciocho

VISTOS: en audiencia pública, la casación de oficio concedida a las empresas Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., Emprendedores de San Juan S. A. C., y Asesoría, Consultoría y Formación Integral S. A. C., por supuesta afectación de la causal prevista en el inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, contra la sentencia de vista del veintiocho de agosto de dos mil diecisiete (f. mil cincuenta y tres), en el extremo que confirmó la sentencia del treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete (f. setecientos cincuenta y cuatro), que ordenó el decomiso de los bienes especificados a partir de la página noventa y tres hasta la página ciento cinco de la sentencia de primera instancia. Oído el informe oral de las defensas técnicas y del fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente el juez supremo CASTAÑEDA ESPINOZA.

CONSIDERANDO**FUNDAMENTOS DE HECHO****PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA**

Para un mejor entendimiento de lo que es objeto de pronunciamiento, resulta necesario precisar cuáles fueron los hechos que se atribuyeron a los ahora sentenciados Carlos José Burgos Horna, David Elías Nestares Silva y Jessica Karina Oviedo Alcázar (siendo el primero de los sentenciados, gerente general de las empresas Emprendedores de San Juan S. A. C. y Publicidad y Servicios Generales BOGA S. A.; mientras que el segundo de dichos imputados, es gerente general de la empresa Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C., conforme a sus escritos de f. cuatrocientos veinticinco, cuatrocientos treinta, y cuatrocientos treinta y seis: al apersonarse —dichas empresas— al juicio), pues el decomiso de los bienes objetado por las personas jurídicas recurrentes está directamente vinculado a la comisión de

los delitos atribuidos; por los cuales, los aludidos imputados fueron condenados a las siguientes penas: A Carlos José Burgos Horna, dieciséis años de pena privativa de libertad (ocho años por enriquecimiento ilícito y ocho años por delito de lavado de activos); mientras que a David Elías Nestares Silva y a Jessica Karina Oviedo Alcázar, trece años de pena privativa de libertad (cinco años por enriquecimiento ilícito y ocho años por lavado de activos, a cada uno). En ese sentido, tenemos:

1.1. HECHOS PROBADOS

A. RESPECTO AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1.1.1. Se atribuyó a Carlos José Burgos Horna, en calidad de autor directo, el delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el primer y segunda párrafos, del artículo cuatrocientos uno, del Código Penal, por cuanto durante el ejercicio del cargo de alcalde del Consejo Distrital de San Juan de Lurigancho, en el periodo comprendido entre enero de dos mil siete y junio de dos mil trece, incrementó ilícitamente su patrimonio respecto a sus ingresos legítimos, presentando un desbalance patrimonial acumulado por la suma de ocho millones cuatrocientos cuarenta y cinco mil doscientos diez soles con cero un céntimo, como consecuencia del ejercicio abusivo del cargo público que ostentó. El acusado se valió del más alto cargo de dirección y decisión en dicha institución edil, para abusar del cargo público que ejercía y obtener grandes sumas de dinero que no se justifican con sus ingresos percibidos lo cual le permitió ingresar injustificadamente su patrimonio a través de la constitución de empresas, realizar préstamos de dinero a favor de sus empresas, adquirir directamente bienes y efectuar mejoras en los inmuebles adquiridos.

1.1.2. Se imputó a la acusada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de autora directa, el delito de enriquecimiento ilícito, conducta prevista en el primer párrafo, del artículo cuatrocientos uno, del Código Penal. Durante el ejercicio del cargo de asesora externa y asesora II, del despacho de alcaldía del Consejo Distrital de San Juan de Lurigancho, en el periodo de dos mil siete al dos mil ocho, incrementó ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, presentando un desbalance patrimonial acumulado por la suma de doscientos veintinueve mil quinientos cuarenta y un soles con treinta y tres céntimos; como consecuencia del ejercicio abusivo del cargo público que ostentó, esto es, asesora del más alto cargo de dirección y decisión en dicha institución edil, del cual se valió para incrementar injustificadamente su patrimonio a través de la constitución de empresa y adquirir directamente bienes muebles y vehículos.

1.1.3. Se imputa al acusado David Elías Nestares Silva, en calidad de autor directo, el delito de enriquecimiento ilícito, conducta prevista en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal; por cuanto, durante el ejercicio del cargo de regidor durante

el periodo dos mil siete al dos mil diez y teniente alcalde durante el periodo dos mil once hasta junio de dos mil trece del Consejo Distrital de San Juan de Lurigancho, incrementó ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, en los siguientes periodos: dos mil ocho, en el cual presentó un incremento patrimonial injustificado de setenta y ocho mil ochocientos siete soles con treinta y dos céntimos; en el periodo dos mil once presentó un incremento patrimonial injustificado de treinta y seis mil seiscientos treinta y un soles con sesenta y cuatro céntimos; y en el periodo dos mil doce presentó un incremento patrimonial injustificado de cuarenta y cinco mil ciento seis soles con cero dos céntimos. El acusado, a mérito de la condición privilegiada del cargo público que ocupaba, realizó un ejercicio abusivo del mismo, lo cual le permitió enriquecerse ilícitamente incrementando injustificadamente su patrimonio en los periodos dos mil ocho, dos mil once y dos mil doce, presentando de enero de dos mil siete a junio de dos mil trece, un desbalance patrimonial acumulado ascendente a cincuenta y dos mil cuatrocientos sesenta y tres soles con ochenta y un céntimos.

B. RESPECTO AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

1.1.4. Conversión de dinero del delito de enriquecimiento ilícito: Inmuebles de los lotes tres y diez del Block cero uno de la Urbanización Las Totoritas: Se imputó al ahora sentenciado Carlos José Burgos Horna, en calidad de autor directo, el delito de lavado de activos, por haber convertido dinero de origen ilícito mediante la expedición de Cheque número nueve seis seis ocho cuatro ocho dos dos, dinero producto de su enriquecimiento ilícito, con el que adquirió dos inmuebles: lotes tres y diez, Block cero uno de la Urbanización Las Totoritas, por los cuales desembolsó la suma total de ciento diez mil dólares americanos; advirtiéndose, además, la clara finalidad de dificultar la identificación de origen ilícito de los bienes.

1.1.5. Transferencia de efectos del delito de enriquecimiento ilícito: vehículo de placa CIE-trescientos ochenta y siete: se atribuyó a la ahora sentenciada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de autora directa del delito de lavado de activos, por haber transferido un bien de origen ilícito (no obstante conocer el origen ilícito del vehículo de placa CIE-trescientos ochenta y siete), el cual adquirió el ocho de noviembre de dos mil siete, adquisición que no se justificó con sus ingresos y formó parte de su enriquecimiento ilícito del periodo dos mil siete, y transfirió el once de octubre de dos mil ocho. El acto de lavado de un activo se realiza respecto de un bien que constituye efecto de su propio enriquecimiento ilícito; además el claro propósito de dificultar la identificación del origen ilícito del bien, su incautación o su decomiso.

1.1.6. Transferencia de efectos del delito de enriquecimiento ilícito: inmuebles de los locales comerciales: setenta y cuarenta y dos, primer piso, nivel B, de la avenida Camino Real número cuatrocientos cincuenta y seis del distrito de San Isidro: Se

atribuyó a la imputada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de autora directa el delito de lavado de activos, por haber transferido dos bienes de origen ilícito, no obstante conocer el origen de los inmuebles: local comercial setenta, adquirido el trece de febrero de dos mil ocho, y el local comercial cuarenta y dos, adquirido el diecinueve de agosto de dos mil ocho, adquisiciones que no se justificaron con sus ingresos lícitos y formaron parte de su enriquecimiento ilícito en el periodo dos mil ocho; los transfirió el veintinueve de diciembre de dos mil nueve (local comercial setenta) y el veintiocho de setiembre de dos mil diez (local comercial cuarenta y dos); situación que además buscó legitimar activos que constituyen efectos directos de su propio enriquecimiento ilícito y con la transferencia generar ingresos de origen ilícito, advirtiéndose también el claro propósito de la acusada de dificultar la identificación del origen de los bienes, su incautación o su comiso.

1.1.7. Transferencia de dinero de origen ilícito: préstamos de dinero a favor de la Empresa Grupo Jezzy S. A. C. Se atribuyó a la acusada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de autora directa, el delito de lavado de activos, por haber transferido dinero de origen ilícito; así, la citada acusada, no obstante conocer el origen ilícito del dinero, durante los periodos dos mil nueve y dos mil diez, transfirió dinero en calidad de supuestos préstamos de accionista o socio a favor de su Empresa Grupo Jezzy S. A. C. (por la suma de trescientos veintidós mil cuatrocientos sesenta y seis soles con cuarenta céntimos, a través de transferencias bancarias en el Interbank, desde las cuentas de la acusada hacia las cuentas de la citada empresa) —de la cual es la accionista mayoritaria y gerente general—; advirtiéndose también, con ello, el firme propósito de dificultar la identificación del origen ilícito del dinero, su incautación o decomiso, al insertarlos en la actividad económica de una persona jurídica.

1.1.8. Conversión de dinero de origen ilícito: adquisición de bienes a favor de la Empresa Grupo Jezzy S. A. C. Se atribuyó a la imputada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de autora directa, el delito de lavado de activos, por haber utilizado dinero de origen ilícito, generado por la propia acusada, para adquirir bienes inmuebles y un vehículo actuando en representación y a favor de su empresa Grupo Jezzy S. A. C. No obstante conocer el origen ilícito del dinero, durante los periodos dos mil nueve (vehículo de placa RQS-seiscientos ochenta y uno) y dos mil doce (inmuebles de la calle treinta, número ciento treinta y uno, urbanización Mariscal Castilla), adquirió bienes inmuebles y, posteriormente, para legitimarlos en el periodo dos mil quince los transfirió, logrando también generar ingresos ilícitos por la transferencia de los activos; advirtiéndose con estas acciones el firme propósito de dificultar la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso.

1.1.9. Conversión de dinero ilícito y transferencia de bienes de origen ilícito: inmuebles de la avenida Manuel Olguín número trescientos treinta y cinco-trescientos

cuarenta y cinco del distrito de Santiago de Surco. Se imputó a la encausada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de autora directa, el delito de lavado de activos por haber convertido dinero de origen ilícito generado por la propia acusada para adquirir bienes inmuebles en la avenida Manuel Olguín número trescientos treinta y cinco-trescientos cuarenta y cinco, urbanización Monterrico Chico del distrito de Santiago de Surco y, posteriormente, transferir dichos bienes de origen ilícito; así, la citada acusada, no obstante conocer el origen del dinero, en los periodos dos mil diez (oficina ochocientos ocho, estacionamientos ciento setenta y cuatro, ciento setenta y cinco, y ciento setenta y seis) y dos mil doce (estacionamiento doscientos veintiocho y depósito ciento cuarenta y seis), adquirió bienes inmuebles y, posteriormente, para legitimarlos en el periodo dos mil trece, los transfirió, logrando también generar ingresos ilícitos por la transferencia de los activos; advirtiéndose con estas acciones el firme propósito de dificultar la identificación del origen ilícito del dinero, su incautación o decomiso.

1.1.10. Conversión de dinero de origen ilícito: inmueble de la manzana I, lote diecinueve, sector sexto, grupo residencial cinco, Pueblo Joven Villa El Salvador. Se imputó a la sentenciada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de autora directa, por haber convertido dinero de origen ilícito generado por la propia acusada para adquirir un bien inmueble; así, la citada acusada no obstante conocer el origen ilícito del dinero adquirió el inmueble de la manzana I, lote diecinueve, sector sexto, grupo residencial cinco, Villa El Salvador, Lima; advirtiéndose, con el hecho de introducir dinero ilícito al tráfico económico, el firme propósito de dificultar la identificación del origen ilícito del dinero utilizado, su incautación o decomiso.

1.1.11. Conversión de dinero y transferencia de bienes ilícitos: inmueble del departamento número doscientos uno de la avenida San Borja Norte y bulevar número mil trescientos noventa y ocho del distrito de San Borja. Se atribuyó a la imputada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de autora directa el delito de lavado de activos, por haber convertido dinero de origen ilícito generado por la propia acusada para adquirir el bien inmueble del departamento número doscientos uno de la avenida San Borja Norte y bulevar número mil trescientos noventa y ocho del distrito de San Borja y, posteriormente, haber transferido dicho bien de origen ilícito; logrando también generar ingresos ilícitos por la transferencia del activo; advirtiéndose con estas acciones el firme propósito de dificultar la identificación del origen ilícito del bien, su incautación o decomiso.

1.1.12. Conversión de dinero ilícito: inmuebles de la calle veintinueve, número doscientos setenta y cinco de la urbanización Mariscal Castilla del distrito de San Borja. Se imputó a la encausada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de autora directa del delito de lavado de activos por haber convertido dinero de origen ilícito

generado por la propia acusada para adquirir el bien inmueble de la calle Veintinueve, número doscientos setenta y cinco, de la urbanización Mariscal Castilla del distrito de San Borja, pues no obstante conocer el origen ilícito del dinero, adquirió dichos bienes inmuebles con este; advirtiéndose con el hecho de introducir dinero ilícito al tráfico económico el firme propósito de dificultar la identificación de su origen ilícito, su incautación o decomiso.

1.1.13. Conversión de dinero ilícito y transferencia de bienes de origen ilícito: vehículo de placa C dos O-quinientos noventa y tres. Se imputó a Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de autora directa del delito de lavado de activos, por haber empleado dinero de origen ilícito, generado por la propia acusada, para adquirir un bien (vehículo de placa C veinte-quinientos noventa y tres); y, posteriormente, el veintitrés de enero de dos mil trece, haberlo transferido. Así, la acusada, no obstante conocer el origen ilícito del dinero, adquirió el vehículo de placa C dos O-quinientos noventa y tres, y luego transfirió dicho bien a favor de su esposo a través de una transferencia oneroso simulada; advirtiéndose con lo último, el firme propósito de dificultar la identificación del origen ilícito del bien, su incautación o decomiso.

1.1.14. Conversión de dinero ilícito, administración y transferencia de bienes ilícitos entre los acusados a través de la figura del testaferro. En este caso, respecto de los siguientes bienes:

- a. Vehículo de placa B tres V-quinientos cuarenta y dos. Se imputó al encausado Carlos José Burgos Horna, en calidad de autor del delito de lavado de activos, haber convertido dinero de origen ilícito para adquirir un bien (vehículo de placa B tres V-quinientos cuarenta y dos), luego haberlo transferido y, en representación de su empresa Boga S. A., haber adquirido un bien de cuyo origen ilícito tenía conocimiento. Asimismo, a la imputada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de cómplice primario del delito de lavado de activos, por haber coadyuvado a convertir dinero de origen ilícito para adquirir un bien (vehículo de placa B tres V-quinientos cuarenta y dos), y luego, no obstante de conocer el origen ilícito del bien, haber transferido dicho bien a favor de una de las empresas del acusado Carlos José Burgos Horna; advirtiéndose, con ello, el firme propósito de dificultar la identificación del origen ilícito del dinero, su incautación o decomiso.
- b. Conversión de dinero y administración de bienes de origen ilícito: constitución e incremento patrimonial de la Empresa Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C. Se imputó al encausado Carlos José Burgos Horna, en calidad de autor del delito de lavado de activos, por haber convertido dinero de origen ilícito tanto para la constitución como para la adquisición de bienes a favor de la empresa Asesoría & Formación Integral S. A. C., además de administrar

dicha persona jurídica y su patrimonio. Asimismo, a la imputada Jessica Karina Oviedo Alcázar, en calidad de cómplice primario del delito de lavado de activos, por haber coadyuvado tanto a convertir dinero de origen ilícito para constituir y adquirir bienes a favor de la empresa Asesoría & Formación Integral S. A. C., como haber ejercido formalmente su administración. Además, se atribuyó al encausado David Elías Nestares Silva, en calidad de cómplice primario del delito de lavado de activos, por haber coadyuvado en la administración de la empresa Asesoría & Formación Integral S. A. C. y su patrimonio, que fue constituido y adquirido su patrimonio con dinero de fuente ilícita; pues, los acusados, no obstante conocer el origen ilícito del dinero, lo emplearon para constituir una persona jurídica y adquirir bienes a favor de la misma, ejerciendo también la administración de ellos; el hecho de que los acusados afirmen una supuesta transferencia de persona jurídica y su patrimonio no es más que la expresión del firme propósito de dificultar la identificación del origen ilícito del dinero utilizado en la constitución y adquisición de bienes, así como de su incautación o decomiso.

1.2. BIENES OBJETO DE DECOMISO

Conforme se aprecia en la sentencia de primera instancia de f. setecientos cincuenta y cuatro, el representante del Ministerio Público solicitó la medida de decomiso, respecto de bienes muebles, inmuebles, derechos y acciones de las personas jurídicas formadas por los hoy sentenciados Carlos José Burgos Horna, David Elías Nestares Silva y Jessica Karina Oviedo Alcázar (representados legalmente por los mismos), referidos a los siguientes bienes:

1.2.1. Predio ubicado en la manzana W, lote dieciséis, de la comunidad campesina de Jicamarca, anexo veintidós, sector El Pedregal del distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí y departamento de Lima, adquirido por Carlos José Burgos Horna, en representación de la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., según cesión de derechos del doce de setiembre de dos mil once, con firmas legalizadas del treinta de marzo de dos mil doce ante el notario público Enrique Ayala Alvarado, con un área de trescientos metros cuadrados. Justifica el requerimiento en que el inmueble fue adquirido con dinero de fuente ilícita, producto del enriquecimiento ilícito de la acusada Jessica Karina Oviedo Alcázar en el periodo dos mil siete, constituyendo un efecto de dicho delito.

1.2.2. Predio ubicado en la manzana W, lote ocho, de la comunidad campesina de Jicamarca, anexo veintidós, sector El Pedregal del distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, adquirido por Carlos José Burgos Horna en representación de la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., según cesión de derechos del dieciocho de agosto de dos mil once, con firmas legalizadas

del quince de marzo de dos mil doce ante el notario público Enrique Ayala Alvarado, con un área de dos mil quinientos metros cuadrados. Justifica el requerimiento en que fue adquirido con dinero de fuente ilícita, producto del enriquecimiento ilícito del acusado Carlos José Burgos Horna, constituyendo efecto de dicho delito.

1.2.3. Predio ubicado en la manzana W, lote once, de la comunidad campesina de Jicamarca, anexo veintidós, sector El Pedregal del distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, adquirido por Carlos José Burgos Horna en representación de la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., según cesión de derechos del treinta de agosto de dos mil once, con firmas legalizadas del treinta de marzo de dos mil doce ante el notario público Enrique Ayala Alvarado con un área de seiscientos cincuenta metros cuadrados. Justifica el requerimiento en que fue adquirido con dinero de fuente ilícita, producto del enriquecimiento ilícito del acusado Carlos José Burgos Horna; por lo tanto, al constituir un efecto directo de dicho delito.

1.2.4. Predio ubicado en el lote nueve, manzana W, de la comunidad campesina de Jicamarca, anexo veintidós, sector El Pedregal del distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, cuyo titular es la empresa Los Emprendedores de San Juan S. A. C., adquirido mediante cesión de derechos que otorgó Carlos José Burgos Horna el dos de abril de dos mil catorce, con firmas legalizadas de la misma fecha, ante el notario público Enrique Ayala Alvarado. Este predio tiene un área de dos mil quinientos metros cuadrados. Justifica el requerimiento en que el inmueble fue adquirido por el acusado Carlos José Burgos Horna en el año dos mil cuatro y su construcción se realizó dentro del periodo materia de investigación, con dinero proveniente de fuente ilícita, producto de su enriquecimiento ilícito, por lo que (señala) constituye efecto de dicho delito.

1.2.5. Predio ubicado en el lote diez, manzana W, de la comunidad campesina de Jicamarca, anexo veintidós, sector El Pedregal, del distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, es uno de los predios que es ocupado por la I. E. P. Los Emprendedores de San Juan. Justifica el requerimiento en el hecho de que el acusado no solo es contribuyente del inmueble, sino que dentro del periodo materia de investigación desembolsó sumas de dinero no justificadas en sus ingresos para su construcción; así, el dinero con el que fue construido proviene de fuente ilícita, producto de su enriquecimiento ilícito, y constituye efecto directo de dicho delito.

1.2.6. Predio ubicado en el lote siete, manzana W, de la comunidad campesina de Jicamarca, anexo veintidós, sector El Pedregal del distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima. Es uno de los predios que es ocupado por la I. E. P. Los Emprendedores de San Juan. Justifica el requerimiento en que por información remitida por la Municipalidad Distrital de San Antonio se ha determinado

que la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., es la contribuyente del inmueble, y que el mismo fue construido dentro del periodo materia de investigación en el cual el acusado Carlos José Burgos Horna registró desbalance patrimonial, al disponer de dinero ilícito para realizar préstamos de dinero a favor de dicha empresa.

1.2.7. Camioneta rural marca Toyota, modelo Fortuner cuatro por cuatro TD, año de fabricación dos mil diez, número de motor uno KD cinco uno ocho seis tres ocho cuatro y número de serie MR cero YZ cinco nueve G cinco B once cero cuatro cinco siete cero, con placa de rodaje número B tres V-quinientos cuarenta y dos, inscrita a nombre de Publicidad y Servicios Generales BOGA S. A., en la partida número cinco dos uno dos tres tres siete siete justifica el requerimiento en que fue adquirido con dinero de fuente ilícita, producto del enriquecimiento ilícito del acusado Carlos José Burgos Horna, lo que constituye un efecto directo de dicho delito.

1.2.8. Acciones de la empresa Asesoría & Formación Integral S. A. C., constituida el veinticuatro de diciembre de dos mil diez que tiene como objeto social inicialmente el brindar asesorías y consultorías en gestión pública y privada; posteriormente se cambió el objeto social para dedicarse a brindar el servicio de educación en los niveles inicial, primaria y secundaria; constituida con veintiocho mil acciones. Justifica el requerimiento en que el total de las veintiocho mil acciones para la constitución de la citada empresa fueron aportadas con dinero ilícito producto del enriquecimiento ilícito del acusado Carlos José Burgos Horna, constituyendo efecto directo de dicho delito.

1.2.9. Predio ubicado en la parcelación semirústica denominada Canto Bello, en la zona de Canto Grande, manzana N cuarenta y dos, lote tres, que forma parte del terreno matriz que se encuentra inscrito en la partida electrónica número cuatro siete ocho nueve seis cero cuatro cinco del distrito de San Juan de Lurigancho, provincia y departamento de Lima, adquirido por Carlos José Burgos Horna, en representación de la empresa Publicidad y Servicios BOGA S. A., mediante contrato de compraventa otorgado por David Elías Nestares Silva en representación de la empresa Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C, el veintisiete de setiembre de dos mil trece. Justifica el requerimiento en que el inmueble fue adquirido con dinero de fuente ilícita producto del enriquecimiento ilícito del acusado Carlos José Burgos Horna, constituyendo efecto de este delito.

1.2.10. Ómnibus, marca Hyundai, modelo Aero City quinientos cuarenta, año fabricación mil novecientos noventa y uno, número de motor D seis AUN cero seis dos ocho tres siete y número de serie KMJTC uno ocho UPNU dos cero cero tres tres siete, con placa de rodaje número A nueve O-setecientos setenta, partida número cinco cero nueve ocho siete uno siete tres, adquirido a nombre de la empresa Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C.; justifica el requerimiento en que el bien

fue adquirido con dinero de fuente ilícita del enriquecimiento ilícito del acusado Carlos Burgos Horna, constituyendo efecto directo de dicho delito.

1.2.11. Predio ubicado en el lote cero ocho-C del proyecto integral denominado El Refugio, del distrito de Cieneguilla, provincia y departamento de Lima, adquirido por Jessica Karina Oviedo Alcázar a favor de la empresa Asesoría, Consultoría & Formación Integral, mediante contrato de compraventa del veintiuno de febrero de dos mil doce otorgado por la empresa Los Portales S. A., ante notario público. Justifica el requerimiento en que el inmueble fue adquirido con dinero producto del enriquecimiento ilícito del acusado Carlos Burgos Horna, constituyendo efecto directo de dicho delito.

1.2.12. La suma de dinero consistente en cincuenta y un mil trescientos cincuenta y cuatro dólares con sesenta y cuatro centavos de dólar pagados por la empresa Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C. a la Empresa de Transportes Huáscar S. A., por concepto del vehículo modelo IVECO, el mismo que se encuentra con la deducción por los pagos de impuesto a Sunat que efectuó la Empresa de Transportes Huáscar S. A. del monto total pagado que fue de sesenta mil novecientos treinta y nueve dólares con setenta y tres centavos de dólar. Justifica el requerimiento en que el dinero que se dispuso para el pago de dicho vehículo tuvo como origen el enriquecimiento ilícito del acusado Carlos José Burgos Horna, constituyendo un efecto directo de dicho delito.

1.2.13. Respecto a los inmuebles:

- a. Block cero uno, lote cero tres, ubicado en la Urbanización Las Totoritas o Villa Urbanización Las Totoritas, distrito de Mala, provincia de Cañete, departamento de Lima, adquirido por Carlos José Burgos Horna según escritura pública del doce de marzo de dos mil doce, extendida en la notaría Carlos Enrique Ayala Alvarado.
- b. Cochera correspondiente al inmueble del block cero uno, lote cero tres, de la Urbanización Las Totoritas o Villa Urbanización Las Totoritas, distrito de Mala, provincia de Cañete, departamento de Lima, ubicado en el óvalo de estacionamiento frente a la piscina de los niños.
- c. Block cero uno, lote diez, ubicado en la Urbanización Las Totoritas o Villa Urbanización Las Totoritas, distrito de Mala, provincia de Cañete, departamento de Lima, adquirido por Carlos José Burgos Horna, según escritura pública del doce de marzo de dos mil doce, extendida en la notaría Carlos Enrique Ayala Alvarado, registrado en la partida número dos uno uno cero cinco ocho cero ocho de la Zona Registral IX-sede Lima, oficina registral Cañete.

- d. Cochera correspondiente al inmueble del block cero uno, lote diez, de la Urbanización Las Totoritas o Villa Urbanización Las Totoritas, distrito de Mala, provincia de Cañete, departamento de Lima, ubicado en el óvalo de estacionamiento frente a la piscina de los niños.

1.2.14. Así como todos los demás descritos desde la página noventa y tres hasta la página ciento cinco de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO. ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

De los fundamentos y conclusiones de la sentencia de primera instancia del treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete (f. setecientos cincuenta y cuatro), se resolvió:

2.1.1. Condenando a Carlos José Burgos Horna, David Elías Nestares Silva y Jessica Karina Oviedo Alcázar, como autores del delito contra la administración pública en la modalidad de enriquecimiento ilícito en perjuicio del Estado, a ocho años de pena privativa de libertad al primero de los nombrados, y a cinco años por el mismo concepto a los dos últimos imputados.

2.1.2. Condenando a Carlos José Burgos Horna, Jessica Karina Oviedo Alcázar y David Elías Nestares Silva por el delito de lavado de activos en agravio del Estado, a ocho años de pena privativa de libertad a cada uno de los citados encausados.

2.1.3. En ese sentido, en total les impuso, a Carlos José Burgos Horna dieciséis años de pena privativa de libertad (ocho años por enriquecimiento ilícito y ocho años por lavado de activos), y a Jessica Karina Oviedo Alcázar y David Elías Nestares Silva, trece años de pena privativa de libertad (cinco años por enriquecimiento ilícito y ocho años por lavado de activos).

2.1.4. Se ordenó el decomiso de los bienes especificados a partir de la página noventa y tres hasta la ciento cinco de dicha sentencia; bienes descritos en forma específica en los considerandos 1.2. al 1.2.14. de la presente resolución.

2.2. Dicha sentencia fue impugnada por los hoy sentenciados Carlos José Burgos Horna, David Elías Nestares Silva y Jessica Karina Oviedo Alcázar en cuanto a la condena y pena impuesta, y también apelaron en su condición de representantes legales de las empresas afectadas Publicidad y Servicios Generales BOGA S. A., Emprendedores de San Juan S. A. C., y Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C. en el extremo que se ordenó el decomiso de los bienes especificados a partir de la página noventa y tres hasta la página ciento cinco, de la sentencia de primera instancia.

TERCERO. DEL TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

3.1. CONFIRMATORIA DE LA CONDENA Y DECOMISO

3.1.1. El Tribunal Superior, culminada la fase de traslado de la impugnación, y realizada la audiencia de apelación, conforme se registra en el acta correspondiente, declaró cerrado el debate.

3.1.2. En mérito a los recursos de apelación, la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, emitió la sentencia de vista del veinticinco de agosto de dos mil diecisiete (f. mil cincuenta y tres) que confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto a las condenas y penas impuestas a los recurrentes: A Carlos José Burgos Horna, dieciséis años de pena privativa de libertad (ocho años por enriquecimiento ilícito y ocho años por delito de lavado de activos); mientras que a David Elías Nestares Silva y a Jessica Karina Oviedo Alcázar, trece años de pena privativa de libertad (cinco años por enriquecimiento ilícito y ocho años por lavado de activos, a cada uno); y revocó el extremo de la reparación civil que se les impuso en la resolución de primera instancia, referida al pago solidario de quinientos mil soles, y reformándola, les impuso diez millones de soles que por dicho concepto deberán pagar en forma solidaria a favor del Estado.

3.1.3. Asimismo, en el extremo que se ordenó el decomiso de los bienes especificados a partir de la página noventa y tres hasta la ciento cinco de la resolución de fecha uno de marzo de dos mil diecisiete, señalando que todos los bienes decomisados guardan vinculación directa con los sentenciados en la presente causa. Incluso, la Sala Penal de Apelaciones apreció que al analizar la vinculación delictiva de los bienes decomisados, se precisó el período de tiempo en que se realizaron las operaciones económicas para adquirirlos, los montos pagados y la situación patrimonial general de los sentenciados, y concluyó por ello que los bienes contra los cuales se dirigió la pretensión de decomiso constituyen efectos del delito de enriquecimiento ilícito cometido por los sentenciados Burgos Horna y Oviedo Alcázar, quienes son los principales accionistas y representantes de estas empresas (con la excepción de la imputada Oviedo Alcázar, quien transfirió la administración de la empresa Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C. a su coimputado Nestares Silva).

CUARTO. FORMULACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. Contra la citada sentencia de vista, los sentenciados Carlos José Burgos Horna, David Elías Nestares Silva y Jessica Karina Oviedo Alcázar, y también en sus condiciones de representantes legales (los dos primeros de los mencionados, respectivamente) de las empresas afectadas Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C., empresa Emprendedores de San Juan S. A. C., y Publicidad y Servicios Generales BOGA S. A., interpusieron recursos de casación.

- 4.2. Respecto a lo que es materia de pronunciamiento, se aprecia que a) la empresa Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C. interpuso recurso de casación por escrito del once de setiembre de dos mil dieciséis (f. mil setecientos veintiuno), en el cual invocó los incisos uno, cuatro y cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; b) la empresa Emprendedores de San Juan S. A. C. interpuso recurso de casación mediante escrito del once de setiembre de dos mil dieciséis (f. mil setecientos cincuenta y cinco) e invocó los incisos tres y cinco, del artículo cuatrocientos veintinueve, del mismo texto procesal; y, c) la empresa Publicidad y Servicios Generales BOGA S. A. interpuso recurso de casación por escrito del once de setiembre de dos mil dieciséis (f. mil setecientos ochenta y seis), en el cual invocó los incisos tres y cinco, del artículo cuatrocientos veintinueve, del citado cuerpo normativo.
- 4.3. Los citados recursos de casación fueron admitidos por resolución del dieciocho de setiembre de dos mil diecisiete (f. dos mil doscientos veintinueve), y se ordenó se eleve el cuaderno correspondiente a este Supremo Tribunal.
- 4.4. Cumplido el trámite de traslado a las partes, este Tribunal de Casación, por resolución del quince de diciembre de dos mil diecisiete (f. quinientos treinta y cinco del cuadernillo formado en esta instancia), declaró inadmisibles los recursos de casación interpuestos tanto por los sentenciados y los representantes legales de las empresas Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., Emprendedores de San Juan S. A. C. y Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C. por las causales que las citadas empresas invocaron en cada uno de sus recursos.
- 4.5. Sin embargo, de oficio el Tribunal Supremo declaró bien concedida la casación —respecto de las empresas Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., Emprendedores de San Juan S. A. C. y Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C.—, por la causal prevista en el inciso dos, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal (referido a la presunta inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad), específicamente sobre dos aspectos: a. Los terceros pueden ser responsables civilmente sin haber sido parte del proceso. b. El decomisar bienes sin que antes hayan sido incautados previamente.
- 4.6. Instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la audiencia de casación el cinco de julio del año en curso. Instalada y realizada la audiencia, con intervención de las defensas técnicas de las citadas empresas y del fiscal supremo en lo penal; el estado de la causa es la de expedir sentencia.
- 4.7. Deliberada la causa en secreto y votada con arreglo a ley, esta Sala Suprema cumple con emitir la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada —con las partes que asistan— se señaló para el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

QUINTO. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

- 5.1. Conforme se señaló líneas arriba, por Ejecutoria Suprema del quince de diciembre de dos mil diecisiete (f. quinientos treinta y cinco del cuadernillo formado ante esta Instancia Suprema), se declaró bien concedido de oficio el recurso de casación por la causal prevista en el inciso dos, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, referido a la presunta inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad; específicamente sobre dos aspectos concretos: a. Los terceros pueden ser responsables civilmente sin haber sido parte del proceso. b. El decomisar bienes sin que antes hayan sido incautados previamente.
- 5.2. De acuerdo a la sentencia de primera instancia (confirmada por la sentencia de vista de f. mil seiscientos cincuenta y tres) se ordenó el decomiso definitivo de los siguientes bienes (señalados en su parte resolutive como los consignados desde la página noventa y tres hasta la ciento cinco de la primera de las resoluciones citadas):
 - 5.2.1. Inmueble ubicado en la manzana W, lote 16, comunidad campesina Jicamarca, anexo 22, sector el Pedregal, distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, adquirido por Carlos José Burgos Horna en representación de la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga S. A.
 - 5.2.2. Inmueble ubicado en la manzana W, lote 8, comunidad campesina Jicamarca, anexo 22, sector el Pedregal, distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, adquirido por Carlos José Burgos Horna en representación de la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga S. A.
 - 5.2.3. Inmueble ubicado en la manzana W, lote 11, comunidad campesina Jicamarca, anexo 22, sector el Pedregal, distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, adquirido por Carlos José Burgos Horna en representación de la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga S. A.
 - 5.2.4. Camioneta Rural marca Toyota modelo Fortuner 4 X 4 año 2010, de placa B3V-542, inscrita a nombre de la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., adquirida por Carlos Burgos Horna.
 - 5.2.5. Predio ubicado en la parcelación semirústica Canto Bello, manzana N-42, lote 3, Canto Grande, San Juan de Lurigancho, provincia y departamento de Lima, adquirido por Carlos Burgos Horna en representación de la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., mediante contrato de compraventa del acusado David Nestares Silva

en representación Asesoría Consultoría y Formación Integral S. A. C. del veintisiete de setiembre de dos mil trece.

- 5.2.6. Predio ubicado en la manzana W, lote 9, comunidad campesina Jicamarca, anexo veintidós, sector el Pedregal, distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, cuyo titular es la empresa Los Emprendedores de San Juan S. A. C., adquirido mediante cesión de derechos otorgada por Carlos Burgos Horna; adquirido por el mismo Carlos Burgos en el dos mil cuatro y construido en el periodo materia de investigación.
- 5.2.7. Predio ubicado en la manzana W, lote 10, comunidad campesina Jicamarca, anexo veintidós, sector el Pedregal, distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, ocupado por la Institución Educativa Particular Los Emprendedores de San Juan (de seiscientos veinticinco metros cuadrados), donde Carlos Burgos Horna era contribuyente del inmueble.
- 5.2.8. Inmueble ubicado en la manzana W, lote siete, comunidad campesina Jicamarca, anexo veintidós, sector el Pedregal, distrito de San Antonio, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, ocupado por la Institución Educativa Particular Los Emprendedores de San Juan (de dos mil quinientos metros cuadrados), donde la empresa Publicidad y Servicios Generales Boga S. A. era la contribuyente del inmueble, habiéndose construido dentro del periodo materia de investigación.
- 5.2.9. Acciones de la empresa Asesoría, Consultoría y Formación Integral S. A. C., constituida el veinticuatro de diciembre de dos mil diez, teniendo como objeto social inicialmente brindar asesorías y consultorías en gestión pública, y luego el servicio de educación en los niveles inicial, primaria y secundaria, conformada con veintiocho mil acciones aportadas con el dinero de enriquecimiento ilícito de Carlos Burgos Horna.
- 5.2.10. Ómnibus marca Hyundai modelo Aero City año de fabricación mil novecientos noventa y uno, de placa de rodaje A9O-770¹ adquirido a nombre de la empresa Asesoría Consultoría y Formación Integral S. A. C.
- 5.2.11. Predio ubicado en el lote 08-C del proyecto integral denominado El Refugio, distrito de Cieneguilla, adquirido por la sentenciada Jessica Karina Oviedo Alcázar a favor de la empresa Asesoría Consultoría y

1 El mencionado bien, también aparece consignado con placa de rodaje VG-cuatro mil seiscientos dieciséis, conforme obra en la sentencia de primera instancia en su página ciento tres (folio ochocientos cincuenta y seis).

Formación Integral S. A. C. mediante contrato de compraventa del veintiuno de febrero de dos mil doce. 5.2.12. Así como todos los bienes consignados en la sentencia que son materia de grado.

SEXTO. AGRAVIOS EXPUESTOS POR LAS DEFENSAS TÉCNICAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Es importante precisar que se tomarán en cuenta los agravios formulados por las defensas técnicas de las empresas recurrentes planteados en forma genérica en la audiencia de casación celebrada el cinco de julio del año en curso ante este Tribunal de Casación, referidos únicamente al extremo de la causal prevista en el inciso dos, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, declarado bien concedido de oficio respecto solo a dos puntos específicos: **a.** Los terceros pueden ser responsables civilmente sin haber sido parte del proceso. **b.** El decomisar bienes sin que hayan sido incautados previamente. En ese sentido, debemos señalar y recordar que los fundamentos esgrimidos por dichas defensas técnicas en sus respectivos escritos de casación fueron rechazados en su totalidad cuando fueron declarados inadmisibles en el auto de calificación del quince de diciembre de dos mil diecisiete (f. quinientos treinta y cinco del cuadernillo formada en esta Instancia Suprema); por tanto, los agravios que formularon en sus escritos no son objeto de análisis en esta resolución. En ese contexto, tenemos:

- 6.1. En la audiencia de casación, la defensa técnica de las empresas Emprendedores San Juan S. A. C., y Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., alegó lo siguiente:
 - 6.1.1. Durante los dieciséis meses de investigación preparatoria, sus representadas no fueron incorporadas como terceros civilmente responsables, conforme lo ordena el artículo ciento once del Código Procesal Penal, ni incorporadas como personas jurídicas dentro del proceso.
 - 6.1.2. Si los bienes de su representada fueran efectos del delito, se tendría que aplicar la medida cautelar de incautación previa y luego el decomiso definitivo, lo cual no se hizo.
 - 6.1.3. Si los bienes de la empresas eran considerados como consecuencia accesoria de la pena, basados en los artículos ciento cuatro y ciento cinco del Código Penal, se les tendría que haber incorporado como personas jurídicas al proceso, lo cual no sucedió; afectándose el derecho a la defensa, lo que acarrea nulidad, conforme con el artículo ciento cincuenta del Código Procesal Penal.
- 6.2. Igualmente, la defensa técnica de la empresa Asesoría, Consultoría y Formación Integral S. A. C. alegó en la audiencia de casación:
 - 6.2.1. Desde la investigación preliminar se incluyó únicamente a tres personas naturales, donde las empresas no fueron parte del proceso; sin embargo, se procedió al decomiso de todos sus bienes.

- 6.2.2.** Se decomisaron los bienes de su representada, contraviniendo el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil diez/CJ-ciento dieciséis, que establece que la incautación precede al decomiso. Por lo que hubo contravención a los derechos constitucionales y garantías establecidas en el artículo ciento treinta y nueve, numerales tres y catorce de la Constitución Política del Perú, relativos al derecho de defensa.

SÉTIMO. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

7.1. SOBRE LA CAUSAL CONCEDIDA EN LA CASACIÓN DE OFICIO

El segundo inciso, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, precisa como motivo autónomo de casación: “Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad”.

7.2. DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y SUS LIMITACIONES

La propiedad es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente en el inciso dieciséis, del artículo dos, de la Constitución Política del Perú, es así que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia lo define como:

El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporeal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. De ahí que en el artículo 70 de la Constitución se reconozca que el “derecho de propiedad es inviolable” y que el “Estado lo garantiza”².

7.2.1. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha descrito brevemente las características fundamentales del derecho a la propiedad³:

- a) Un derecho pleno, en el sentido que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer automáticamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos. b) Un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o

2 Sentencia recaída en el Expediente número tres mil doscientos cincuenta y ocho-dos mil diez-PA/TC, caso Torres Fernández, fundamento jurídico número dos.

3 Conforme con el fundamento sétimo de la sentencia recaída en el Expediente número cinco mil seiscientos catorce-dos mil siete-PA/TC.

del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política.

7.2.2. La propiedad, en tanto derecho fundamental, constitucionalmente reconocido, merece y exige, por parte del Estado y sus órganos, protección; de manera que se garantice a toda persona el goce, disfrute y ejercicio en libertad de su propiedad. Lo señalado no niega que como todo derecho fundamental, pese a su importancia, encuentra ciertos límites y restricciones. En el caso del derecho a la propiedad se pueden encontrar los siguientes supuestos, de carácter constitucional: **a.** estar establecidas por ley, **b.** ser necesarias, **c.** ser proporcionales, y **d.** hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

Dentro de las limitaciones al derecho de propiedad, establecidas por la ley encontramos: **i.** expropiación, **ii.** incautación y **iii.** decomiso: figuras jurídicas que bajo supuestos restringen temporal o permanentemente el derecho a la propiedad⁴. En el caso materia de casación resulta de interés a la medida restrictiva denominada decomiso.

7.3. RESPECTO A LA INCORPORACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS AL PROCESO

7.3.1. Conforme lo precisa el artículo noventa del Código Procesal Penal sobre la incorporación al proceso de personas jurídicas:

Las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del fiscal.

7.3.2. En efecto, el literal a, del fundamento jurídico vigesimo primero, del Acuerdo Plenario número siete-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, en cuanto a las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal, señala:

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 11, 104 y 105 NCPP.

4 Casación número quinientos cuarenta-dos mil quince, fundamentos octavo y noveno.

7.4. EN CUANTO A LA INCAUTACIÓN PREVIA DE LOS BIENES FINALMENTE DECOMISADOS

El artículo ciento dos del Código Penal (vigente al momento de los hechos), referido al decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito, precisa:

El juez resolverá el decomiso o pérdida de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello.

El juez podrá disponer, en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme con lo previsto en otras normas especiales.

OCTAVO. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

El análisis está circunscrito solo al extremo de la casación declarado bien concedido de oficio en la resolución de calificación del recurso de casación (referido al inciso dos, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal); el cual será desarrollado en conjunto para las tres personas jurídicas recurrentes, pues por todas ellas se concedieron (de oficio) sus recursos sobre los mismos aspectos⁵. En ese sentido, tenemos:

- 8.1. Conforme se aprecia de los preceptos legales descritos que regulan la incorporación de las personas jurídicas al proceso, se evidencia que tanto en la sentencia de primera instancia y en la de vista, que no se incurrió o derivó en inobservancia de normas de carácter procesal sancionadas con la nulidad al disponer el decomiso de los bienes reclamados. En efecto, de acuerdo con lo señalado en líneas anteriores, el texto normativo referido a este extremo está regulado en el artículo noventa del Código Procesal Penal, el cual establece como presupuesto principal para la incorporación de la persona jurídica como parte procesal (y, por ende, sea debidamente emplazada para tales fines) que exista una latente posibilidad de que se le apliquen las consecuencias accesorias estipuladas en los artículos ciento cuatro y ciento cinco del Código Penal, referidos a la privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas, y a las medidas aplicables a las personas jurídicas, respectivamente⁶.

5 Precisos en el considerando denominado Delimitación del objeto de pronunciamiento, de la presente resolución.

6 **Privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas**
Artículo 104. El juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes.

- 8.2. Efectivamente, la obligatoriedad para incluir como parte procesal a la persona jurídica está regulada por ley y no por el criterio del juzgador. Queda claro, entonces, que el legislador delimitó la incorporación del ente colectivo al proceso cuando este sea pasible de algunas de las consecuencias accesorias reguladas, únicamente, en los precisados artículos del código sustantivo.
- 8.3. Sin embargo, conforme se aprecia de autos, a las empresas recurrentes no se les aplicó alguna de aquellas consecuencias reguladas en los artículos ciento cuatro y ciento cinco del Código Penal; pues lo que se dispuso fue el decomiso definitivo de los bienes precisados desde la página noventa y tres hasta la ciento cinco de la sentencia de primera instancia (que son objeto de pronunciamiento), en atención a lo regulado en el artículo ciento dos del mismo cuerpo legal.
- 8.4. No existe discusión al respecto; el Código Procesal Penal es claro. Para que la decisión de incluir -o no- a la persona jurídica como parte del proceso sea válida y no afecte derecho o garantía, el juzgador debe tener en cuenta si contra aquella se requirió alguna de las consecuencias jurídicas señaladas en los tantas veces citados artículos ciento cuatro y ciento cinco del Código Penal; lo cual no ocurre cuando resulta de aplicación lo estipulado en el artículo ciento dos del mismo cuerpo normativo.
- 8.5. Además, se debe tener en cuenta que la incorporación al proceso de las personas jurídicas es a solicitud del representante del Ministerio Público (y no una decisión unilateral del juzgador), tal como lo regulan el citado artículo noventa y el artículo noventa y uno del Código Procesal Penal. Este último precisa la oportunidad y trámite que debe seguir el titular de la acción penal ante el juez

Medidas aplicables a las personas jurídicas

Artículo 105. Si el hecho punible fuera cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el juez podrá 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 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 definitiva.

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.

de la investigación preparatoria para requerir dicha incorporación⁷ (cuando las empresas sean pasibles de que se les apliquen las consecuencias de los artículos ciento cuatro y ciento cinco del Código Penal).

- 8.6. Lo mencionado en el considerando anterior es relevante, pues en la audiencia de la casación ante este Tribunal Supremo, la defensa técnica de las empresas Emprendedores de San Juan S. A. C. y Publicidad y Servicios Generales BOGA S. A. refirió que, en una oportunidad, el fiscal que estuvo a cargo de la investigación solicitó la inclusión al proceso de las personas jurídicas, y que finalmente se desistió de dicho requerimiento. En ese sentido, es menester señalar que, con el desistimiento que efectuó el representante del Ministerio Público sobre el citado pedido, la incorporación de las empresas recurrentes como parte del proceso no tenía sustento, pues (como ya se indicó en el párrafo precedente), aquella inclusión es a instancia del fiscal, y no de oficio por el juez.
- 8.7. En ese sentido, no se afectó derecho alguno a las personas jurídicas recurrentes al no ser incorporadas como partes del proceso; ya que la medida que se les aplicó está regulada en el artículo ciento dos del Código Penal (referido al decomiso), el cual no es requisito para la aplicación del artículo noventa del Código Procesal Penal.
- 8.8. Pese a ser claro lo antes señalado, a las citadas empresas que no fueron incorporadas al proceso se les respetó el derecho a la defensa en juicio. Esto se evidencia de los escritos presentados por los hoy sentenciados Carlos José Burgos Horna y David Elías Nestares Silva en forma individual como representantes legales por las empresas formadas por ellos mismos, como se advierte de f. cuatrocientos veinticinco, cuatrocientos treinta, y cuatrocientos treinta y seis, a nombre de las empresas Emprendedores de San Juan S. A. C., Publicidad y Servicios Generales BOGA S. A. y Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C., quienes se apersonaron al juicio oral, nombraron a sus abogados defensores y fijaron domicilio; escritos proveídos en la misma fecha en que se presentaron, es decir, el quince de febrero de dos mil diecisiete en la cuarta sesión de audiencia (f. cuatrocientos cuarenta y dos). A partir de esa fecha, las defensas técnicas de las referidas empresas concurrieron a las

7 Artículo 91. Oportunidad y trámite:

1. El requerimiento del fiscal se producirá una vez cumplido el trámite estipulado en el artículo 3. La solicitud deberá ser formulada al juez de la Investigación Preparatoria hasta antes de darse por concluida la Investigación Preparatoria. Será necesario que se indique la identificación y el domicilio de la persona jurídica, la relación sucinta de los hechos en que se funda el petitorio y la fundamentación legal correspondiente.
2. El trámite que seguirá el juez penal para resolver el pedido será el estipulado en el artículo 8, con la activa intervención de la persona jurídica emplazada.

audiencias del juzgamiento (catorce sesiones más), tal y como se les consignó en las respectivas actas (f. cuatrocientos cuarenta y dos al setecientos veinticuatro); efectuando, además, sus alegatos finales conforme se aprecia en la sesión del quince de marzo de dos mil diecisiete (f. setecientos diecinueve). Así también ejercieron el derecho a la pluralidad de instancias, al impugnar la primera sentencia, concediéndose el recurso de apelación que cada una de ellas interpuso (resolución del doce de mayo de dos mil diecisiete, a f. mil doscientos setenta y seis), y también plantearon sus recursos de casación (concedidos por la Sala Penal de Apelaciones por resolución del dieciocho de setiembre de dos mil diecisiete, a f. dos mil doscientos veintinueve), los mismos que fueron declarados inadmisibles.

- 8.9.** Es importante señalar, a la vez, que al no ser obligatoria la incorporación de las personas jurídicas como parte del proceso (pues, como ya se precisó, no se cumplía con lo estipulado en el artículo noventa del Código Procesal Penal), las empresas recurrentes tenían la facultad de apersonarse desde el inicio —o antes— del juicio (lo cual finalmente fue respetado por la instancia de grado, asistiendo a las sesiones de audiencia desde sus apersonamientos), pero decidieron hacerlo desde la cuarta sesión. Por ello, no podrían alegar desconocimiento por parte de las empresas o sus defensas técnicas sobre la fecha de inicio del juzgamiento como para que no se apersonaran cuando este empezó. Recordemos que los gerentes de cada una de dichas personas jurídicas son los propios imputados ya sentenciados, quienes, efectivamente, sabían con antelación sobre lo requerido por el fiscal en su acusación (el extremo del decomiso de los bienes de las empresas); ello se corrobora con sus escritos de f. cuatrocientos veinticinco, cuatrocientos treinta y cuatrocientos treinta y seis, en los que las empresas Emprendedores de San Juan S. A. C., Publicidad y Servicios Generales BOGA S. A. y Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C., al apersonarse, señalaron como sus gerentes generales a los imputados Carlos José Burgos Horna (por las dos primeras empresas) y al encausado David Elías Nestares Silva (por la última de las empresas nombradas).
- 8.10.** Asimismo, no podrían alegar que no se respetó lo señalado en el inciso uno, del artículo ciento once, del Código Procesal Penal, referido a la incorporación de los terceros civilmente responsables (alegado en audiencia de casación por la defensa técnica de las empresas Emprendedores de San Juan S. A. C. y Publicidad y Servicios Generales BOGA S. A.). Por cuanto la denominación terceros -cuando se hace referencia a las personas jurídicas recurrentes- ha sido utilizada, en este caso, porque, efectivamente, no eran parte del proceso. Que sean llamados “terceros” (por no ser partes procesales) no quiere decir que tengan calidad de terceros civilmente responsables. Estos últimos (terceros civilmente responsables) son considerados como tales cuando -junto con el imputado- tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito; es decir,

quienes no son precisamente los que perpetraron el ilícito, sino que por algún mandato legal serán responsables civiles junto al procesado; circunstancia que sobrepasa lo acontecido en el caso concreto, pues los bienes que aparecen en los registros de cada empresa recurrente, y por los que se ordenó el decomiso definitivo, han sido considerados por el representante del Ministerio Público (cuando realizó el requerimiento de decomiso), y en la sentencia (cuando se valoró el pedido), como efectos y objetos de los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos que se atribuyó a cada imputado (cuando se detallan los hechos atribuidos a los ahora sentenciados, se describen diversos actos, entre los cuales se precisan operaciones financieras y comerciales en las que se utilizó a las personas jurídicas recurrentes y los bienes decomisados). Además, lo que se ordenó, en este caso, fue el decomiso definitivo de bienes y no el pago conjunto de la reparación civil.

- 8.11.** En cuanto a la incautación previa de los bienes finalmente decomisados. De acuerdo con el segundo párrafo, del artículo ciento dos, del Código Penal, el juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación de los bienes provenientes de la comisión del delito aunque pertenezcan a terceros. El texto es claro y no advierte mayor confusión, pues está referido a la facultad —y no obligación— que tiene el operador judicial de poder ordenar la incautación previa de bienes para garantizar el posible decomiso definitivo. En otras palabras, lo regulado en dicho artículo tiene carácter dispositivo y no imperativo. Por tanto, el juez no está obligado a decretar la incautación previa (de los bienes que pueden ser decomisados), sino tiene la libre disponibilidad de evaluar si ello resulta necesario y proporcional.
- 8.12.** Las defensas reclamaron que no se cumplió con lo señalado, sobre este extremo, en el acuerdo plenario cinco-dos mil diez/CJ-ciento dieciséis. En ese sentido, se tiene el fundamento jurídico noveno del citado acuerdo, que precisa “[...] la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia”. El aludido fundamento jurídico noveno tiene como referencia directa al inciso uno, del artículo trescientos dieciséis, del Código Procesal Penal, el cual señala: “Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiera ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público”. Ello reafirma lo precisado en el considerando anterior, respecto a que la incautación previa es facultativa y no obligatoria; el último texto procesal aludido así lo señala, cuando precisa “[...] siempre que exista peligro por la demora”; es decir, queda a criterio de quien lo requiere o ejecuta, cuando advierta dicho peligro en la demora.

NOVENO. En ese sentido, se aprecia que el razonamiento del Tribunal de Alzada (y de la sentencia de Primera Instancia) es coherente y pertinente por aplicar lo dispuesto por el artículo ciento dos del Código Penal. No existe vulneración del derecho de defensa ni del debido proceso de las personas jurídicas recurrentes. La sentencia no incurrió o derivó en inobservancia de normas de carácter procesal sancionadas con nulidad; por tanto, no se incurrió en la causal prevista en el inciso dos, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal (declarada bien concedida de oficio).

DÉCIMO. EXONERACIÓN DE LAS COSTAS

Se concedió la casación de oficio como se desprende del auto de calificación del quince de diciembre de dos mil diecisiete (f. quinientos treinta y cinco del cuader- nillo formado ante este Tribunal Supremo), por lo que no corresponde aplicar lo establecido en el artículo quinientos cuatro del Código Procesal Penal; debiendo exonerarse las costas.

DECISIÓN

Por estas razones, declararon:

- I. INFUNDADOS** los recursos de casación concedidos de oficio a las empresas Publicidad y Servicios Generales Boga S. A., Emprendedores de San Juan S. A. C., y Asesoría, Consultoría & Formación Integral S. A. C., en cuanto a la sen- tencia de vista del veintiocho de agosto de dos mil diecisiete (f. mil cincuenta y tres), en el extremo que confirmó la sentencia del treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete (f. setecientos cincuenta y cuatro), que ordenó el decomiso de los bienes especificados a partir de la página noventa y tres hasta la página ciento cinco de la sentencia de primera instancia.
- II. EXONERARON** a los recurrentes del pago de las costas por la tramitación del recurso de casación.
- III. DISPUSIERON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública por la secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a las partes procesales.
- IV. MANDARON** que cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

LECAROS CORNEJO / SALAS ARENAS / QUINTANILLA CHACÓN / CHAVES ZAPA- TER / CASTAÑEDA ESPINOZA

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.

- 2001 *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra.
- 2003 *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2.^a ed., Lima: Palestra.

ARTAZA VARELA, Osvaldo

- 2017 “La colusión como una forma de agresión a intereses dignos de protección del derecho penal: primera aproximación”, en *Revista de Derecho*, vol. 30, n.º 2, Valdivia. Recuperado de <<https://bit.ly/3DGjh1u>>.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert y Leonardo CALDERÓN VALVERDE

- 2012 *Delitos de corrupción de funcionarios*, Lima: Gaceta Jurídica.

CÁCERES JULCA, Roberto

- 2016 “El delito de colusión. Aspectos sustantivos y probatorios”, en NAKAZAKI SERVIGÓN, César, *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica.

CARO JOHN, José Antonio

- 2016 *Summa penal*, Lima: Nomos & Thesis.

CREUS, Carlos

- 1998 *Derecho penal. Parte especial*, t. II, 6.^a ed., reimp., Buenos Aires: Astrea.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.

- 2010 “El funcionario público ante el derecho penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 20, Valladolid.

Diálogo con la Jurisprudencia

- 2007 *El Código Penal en su jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica.

DONNA, Alberto

- 2011 *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2.^a ed., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

FRISANCHO APARICIO, Manuel

- 2002 *Delitos contra la administración pública*, Lima: Fecat.
2011 *Delitos contra la administración pública*, 4.^a ed., Lima: Fecat.

FONTÁN BALESTRA, Carlos

- 2008 *Derecho penal. Parte especial*, 17.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

GACETA JURÍDICA

- 2010 *El Código Penal en su jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y Betty HUARCAYA RAMOS

- 2018 *Delitos contra la administración pública: análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, Lima: Gaceta Jurídica.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND

- 2003 *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., Granada: Comares.

LEÓN PASTOR, Ricardo

- 2008 *Manual de redacción de resoluciones judiciales*, Lima: Academia de la Magistratura.

OSSA BOCANEGRA, Camilo Ernesto

- 2014 “Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano”, en *Revista de Derecho*, n.º 42, Barranquilla. Recuperado de <<https://bit.ly/3t7YhMm>>.

PARIONA ARANA, Raúl

- 2015 “El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales”, en *Themis*, n.º 68, Lima. Recuperado de <<https://bit.ly/3gU7nrb>>.
2017 *El delito de colusión*, Lima: Instituto Pacífico.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.

- 2016 “Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre bienes inmuebles”, en AA. VV., *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica.

PODER JUDICIAL

- 2008 *Jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema Perú*, Lima: Jusper.

ROJAS VARGAS, Fidel

2007 *Delitos contra la administración pública*, 4.^a ed., Lima: Grijley.

ROXIN, Claus

2000 *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.^a ed. alemana (1998) por Gabriela E Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2014 *Delitos contra la administración pública*, 3.^a ed., Lima: Grijley.

Publicado: Octubre 2021
Este libro se terminó de imprimir
en Octubre del 2021 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú
